



Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Doutorado em Direito

Victor Guedes Trigueiro

**O jogo da pauta no STF: decidindo não decidir a inconstitucionalidade  
da prisão em segunda instância**

**Brasília – DF**

**2022**

**Victor Guedes Trigueiro**

**O jogo da pauta no STF: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão  
em segunda instância**

Tese apresentada à Banca Avaliadora do Programa de Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, na área de concentração em Direito e Políticas Públicas, como requisito para alcançar o título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Perrone Campos Mello

Co-orientador: Professor Doutor Sergio Nojiri

**Brasília – DF**

**2022**

TRIGUEIRO, Victor Guedes. O JOGO DA PAUTA NO STF: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância / Victor G. Trigueiro. Brasília: UniCEUB, 2022, 351 f.

Tese apresentada para obtenção do grau de doutor em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof. Dra. Patrícia Perrone Campos Mello

Co-orientador> Prof. Dr. Sergio Nojiri

1. Direito Constitucional. 2. Processo Decisório. 3. Comportamento Estratégico. Pauta.

**Victor Guedes Trigueiro**

**O jogo da pauta no STF: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão  
em segunda instância**

Tese apresentada à Banca Avaliadora do Programa de Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, na área de concentração em Direito e Políticas Públicas, como requisito para alcançar o título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Perrone Campos Mello

Co-orientador: Professor Doutor Sergio Nojiri

Aprovada em \_\_\_\_\_ de outubro de 2022.

Banca Examinadora

---

Professora Doutora Patrícia Perrone Campos Mello  
Orientadora – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Professor Doutor Sergio Nojiri  
Co-Orientador – Universidade de São Paulo – Campus Ribeirão Preto

Professor Doutor Luís Roberto Barroso  
Membro Interno - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Professora Doutora Christine de Oliveira Peter da Silva  
Membro Interno - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Professora Doutora Paula Pessoa Pereira  
Membro Externo – Universidade de Brasília – UnB

Professor Doutor Diego Werneck Arguelhes  
Membro – Externo – Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper

**À minha mãe, uma guerreira!**

## AGRADECIMENTOS

O doutorado é uma jornada longa e exaustiva. São quatro longos anos de estudo, pesquisa e produção acadêmica, que proporcionam ao pesquisador a oportunidade de amadurecer academicamente. O produto das pesquisas, a tese, que a princípio pode parecer um trabalho solitário, jamais seria possível, não fosse o auxílio de inúmeras pessoas, que direta ou indiretamente, contribuíram para que ela chegasse ao fim. Para todas estas pessoas, agradeço imensamente.

Começo pela minha esposa Naiara, e minhas filhas, Luísa e Clara. Não há como fugir do clichê. Para dedicar-se à produção de uma tese de doutorado, é preciso que muitas horas de nossas vidas sejam a ela dedicadas, em prejuízo do convívio familiar. Mas não é só isso. A minha família é o alicerce sobre o qual construí a minha vida. Tenho o privilégio de conviver há mais de 20 anos com uma grande mulher, profissional exemplar, esposa amorosa e mãe dedicada. Luísa e Clara são o meu maior motivo de alegria. Sem elas, pouco sobraria. A todos os meus familiares, fica o profundo agradecimento pelo constante incentivo.

Registro um agradecimento especial à minha orientadora, Patrícia Perrone. Não apenas pela presença constante durante a produção desta tese. Mas principalmente por ter me recebido para uma conversa no princípio desta jornada, que mudou para melhor todos os meus planos para o doutorado. Agradeço ainda por ter me apresentado, numa disciplina do curso, o tema que viria a ser o marco teórico desta tese, acalmando uma inquietação profissional e acadêmica adquirida ao longo da minha experiência profissional no exercício da Advocacia Pública perante o STF. Agradeço ainda ao meu co-orientador, Professor Sergio Nojiri, pela leitura atenta e pelas valiosas contribuições para o aprimoramento da versão final do texto.

Devo agradecer à minha instituição, Advocacia-Geral da União, mais especificamente à Escola da Advocacia-Geral da União, na pessoa do seu diretor, Danilo Barbosa de Sant'anna. A AGU é uma instituição que verdadeiramente incentiva os seus membros e servidores a se aperfeiçoarem, em ações específicas de capacitação, em cursos de especialização *lato sensu*, e também em programas *stricto sensu*. Os incentivos vão desde o próprio financiamento parcial dos cursos, até o afastamento das atividades para a produção de tese. Registro um agradecimento especial à equipe da Biblioteca da AGU e a todas as equipes das bibliotecas integrantes do sistema RVBI, na pessoa da servidora Elza Nery. Sem eles, eu não teria conseguido chegar ao final. Por fim, estendo o agradecimento ao amigo Vinícius Torquetti Domingos Rocha, Procurador-Geral da União, ao meu chefe e amigo Diogo Palau Santos

Flores, Procurador-Regional da União na 1ª Região, e à minha amiga e substituta na chefia da Procuradoria da União na Bahia, Luciana Tavares de Menezes. Todos eles são parcialmente responsáveis por esta tese.

Não posso deixar de registrar um agradecimento especial ao Ministro Marco Aurélio, ao Ministro Luiz Fux ao jornalista Felipe Recondo e à Procuradora da República Luana Vargas Macedo, que gentilmente cederam espaço nas suas disputadas agendas para contribuir com a coleta de dados para este trabalho. As entrevistas exerceram papel fundamental neste trabalho, de natureza eminentemente empírica, pois forneceram informações valiosas que contribuíram para a formação do convencimento deste autor quanto à efetiva utilização estratégica da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF. Aproveito para agradecer a Paulo Gustavo Menezes de Carvalho, Valter Schuenquener de Araújo, Eduardo Affonso de Sanctis Mendes de Farias Mello, Josiano Melo de Araújo e José Thiago Vitale Jayme, verdadeiros responsáveis pelo agendamento das entrevistas.

Dentre os diversos desafios enfrentados na caminhada, certamente a qualificação é um dos mais tensos. Ao tempo em que a qualificação é capaz de fazer o doutorando desistir (por alguns dias) da sua jornada, também é, se bem compreendida e aproveitada, uma oportunidade de ouro para corrigir rumos e encontrar o caminho certo. A minha banca de qualificação não foi diferente disso. Um momento tenso, difícil, quase desesperador. Mas uma oportunidade para exercer a humildade acadêmica, ouvir críticas, conselhos e aprender com a experiência de quem já viveu aquele momento. Reconheço que a minha qualificação foi um ponto fundamental, sem o qual este trabalho não teria chegado ao final da forma como chegou. Talvez sequer chegasse ao final. Após ela, a estrutura do trabalho foi integralmente reformulada. Por isso, sou muito grato aos Professores Nitish Monebhurrun, Fabiana Luci de Oliveira e Sergio Nojiri, que dedicaram seu precioso tempo à leitura do meu trabalho.

Reconheço, valorizo e sou grato aos meus professores do Doutorado, que muito me ensinaram. Foram eles: Luís Roberto Barroso, Inocêncio Mártires Coelho, Gustavo Ferreira Ribeiro, Francisco Rezek e Hector Valverde Santana, além da minha orientadora, Patrícia Perrone. Cada uma das disciplinas cursadas foi capaz de incutir em mim ideias e reflexões, que, ainda que não tenham sido diretamente utilizadas na produção da tese, foram responsáveis por me tornar um pesquisador mais maduro e mais atento. Agradeço ainda ao Professor Jefferson Carlos Carús Guedes, que talvez não saiba (agora saberá), mas é um dos responsáveis por eu ter escolhido este tema para a minha tese, ao Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy,



pela oportunidade que me deu ao aceitar produzir um artigo em co-autoria, ao Professor Marcelo Cama Proença Fernandes, um grande incentivador deste trabalho e da minha trajetória como professor no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, e ao Professor Alexandre Araujo Costa, pela disponibilidade em trocar ideias sobre pesquisas empíricas.

Quero ainda registrar um agradecimento especial a diversos amigos e amigas, que contribuíram com a produção deste trabalho. Reflexões acontecem todos os dias, em um diálogo informal, e um almoço entre amigos. É preciso estar sempre atento. Paulo Sergio Ferreira Filho, Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio, Andrea Quadros Dantas, Francisco Valle Brum, Rodrigo Frantz Becker, Tiago Streit Fontana, João Pereira de Andrade Filho e Flávio Jaime de Moraes Jardim são referências, pessoas a quem eu recorro quando preciso debater um tema ou ouvir uma opinião.

Por fim, agradeço aos meus colegas da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil – ABPC, que dedicaram parte do seu tempo para me ouvir em uma das edições do Café com Processo, idealizado pelo nosso Presidente Guilherme Pupe da Nóbrega. Este evento foi um marco na minha trajetória, por ter transformado o que a princípio era um artigo, na minha tese de doutorado. O incentivo que recebi naquele dia e o impacto positivo da minha reflexão foram primordiais para que eu abandonasse a minha ideia inicial e me dedicasse ao processo decisório do Supremo, mais especificamente, ao debate sobre a pauta de julgamentos da Corte.

Muito obrigado a todos!

## RESUMO

Ao presidente do STF compete, por força do artigo 13, III, do Regimento Interno da Corte, presidir e dirigir os trabalhos das sessões plenárias. O exercício da referida atribuição confere ao presidente um dos instrumentos de definição da agenda da Corte. O poder conferido ao presidente está submetido, entretanto, a outros dois instrumentos de definição de agenda, identificados como condicionantes regimentais, que o mitigam, tornando-o fragmentado e individualizado. O controle sobre a sua própria agenda, decidindo o que será decidido, revela-se como uma importante ferramenta para o sucesso de Cortes Constitucionais em geral, e do STF, em específico. Pretende-se, através de uma pesquisa de caráter teórico e empírico, refletir sobre o *design* institucional construído ao longo dos anos pelo Regimento Interno e pela *praxis* do STF para elaboração da sua pauta de julgamentos. Nesse contexto, será investigado como o poder de pauta tem sido utilizado estrategicamente pelo presidente do STF, à luz das teorias que sustentam a influência de fatores extrajudiciais no processo decisório das Cortes. Mais especificamente, através de um estudo de caso, pretende-se apontar os fatores legais, institucionais e ideológicos que influenciaram a Ministra Cármen Lúcia a comportar-se estrategicamente e não incluir em pauta de julgamento do plenário presencial do STF o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Pretende-se demonstrar evidências empíricas, através da coleta de dados por pesquisa documental e por entrevistas, que a Ministra Cármen Lúcia atuou estrategicamente ao não pautar o julgamento das ADCs, optando por uma *second best decision*, levando a julgamento o *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Do ponto de vista legal, uma nova virada na jurisprudência iria de encontro a princípios relevantes para o Estado de Direito, dentre os quais, pode-se citar a segurança jurídica, preservada através da previsibilidade e da estabilidade dos precedentes firmados pelo STF. Do ponto de vista institucional, a Ministra Cármen Lúcia considerou o *timing* inadequado, visto que a Corte, há menos de dois anos, já havia indeferido a medida cautelar nestes mesmos casos e fixado o tema em repercussão geral. Ademais, o caso era altamente polarizante e uma nova decisão poderia interferir no processo eleitoral de 2018. Considerou ainda que um novo julgamento do caso poderia atingir diretamente a legitimidade da Corte, diminuindo a sua importância institucional. Do ponto de vista ideológico, o fato de a então presidente ter votado pela possibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância, e o fato de estar, no período, alinhada ao grupo de Ministros favoráveis ao aprofundamento das investigações da Lava Jato, a influenciou a não colocar os casos em pauta. Por fim, propõe-se uma reflexão quanto à legitimidade do modelo de elaboração da pauta e dos mecanismos de controle de agenda pelo STF. Por um lado, entende-se que o poder de decidir o que será decidido é positivo para a preservação da legitimidade da Corte. De outro lado, da forma como o modelo foi regulamentado, atribuindo-se de forma discricionária ao Presidente o poder de definir a agenda, condicionando-o à iniciativa do relator e submetendo-o ao bloqueio dos pedidos de vista dos demais Ministros, cria-se um mecanismo de concorrência entre eles, que prejudica o sentido de colegialidade que deve nortear as atividades de um Tribunal.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; processo decisório; pauta; comportamento estratégico; comportamento ideológico; comportamento legalista.

## ABSTRACT

It is up to the Chief Justice of the Federal Supreme Court, under the article 13, III, of the Court's bylaw, to preside over and direct the work of the plenary. The exercise of this attribution gives the president one of the instruments for setting the Court's agenda. The power given to the Chief Justice is, however, subject to two other agenda-setting instruments, identified as bylaw constraints, which mitigate it, making it fragmented and individualized. Control over its own agenda, deciding what will be decided, proves to be an important tool for the success of Constitutional Courts in general, and of the Federal Supreme Court, in particular. It is intended, through a theoretical and empirical research, to reflect on the institutional design built over the years by the bylaws and the praxis of the Federal Supreme Court for the elaboration of its agenda. In this context, it will be investigated how the agenda-setting has been used strategically by the Chief Justice of the Federal Supreme Court, in the light of the theories that support the influence of extrajudicial factors in the decision-making process of the Courts. More specifically, through a case study, it is intended to point out the legal, institutional and ideological factors that influenced Chief Justice Cármen Lúcia to behave strategically and not set a date to hear the ADCs n. 43, 44 and 54. It is intended to show empirical evidence, through the collection of data through data research and interviews, that Chief Justice Cármen Lúcia acted strategically by not setting a date to hear the ADCs, choosing for a second best decision, taking *Habeas Corpus* n. 152.752/PR to trial. From a legal point of view, a new turn in jurisprudence would go against principles relevant to the rule of law, among which one can cite legal certainty, preserved through the predictability and stability of precedents issued by the Federal Supreme Court. From an institutional point of view, Chief Justice Cármen Lúcia considered that the timing was inappropriate, given that the Court had already rejected the precautionary measure in these same cases less than two years before, and set the subject in general repercussion. Furthermore, the case was highly polarizing and a new decision could interfere with the electoral process. She has also considered that a new trial of the case could directly affect the Court's legitimacy, reducing its institutional relevance. From an ideological point of view, the fact that the then Chief Justice had voted for the constitutionality of enforcing the sentence after the conviction in the second instance, and the fact that, in the time, she was aligned with the group of Justices in favor of deepening the Lava Jato investigations, has influenced her not to set a date to hear the cases. Finally, a reflection is proposed regarding the legitimacy of the agenda-setting process by the Federal Supreme Court. On the one hand, it is understood that the power to decide what will be decided is positive for the preservation of the Court's legitimacy. On the other hand, the way in which the model was regulated, giving the President the power to set the agenda in a discretionary way, conditioning it to the rapporteur's initiative and submitting him to the blocking of requests from the other Justices, creates a mechanism of competition between them, which can harm the sense of collegiality that should guide the activities of a Court

**Keywords:** Federal Supreme Court; decision-making process; agenda; strategic behavior; attitudinal behavior; legal behavior.

## **LISTA DE QUADROS E TABELAS**

Tabela 1 – Quantidade e proporção de julgamentos nos ambientes presencial e virtual por ano

Tabela 2 – Identificação de problemas e possíveis soluções

Gráfico 1 - Quantidade de decisões por ambiente por ano

Gráfico 2 – Quantidade de decisões totais por ano (síncrono e assíncrono)

Gráfico 3 – Proporção de decisões por órgão julgador por ano

Gráfico 4 – Proporção de decisões monocráticas e colegiadas totais por ano

**LISTA DE ABREVIATURAS**

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda à Constituição
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
MPF	Ministério Público Federal
PV	Plenário Virtual
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
RISTF	Regimento Interno do STF
SAE/STF	Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF
SCOTUS	Suprema Corte dos Estados Unidos
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## **LISTA DE APÊNDICES**

APÊNDICE A – Entrevista com o Ministro Marco Aurélio

APÊNDICE B – Entrevista com o jornalista Felipe Recondo

APÊNDICE C – Entrevista com o Ministro Luiz Fux

APÊNDICE D – Entrevista com a Procuradora da República Luana Vargas

**LISTA DE ANEXOS**

ANEXO A – Termo de Livre Consentimento Esclarecido – Felipe Recondo

ANEXO B - Termo de Livre Consentimento Esclarecido – Ministro Marco Aurélio

ANEXO C - Termo de Livre Consentimento Esclarecido – Ministro Luiz Fux

ANEXO D - Termo de Livre Consentimento Esclarecido – Luana Vargas Macedo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>19</b>
<b>1. METODOLOGIA DE PESQUISA</b> .....	<b>32</b>
1.1. Estudo de caso .....	33
1.2. Delimitação do caso: a não inclusão em pauta do Plenário Presencial das ADCs 43, 44 e 54, na gestão da Ministra Cármen Lúcia .....	34
1.3. Coleta de dados .....	36
1.3.1. Pesquisa Documental.....	36
1.3.1.1. Atos normativos .....	37
1.3.1.2. Análise qualitativa de decisões proferidas pelo STF .....	37
1.3.1.3. Revisão Bibliográfica.....	38
1.3.1.4. Material Jornalístico .....	40
1.3.2. Coleta de dados por Entrevistas.....	41
1.3.2.1. Escolha dos entrevistados .....	42
1.3.2.2. Fases do método .....	43
<b>2. APRESENTAÇÃO DO CASO: DECIDINDO NÃO DECIDIR AS ADCs 43, 44 E 54</b> .....	<b>47</b>
2.1. A evolução da jurisprudência do STF sobre execução provisória da pena após a condenação em segunda instância .....	49
2.2. Contexto Histórico, Político e Eleitoral.....	56
<b>3. O DESIGN INSTITUCIONAL DE ELABORAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTOS DO PLENÁRIO PRESENCIAL DO STF</b> .....	<b>61</b>
3.1. Alguns modelos possíveis.....	62
3.2. Análise histórico-normativa dos Regimentos Internos do STF .....	64
3.3. O papel do Regimento Interno na governança dos assuntos internos do STF	64
3.4. O Regimento Interno de 1891 .....	69
3.5. Regimento Interno de 1909 .....	71
3.5.1. De 1909 a 1937.....	71
3.5.2. De 1937 a 1940.....	74
3.6. O Regimento Interno de 1940 .....	75
3.7. Regimento Interno de 1970 .....	76
3.8. Regimento Interno de 1980 .....	78



### **3.9.A repercussão da criação do Plenário Virtual nos poderes do presidente do STF82**

## **4. A ELABORAÇÃO PAUTA DE JULGAMENTOS COMO UM COMPONENTE DO PROCESSO DECISÓRIO NO STF E AS INFLUÊNCIAS EXTERNAS NA SUA CONSTRUÇÃO .....98**

### **4.1.Modelo Legalista ..... 100**

### **4.2.A compreensão do processo decisório para além do modelo legalista 103**

#### **4.2.1. O modelo atitudinal..... 108**

#### **4.2.2. O modelo estratégico ..... 113**

##### **4.2.2.1. A suposta dificuldade metodológica da comprovação empírica do comportamento estratégico ..... 116**

##### **4.2.2.2. As dimensões do comportamento estratégico ..... 117**

###### **4.2.2.2.1. Dimensão externa ou extracorte ..... 119**

###### **4.2.2.2.2. Dimensão interna ou intracorte ..... 121**

##### **4.2.2.3. O modelo estratégico do STF..... 122**

### **4.3.Análise crítica aos modelos tradicionais ..... 125**

### **4.4.O comportamento estratégico aplicado à elaboração da pauta de julgamentos do plenário do STF ..... 130**

#### **4.4.1. O Poder de Agenda (*agenda-setting*)..... 130**

#### **4.4.2. *Agenda-setting* no STF ..... 133**

#### **4.4.3. A relação entre o excesso de estoque do STF e a definição da agenda 144**

#### **4.4.4. A evolução histórica da gestão da pauta no STF ..... 150**

### **4.5.O comportamento estratégico na prática: a manipulação da pauta pelo Presidente do STF ..... 162**

#### **4.5.1. Perspectivas de Direito Comparado: *Agenda-setting* na Suprema Corte dos Estados Unidos ..... 164**

##### **4.5.1.1.*Agenda-setting* na fase de *certiorari*..... 167**

##### **4.5.1.2. Comportamento estratégico na fase de *certiorari* ..... 176**

#### **4.5.2. A disputa pelo controle da agenda do STF ..... 190**

##### **4.5.2.1. A manipulação da pauta pelo Presidente do STF ..... 192**

**4.5.2.2. O uso estratégico das condicionantes regimentais pelos Ministros do STF 198**

<b>5. ANÁLISE DO CASO: O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA .....</b>	<b>213</b>
<b>5.1.Evidências empíricas do comportamento estratégico da Presidente Cármen Lúcia .....</b>	<b>214</b>
<b>5.2.A estratégia propriamente dita.....</b>	<b>239</b>
<b>5.3.Fatores de influência.....</b>	<b>242</b>
<b>5.4.O desfecho do caso .....</b>	<b>248</b>
<b>6. A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE UM NOVO DESIGN INSTITUCIONAL PARA O CONTROLE DA AGENDA DO PLENÁRIO PRESENCIAL DO STF.....</b>	<b>251</b>
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>268</b>
<b>8. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>274</b>

## INTRODUÇÃO

Ao presidente do Supremo Tribunal Federal compete, por força do artigo 13, III, do Regimento Interno da Corte, presidir e dirigir os trabalhos das sessões plenárias<sup>1</sup>. Diante da significativa quantidade de processos pendentes de julgamento na Corte, decorrentes do extenso rol de competências estabelecido pela Constituição Federal, cabe a ele elaborar a pauta de julgamentos do plenário físico. O exercício da referida atribuição confere ao presidente um dos instrumentos de definição da agenda da Corte<sup>2</sup>.

O poder conferido ao presidente está submetido, entretanto, a outros dois instrumentos de definição de agenda, doravante identificados como condicionantes regimentais, que o mitigam, tornando-o fragmentado e individualizado. De um lado, os casos em trâmite na Suprema Corte somente poderão ser incluídos na pauta de julgamentos após a confecção do voto pelo Ministro Relator, nos termos do artigo 21, X, do Regimento Interno do STF, que não está submetido a prazo peremptório<sup>3</sup>.

Por outro lado, uma vez selecionado um caso, os demais Ministros podem assumir para si o controle da agenda, interrompendo o julgamento por um pedido de vistas, que embora esteja submetido a um prazo, nos termos do artigo 134 do RISTF, nem sempre é observado na prática<sup>4</sup>. O retorno do caso à pauta do plenário presencial do tribunal passa então a depender da ação do Ministro que solicitou vista dos autos, e posteriormente, à nova seleção pelo presidente.

O controle sobre a sua própria agenda, decidindo o que será decidido, revela-se como uma importante ferramenta para o sucesso<sup>5</sup> de Cortes Constitucionais em geral, e do STF, em específico, considerando-se o volume de processos submetidos a sua apreciação e o papel relevante que a instituição desempenha no cenário político brasileiro<sup>6</sup>. Com efeito, a ascensão

<sup>1</sup> Art. 13. São atribuições do Presidente: III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento.

<sup>2</sup> O Regimento Interno não estabelece de forma expressa que compete ao Presidente escolher os casos que serão submetidos a julgamento pelo plenário presencial da Corte. O exercício da referida competência é resultado de uma construção histórica, reiteradamente praticada pelos diversos Ministros que ocuparam a cadeira de presidente da Corte. Conforme se verá, a partir do Ministro Nelson Jobim, deixou de ser uma atividade burocrática e passou a fazer parte do processo decisório do tribunal.

<sup>3</sup> Art. 21. São atribuições do Relator: X – pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao revisor, com o relatório, se for o caso.

<sup>4</sup> Art. 134. O Ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento.

<sup>5</sup> FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. **Comparative Constitutional Law**, Northampton, p. 624–641, 2011.

<sup>6</sup> Para Conrado Hübner Mendes, “uma boa instituição deliberativa é aquela que responde no tempo adequado. Não muito cedo, não muito tarde. Ela tem um senso de prioridades dentre os casos de seu acervo” (tradução livre). No original, “A good deliberative institution is that which responds in adequate time, not too early, not too late. It has a sense of priority among the cases of its docket”. Em, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 200.

do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> deu ensejo ao fenômeno da judicialização<sup>8</sup>, por intermédio do qual todas as questões relevantes do ponto de vista político<sup>9</sup>, social ou moral<sup>10</sup> passam a ser por ele decididas, em substituição às instâncias políticas tradicionais, que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo<sup>11</sup>.

Dentre os temas mais relevantes e sensíveis com os quais o STF já se deparou, destaca-se a discussão quanto à possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade após condenação em segunda instância. É no contexto dos sucessivos julgamentos sobre o referido tema que esta tese se debruçará.

Pretende-se, através de uma pesquisa de caráter teórico e empírico, refletir sobre o *design* institucional construído ao longo dos anos pelo RISTF e pela *praxis* do STF para

---

<sup>7</sup> Para Luís Roberto Barroso, a ascensão do Poder Judiciário nas democracias modernas está conectada ao período pós-segunda Guerra Mundial, a partir do qual passou-se a identificar que um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. Para o autor, o protagonismo do Poder Judiciário em geral, e das Supremas Cortes em específico, pode ser creditado a uma transformação no pensamento jurídico, que engloba a superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura jurídica pós-positivista, ascensão do direito público e a centralidade da Constituição. Em, BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23–50, 2015, pp. 28/29-30. Para Hugo Sauiia, “Na década de noventa e anos subsequentes, a Corte Suprema assumiria uma posição privilegiada na democracia brasileira. Seria dotada de maiores competências, uma maior parte de suas decisões ganharia efeito vinculantes, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) viria para assegurar a não divergência por Cortes inferiores de suas posições, as súmulas seriam amplamente adotadas, os provimentos monocráticos multiplicar-se-iam”. Em, SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **Como o STF decide? A reputação judicial do Supremo Tribunal Federal e seus mecanismos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. p. 53. Do ponto de vista empírico, ver: OLIVEIRA, Fabiana Luci de; FALAVINHA, Diego H. S.; BRAGHIN, Simone. Processo decisório no STF e o caso da Reforma do Judiciário. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 365–394, 2015.

<sup>8</sup> A judicialização não é um fenômeno exclusivo da sociedade brasileira, estando presente em diversas democracias constitucionais, aparelhadas por Constituições escritas, por vezes excessivamente analíticas, quase sempre aparelhadas por Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes. Ran Hirschl observa que a adoção do *Constitutional Act* 1982 gerou um aumento significativo do número de casos em que a Suprema Corte Canadense se debruçou sobre questões relativas a direitos fundamentais. No entanto, esta não é a única razão. Para o autor, este fenômeno também pode ser atribuído ao desejo dos atores políticos nacionais de transferir a responsabilidade pela elaboração de políticas da esfera política para as Cortes e o desejo de que o judiciário responda positivamente a demandas por ativismo. Em HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 20. Diversos outros países, como Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria, Coreia e Colômbia fornecem exemplos de casos em que a judicialização levou às Cortes Constitucionais a solução de problemas que tradicionalmente deveriam ser solucionados pelas instâncias políticas tradicionais. Em, BARROSO, Luis Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, out. 2018, p. 9.

<sup>9</sup> A judicialização da política consiste em um processo segundo o qual o Poder Judiciário passa a criar ou a progressivamente dominar a elaboração de políticas públicas já criadas, ou que deveriam ter sido criadas pelos demais poderes, em especial o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Nesse processo, negociações não-judiciais e fóruns decisórios passam a ser governados por regras e procedimentos quase-judiciais. Em TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In: TATE, C. Neal, VALLINDER, Torbjorn (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997, p. 28.

<sup>10</sup> Alexis Tocqueville já havia observado o mesmo fenômeno no sistema jurídico dos Estados Unidos, e de maneira geral, nas recentes democracias constitucionais. Em TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. New York: Knopf, 1945.

<sup>11</sup> BARROSO, op. cit. 2018, p. 8.

elaboração da sua pauta de julgamentos. Nesse contexto, será investigado como o poder de agenda tem sido utilizado estrategicamente pelo presidente do STF, à luz das teorias que sustentam a influência de fatores extrajudiciais no processo decisório das Cortes. Por fim, através de um estudo de caso, pretende-se apontar os fatores legais, institucionais e ideológicos que influenciaram a Ministra Cármen Lúcia a se comportar estrategicamente e não incluir em pauta de julgamento do plenário presencial do STF o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Optou-se por focar neste caso específico por ter sido ele, a nosso ver, o exemplo mais eloquente e com repercussões mais significativas, do ponto de vista social, da disputa em torno da agenda de julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

A presidente resistiu a designar data para o julgamento das ADCs durante todo o ano de 2018, a despeito da relevância do bem jurídico tutelado, protegido pelo *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, da pressão da opinião pública, da imprensa, dos partidos políticos, do Congresso Nacional e da comunidade jurídica. A despeito, ainda, da pressão de seus colegas de Tribunal, em especial do relator do caso, Ministro Marco Aurélio.

Para desvendar o que se propõe, há um longo caminho a ser trilhado, que se inicia no capítulo 1, por uma exposição metodológica. Nele, justifica-se a razão pela qual optou-se pelo modelo de estudo de caso, identificando as suas características e apresentando brevemente o contexto histórico que se desenvolveu em seu entorno. Em se tratando de pesquisa empírica, crucial explicitar o método através do qual se colherão as informações que se pretende utilizar para confirmar ou não a hipótese de trabalho. Nesse sentido, a pesquisa se desenvolverá através da coleta de dados por pesquisa documental e por entrevistas.

A pesquisa documental compreenderá a investigação sobre atos normativos que, ao longo da história do STF, estabeleceram os critérios por meio dos quais o Presidente da Corte seleciona os casos para submissão ao plenário presencial da Corte, bem como os demais Ministros interferem no exercício da competência do presidente. Também exerce papel importante na pesquisa a análise qualitativa de decisões proferidas pelo STF durante a sua história recente a respeito da prisão em segunda instância.

A revisão bibliográfica exerce função primordial na pesquisa. Com efeito, o marco teórico que se pretende adotar fornecerá os elementos necessários para demonstrar que o processo decisório desenvolvido no Poder Judiciário em geral, e no STF, em específico, não se esgota com a tradicional visão legalista, que compreende a atividade judicial como a mera aplicação do material jurídico ortodoxo<sup>12</sup> aos casos concretos submetidos à sua apreciação.

---

<sup>12</sup>MELLO, Patricia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018, p. 690.

Com efeito, elementos genericamente identificados como ideológicos, são capazes de moldar o comportamento dos juízes, influenciando a tomada de decisões. Se verá que comportamentos estratégicos de diversas ordens estão presentes no dia-dia dos Ministros, e oferecem ferramentas importantes para a implementação de suas compreensões pessoais.

Por fim, a coleta de dados por pesquisa documental investigará materiais jornalísticos veiculados pela imprensa. Os achados desta fase serão primordiais para sustentar a hipótese de que o controle de agenda do STF é uma ferramenta que permite o engajamento em comportamentos estratégicos, servindo como um instrumento para a concretização de objetivos dos Ministros.

A coleta de dados por entrevistas, associada à coleta de material jornalístico anteriormente citada e à análise dos debates em julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, terá por foco principal evidenciar que a Ministra Cármen Lúcia se comportou estrategicamente, e elucidar as razões que a levaram a decidir da forma como decidiu. Há diversas suspeitas, que transitam desde reflexões legalistas, passando por preocupações institucionais, desaguando em razões ideológicas.

Justifica-se, neste ponto, a razão pela qual determinados personagens foram escolhidos, métodos e roteiros de entrevistas. De atuais e ex-ministros da Suprema Corte, membros do Ministério Público Federal e jornalistas especializados na cobertura do STF, todos foram ouvidos a respeito do contexto em que o caso se desenrolou, buscando-se extrair de suas experiências pessoais e profissionais, informações relevantes para se chegar a uma conclusão.

O capítulo 2 dedica-se à apresentação do caso selecionado. Nele serão explorados os contextos histórico e político que se desenvolviam durante o período em que os casos estavam disponíveis para julgamento, a evolução da jurisprudência da Corte a respeito do caso e as possíveis consequências institucionais, políticas e jurídicas que poderiam advir de uma nova decisão sobre o tema.

O debate sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância movimentou a Corte por muitos anos. Suas decisões oscilaram em diferentes contextos históricos, ora interpretando os dispositivos no sentido de que a condenação em segunda instância era suficiente para o início do cumprimento da pena, ora interpretando no sentido de que a execução de sentença penal condenatória somente poderia ser iniciada após o esgotamento de todos os recursos disponíveis no sistema processual penal. Os entendimentos sucessivamente contraditórios, emanados da Suprema Corte, foram proferidos sem que houvesse qualquer alteração constitucional ou legal relevante que justificasse qualquer tipo de evolução do entendimento jurisprudencial da Corte.

A evolução do posicionamento do STF para considerar constitucional a interpretação segundo a qual o início da execução da pena após a condenação em segunda instância era possível, foi um instrumento valioso no desenrolar de grandes investigações criminais promovidas sob a liderança do Ministério Público Federal. O temor do encarceramento incentivou atores importantes no cenário político e empresarial a colaborarem com as investigações, permitindo aos investigadores a utilização de instrumentos de colaboração premiada, que foram capazes, ao final, de desvendar diversos esquemas de corrupção.

À medida em que as investigações foram se tornando mais complexas e atingindo atores políticos e empresariais de diversos grupos políticos e ideológicos, reações às investigações, por parte da imprensa, do Poder Legislativo, dos partidos políticos e do próprio Poder Judiciário, pavilharam o caminho para que o tema fosse novamente debatido pelo STF. Não faltaram situações em que os Ministros da Corte se pronunciaram por meio da imprensa, defendendo posições garantistas, que exigiam o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena, ou posições punitivistas, que permitiam a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Um dos principais personagens destas complexas investigações foi o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em processos criminais decorrentes da operação Lava Jato. Ao tempo em que a sua condenação criminal foi confirmada pela Corte Regional, o STF já havia se posicionado no sentido de permitir o início do cumprimento da pena. Diante do quadro jurídico delineado, e após o indeferimento de *Habeas Corpus* impetrado em seu favor pelo STF, o juízo de primeira instância determinou o início do cumprimento da pena.

A prisão do ex-presidente Lula, um político carismático e altamente popular, foi um acontecimento marcante na política brasileira. Grupos políticos e sociais ligados à esquerda movimentaram-se em diversas frentes para denunciar supostas perseguições políticas, que tinham por objetivo desconstruir um dos maiores líderes da política brasileira recente, e favorecer grupos políticos interessados em assumir o Poder.

A rediscussão sobre a possibilidade de execução provisória da pena em segunda instância instaurou-se no STF por meio das ADCs n. 43, 44 e 54, propostas respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional em 2016, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no mesmo ano, e pelo Partido Comunista Brasileiro em 2018. Todas as ações ficaram sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que, durante toda a sua trajetória na Corte, sustentou a interpretação segundo a qual a execução da pena privativa de liberdade somente poderia ser iniciada após o esgotamento de todas as instâncias judiciais.

O debate sobre o tema dominou a política brasileira durante anos, tendo sido explorado exaustivamente pelos veículos de comunicação de massa mais populares do país. O STF, que desde o julgamento emblemático da Ação Penal n. 470, popularmente conhecida como Mensalão, inaugurou uma nova era na relação entre o Tribunal, a imprensa e a opinião pública<sup>13</sup>, mais uma vez se viu envolvido em um caso cuja repercussão extrapolou as fronteiras dos profissionais da área jurídica, pautando o debate público nacional. A agenda da Corte passou a ser a agenda da imprensa, e por consequência, da sociedade brasileira.

Em 12 de setembro de 2016, assume o cargo de Presidente do STF a Ministra Cármen Lúcia, indicada a compor a Corte pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sucedendo o então Ministro Nelson Jobim. Oriunda da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais, professora da PUC-MG, discreta e avessa a ambientes políticos, a Ministra Cármen Lúcia sempre foi conhecida por ter um perfil técnico. Durante a sua trajetória na Corte, sempre se posicionou pela constitucionalidade do início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância.

Conforme já mencionado, compete ao presidente do STF dirigir os trabalhos do plenário. Dentre as atividades englobadas por esta atribuição, está a seleção dos casos que serão submetidos a julgamento pelo colegiado presencial da Corte. Esta competência foi exercida pela Ministra Cármen Lúcia de forma preponderantemente transparente e segura. Suas iniciativas na gestão da pauta da Corte permitiram a divulgação dos casos selecionados com antecedência de um mês, permitindo que as partes, seus advogados, os próprios Ministros e a sociedade civil, de forma geral, se preparassem para as sessões de julgamento.

A virada na jurisprudência da Corte, estabelecendo entendimento quanto a possibilidade de prisão em segunda instância, superando precedente fixado no ano de 2009, se concretizou em julgamento do *Habeas Corpus*, relatado pelo então Ministro Teori Zavascki em fevereiro de 2016, antes, portanto, da sua posse como presidente. Já no exercício da presidência, o entendimento foi reafirmado em outubro do mesmo ano, quando a Corte indeferiu a Medida Cautelar das ADCs n. 43 e 44, e no ARE n. 964.246, em sede de Repercussão Geral, em novembro de 2016.

Estava, a partir de então, definido, com efeitos vinculantes para os demais tribunais do País, que a prisão decorrente de sentença penal condenatória poderia ser executada após a condenação em segunda instância. Ocorre que as ADCs, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio,

---

<sup>13</sup> Para uma compreensão completa sobre o tema, ver, FALCÃO, Joaquim. Direito, mídia e opinião pública. In: FALCÃO, Joaquim (org.). **Diário de um Julgamento**. Supremo, Mídia e Opinião Pública. Mensalão. São Paulo: Campus, 2013. p. 7–13.



estavam pendentes de julgamento de mérito. Em dezembro de 2017, o relator então concluiu o seu voto e requereu dia para julgamento. Começa aqui um dos episódios mais marcantes da história do STF, no que diz respeito aos mecanismos de elaboração da sua agenda.

No capítulo 3, expõe-se inicialmente, a partir da literatura nacional especializada no tema, os modelos possivelmente aptos a governar a definição da agenda de julgamentos do STF. Após, procede-se a uma análise histórico-normativa específica, que busca compreender o papel do Regimento Interno do STF e o *design* institucional por ele criado para a seleção de casos que serão submetidos à pauta do plenário presencial da Corte.

Tratando-se de uma instituição bicentenária, o modelo de seleção dos casos que vão a julgamento no plenário presencial da Corte variou consideravelmente durante toda a sua existência. Revela-se relevante resgatar, do ponto de vista histórico, como os sucessivos regimentos internos previram o exercício desta competência. O modelo atual, discricionário e centralizado na figura do presidente, mas condicionado à ação dos demais Ministros, nem sempre foi o escolhido. Determinados períodos históricos foram marcados, ora por normas que determinaram o compartilhamento da competência para seleção de casos, ora pelo estabelecimento de regras objetivas, como por exemplo, o critério cronológico.

Prevaleceu um modelo centralizado e discricionário no presidente, condicionado pelos poderes do relator e pelos pedidos de vista, porém mitigado em grande parte pelo advento do Plenário Virtual, especialmente no que se refere à denominada agenda passiva. Tal ambiente, originariamente criado com o propósito específico de apreciar a presença da Repercussão Geral em Recursos Extraordinários, passou a ser a arena decisória mais produtiva da Corte, na qual os casos são julgados independentemente da reunião presencial dos Ministros em uma sessão de julgamento.

As regras que governam o Plenário Virtual permitiram aos Ministros, de forma individual e independente, submeter qualquer classe processual a julgamento, enfraquecendo sobremaneira o controle de agenda historicamente exercido pelo presidente. É possível afirmar que, se o Plenário Virtual, em 2017 e 2018, tivesse a abrangência a ele conferida em 2020, o caso selecionado para este estudo certamente não teria existido, tal a relevância do rearranjo de forças individuais criadas pelo ambiente virtual.

Ainda que se identifique, na prática, o enfraquecimento do poder do presidente, não se pode perder de vista que ele ainda existe. Deve-se refletir criticamente sobre suas características, excessivamente centralizadoras e discricionárias, embora sempre condicionadas aos poderes do relator e aos eventuais pedidos de vista. Tais atributos fornecem oportunidades

para que se possa, através da seleção de casos, implementar as vontades pessoais do ocupante do cargo, em detrimento da colegialidade<sup>14</sup> inerente à Corte.

No capítulo 4, pretende-se demonstrar que a fase de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF compõe o processo decisório da Corte, e como tal, sujeita-se a influências jurídicas e extrajurídicas. A partir de trabalhos publicados por juristas e cientistas políticos, preponderantemente nos Estados Unidos e no Brasil, identifica-se que a velha compreensão de que o processo decisório das Cortes está submetido apenas a reflexões de conteúdo legalista, aplicando-se normas jurídicas, precedentes e a dogmática jurídica aos casos concretos, é incapaz de retratar a realidade sobre a qual o processo decisório se desenvolve nos tribunais, em especial em Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes.

Paralelamente ao tradicional modelo legalista, desenvolve-se o modelo ideológico ou atitudinal. Nele, juízes proferem suas decisões, influenciados por compreensões adquiridas durante a sua trajetória pessoal e profissional, e comportam-se de forma sincera, implementando políticas compatíveis com as suas preferências pessoais, que podem refletir aspectos inerentes à formação pessoal e intelectual de qualquer ser humano, como posições político-partidárias, valores religiosos, inclinações econômicas, dentre outras.

O meio em que as decisões são proferidas, especialmente em Cortes Constitucionais, está repleto de condições que podem restringir as oportunidades de implementação de preferências pessoais sinceras. Com efeito, Cortes julgam colegiadamente e interagem com atores sociais relevantes, como os demais Poderes de Estado, a imprensa e a sociedade civil organizada. Nesse sentido, é possível que cálculos estratégicos sejam elaborados a partir da compreensão de que, em virtude do cenário, determinadas decisões teriam poucas chances de serem implementadas, seja em razão da pouca adesão dos demais membros do colegiado, seja pela alta pressão imposta pelos demais Poderes, que podem se recusar a cumprir a decisão ou mesmo produzirem normas que as desconstruam ou por fim, porque são impopulares do ponto de vista social.

Estas condições dão ensejo ao modelo estratégico segundo o qual juízes tomam decisões que não necessariamente representam a sua vontade sincera, mas sim uma segunda melhor decisão (*second best decision*). Tais decisões, embora não sejam as preferidas, são as viáveis,

---

<sup>14</sup> A colegialidade em uma corte constitucional pode ser compreendida a partir dos seguintes elementos: i) disposição para trabalhar em equipe; ii) ausência de hierarquia entre Ministros; iii) vontade de ouvir argumentos dos demais Ministros; iv) senso de cooperação no processo decisório; v) mútuo respeito entre os Ministros, e; vi) disposição da Corte para falar, quando possível, como uma instituição, e não como indivíduos. Em, SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013, p. 562.

e os juízes se engajarão em estratégias que permitam aproximar, o máximo possível, a decisão viável da sua preferência pessoal. Embora a literatura especializada tenha se referido ao modelo estratégico como um modelo autônomo, pretende-se sustentar que, a bem da verdade, o comportamento estratégico dele decorrente constitui-se em um instrumento, um meio, por intermédio do qual o juiz buscará implementar as suas preferências pessoais. Esta característica se torna ainda mais evidente quando se analisa o comportamento estratégico do ponto de vista do controle da agenda das Cortes.

A maior parte dos estudos que se dedicam ao tema na literatura nacional buscam explicar os modelos legalista, ideológico e estratégico com um viés substancial, que corresponde ao momento em que a política será desenhada na forma de uma decisão judicial e passará a governar a questão debatida no caso julgado. No entanto, aprofundando as reflexões teóricas, serão identificados estudos que demonstram que os comportamentos estratégicos podem ser estudados sob um viés procedimental, dado que o processo decisório nas Cortes é mais amplo do que se imagina. Parece claro que os mecanismos de seleção de casos para julgamento fazem parte desta complexa engrenagem.

Como se sabe, o Poder Judiciário brasileiro sofre com um dramático congestionamento de processos, que o impede de prestar o serviço jurisdicional em tempo razoável, conforme prevê a Constituição Federal no artigo 5º, LXXVII. Se os Tribunais em geral, e o STF em específico, são incapazes de julgar tudo aquilo que está no seu estoque, decidir o que será decidido passa a ter uma grande relevância.

Considerando-se que o STF ascendeu em importância do ponto de vista econômico, político, jurídico e social, tudo aquilo que entra na sua agenda repercute fortemente no debate público. Nesse aspecto, é relevante refletir sobre teorias, como a hipótese de *agenda-setting*, oriunda do campo da ciência da comunicação, que demonstra que a imprensa, através dos grandes veículos de comunicação de massa, é capaz de definir os assuntos mais salientes e com isso direcionar a opinião pública aos assuntos que ela entende por prioritários. Entretanto, a imprensa é de certa forma pautada pelo calendário da Corte, o que nos leva a concluir que a hipótese de *agenda-setting* se origina, na verdade, a partir da seleção de casos pautados para julgamento pelo Presidente do STF, nada obstante, ela também seja capaz de influenciar a presidência da Corte quanto à escolha dos casos que serão submetidos a julgamento.

Assim, a compreensão sobre comportamentos estratégicos na fase de elaboração da pauta de julgamentos é imprescindível para melhor elucidar o tema. Nesse ponto, incursões de direito comparado serão necessárias, não apenas no intuito de comparar instituições similares, mas também para extrair conceitos, que de forma adaptada, podem servir à reflexão teórica

nacional. Com efeito, a literatura desenvolvida nos Estados Unidos sobre o *agenda-setting* da Suprema Corte daquele país auxilia na identificação de categorias que podem ser aplicadas ao modelo brasileiro, respeitando as suas peculiaridades. Nesse contexto, buscar-se-á demonstrar que é possível aplicar a ideia de comportamento estratégico na fase de elaboração da agenda. Nesta fase, a função instrumental do comportamento estratégico mostra-se ainda mais evidente.

Os estudos focados nos comportamentos estratégicos do presidente do STF sozinhos não são capazes de explicar a dinâmica de agenda da Corte. Com efeito, os sucessivos regimentos internos que governaram os procedimentos da Corte dispersaram esse poder, que passou a ser condicionado à vontade do relator, que tem a liberdade para liberar o caso para julgamento quando entender oportuno, bem como à vontade dos demais Ministros, que por meio de pedidos de vista, podem a qualquer momento interromper a sessão de julgamento sem que haja qualquer constrangimento que o coaja a devolver o caso.

Há poucos estudos na literatura nacional que se dedicam ao estudo do *agenda-setting*, estabelecido pelo STF. Também, poucos trabalhos dedicaram-se a estudar a fundo os mecanismos de elaboração da pauta de julgamentos do STF. Ao contrário, a literatura estrangeira, em especial aquela produzida por acadêmicos norte-americanos, oriundos sobretudo da ciência política, é rica em estudos empíricos que buscam identificar comportamentos estratégicos na definição da agenda de julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, na fase de *certiorari*. Os referidos trabalhos serão referenciados ao longo da exposição.

Não se pode perder de vista que o modelo de Suprema Corte dos Estados Unidos diverge em muitos aspectos do modelo instituído no STF. No que se refere à escolha sobre o que irá ser decidido, dois pontos devem ser esclarecidos. Em primeiro lugar, a deliberação na SCOTUS ocorre de forma colegiada e convergente. Colegiada, pois os casos são selecionados em uma conferência especificamente voltada para isso, com participação de todos os juízes do Tribunal. Convergente, pois é preciso que haja concordância entre parte dos membros do colegiado para que os casos sejam admitidos. Não há mecanismos individuais de bloqueio da agenda, embora haja estratégias individuais que podem persuadir os demais integrantes da Corte a admitir ou inadmitir determinados casos.

Por sua vez, no modelo brasileiro, a deliberação é individualizada e concorrente. Individualizada pois, cabe tão somente ao presidente da Corte, discricionariamente, escolher os casos que serão submetidos a julgamento no plenário presencial. Concorrente, pois a seleção dos casos está submetida à liberação do caso pelo relator e aos mecanismos individualizados de bloqueio da agenda, como o pedido de vista.

Em segundo lugar, no modelo americano, a formação da agenda se dá a partir da seleção dos casos que serão admitidos para julgamento pela Corte, dada a completa discricionariedade a ela atribuída para determinar o que será decidido no exercício de sua competência recursal. No modelo brasileiro, o momento de definição da agenda se dá após o juízo de admissibilidade dos casos<sup>15</sup>, seja no exercício de sua competência originária ou recursal.

Embora tais diferenças estejam presentes e sejam relevantes, não se pode perder de vista que a SCOTUS serviu como uma espécie de modelo para a criação do STF<sup>16</sup>. Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade, de origem norte-americana, representa o grande gargalo do estoque de processos no STF. Por isso, os mecanismos de controle de estoque adotados por lá, que foram inicialmente pensados para limitar o número de casos que chegam à Corte, mas que passaram a servir a outros fins, são relevantes para refletir sobre a forma através da qual o STF controla o seu estoque e seleciona os casos que irá julgar.

Tais razões justificam a apresentação e a reflexão sobre o modelo adotado nos Estados Unidos. O propósito, portanto, não é meramente descritivo, porque dialoga com o modelo brasileiro. As categorias identificadas pelos autores norte-americanos são importantes e relevadoras, mas devem ser cuidadosamente aplicadas ao modelo brasileiro, evitando-se a importação acrítica de conceitos incompatíveis com a realidade nacional.

Partindo para reflexão aprofundada da realidade do *agenda-setting* no STF, será abordada inicialmente a evolução histórica da gestão da pauta na Corte. Através da coleta de dados em entrevistas e em materiais jornalísticos, pretende-se identificar evidências de que, de fato, o componente estratégico está presente na gestão da pauta. Em segundo lugar, serão demonstrados os mecanismos de manipulação da pauta, seja pelo presidente do STF, ao elaborá-la, seja pelos demais Ministros, ao utilizarem-se das condicionantes regimentais para neutralizar a atuação do Presidente.

O capítulo 5 será dedicado à análise do comportamento estratégico da Ministra Cármen Lúcia, à luz do referencial teórico apresentado. Pretende-se demonstrar evidências empíricas, através da coleta de dados por pesquisa documental e por entrevistas, que a Ministra Cármen Lúcia atuou estrategicamente ao não pautar o julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54, optando por uma *second best decision*, levando a julgamento o *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Cogitam-se três ordens de fatores que influenciaram a decisão da ex-presidente.

---

<sup>15</sup> É possível se cogitar da utilização de componentes estratégicos para o reconhecimento da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário. Este ponto, no entanto, não será objeto de discussão na presente tese, podendo constituir uma nova agenda de pesquisa na área.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. **História do STF**: defesa das liberdades civis. Tomo I. 1891 - 1898. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

Em primeiro lugar, do ponto de vista legal, o STF já havia decidido a questão, em tese, no ano de 2016, após um histórico de idas e vindas jurisprudenciais. Uma nova virada na jurisprudência iria de encontro a princípios relevantes para o Estado de Direito, dentre os quais pode-se citar a segurança jurídica, preservada através da previsibilidade e da estabilidade dos precedentes firmados pelo STF. Assim, ciente do grande potencial de alteração do entendimento, a melhor opção para preservar tais valores seria não submeter o caso a julgamento. A opção pelo julgamento do HC n. 172.542/PR, um caso concreto, permitiria a manutenção do entendimento fixado em Repercussão Geral, quando o tema foi discutido em tese. Conforme se verá, o motivo ora cogitado foi expressamente declarado pela Ministra Cármen Lúcia como justificativa para não pautar os casos.

Em segundo lugar, do ponto de vista institucional, ao decidir não pautar as ADCs, a Ministra Cármen Lúcia considerou o “*timing*” inadequado, visto que a Corte há menos de dois anos já havia indeferido a medida cautelar nestes mesmos casos e fixado o tema em repercussão geral. Ademais, o caso era altamente polarizante e uma nova decisão poderia interferir no processo eleitoral de 2018. Considerou ainda que um novo julgamento do caso poderia atingir diretamente a legitimidade da Corte, diminuindo a sua importância institucional. Tais razões também foram expressamente declaradas pela Ministra Cármen Lúcia como justificativas para sua decisão.

Por fim, do ponto de vista ideológico, a então Presidente votou pela possibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância, e, no período em que os fatos se passaram, alinou-se ao grupo de Ministros favoráveis ao aprofundamento das investigações da Lava Jato. Há fortes indícios de que o fator ideológico a influenciou a não colocar os casos em pauta, embora isso nunca tenha sido dito por ela expressamente. É que a essa altura, ciente de que os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli haviam alterado seu posicionamento, a inclusão em pauta dos casos certamente provocaria mais uma reversão na jurisprudência da Corte, afastando-a da posição de sua preferência e retirando um dos mecanismos mais eficientes para a elaboração das colaborações premiadas no âmbito da investigação.

Outros elementos ideológicos, como a vinculação partidária decorrente da indicação presidencial para o cargo de Ministra do STF foram afastados. Com efeito, não há evidências empíricas capazes de sustentar que a decisão foi motivada por interesses político-eleitorais, pelo fato de o ex-presidente Lula, possível beneficiado pelo novo julgamento do caso, ter sido o responsável por sua indicação para o cargo.

Em suma, não há razões que impeçam a conclusão de que todos esses fatores citados influenciaram nos cálculos estratégicos elaborados pela Presidente. A bem da verdade,

considerando-se que o comportamento estratégico no processo decisório é um meio para a implementação de fins caros ao juiz, havendo alinhamento entre eles, nada mais natural que eles, conjuntamente, tenham conduzido a Ministra Cármen Lúcia a decidir não submeter ao plenário presencial as ADCs, mas sim o HC.

Ao final do capítulo, dedicam-se algumas linhas ao desfecho do caso. Após a saída da presidência da Ministra Cármen Lúcia, e a assunção do cargo pelo Ministro Dias Toffoli, o caso foi efetivamente julgado em novembro de 2019.

Por fim, dedica-se o capítulo 6 à reflexão quanto à legitimidade do modelo de elaboração da pauta e dos mecanismos de controle de agenda pelo STF. Por um lado, entende-se que o poder de decidir o que será decidido é positivo para a preservação da legitimidade da Corte. Para além disso, em um cenário de total congestionamento da pauta, a atividade seletiva é inerente à organização dos trabalhos da Corte.

De outro lado, a forma lacônica como o modelo foi regulamentado no Regimento Interno vigente, atribuindo-se de forma discricionária ao Presidente o poder de definir a agenda, condicionando-o à iniciativa do relator e submetendo-o ao bloqueio dos pedidos de vista dos demais Ministros, criou um mecanismo de concorrência entre eles, que prejudica o sentido de colegialidade que deve nortear as atividades de um Tribunal.

Nesse sentido, reflexões doutrinárias produzidas por autores nacionais são capazes de jogar luzes sobre o problema, com o objetivo de aperfeiçoar o nosso sistema. O resgate histórico fornecido pelo estudo dos regimentos internos da Corte oferece alternativas para que o tema seja novamente pensado. Também a análise de modelos adotados por Cortes Constitucionais de outros países oferece elementos positivos para incrementar o modelo brasileiro.

No capítulo 7, considerações finais concluem a abordagem proposta, demonstrando que o poder de agenda se constitui em um instrumento apto a proporcionar oportunidades ao presidente, ao relator e aos demais Ministros, para buscar concretizar seus objetivos pessoais. Atesta-se, ainda, que, no caso selecionado, a Ministra Cármen Lúcia agiu estrategicamente, recusando-se a pautar as ADCs n. 43, 44 e 54, influenciada por propósitos legalistas, institucionais e ideológicos, optando, alternativamente, pela submissão do HC n. 152.752/PR, que reunia maiores condições de concretizar os seus interesses pessoais.

## 1. METODOLOGIA DE PESQUISA<sup>17</sup>

Pesquisas empíricas são caracterizadas por se basearem em dados, termo utilizado para representar fatos sobre o mundo<sup>18</sup>, e tem por objetivo atingir um dentre três fins, ou mesmo uma combinação entre eles, quais sejam: coletar dados, resumir dados ou fazer inferências descritivas ou causais, que consistem na utilização de fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos<sup>19</sup>. Apesar de importantes, pesquisas empíricas são pouco difundidas no meio jurídico brasileiro, muito em razão de um ensino do direito essencialmente formalista, positivista e dogmático

Nesse contexto, pretende-se avaliar, do ponto de vista empírico, a relevância da função exercida pelo presidente do STF, que, sozinho e sem critérios pré-estabelecidos, escolhe os casos que serão submetidos à apreciação do plenário presencial da Corte. Esta competência, tal qual estabelecida pelo Regimento Interno, atribui a ele uma ferramenta capaz de permiti-lo gerenciar estrategicamente a Corte, através da escolha dos casos submetidos à sua composição plenária presencial.

Para desenvolver esta pesquisa, cujo caráter é dedutivo<sup>20</sup>, optou-se por uma estratégia metodológica qualitativa, que consiste no estudo de caso a respeito da não inclusão em pauta de julgamento do Plenário Presencial do STF, na gestão da Ministra Cármen Lúcia, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Naturalmente, como em toda pesquisa empírica, há algum grau de incerteza nas conclusões a que se pretende chegar<sup>21</sup>. Isso se torna ainda mais evidente em investigações com viés comportamental.

<sup>17</sup> A estrutura metodológica adotada por esta tese foi inspirada em Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Campus Ribeirão Preto, elaborada por Taísa Magro Ostini, sob orientação do professor Sérgio Nojiri, intitulada: A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência: um estudo de caso sobre o processo decisório do STF. Embora gestadas de forma absolutamente dissociada, a presente tese e a referida dissertação dialogam sobre o mesmo problema e se complementam, pois abordam fases diferentes do processo decisório que culminou com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

<sup>18</sup> EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito**: as regras da inferência. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 11.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>20</sup> Pesquisas são consideradas dedutivas quando consistem no teste de elaboração de hipóteses a partir de um marco teórico. Em, CAPPI, Ricardo. A teorização fundamentada nos dados. *In*: MACHADO, Maíra Rocha. (org.). **Pesquisar Empiricamente o Direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 391 - 422, p. 395. Ainda segundo o autor, em uma pesquisa prevalentemente dedutiva, “parte-se de uma teoria relacionada com o fenômeno estudado, da qual se deduz uma (ou mais) hipótese(s), destinadas a ser verificadas através da observação. Contudo – é possível – e até esperável – que no decorrer da observação apareçam novos elementos, inesperados, que levem a modificar as hipóteses iniciais e/ou gerar novas hipóteses, ensejando assim a vertente indutiva da produção de conhecimento. *Ibidem*, p. 396/397.

<sup>21</sup> EPSTEIN, Lee; KING, Gary, *op. cit.*, p. 63.



### 1.1. Estudo de caso

Estudo de caso é um método de pesquisa qualitativa<sup>22</sup> que consiste em uma série de técnicas a serem empregadas com o objetivo de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais, estando dissociado de dados quantificáveis<sup>23</sup>. Pesquisas qualitativas tem por objetivo reunir a maior quantidade possível de informações, para que seja possível ver o objeto de estudo em sua complexidade, suas múltiplas características e relações<sup>24</sup>. Com efeito, estudos de caso podem contribuir decisivamente para a compreensão de fenômenos individuais, organizacionais, sociais e políticos<sup>25</sup>.

A abordagem qualitativa justifica-se por ser uma forma adequada de entender a natureza de determinados fenômenos sociais, devendo ser utilizada, precipuamente, quando se pretende investigar três aspectos específicos. Atos do passado dos quais se dispõe de pouca informação; aspectos psicológicos de determinados atores cuja participação em determinado fenômeno social foi decisiva, ou ainda; indicadores do funcionamento de estruturas sociais<sup>26</sup>. As três situações se encaixam nos objetivos da presente pesquisa, dado que se pretende reconstituir fatos do passado relacionados à não inclusão em pauta do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, a partir da perspectiva de Ministros que ocuparam posições institucionais diversas no caso e da imprensa especializada, que repercutiram na dinâmica de funcionamento dos arranjos institucionais do STF.

O bom desenvolvimento do estudo de caso pressupõe acesso do pesquisador a informações essenciais, pela via documental ou ainda pelo acesso a atores relevantes por meio de entrevistas<sup>27</sup>, e tem autonomia suficiente para justificar-se como estratégia metodológica principal de uma pesquisa em direito<sup>28</sup>. Importante registrar, por fim, que pesquisas empíricas

<sup>22</sup> CRESWELL, John W. **Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**, 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 38.

<sup>23</sup> IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. (org.). **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 14.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>25</sup> YIN, Robert K. **Estudo de Caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. p. 21.

<sup>26</sup> RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

<sup>27</sup> PINTO Junior, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27–48, jan./abr 2018, p. 41.

<sup>28</sup> MACHADO, Maíra Rocha. O Estudo de Caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. (org.). **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 358.

baseadas em estudos de caso não necessariamente tem pretensões de generalização, pois voltam os olhos para o caso analisado, nada obstante seja possível, em alguma medida, obter generalizações analíticas ou generalizações de casos típicos<sup>29</sup>.

Nesse sentido, o estudo de caso não representa uma amostragem, sendo que o objetivo do pesquisador é expandir e generalizar teorias (generalização analítica) e não enumerar frequências (generalização estatística)<sup>30</sup>. Nesta pesquisa, pretende-se, a partir da análise do caso escolhido, associada à coleta de dados, extrair uma generalização teórica (analítica) que permita concluir que o processo de escolha dos casos a serem submetidos a julgamento pelo Plenário Presencial do STF está submetido a influências externas e revela uma oportunidade de comportamento estratégico por parte do presidente da Corte. Não se deve inferir daí que o exercício da referida competência será sempre governado por elementos estratégicos.

Identificado o motivo inicial da pesquisa e o referencial teórico disponível, cumpre ao pesquisador acessar, através da coleta de dados, informações que, relacionadas com o caso escolhido, proporcionarão as condições necessárias para que se chegue a uma conclusão. Adiante, serão expostas as diferentes abordagens de coleta de dados que serão exploradas, a exemplo da pesquisa documental, que se fará a partir da análise de documentos de diversas origens, decisões judiciais e Regimentos Internos (revogados e o vigente) do STF e entrevistas com atores relevantes no caso estudado, comumente utilizadas de forma associada em uma pesquisa empírica.

## 1.2. Delimitação do caso: a não inclusão em pauta do Plenário Presencial das ADCs 43, 44 e 54, na gestão da Ministra Cármen Lúcia

O sucesso na utilização do método de estudo de caso pressupõe a sua exata definição, diferenciando o que seja exatamente o “caso” e o seu contexto histórico<sup>31</sup>. Assim, revelar a razão pela qual o caso foi selecionado e o seu modo de construção torna-se imprescindível. Com efeito, o caso escolhido envolve o imbróglio acerca da não inclusão na pauta do Plenário Presencial do STF das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, na gestão da Ministra Cármen Lúcia, todas de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, que discutiram a

---

<sup>29</sup> IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. (org.). **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 21.

<sup>30</sup> YIN, Robert K. **Estudo de Caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 54.

<sup>31</sup> MACHADO, Maíra Rocha, op. cit., p. 374.

constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que exige o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o início da execução da pena.

Também relevante é o contexto político-eleitoral para compreensão do imbróglio que se instaurou no STF naquele período, pois o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade poderia repercutir na situação do ex-Presidente Lula, que havia sido preso em razão de uma condenação criminal proferida por um tribunal de segunda instância. A reversão do entendimento fixado pelo STF poderia garantir a sua participação no processo eleitoral de 2018, não necessariamente como candidato, mas pelo menos como cabo eleitoral do candidato de seu partido.

Em que pesem os elementos que compõem o contexto histórico sejam relevantes e até mesmo determinantes para o desenrolar dos fatos observados, o interesse reside primordialmente no exercício da competência de elaboração da pauta de julgamento do Plenário Presencial da então presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia. A forma como a questão foi conduzida pela então presidente parece extremamente elucidativa sobre o objeto que se pretende investigar, qual seja, a efetiva existência de influências externas no processo decisório do STF, em um tema cuja repercussão ultrapassou as fronteiras jurídicas e atingiu em cheio o conturbado contexto político do Brasil no período.

Com efeito, o debate sobre a inclusão ou não do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 revela que a competência atribuída ao presidente do STF permite a ele lançar mão de comportamentos estratégicos para a consecução de objetivos próprios, fixados a partir de compreensões pessoais sobre o tema controvertido e sobre as consequências de eventual decisão que venha a ser proferida na hipótese de o caso ser levado a julgamento. Em suma, pretende-se com o estudo do caso proposto, de caráter empírico, avaliar os arranjos institucionais que movimentam a Corte na prática. Com isso, quer-se compreender quais os reflexos desta dinâmica para as deliberações colegiadas no STF, “priorizando a observação da realidade fática subjacente ao direito, e não a interpretação do direito para a solução de problemas práticos”<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> PINTO Junior, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27–48, jan./abr. 2018, p. 32.

### 1.3. Coleta de dados

Delimitado o caso que se pretende estudar, cumpre ao pesquisador estabelecer a estratégia de coleta de dados, que frequentemente envolve um ou mais métodos empíricos de pesquisa. É através do conjunto de informações adquiridas nesta fase que se tornará possível a construção da narrativa do caso, onde se registra tudo aquilo que se observou do material coletado. Através dos dados, buscar-se-á produzir inferências descritivas, que irão subsidiar o teste da hipótese, seguindo-se o método dedutivo.

O roteiro metodológico adotado para o presente estudo de caso envolve a coleta de dados i) por pesquisa documental, cujo escopo abrange a análise de atos normativos, jurisprudência, a revisão bibliográfica e material jornalístico, e; ii) por entrevistas.

#### 1.3.1. Pesquisa Documental

A pesquisa documental, diferentemente do que se supõe, tem um caráter essencialmente abrangente. Nesse sentido, uma pesquisa baseada em algum tipo de instrumento jurídico, seja uma norma, um conjunto de decisões proferidas pelos tribunais, autos ou peças processuais, ingressamos no campo da pesquisa jurídica empírica, com foco especial na pesquisa documental<sup>33</sup>.

Dada a sua importância para a pesquisa empírica, caberá ao pesquisador estabelecer critérios para a seleção dos documentos que serão utilizados, na medida em que servirão para embasar a hipótese que se pretende testar. Sendo assim, os documentos selecionados devem ser autênticos e gozar de credibilidade e representatividade quanto ao fato pesquisado. Devem ainda ter um sentido claro e compreensível e, por fim, deve o documento ser analisado à luz de um referencial teórico prévio, que permita ao pesquisador interpretá-lo<sup>34</sup>. Cada um dos itens a seguir enumerados justificará a razão pela qual o método de coleta de dados foi escolhido e o critério utilizado para sua seleção.

---

<sup>33</sup> REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Maíra Rocha. Organizadora. **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 193.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 207.

#### 1.3.1.1. Atos normativos

O STF é uma instituição centenária, tendo sido criada pela primeira Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Historicamente, foi precedido pela Casa de Suplicação do Brasil, criada pelo Príncipe Regente, quando da chegada da Família Real Portuguesa, por alvará de 10 de maio de 1808 e, posteriormente, pelo Supremo Tribunal de Justiça, criado pelo art. 163 da Carta Imperial de 1824. Sua instalação se deu em 28 de fevereiro de 1891, conforme determinação constante no Decreto n. 1, de 26 de fevereiro de 1891. De lá para cá, esteve presente em todas as Constituições, sendo certo que a Constituição Federal de 1988 lhe reservou posição de relevo no cenário político Brasileiro. Como não poderia deixar de ser, o texto constitucional estabelece regramentos amplos, cabendo ao Regimento Interno da Corte instituir a sua dinâmica de funcionamento.

Conforme se verá, é no Regimento Interno que estão previstos os poderes dos Ministros, relatores, vistores e do presidente da Corte, assim como as competências dos seus órgãos fracionários e de seu Plenário. Boa parte dos comportamentos estratégicos observados pela literatura nacional estão fundamentados em poderes instituídos pelo Regimento Interno. Para os objetivos desta pesquisa, é fundamental compreender o papel desta norma na atribuição, ao presidente da Corte, da competência para instituir a pauta de julgamentos do Plenário Presencial, bem como do relator e dos demais Ministros, que podem respectivamente, impedir que o caso vá a julgamento ou mesmo interromper o julgamento já iniciado. A investigação histórico-normativa é importante, razão pela qual serão resgatados os Regimentos Internos da Corte, desde 1891, investigando se e como esse poder foi distribuído na corte ao longo de toda a sua história.

#### 1.3.1.2. Análise qualitativa de decisões proferidas pelo STF

Em que pese o estudo de caso que ora se propõe não tenha por objeto a análise do julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, muito menos uma investigação a respeito de como a Corte decidiu sobre o assunto na sua história recente, mas sim analisar a sua não inclusão em pauta do Plenário Presencial do STF durante a gestão da Ministra Cármen Lúcia, a histórica oscilação de jurisprudência da Corte a respeito da possibilidade de execução provisória de sentença penal condenatória em segunda instância integra o contexto histórico do caso selecionado. Uma das tarefas metodológicas mais

importantes do modelo empírico de estudos de caso é separar o contexto histórico do caso analisado, sem descuidar, naturalmente, das relações entre eles.

Pode-se afirmar que esse contexto histórico-jurisprudencial, que é anterior ao julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, é o principal responsável pelo imbróglio sobre a inclusão em pauta para julgamento. Com efeito, a sucessiva alteração de entendimentos da Corte, a alteração da composição do colegiado com a chegada de novos Ministros e até mesmo a alteração de entendimento por parte de dois Ministros especificamente, gerou uma compreensão no relator, nos demais Ministros, na comunidade jurídica e na sociedade de uma maneira geral, de que o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade teria alto potencial de alterar mais uma vez o entendimento do STF.

O interessante é que a oscilação de entendimentos serviu a um só tempo para justificar a resistência ao novo julgamento, por parte da então presidente, e para fundamentar a pressão, por parte do relator, para a efetiva designação de data para novo julgamento. Tem-se, portanto, por fundamental, a compreensão do contexto histórico a partir da análise qualitativa das decisões proferidas pelo STF a respeito do tema.

### 1.3.1.3. Revisão Bibliográfica

A revisão bibliográfica<sup>35</sup>, através da qual o pesquisador extrai o seu marco teórico, exerce um papel fundamental em trabalhos acadêmicos e “compreende o direito aplicável nas suas várias expressões ou fontes reconhecidas”<sup>36</sup>. É através dela que o pesquisador se esforçará para encontrar na literatura tudo aquilo que já foi produzido de relevante a respeito do tema, possibilitando assim que a sua contribuição acadêmica acrescente novas reflexões para pesquisadores futuros que venham a ter acesso ao trabalho realizado.

Para esta pesquisa qualitativa, o marco teórico exerce um papel fundamental. O interesse pelo tema surgiu a partir de uma observação empírica ligada ao exercício das atividades profissionais do autor perante o STF. No entanto, esta observação somente faria algum sentido, do ponto de vista acadêmico, se houvesse um marco teórico que a justificasse, na medida em

---

<sup>35</sup> Em pesquisas qualitativas, a função inicial da revisão de literatura é auxiliar em definições assim como justificar ou documentar a necessidade de realizar o estudo, além de servir como referência para a comparação de resultados. Em, SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Maria Del Pilar Baptista, **Metodologia da Pesquisa**. 5 ed. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 382.

<sup>36</sup> PINTO Junior, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27–48, jan./abr. 2018, p. 36.

que, diante de estratégias empíricas bem-sucedidas, deve ainda o pesquisador esforçar-se para interpretar seus resultados à luz do marco teórico escolhido<sup>37</sup>. É imprescindível que se proponha uma abordagem devidamente fundamentada e teoricamente consistente para resolver o problema a partir de referências teóricas ou práticas bem definidas<sup>38</sup>.

Sendo assim, a compreensão a respeito dos fatores extrajurídicos que influenciam no processo decisório de Supremas Cortes robustece, do ponto de vista teórico, a compreensão empírica experimentada pelo autor, sendo o alicerce sobre a qual se estrutura todo o trabalho. É dizer, a observância empírica quanto ao elemento estratégico inerente ao processo de formação da pauta do STF perderia boa parte de sua atratividade se não contasse com um referencial teórico consistente a justificá-lo.

Partiu-se, portanto, da análise doutrinária sobre os modelos de comportamento judicial (legalista, atitudinal e estratégico), surgidos inicialmente a partir de pesquisas realizadas nos Estados Unidos, tendo como pano de fundo os trabalhos da Suprema Corte daquele país, que alteraram o eixo de discussão da teoria geral do direito até então dominante, centrado essencialmente em preocupações descritivas sobre o conceito de direito, passando a valorizar compreensões realísticas sobre o fenômeno jurídico<sup>39</sup>. O movimento deu origem ao nascimento de escolas como o realismo jurídico, o pragmatismo jurídico e análise econômica do direito.

Após a reflexão quanto aos modelos de comportamento judicial, partiu-se para a análise de trabalhos empíricos, produzidos principalmente por cientistas políticos, voltados à investigação dos fatores que influenciam os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão quanto a admissão do *writ of certiorari*, que nos dias de hoje é a principal, senão a única, porta de entrada da competência recursal. O desenvolvimento destes estudos deu origem a uma promissora linha de pesquisa, que passou a se debruçar sobre os mecanismos de *agenda-setting* naquela Corte.

Inspirados nos trabalhos publicados nos Estados Unidos, pesquisadores brasileiros, juristas e cientistas políticos, passaram a observar o comportamento do STF como instituição e dos seus Ministros individualmente. Mais recentemente, interessaram-se, assim como nos

---

<sup>37</sup> CASTRO, Alexandre Samy. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. Organizadora. **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 58.

<sup>38</sup> PINTO Junior, Mário Engler, op. cit., p. 36.

<sup>39</sup> Sobre o tema, ver: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Estados Unidos, pelo estudo sobre os mecanismos de acesso à Suprema Corte brasileira, que embora similar ao modelo norte-americano, possui peculiaridades que exigem uma reflexão própria. Com efeito, há vasta produção acadêmica nacional voltada a explicar a dinâmica de funcionamento da Corte em relação à opinião pública e a imprensa; a tensão entre a atividade produzida em controle de constitucionalidade e o princípio da separação dos poderes; as estratégias dos Ministros no relacionamento com os demais integrantes do colegiado; os filtros processuais que levam ao Supremo, na sua competência recursal, e, por fim; ao modelo de elaboração da pauta de julgamentos da Corte. É sob os influxos deste marco teórico que esta pesquisa empírica se desenvolverá.

#### 1.3.1.4. Material Jornalístico

O STF certamente é, de todas as instituições brasileiras, uma das que mais concentra citações na imprensa<sup>40</sup>. Esta constatação decorre, especialmente, das consequências que as decisões judiciais proferidas pela Corte provocam na sociedade brasileira. Não há assuntos relevantes para a sociedade brasileira que não cheguem ao conhecimento da Corte. As razões podem ser creditadas a fatores institucionais exógenos à própria corte, mas também a fatores endógenos<sup>41</sup>.

A pesquisa jornalística será basicamente realizada por meio da mídia *online*, concentrando-se especialmente nos principais portais de comunicação de massa, dentre os quais se destacam os jornais Folha de São Paulo, Estadão, Valor Econômico, o Globo, a revista Veja e o site de notícias Uol. Veículos de comunicação especializados na área jurídica exercem papel importante na pesquisa, podendo ser citados o sítio eletrônico Conjur e o portal Jota Online. Não há um período específico a ser estabelecido previamente, especialmente porque se pretende pesquisar o comportamento dos ex-presidentes da Corte quanto aos seus critérios de elaboração da pauta de julgamentos. Basicamente, através de ferramentas de pesquisa *online* como o *Google*, as matérias jornalísticas encontradas, que guardavam pertinência com o tema,

---

<sup>40</sup> De acordo com levantamento encomendado pela Advocacia-Geral da União em 2012, o STF é a instituição ligada ao Judiciário que concentra o maior número de citações em jornais, revistas, agências de notícias em sites. Com um total de 17.181 citações, o STF ficou à frente da AGU, que teve 8.023 notícias, seguido pelo Ministério Público Federal, que teve 6.062 citações e por fim o Superior Tribunal de Justiça, que teve 4.920 citações. Em, VASCONCELLOS, Marcos de. **CONJUR**. AGU tem mais presença na imprensa do que o STJ. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-fev-01/stf-presenca-imprensa-advocacia-geral-uniao>. Acesso em: 30 nov. 2021.

<sup>41</sup> Sobre como fatores exógenos e endógenos influenciam na ampliação das competências do STF, ver ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no STF pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25–45, jan./jun. 2014.



publicadas em veículos de comunicação de grande circulação e com boa reputação, foram utilizadas como fonte de dados.

### 1.3.2. Coleta de dados por Entrevistas

A coleta de dados a partir de uma entrevista consiste em uma estratégia qualitativa<sup>42</sup>, que tem por objetivo extrair do entrevistado a sua versão sobre os fatos que se pretende explorar. Entrevistados podem ser classificados como informantes de experiência, na medida em que, por terem atuado diretamente no caso estudado, possuem informações precisas sobre o objeto de pesquisa<sup>43</sup>.

Nesse sentido, o fato de o indivíduo ter vivenciado o problema exposto no caso estudado, o transforma em uma valiosa fonte de dados. Neste caso, o entrevistador se interessa pela reconstituição dos fatos vividos pelo entrevistado, sendo certo que seu testemunho passa a ser imprescindível não apenas para a reconstituição dos acontecimentos ligados ao caso, mas também para compreender diferentes visões sobre o evento.

Naturalmente, a subjetividade inerente à percepção pessoal do entrevistado pode gerar algum nível de desconfiança por parte do leitor em face dos dados coletados. Até mesmo a própria veracidade das informações pode ser questionada, pois não há nada que garanta que o entrevistado de fato ofereceu respostas verídicas. No entanto, somente através de métodos qualitativos de pesquisa, e a entrevista é um deles como já se viu, se pode captar determinados aspectos da compreensão humana<sup>44</sup>, e são esses aspectos que se pretende buscar.

Dentre as diversas técnicas de entrevistas utilizadas pelos pesquisadores, optou-se pelo modelo semiestruturado ou semidiretivo, através do qual promove-se uma interação, estruturada e dirigida pelo pesquisador, permitindo-se ao entrevistado explorar as suas percepções sobre determinados aspectos da realidade social<sup>45</sup>. Neste modelo, permite-se ao

---

<sup>42</sup> Estratégia idêntica foi utilizada por H. W. Perry Jr, para construir trabalho semelhante a este, voltado à análise do modelo de *agenda-setting* na Suprema Corte dos Estados Unidos, quando promoveu diversas entrevistas com 5 *Justices*, 64 *clerks* daquele tribunal, 7 juízes do *DC Circuit Court of Appeals*, além de 4 *ex-Solicitor Generals* e 4 importantes advogados integrantes do *Solicitor General's Office*. Por fim, um importante funcionário da Corte, com grande conhecimento sobre seu funcionamento. A obra é relevante e será amplamente citada nesta tese. Em PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1994, ebook.

<sup>43</sup> XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: MACHADO, Maíra Rocha. Organizadora. **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 152.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 125.

entrevistado de certa forma guiar a entrevista a partir de uma diretriz inicial oferecida pelo entrevistador, que tem por objetivo provocar a percepção do entrevistado sobre o tema, dando-lhe um direcionamento para que então possa iniciar a sua fala a partir do contexto apresentado.

No entanto, o entrevistado não terá total liberdade para seguir o caminho que bem entender, cabendo ao entrevistador, através das perguntas previamente formuladas, guiar a entrevista de maneira que o entrevistado fale sobre os temas que são pertinentes para a elucidação do caso selecionado para estudo.

#### 1.3.2.1. Escolha dos entrevistados

Dois Ministros do STF são personagens especialmente relevantes para que se possa formar uma compreensão a respeito do que se passou na discussão da inclusão em pauta de julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Ambos exerceram um papel institucional diferenciado dos demais Ministros do STF no caso.

A primeira é a Ministra Cármen Lúcia, então Presidente do STF, que tinha a competência regimental para determinar os casos que seriam submetidos ao julgamento colegiado no plenário presencial da Corte. Conforme se verá através da coleta de dados, a ex-presidente resistiu a pressões oriundas de diversos setores, internos e externos à Corte, que demandavam a imediata submissão dos casos a julgamento pelo colegiado.

O segundo é o ex-Ministro Marco Aurélio, relator das ações. Cabe ao relator, após a conclusão de seu voto, disponibilizar o caso para julgamento pela composição colegiada do Tribunal, quando designada a data pela presidência. Dentro do *iter* regimental, é o primeiro passo para que um julgamento colegiado seja levado a efeito no tribunal. Conforme se verá através de informações obtidas pela coleta de dados, o ex-Ministro Marco Aurélio cobrou publicamente da Ministra Cármen Lúcia, por diversas oportunidades, a designação da data de julgamento dos casos, o que terminou não se concretizando até o final da sua gestão.

A entrevista de ambos é crucial por ser capaz de apresentar perspectivas reais e diretas de atores importantes no desenrolar do caso<sup>46</sup>. Conforme visto, ambos os Ministros são informantes de experiência, e seus testemunhos são ricas fontes de dados para se aproximar da

---

<sup>46</sup> Apesar de ter sido convidada a dar entrevista, o gabinete da Ministra Cármen Lúcia não respondeu ao nosso contato, frustrando-se as expectativas nesse aspecto.

resposta ao objeto da presente pesquisa. A eles somam-se o Ministro Luiz Fux, o jornalista Felipe Recondo e a Procuradora da República Luana Vargas Macedo.

O Ministro Luiz Fux teve participação relevante na discussão quanto a inclusão em pauta das ADCs, conforme se verá dos relatos apresentados pela imprensa. Além disso, o Ministro Fux, poderá contribuir com um testemunho pessoal sobre os fatores que levou em consideração para elaborar a pauta de julgamentos do STF, quando no exercício da presidência da Corte entre 2020 e 2022.

Relativamente ao jornalista Felipe Recondo, pretende-se extrair uma visão da imprensa especializada em cobrir o STF, quanto ao exercício da competência pelo Presidente da Corte. A imprensa e a opinião pública exercem relevante influência nos rumos da Corte. Para além disso, Recondo é autor do livro *Os Onze*, documento fartamente utilizado pela pesquisa na coleta de dados. Sua dupla perspectiva, como jornalista e como autor, certamente trará evidências valiosas, capazes de indicar caminhos para a conclusão a que se pretende chegar.

Por fim, em relação à Procuradora da República Luana Vargas Macedo, sua experiência como integrante da força tarefa da Lava Jato perante o STF será capaz de revelar a visão do Ministério Público Federal<sup>47</sup> a respeito da importância da possibilidade de início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância para o sucesso das investigações.

#### 1.3.2.2. Fases do método

Entrevistas realizadas sob o modelo semiestruturado possuem basicamente três fases, sendo a elaboração do roteiro de entrevista a primeira delas, seguida da entrevista propriamente dita e finalizada pela transcrição integral da entrevista<sup>48</sup>.

A fase inicial destina-se a oferecer ao entrevistador a possibilidade de se planejar adequadamente quanto aos caminhos que serão percorridos para que se possa ao final atingir o objetivo proposto. Na prática, a interação face a face com o entrevistado pode provocar desvios

---

<sup>47</sup> Foram feitos contatos com a defesa do ex-Presidente Lula, através de contatos institucionais, para oportunizar que um outro lado também fosse ouvido. Infelizmente, tais contatos não foram bem sucedidos.

<sup>48</sup> MANZINI, Eduardo José. Considerações sobre a transcrição de entrevistas. In: MANZINI, Eduardo José. **A Entrevista na Pesquisa em Educação e Educação Especial: uso e processo de análise.** Texto apresentado para obtenção do título de livre-docência em Educação. Faculdade de Filosofia e Ciências - UNESP Marília. Observatório Nacional de Educação Especial (ONEESP), 2008. Disponível em: [https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto\\_orientacao\\_transcricao\\_entrevista.pdf](https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto_orientacao_transcricao_entrevista.pdf). Acesso em: 08 jun. 2021.

no percurso inicialmente previsto, cabendo ao entrevistador agir com habilidade para fazer com que o caminho seja restabelecido. Embora o propósito da entrevista semiestruturada seja permitir ao entrevistado refletir por conta própria sobre o tema proposto, deve o entrevistador, através da diretriz inicial, de perguntas e intervenções subsequentes, guiar o entrevistado para que ele efetivamente se pronuncie a respeito do tema que o trouxe para a entrevista.

Os personagens escolhidos para as entrevistas deste trabalho ocuparam posições diferentes em relação ao tema, às vezes até antagônicas, como se observou em relação à Ministra Presidente Cármen Lúcia e ao Ministro Marco Aurélio. Por essa razão, justificou-se a elaboração de algumas perguntas específicas a cada um deles, a depender do papel exercido no caso objeto de estudo, muito embora a diretriz inicial para todos seja a mesma. Naturalmente, a conduta dos entrevistados varia e provoca desvios nos rumos programados, de modo que não necessariamente todas as perguntas foram realizadas a todos os entrevistados, e também perguntas adicionais, não previstas, foram realizadas. A seguir, descrevo a diretriz inicial e os temas que sobre os quais as perguntas serão elaboradas.

*Diretriz inicial: Dentre as relevantes competências atribuídas ao Presidente do STF, está aquela que atribui a ele a responsabilidade pela elaboração da pauta de julgamentos do Plenário Presencial da Corte. Como o(a) senhor(a) enxerga o exercício desta competência, do ponto de vista da dinâmica interna do Tribunal e externa com a imprensa, opinião pública e demais poderes da República?*

Trata-se de um questionamento amplo o suficiente para colher dos entrevistados uma compreensão macro sobre o tema, permitindo-se, a partir das perguntas subsequentes, restringir a amplitude do diálogo para ingressar propriamente no objeto de pesquisa. As perguntas que serão direcionadas aos entrevistados giram em torno dos temas a seguir delineados:

- a) Excessiva concentração e discricionariedade de poder nas mãos do presidente do STF.
- b) Uso estratégico da pauta pelo Presidente.
- c) Instrumentos de manipulação da pauta pelo relator e pelos demais Ministros através do pedido de vistas.
- d) Possíveis critérios para regulamentação da atividade de elaboração da pauta.
- e) Fatores extrajurídicos que influenciam na elaboração da pauta pelo Presidente do STF, como a imprensa, opinião pública, corporações, políticos e sociedade civil organizada.
- f) Influências da generalização do Plenário Virtual nos poderes do Presidente do STF.
- g) Não inclusão em pauta das ADCs 43, 44 e 54 e julgamento do HC 152.752/PR.

- h) Importância da prisão em segunda instância para o sucesso das investigações da Lava Jato.
- i) Repercussões no cenário eleitoral de 2018.

A fase da entrevista propriamente dita certamente é o momento mais desafiador, no qual o entrevistador precisará extrair do entrevistado todas as informações que têm o potencial de contribuir com a confirmação da hipótese delineada na pesquisa. Com efeito, “a atitude do entrevistador em relação ao entrevistado é determinante para o sucesso ou não da entrevista, embora nem a melhor performance do mais experiente entrevistador possa garantir de antemão o sucesso da entrevista”<sup>49</sup>.

Relativamente à técnica de elaboração de perguntas, deve-se evitar elaborar mais de uma pergunta na mesma intervenção assim como perguntas cuja resposta possa se resumir a um sim ou não, optando por questionamentos que convidem o entrevistado a raciocinar e argumentar sobre o tema proposto. Por fim, deve-se evitar perguntas dirigidas, que consistem naquelas que influenciem o entrevistado ao que o entrevistador considera desejável<sup>50</sup>.

As entrevistas com o jornalista Felipe Recondo, com o Ministro Marco Aurélio e com o Ministro Luiz Fux foram concedidas por escrito, enquanto que a entrevista com a Procuradora da República Luana Vargas Macedo foi realizada por intermédio do aplicativo de videoconferências Zoom, tendo sido integralmente gravada em áudio e vídeo, após a assinatura do termo de consentimento por parte da entrevistada.

Na introdução, deve o entrevistador dar conhecimento prévio ao entrevistado sobre o que se pretende e por que se está fazendo a entrevista. Após, apresenta-se a diretriz inicial, cuja amplitude deve permitir ao entrevistado ter um primeiro contato com o tema, apresentando ao entrevistador uma visão geral da sua compreensão sobre o tema. Após, devem ser formuladas as perguntas pré-estabelecidas no roteiro, com acréscimos e decréscimos em razão dos rumos alcançados e pelas respostas oferecidas pelo entrevistado e pelo tempo disponível para entrevista. Por fim, a transcrição da entrevista é a última etapa. Nela, deve o entrevistador reproduzir os diálogos registrados, permitindo-se uma análise apurada de tudo que foi dito pelo entrevistado. Um de seus principais desafios é captar e reproduzir o contexto emocional, as ênfases expostas pelo entrevistado em determinados pontos da fala, e sua meta é transpor algo

---

<sup>49</sup> XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. *In*: MACHADO, Maíra Rocha. Organizadora. **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 129.

<sup>50</sup> RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 215.

sonoro, que pode ser escutado e re-escutado, para algo que foi vivenciado, para uma representação gráfica<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> MANZINI, Eduardo José. Considerações sobre a transcrição de entrevistas. *In*: MANZINI, Eduardo José. **A Entrevista na Pesquisa em Educação e Educação Especial**: uso e processo de análise. Texto apresentado para obtenção do título de livre-docência em Educação. Faculdade de Filosofia e Ciências - UNESP Marília. Observatório Nacional de Educação Especial (ONEESP), 2008. Disponível em: [https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto\\_orientacao\\_transcricao\\_entrevista.pdf](https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto_orientacao_transcricao_entrevista.pdf). Acesso em: 08 jun. 2021.

## 2. APRESENTAÇÃO DO CASO: DECIDINDO NÃO DECIDIR AS ADCs 43, 44 E 54

Tramitaram perante o STF as ADCs n. 43, 44 e 54, propostas respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2016, e pelo Partido Comunista Brasileiro, em 2018, todas sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nelas se discutiu a adequada interpretação que deveria ser atribuída ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e ao artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal, que dispõe que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

De um lado, estavam aqueles que entendiam que a Constituição somente permitiria o início da execução de sentenças penais condenatórias após o esgotamento de toda a via recursal prevista no Código de Processo Penal, vulgarmente denominados garantistas. No lado oposto, estavam aqueles que entendiam que a interpretação mais consentânea com a Constituição Federal permitiria o início do cumprimento de penas privativas de liberdade após a condenação em segunda instância, vulgarmente conhecidos como punitivistas<sup>52</sup>.

No contexto da tramitação dos processos supramencionados, criou-se um debate quanto ao exercício das atribuições conferidas ao Presidente do STF, que, ao dirigir os trabalhos das sessões plenárias, nos termos do artigo 13 do RISTF, deve selecionar os casos que serão submetidos a julgamento. É sob as luzes desta polêmica, que envolveu a sociedade brasileira como um todo, e colocou em rota de colisão os interesses da então presidente, Ministra Cármen Lúcia, e do relator dos casos, Ministro Marco Aurélio, que se pretende refletir sobre o poder estratégico do presidente do STF na elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte.

Pretende-se demonstrar que, neste caso, a competência para elaboração da pauta foi utilizada estrategicamente pela Ministra Cármen Lúcia, influenciada por fatores legalistas,

---

<sup>52</sup> Para os Ministros garantistas, a relativização do princípio da presunção de inocência importaria em uma “visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático”. Nesse sentido, defendem a necessidade de que ele prevaleça até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, bloqueando a imposição prematura de medidas que possam restringir ou afetar a esfera jurídica do cidadão. Por sua vez, os Ministros “punitivistas” destacam que atribuir caráter absoluto à presunção de inocência anularia os esforços das instituições empenhadas no combate à impunidade e à corrupção no país. Em, NETO, Roberto Grassi. Da prisão por força de acórdão condenatório emanado de órgão colegiado de segundo grau de jurisdição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 427, ano. 114, p. 219–235, 2018, p. 232.

institucionais e ideológicos. O estabelecimento da agenda de julgamentos do tribunal representa um dos exemplos em que o comportamento estratégico da Corte se mostra evidente<sup>53</sup>. Entre nós, dada a centralização da competência no presidente da Corte, recai sobre ele a responsabilidade de agir estrategicamente para eleger casos importantes e incluí-los em pauta, segundo critérios de relevância por ele estabelecidos, ou para excluir da pauta casos por ele reputados inconvenientes. Não se deve ignorar, no entanto, a presença das condicionantes regimentais, que mitigam o poder de agenda do presidente.

Embora o objeto principal da tese esteja relacionado ao poder de agenda, é imprescindível compreender o tema à luz da evolução da jurisprudência do STF sobre a prisão em segunda instância. Com efeito, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Corte enfrentou o tema em diversas oportunidades, tendo oscilado para um lado e para o outro a depender do momento histórico e da composição do tribunal, gerando uma situação de grave instabilidade e elevada insegurança jurídica no país<sup>54</sup>.

A apresentação do caso exige, ainda, uma contextualização histórica, visto que as ações foram propostas em um dos momentos mais críticos da história recente brasileira. Nele se desenvolveram investigações criminais, sobretudo a Lava-Jato, liderada pelo MPF, que desvendaram um grande esquema de corrupção envolvendo diversos setores do Governo Federal e grandes empresas do setor privado. Boa parte dos atos de corrupção envolveram, inicialmente, contratos firmados pela Petrobrás, sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário é a União.

Exige ainda uma contextualização política e eleitoral, haja vista que as polêmicas sobre o julgamento do caso ocorreram no contexto das eleições para o cargo de Presidente da República, ocorridas no ano de 2018. O desfecho das ações poderia impactar diretamente na campanha eleitoral que decidiria quem assumiria o cargo para o mandato que se iniciaria em 2019 e se estenderia até 2022.

---

<sup>53</sup> Para Epstein e Knight, “Como boa parte da literatura reconhece, a decisão de *certiorari* apresenta uma situação estratégica. Considerando a Regra dos Quatro, Ministros percebem que o resultado – admitir ou negar a revisão do caso – depende não da decisão de apenas um Ministro mas de quatro ou mais. O que normalmente se negligencia, entretanto, é que a decisão de *certiorari* contém todos os elementos de um problema de barganha. Tradução nossa. No original, “A much of the literature acknowledges, the decision over *certiorari* presents a strategic situation. Given the Rule of Four, justices realize that the outcome – granting or denying review – depends not on the decision of one justice but no four or more. What treatment often neglect, however, is that cert decision contain all the makings of a classic bargaining problem. Em, EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997, p. 58.

<sup>54</sup> REIS, Wanderlei José dos. Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: o STF e a estabilidade jurídica no país. **Conectonline**, Várzea Grande, v. 22, p. 17–37, jul. 2020, p. 23.



## 2.1. A evolução da jurisprudência do STF sobre execução provisória da pena após a condenação em segunda instância

A reflexão adequada sobre os fatores jurídicos e extrajurídicos que influenciaram a Ministra Cármen Lúcia a decidir por não pautar as ADCs n. 43, 44 e 54 exige uma análise prévia da jurisprudência do STF sobre a possibilidade de cumprimento da pena após a decisão em segunda instância, sob a égide da Constituição de 1988. Isto se deve ao fato de que a decisão de não pautar os casos foi influenciada preponderantemente por cálculos estratégicos que levaram em consideração a provável revisão do entendimento fixado em RG no ano de 2016.

O primeiro encontro<sup>55</sup> do STF com a discussão a respeito da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade ocorre com o HC n. 68.726/DF, de 28 de junho de 1991, relatado pelo Ministro Neri da Silveira. Nesta decisão<sup>56</sup>, a Corte indeferiu a ordem, entendendo, por unanimidade, ausentes os Ministros Sidney Sanches, então presidente da Corte, Marco Aurélio e Celso de Mello<sup>57</sup>, que a ordem de prisão, em decorrência de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Por essas razões, não prosperaria o entendimento segundo o qual esta providência entraria em conflito

---

<sup>55</sup> No mesmo sentido, STRECK, Lenio Luiz.; BRENDA, Juliano. A insurgência contra o HC 126.292. In: STRECK, Lenio Luiz, BRENDA, Juliano. (coord.). **O Dia em que a Constituição foi julgada: A História das ADC's 43, 44, 54** (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; PAULINO, Galtieni da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPTU**, Brasília, v. 50, p. 207–232, 2017, p. 209; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 135–156, 2018, p. 143; OSTINI, Taísa Magro. **A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência: um estudo de caso sobre o processo decisório do STF**. 2020. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Campus Ribeirão Preto, 2020, p. 39; REIS, Wanderlei José dos. Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: o STF e a estabilidade jurídica no país. **Conexão**, Várzea Grande, v. 22, p. 17–37, jul. 2020, p. 23, e; NETO, Roberto Grassi. Da prisão por força de acórdão condenatório emanado de órgão colegiado de segundo grau de jurisdição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 427, ano. 114, p. 219–235, 2018, p. 223; SOUZA, Luciano Anderson de. Prisão em segunda instância e presunção de inocência. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018; LACAVA, Nelson. Prisão decorrente de acórdão condenatório na 2ª instância: Ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência ou satisfação dos fins preventivos gerais e especiais da pena? In: REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília 20 nov. 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=71186>. Acesso em: 30 nov. 2021.

<sup>57</sup> Coincidentemente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, ausentes na sessão de julgamento do *Habeas Corpus*, mais tarde se posicionariam em sentido contrário. Ambos são os únicos Ministros que compunham a Corte à época do julgamento do *Habeas Corpus* e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

com o artigo 5º, LVII da Constituição Federal. A seguir, colaciono trecho do voto, que conduziu a maioria então vencedora:

Não considero, de outra parte, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, - cuja condenação a pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento se sua apelação contra a sentença desfavorável, - em conflito com a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, quando preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu.

O precedente fixado pelo STF em 1991 perdurou até o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, de 05 de fevereiro de 2009, relatado pelo Ministro Eros Grau. A partir da decisão<sup>58</sup> proferida neste caso, o STF, por maioria composta pelo relator e pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, passou a entender que a execução da pena após as instâncias ordinárias somente subsistiria se presentes os requisitos necessários para imposição de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Segundo a Corte, a execução da sentença na pendência dos recursos extraordinários implicaria em restrição do direito de defesa, sendo incompatível com a Constituição Federal.

Pela relevância, colaciono a seguir importante trecho do voto vencedor, que esclareceu o novo entendimento fixado pela Corte:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado — e ser culpado equivale a suportar execução imediata da pena — anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição — lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor — apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém

---

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em: 30 nov. 2021.

considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

Em nova virada jurisprudencial, firmada no HC n. 126.292/SP<sup>59</sup>, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, julgado em fevereiro de 2016, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, a Corte retoma sua posição original, em um momento histórico marcado pelo inconformismo da sociedade brasileira com atos de corrupção, especialmente em razão das investidas iniciais da operação Lava Jato<sup>60</sup>. Com uma composição amplamente reformulada em relação aos Ministros que participaram do julgamento em 2009<sup>61</sup>, novamente por uma maioria formada pelo relator e pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, a Corte afirma a possibilidade de execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, retomando a orientação firmada no HC n. 68.726/DF. Colho do voto proferido pelo Ministro Relator, o trecho a seguir:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias<sup>62</sup>.

Creditar a alteração de entendimento do STF a uma simples mudança na composição da Corte não explica de forma verdadeira o que a decisão representou naquele momento histórico peculiar. A bem da verdade, a análise da *ratio decidendi* dos julgados, associada à contextualização de fatores externos ao julgamento do HC é capaz de explicar de forma mais precisa as razões pelas quais o entendimento da Corte foi alterado<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 mai. de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 30 nov. 2021.

<sup>60</sup> CODO, Nathália Ferreira dos Santos. A mudança de posicionamento do STF em relação à prisão depois da condenação em segunda instância. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, n. 107, p. 373–397, 2018, p. 392.

<sup>61</sup> Cinco dos onze 11 Ministros que haviam participado do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 aposentaram-se antes deste julgamento. São eles: Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Eros Grau. Um deles, Menezes Direito, faleceu antes de sua aposentadoria.

<sup>62</sup> De acordo com o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, diversas democracias ocidentais permitem o início do cumprimento da pena após a decisão proferida em segunda instância. São elas: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

<sup>63</sup> De acordo com Fabiana Rodrigues e Rogério Arantes, “Parece razoável supor que fatores externos influenciaram a inclusão do *Habeas Corpus* em julgamento para viabilizar a mudança de posicionamento do STF. O exame

Quanto à *ratio decidendi*, no HC n. 84.078, a atuação da Corte esteve mais preocupada com a efetividade das garantias constitucionais dos acusados, na coerência da interpretação constitucional de princípios e na preocupação com a separação de poderes. Por outro lado, o foco do julgamento do HC n. 126.292 esteve muito mais direcionado para as preocupações com a efetividade da justiça penal diante do sistema recursal no processo penal<sup>64</sup>.

Do ponto de vista externo, a alteração de entendimento pode ser explicada, da perspectiva da ação estratégica do Tribunal, sob dois vieses. No primeiro, o alvo da mudança estava na tentativa de punir criminosos de colarinho branco e a classe política, no contexto da operação Lava Jato<sup>65</sup> e sob forte pressão da opinião pública. No segundo, estava a tentativa de redesenhar o sistema de justiça criminal, aperfeiçoando o trabalho das instâncias inferiores, em especial a primeira instância, e reservando ao STF a condição de foro especial, considerando grande número de ações penais submetidas à sua jurisdição<sup>66</sup>. O julgamento do caso representa

---

dessa hipótese parte da análise qualitativa dos votos para se identificar a *ratio decidendi* dos julgados e, em seguida, contextualizar alguns fatores externos ao segundo julgamento e os efeitos esperados da mudança de posição da Corte sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal. Em, RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a Presunção de Inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21–54, 2020, p. 33.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>65</sup> Para Aline Seabra Toschi, o surgimento da operação Lava Jato reconfigurou a compreensão a respeito do princípio da não culpabilidade, utilizando-se como pano de fundo o argumento de que o combate à corrupção consiste no objetivo final da persecução penal. Entretanto, a revisão do texto constitucional, inspirada por conceitos neoconstitucionalistas e iluministas, fortalece o viés político e moral da leitura normativa da constituição, aniquilando a própria normatividade constitucional. Em, TOSCHI, Aline Seabra. Combate à corrupção e normatividade constitucional na prisão em segunda instância e na limitação da prerrogativa de foro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 324, 2019. Sobre o neoconstitucionalismo, ver BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2018; NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle e Constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (org.). **Perspectivas do Discurso Jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre: DM, 2016, p. 161–186. Sobre o Iluminismo, ver BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2018.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 50.

uma ação estratégica do STF, revelando uma faceta específica do ativismo<sup>67</sup> judicial, que busca remodelar as regras institucionais existentes<sup>68</sup>.

Prosseguindo na análise dos casos, deve-se chamar atenção, em primeiro lugar, para os votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes, que, no HC n. 126.292, mudou seu entendimento em relação ao voto por ele proferido no HC n. 84.078, quando votou pela impossibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância<sup>69</sup>. Argumentou o Ministro que:

Também considerado que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

---

<sup>67</sup> Para Andréia Carvalho de Sousa e Macell Cunha Leitão, a decisão proferida em 2016 pode ser compreendida em um contexto segundo o qual o ativismo judicial do STF contrariou o seu papel de guardião da Constituição. Embora se admite que a Corte adote posturas ativistas para proteger direitos de minorias, a flexibilização do princípio da presunção de inocência teria violado direitos fundamentais que deveriam ser preservados pela Corte. Com isso, a interpretação dada pelo STF ao caso teria revelado uma hipótese de mutação inconstitucional, corrigida posteriormente no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Em SOUSA, Andréia Carvalho de; LEITÃO, Macell Cunha. Da mutação constitucional ao ativismo judicial: uma análise do entendimento do STF sobre a prisão em segunda instância. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, Ijuí, v. 29, n. 53, p. 232–245, 2020, p. 244. Em sentido similar, Lenio Streck e Juliano Breda defendem que o HC 126.929 operou uma alteração do texto constitucional, buscando instituir uma política judiciária que orientaria a atuação dos tribunais em casos futuros, incluindo os processos da operação Lava Jato. Agindo assim, reescreveu a Constituição Federal, aniquilou uma garantia fundamental e revelou seu viés realista, promovendo uma mutilação inconstitucional. Em, STRECK, Lenio Luiz.; BREDA, Juliano. A insurgência contra o HC 126.292. *In*: STRECK, Lenio Luiz, BREDA, Juliano. (coord.). **O Dia em que a Constituição foi julgada: A História das ADC's 43, 44, 54** (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

<sup>68</sup> RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a Presunção de Inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21–54, 2020, p. 51.

<sup>69</sup> Para uma visão completa quanto aos votos do Ministro Gilmar Mendes, sob uma perspectiva teórica, ver: PUSCHEL, Flavia Portella; GEBARA, Ana Elvira Luciano. O Ministro convencido? estratégia argumentativa das mudanças de posição do Min. Gilmar Mendes sobre prisão após condenação em 2ª instância. *In*: CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; BUENO, Francisco de Godoy (org.). **Direito e Linguagem: A Constituição de 1988**. Londrina: Toth, 2019. v. 4, p. 1–23.

Na nova oportunidade, aliou-se à maioria que a autorizou a execução da pena. Colhe-se do HC n. 126.292, trechos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes que atestam a sua evolução em relação ao tema:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes de recursos.

Em outro trecho, diz o Ministro Gilmar Mendes:

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade, que a pena passe a ser cumprida independentemente da tramitação do recurso.

Ao final de seu voto, revela a razão pela qual alterou sua posição:

Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. E, à época, eu imaginei que a própria ressalva que o Ministro Peluso tinha trazido quanto à possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau, fosse mais abrangente do que poderia ser, porque, de fato, em alguns casos, nós podemos chegar, após a decisão de segundo grau, à aplicação da prisão como garantia da ordem pública.

Em segundo lugar, deve-se observar que o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do HC n. 126.292, votou com a maioria, para autorizar a execução antecipada da pena. Por fim, importante observar que a Ministra Rosa Weber, que votou pela impossibilidade de execução provisória da pena, não integrava a Corte em 2009, assim como o Ministro Dias Toffoli. Esses personagens exercerão papel fundamental no contexto do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

Pela nova compreensão, há necessidade de se equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da prestação jurisdicional, razão pela qual impõe-se a resposta judicial aos crimes reconhecidos por decisão judicial em segunda instância. O referido entendimento foi reafirmado no julgamento virtual do Agravo em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 964.246<sup>70</sup>, já sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, novamente por maioria. Com o relator, Ministro Teori Zavascki, votaram os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, e Luís Roberto Barroso, vencidos integralmente os Ministros

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário Virtual). Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 11/11/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 02 dez. 2021.

Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, e parcialmente o Ministro Dias Toffoli, que mudou de posição em relação ao voto proferido meses antes, sustentando agora que a execução provisória da pena somente poderia ser imposta após o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. A Ministra Rosa Weber não se manifestou.

Em meio às reviravoltas no entendimento da Corte, foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, protocoladas pelo Partido Ecológico Nacional em 19 de maio de 2016, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 19 de maio de 2016 e pelo Partido Comunista do Brasil em 18 de abril de 2018, respectivamente. As três ações foram apensadas e distribuídas ao Ministro Marco Aurélio, prevento pela Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43. Em 01 de setembro de 2016, o Ministro relator submete ao Plenário da Corte voto em que defere medida cautelar para reconhecer a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinando a suspensão de execução provisória das penas que não tenham transitado em julgado.

Após a apresentação de seu voto, o julgamento foi suspenso. Posteriormente, em 05 de outubro de 2016, os casos retornam ao Plenário, por iniciativa da presidente Cármen Lúcia, sendo a cautelar indeferida<sup>71</sup> por maioria composta pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, vencidos o relator e os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e em parte, o Ministro Dias Toffoli, que reafirmou o seu posicionamento intermediário, no sentido de que a execução provisória da pena somente poderia ser iniciada após o julgamento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>72</sup>.

Finalmente, em 04 de dezembro de 2017, o Ministro Relator libera os casos para julgamento de mérito pelo Plenário do STF, momento em que se inicia o papel do presidente

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/10/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 out. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 02 dez. 2021.

<sup>72</sup> Em que pesem as decisões proferidas em Repercussão Geral tenham efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, não se pode dizer que as polêmicas em relação à última interpretação dada pelo STF em relação ao tema tenham se dissipado. Nem mesmo os Ministros da Suprema Corte seguiram o precedente. Há vários casos de relatoria dos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski. No *Habeas Corpus* n. 138.337, julgado em 16 de novembro de 2016, o Ministro Marco Aurélio critica duramente o entendimento fixado no julgamento da Repercussão Geral, atestando a inexistência de força vinculante da decisão proferida e sustentando a necessidade do exercício de uma resistência democrática e republicana contra o entendimento do plenário. Em, ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 135–156, 2018, p. 145-146.

da Corte, responsável pela inclusão do caso no calendário de julgamentos. Os detalhes sobre a atuação estratégica da Ministra Cármen Lúcia e o desfecho dos casos serão apresentados no capítulo 5.

## 2.2. Contexto Histórico, Político e Eleitoral

Os capítulos mais recentes da oscilante jurisprudência do STF em relação ao tema estão intimamente relacionados com o contexto histórico, político e eleitoral da época. No que toca ao contexto histórico, o país passou a acompanhar, desde 2014, os desdobramentos de uma investigação criminal, liderada pela Procuradoria da República no Paraná, órgão do Ministério Público Federal, denominada operação Lava-Jato, instaurada pela 13ª Vara Criminal de Curitiba, titularizada pelo então Juiz Federal Sérgio Moro.

Iniciada para investigar crimes de lavagem de dinheiro, praticados pelo doleiro Alberto Youssef, as diversas fases que se sucederam na operação passaram a investigar crimes a ela conexos, que desaguaram em graves crimes praticados por agentes de alto escalão da Petrobrás. A medida em que a investigação se aprofundava, políticos de grandes partidos do Brasil, incluindo Presidentes da República, Ministros de Estado, Governadores, Deputados Federais, Senadores e empresários dos maiores grupos empresariais do Brasil, passaram à condição de investigados pela prática de diversos crimes.

Três ferramentas podem ser consideradas primordiais para o sucesso da investigação, que recuperou para os cofres da Petrobrás cerca de 33 bilhões de reais<sup>73</sup>. O primeiro deles é o instituto da colaboração premiada<sup>74</sup>, previsto pela Lei Federal n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Diversas colaborações foram entabuladas com investigados do setor público e do setor privado. O segundo são os acordos de leniência, previstos da Lei Federal n. 12.846, de 1º de agosto de

---

<sup>73</sup> Segundo o Ministério Público Federal, foram devolvidos 4,3 bilhões aos cofres públicos, 2,1 bilhões foram recebidos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração, 12,7 bilhões foram recebidos em multas compensatórias decorrentes de acordos de leniência, 14,7 bilhões previstos de recuperação e 111,5 milhões recebidos em razão de renúncias voluntárias dos réus. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 1º dez. 2021.

<sup>74</sup> De acordo com o Ministério Público Federal, “Se não fossem os acordos de colaboração premiada pactuados entre procuradores da República e os investigados, o caso Lava Jato não teria alcançado evidências de corrupção para além daquela envolvendo Paulo Roberto Costa”. Em, RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a Presunção de Inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21–54, 2020, p. 44. De acordo com dados divulgados pelo Ministério Público Federal, no total, foram entabulados 209 acordos de colaboração premiada perante a 1ª instância de Curitiba, 180 perante a 1ª instância do Rio de Janeiro e 10 perante a 1ª instância de São Paulo. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 1º dez. 2021.



2013, firmados por diversas empresas envolvidas nos crimes, que serviram como fontes de valiosas informações e subsidiaram diversos inquéritos instaurados no STF<sup>75</sup>.

Por fim, a fixação do entendimento pelo STF, em 2016, pela possibilidade de execução provisória da pena após a sentença penal condenatória em segunda instância criou, pela primeira vez, o efetivo temor em políticos importantes e grandes empresários de que eles poderiam ser presos<sup>76</sup>. Nesse contexto, a velha estratégia de postergar o cumprimento da pena através do manuseio exaustivo de recursos ao STJ e ao STF não seria capaz de afastar os réus da prisão.

Assim, a expectativa concreta de execução da pena estimulou diversos investigados a aceitarem os termos das colaborações premiadas<sup>77</sup> propostas pelos membros do MPF, especialmente pelo fato de que a lei estabelece que os benefícios da colaboração serão reduzidos se ela for posterior à sentença<sup>78</sup>. Os acordos de colaboração premiada geraram não apenas a devolução das quantias já citadas, mas também a coleta de provas que subsidiariam a condenação de diversos outros atores.

Sobre o tema, a Procuradora da República Luana Vargas, em entrevista concedida para este trabalho, quando questionada sobre a relevância do julgamento da prisão em segunda instância para a operação Lava-Jato e para o incentivo às colaborações premiadas, assim se pronunciou:

Claro, com certeza. Na verdade, o risco de ser pego e o risco de ser preso são variáveis importantíssimas no processo decisório de um agente que pratica um crime, no processo decisório de praticar em primeiro lugar, em segundo lugar, de continuar praticando, e em terceiro lugar eventualmente de colaborar com

---

<sup>75</sup> Segundo a mesma publicação, foram entabulados 17 acordos de leniência perante a 1ª instância de Curitiba, 9 perante a 1ª instância do Rio de Janeiro e 2 perante a 1ª instância de São Paulo.

<sup>76</sup> Alguns anos depois, o ex-juiz Sergio Moro, então Ministro da Justiça, concedeu entrevista à Revista Isto é. Nela, declarou: “Sempre argumentei que a execução de condenações após o julgamento da 2ª instância foi a mudança mais importante para a diminuição da impunidade de grande corrupção e mesmo de crimes praticados por pessoas poderosas. Todos são iguais perante a lei. Ela deve proteger o vulnerável, mas também servir à responsabilização de qualquer pessoa, inclusive poderosa, que pratica um crime. Tenho expectativa e esperança de que o STF, responsável pela inovação, não reverá a jurisprudência. Em: OLIVEIRA, Germano. Tenho esperança de que o STF não irá rever a prisão em segunda instância. **ISTO É**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/tenho-esperanca-de-que-o-stf-nao-ira-rever-a-prisao-em-segunda-instancia/amp/>. Acesso em: 08 dez. 2021.

<sup>77</sup> De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a jurisprudência do STF, em 2009, foi alterada para favorecer os criminosos. Seus efeitos, segundo o Ministro, foram devastadores para o país e para a advocacia. A mudança da jurisprudência, em 2016, teria melhorado o país, estimulado a colaboração premiada e permitido que fossem desbaratadas as redes de corrupção. Uma nova alteração da jurisprudência favoreceria os criminosos de colarinho-branco e os corruptos. Em: **MINISTROS defendem prisão em 2ª instância. Correio Braziliense**, Brasília, 17 out. 2019. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/10/17/interna\\_politica,798357/Ministros-defendem-prisao-em-2-instancia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/10/17/interna_politica,798357/Ministros-defendem-prisao-em-2-instancia.shtml). Acesso em: 08 dez. 2021.

<sup>78</sup> RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a Presunção de Inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21–54, 2020, p. 45.

as investigações. Isso aí eu não preciso de números, eu não preciso de nada para poder afirmar com base mesmo na teoria geral do efeito *deterrence*, no efeito de suação, para as pessoas não praticarem crimes, ou praticarem, só com base na teoria mesmo, eu posso dizer que um agente, principalmente agentes que praticam os crimes que a Lava-Jato investiga, que são crimes econômicos, e que, portanto, são agentes que raciocinam conforme vantagens econômicas, vantagens custo-benefício. Então eu acho que o investigado da Lava-Jato, o réu da Lava-Jato se aproxima do momento racional assim, se algum sujeito pode se aproximar do homem racional, para fins da teoria do crime, para avaliação de custo-benefício em praticar um crime.

(...)

Então, a execução provisória da pena era a única chance de certos criminosos que têm muito poder, inclusive o poder judiciário sob o poder legislativo, era a única chance de eventualmente essas pessoas pensarem duas vezes antes de praticar o crime. E, uma vez praticado, colaborar com a justiça. Agora, sem a execução provisória da pena, a situação do Brasil é a pior possível. Então sim, nesse aspecto, um pouco que a Lava Jato conseguiu, em termos... As colaborações premiadas que levaram à recuperação de bilhões de reais, elas têm como uma causa remota o precedente de 2016.

Boa parte dos atos investigados pela operação Lava-Jato foram praticados durante os anos em que a Presidência da República era ocupada por Luiz Inácio Lula da Silva. Por se tratar de uma enorme investigação, que atingiu em cheio políticos de alto gabarito, a questão saiu da esfera jurídica e passou a ser debatida na arena política e eleitoral, que em 2017 e 2018 se misturaram. Após diversas fases da operação, a Lava-Jato alcançou o suposto líder da organização criminosa, o ex-presidente Lula<sup>79</sup>.

O Brasil vinha colecionando crises políticas, econômicas e sociais desde pelo menos o ano de 2013, quando a população foi em peso às ruas, em um protesto que se iniciou em razão de um aumento na tarifa de passagens de ônibus, mas que se ampliou e abarcou diversas outras pautas, dentre as quais destaca-se o combate a corrupção. Em 2015, no auge da crise política, agravada pelos desdobramentos da operação Lava-Jato, a então Presidente Dilma Rousseff é afastada do cargo de Presidente da República, após um polêmico processo de *impeachment*. Nos anos que se seguiram, a operação Lava-Jato ganha força e se aproxima de Lula.

Condenado em primeira instância pelo juiz federal Sergio Moro, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o ex-presidente Lula passou a cumprir a sua pena a partir do dia 7 de abril de 2018, após o STF ter indeferido o HC n. 152.752/PR,

---

<sup>79</sup> RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a Presunção de Inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21–54, 2020, p. 44.

impetrado em seu favor. Nesse momento, já estava em vigor a decisão proferida pelo STF, que permitiu a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância<sup>80</sup>.

Por qualquer um dos caminhos, Ações Declaratórias de Constitucionalidade ou *Habeas Corpus*, a reversão do entendimento proferido pelo STF repercutiria fortemente no cenário eleitoral de 2018, afinal, a presença do ex-Presidente Lula em uma campanha presidencial, em favor do candidato do seu partido, certamente influenciaria nos seus resultados. O próprio Ministro Marco Aurélio, relator do caso, em palestra realizada a delegados da Polícia Federal em Brasília, reconheceu que o julgamento do caso poderia influenciar nas eleições. Segundo o Ministro, “A reanálise dessa matéria ocorrerá em 2019, porque avizinhandose, como se avizinham as eleições, não é conveniente que isso ocorra no momento presente”<sup>81</sup>.

Por outro lado, um novo entendimento quanto à prisão em segunda instância repercutiria fortemente na operação Lava Jato, enfraquecendo-a<sup>82</sup>. Conforme se viu, esse instrumento foi fundamental para o sucesso da investigação. Atento aos movimentos, em conferência nos Estados Unidos, o Ministro Barroso revelou haver uma “operação-abafa em curso”. Segundo o Ministro, “Essa estratégia mudou para acabar com a execução da pena após o segundo grau. Daí o processo vai começar no primeiro grau e não vai acabar nunca”. Prossegue afirmando que “a estratégia foi alterada diante dessa perspectiva de uma mudança de foro”<sup>83</sup>.

Em entrevista concedida à Revista Isto é, o Procurador da República Deltan Dallagnol, chefe da Força-Tarefa que se dedicou à operação Lava-Jato, ao ser perguntado sobre o possível

---

<sup>80</sup> Para Nelson Lacava, “o entendimento da máxima instância do Judiciário brasileiro, não obstante os protestos de juristas mais garantistas, não tinha sido objeto de maiores preocupações, e, inclusive, vinha sendo bastante festejado por alguns setores da população brasileira, principalmente em razão do julgamento dos maiores escândalos de corrupção envolvendo políticos da nação, quais sejam o “Mensalão”, e a denominada “Operação Lava Jato”, até que, em razão do julgamento do *Habeas Corpus* do ex-Presidente Lula, pelo seu forte apelo político e carismático, gerou a perplexidade por todos presenciada”. Em, LACAVA, Nelson. Prisão decorrente de acórdão condenatório na 2ª instância: Ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência ou satisfação dos fins preventivos gerais e especiais da pena? In: REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Contraponto Jurídico**: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 894.

<sup>81</sup> VALENTE, Rubens. Ministro do STF diz que eleições impedem reanálise da prisão em segunda instância. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/Ministro-do-stf-diz-que-eleicoes-impedem-reanalise-da-prisao-em-segunda-instancia.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2021.

<sup>82</sup> Segundo Roberto Grassi Neto, a revisão do entendimento quanto à prisão em segunda instância deixaria a nítida impressão de que seria empreendida tão somente com o intuito de livrar do cárcere os empresários e políticos, dentre os quais um ex-Presidente da República, todos condenados em segundo grau por corrupção e por lavagem de dinheiro na operação Lava Jato. NETO, Roberto Grassi. Da prisão por força de acórdão condenatório emanado de órgão colegiado de segundo grau de jurisdição. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 427, ano. 114, p. 219–235, 2018, p. 233.

<sup>83</sup> MARTÍ, Silas. Operação-abafa contra Lava Jato agora mira prisão em 2º grau, diz Barroso. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/operacao-abafa-contra-lava-jato-agora-mira-prisao-em-2o-grau-diz-barroso.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2021.

fim da possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, asseverou que “A decisão definirá se queremos ou não voltar a ser o paraíso da impunidade de poderosos”<sup>84</sup>.

Diante deste quadro instável, estratégico e excessivamente ideológico, do ponto de vista institucional para o STF, pretende-se analisar o comportamento da Ministra Cármen Lúcia, buscando evidenciar que a sua opção por não incluir em pauta as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, mas sim o *Habeas Corpus* n. 152.752, foi precedida de cálculos estratégicos que levaram em consideração fatores jurídicos e extrajurídicos, dentre os quais se destacam: i) fatores legais, consistentes na necessidade de preservação do precedente fixado pela Corte em regime de repercussão geral<sup>85</sup>; ii) fatores institucionais, cujos objetivos consistiam na preservação do prestígio e da legitimidade da Suprema Corte, afastando-a do julgamento de temas excessivamente polarizantes e político-eleitorais; e, por fim; iii) fatores ideológicos, relacionados com as preferências pessoais da Ministra Cármen Lúcia em relação ao caso cujo julgamento ela não permitiu que acontecesse.

---

<sup>84</sup> **ISTO É.** v. 42, n. 2599, p. 22-26, 23 out. 2019.

<sup>85</sup> No mesmo sentido, Taís Ostini: “A enorme carga político ideológica que acompanhava o “caso Lula”, provocadora de profunda cisão na opinião pública, fez do julgamento algo muito complexo: além de submeter o STF, enquanto instituição, à pressão de forças externas antagônicas, acirrou ainda mais a oposição entre blocos de Ministros com interesses diversos dentro da corte. Por essa razão, é fácil compreender que se trata de excelente objeto para a investigação da influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF, notadamente, de fatores de ordem estratégica”. Em OSTINI, Taísa Magro. **A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência**: um estudo de caso sobre o processo decisório do STF. 2020. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Campus Ribeirão Preto, 2020, pp. 102–103.

### 3. O *DESIGN* INSTITUCIONAL DE ELABORAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTOS DO PLENÁRIO PRESENCIAL DO STF

A análise do comportamento estratégico da Ministra Cármen Lúcia em relação aos julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, pressupõe o conhecimento acerca da dinâmica da escolha de processos que serão julgados pelo plenário presencial da Corte. Com efeito, os mecanismos de definição de agenda dos tribunais constitucionais têm o potencial de afetar o comportamento dos atores políticos, sinalizando a sua (in) disposição de enfrentar determinados assuntos, circunstância que impacta significativamente tanto na substância da decisão futura quanto nos cálculos de atores de fora do tribunal.

O conteúdo dos Regimentos Internos do STF oscilou, durante diferentes períodos históricos, quanto ao *design* escolhido. Ora prestigiou a adoção de critérios objetivos para a escolha dos casos que seriam submetidos a julgamento pelo plenário presencial da Corte, ora compartilhou a competência entre os demais Ministros para interferir no processo de escolha. De forma constante, permitiram mútuas intervenções no poder do presidente da Corte, doravante denominadas condicionantes regimentais, que possibilitaram aos relatores submeterem seus casos aos demais integrantes do colegiado apenas quando considerassem oportuno fazê-lo. Para além disso, instituíram um verdadeiro poder de veto, ao autorizar a interrupção dos julgamentos por pedidos de vista, sem que houvesse qualquer mecanismo que forçasse o Ministro que o requereu a devolver os autos para o prosseguimento do julgamento. Nesse sentido, pode-se dizer que o controle de agenda do STF é composto por três elementos, quais sejam: i) elaboração da pauta de julgamentos; ii) liberação dos casos para julgamento, pelo relator, e; iii) pedidos de vista.

O crescente protagonismo do STF no cenário nacional, por sua vez, tornou necessária a criação de novas formas de deliberação. Nesse contexto, a criação do Plenário Virtual, que se tornou um ambiente altamente produtivo na Corte, rearranjou o equilíbrio de forças entre os Ministros, no que concerne principalmente à iniciativa para a submissão dos casos ao julgamento do Tribunal em sua composição colegiada, enfraquecendo a competência do presidente da Corte.

É sobre estes pontos que o presente capítulo irá se debruçar, discorrendo sobre modelos possíveis, investigando se e como os Regimentos Internos da Corte, durante toda a sua história,

regulamentaram os critérios e a competência para a elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial<sup>86</sup>, e examinando os efeitos da criação do Plenário Virtual no poder do Presidente da Corte. O foco principal é encontrar nas normas, dispositivos que: i) estabeleçam critérios objetivos para a submissão de processos a julgamento, como por exemplo, o estabelecimento de ordem cronológica ou prioridades pela classe processual, e/ou; ii) atribuam poderes a quaisquer dos integrantes da Corte para permitir que o caso seja levado a julgamento colegiado no Plenário ou ainda para interromper o julgamento após o seu início.

### 3.1. Alguns modelos possíveis

A definição da pauta consiste “na possibilidade de o Tribunal Constitucional (ou alguns de seus integrantes ou formações), determinar de maneira amplamente discricionária a ordem de julgamento, agilizando ou dificultando o efetivo acesso à justiça constitucional”<sup>87</sup>, sendo certo que “o poder discricionário de determinar a ordem de julgamentos é uma poderosa ferramenta manuseada pelos Ministros do STF de maneira pouco visível e muito menos normatizada”<sup>88</sup>.

Do ponto de vista lógico, três modelos possibilitariam estabelecer critérios para a execução da atividade. O primeiro deles seria o julgamento por ordem cronológica, denominado de “modelo da fila de espera”, o segundo seria o “modelo da loteria”, e o terceiro seria o “modelo da fila flexibilizada”<sup>89</sup>.

No primeiro, não seria permitido ao tribunal instruir o processo mais antigo antes da conclusão da instrução do processo mais moderno. Embora objetivamente mais justo, o critério não se revela viável por uma série de razões, em especial, pela urgência, relevância ou complexidade de determinados casos, que impõem a necessidade de encurtamento ou alongamento do tempo do processo.

A segunda opção seria um modelo aleatório, através do qual a determinação sobre a ordem de julgamento dos casos se daria mediante sorteio. Tal modelo dificilmente se justificaria

<sup>86</sup> Sobre o tema, ver: COSTA, Thiago Bolelli. **O Supremo regimental**: análise da construção histórica do poder de pauta no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

<sup>87</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da Pauta no STF e (Auto)Criação do processo objetivo. **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 2008, Brasília. **Anais**[...] Brasília: Conpedi, 2008, p. 4360.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 4372.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 4360.

por criar riscos de duração excessivamente longa de casos que efetivamente demandam uma resposta imediata do Poder Judiciário.

Por fim, a terceira opção associa características dos dois primeiros. Levando-se em consideração o princípio da celeridade processual, previsto no art. 5º, LXXVI, da Constituição Federal de 1988<sup>90</sup>, a definição da pauta deveria ser guiada pelo critério da ordem de chegada dos processos, permitindo-se exceções em duas situações, quais sejam: i) quando a flexibilização favorecer a celeridade processual global, e; ii) quando houver razões imperiosas para alterar a ordem cronológica de julgamento, como por exemplo, em urgências de determinadas categorias de processos ou a conveniência de julgar simultaneamente processos entre si relacionados, porém com antiguidades diferentes.

No que se refere às autoridades responsáveis pela elaboração da agenda, há algumas alternativas, que podem ser classificadas em alocações coletivas, individuais centralizadas e individuais descentralizadas<sup>91</sup>. Nas alocações coletivas<sup>92</sup>, votações majoritárias são necessárias para a definição da agenda. Nesse caso, a definição da agenda seria alocada de forma coletiva se o Regimento Interno da Corte estabelecesse regra no sentido de que a elaboração da pauta de julgamentos do Tribunal ocorresse através da apreciação do Plenário.

Por sua vez, nos modelos de alocação individual, a elaboração da pauta de julgamentos depende da ação de apenas um Ministro. Caso a ação individual esteja restrita a um Ministro que ocupa determinada posição institucional, como a do presidente da Corte ou das Turmas, fala-se em alocação individual centralizada. Esse modelo de definição de agenda preponderou durante boa parte da história dos regimentos internos do STF. Com efeito, os diversos regimentos estabeleceram competir ao presidente dirigir os trabalhos do Plenário, o que tradicionalmente englobou a atividade de elaboração da pauta de julgamentos.

Por fim, caso o poder esteja à disposição de todos os Ministros, fala-se em alocação individual descentralizada, que pode ser concomitante, como nos casos dos pedidos de vista,

---

<sup>90</sup> Art. 5, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>91</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 19.

<sup>92</sup> Conforme se verá, o modelo da Suprema Corte dos Estados Unidos optou pela alocação coletiva, na qual todos os juízes da Corte deliberam sobre a admissão ou inadmissão dos casos, na fase de *certiorari*, aplicando-se o *rule of four* para o *grant of certiorari*. Diferentemente do modelo brasileiro, não há uma atividade centralizada na figura do *Chief Justice*, e a Corte somente admite os casos que efetivamente é capaz de julgar em cada ano judicial.

que durante boa parte da história dos regimentos do STF foram garantidos aos Ministros de forma indiscriminada. Pode ainda ser exclusiva, quando o exercício do poder por um Ministro exclui o seu uso por outros, como por exemplo, o poder exercido pelo relator, que têm a atribuição de liberar o processo para pauta de julgamentos quando entender oportuno.

Conforme se verá, o *design* atual revela existência de um modelo individual centralizado, na medida em que atribui ao presidente a tarefa de escolher os casos que serão julgados pelo plenário presencial. Entretanto, este mesmo modelo é condicionado a interferências dos demais Ministros, características de um modelo individual descentralizado, ao mesmo tempo concomitante e exclusivo. A dinâmica, no entanto, sofreu forte influência da generalização do Plenário Virtual, que terminou por esvaziar a competência do presidente da Corte.

Os itens a seguir explorarão os diversos *designs* institucionais instituídos pelos regimentos internos da Corte, durante toda a sua história, para estabelecer os mecanismos de formação da agenda do STF.

### 3.2. Análise histórico-normativa dos Regimentos Internos do STF

Durante a sua evolução histórica, os regimentos internos do STF oscilaram entre os modelos aventados acima, ora prestigiando a ordem cronológica de antiguidade dos processos, ora estabelecendo critérios excepcionais para elaboração da pauta. Ora concentrando as escolhas exclusivamente na figura do presidente, ora permitindo composições colegiadas, mas sempre, dispersando o poder, através das interferências do relator e dos demais Ministros com os pedidos de vista.

Antes de ingressar na análise específica dos pontos indicados, é preciso compreender o papel do Regimento Interno do STF, especialmente no contexto da afirmação do Judiciário como um Poder autônomo em relação ao Executivo e ao Legislativo e analisar a sua natureza jurídica, a partir de contribuições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

### 3.3. O papel do Regimento Interno na governança dos assuntos internos do STF

No Brasil, do ponto de vista normativo e institucional, a autonomia do Poder Judiciário em face dos demais poderes se deu a partir da promulgação da Constituição de 1891, que no



seu artigo 15<sup>93</sup>, definiu como órgãos da soberania nacional, além dele, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, harmônicos e independentes entre si. No ápice do Poder Judiciário, conforme o artigo 55<sup>94</sup> da referida Constituição, estava o STF<sup>95</sup>, em parte inspirado no modelo da Corte Suprema dos Estados Unidos<sup>96</sup>. Inicialmente composto por 15 juízes, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, caberia a partir de então, a esta Corte, dentre outras relevantes funções, a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, conforme idealizado pelo *Justice* John Marshal e efetivamente decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no célebre caso *Marbury x Madison*<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Art. 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

<sup>94</sup> Art. 55 – O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

<sup>95</sup> A organização do STF foi regulamentada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, e a sua efetiva instalação se deu em 28 de fevereiro de 1891, através do Decreto n. 1, de 26 de fevereiro de 1891. Seu primeiro presidente foi eleito em sessão realizada no dia de sua instalação, tendo sido escolhido para exercer a função o Ministro Freitas Henrique, baiano, então com 69 anos de idade, que fora deputado estadual, quatro vezes presidente de Província, e, sucessivamente, delegado juiz municipal, juiz de direito e Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, em 1886. Exerceu a presidência até 10 de fevereiro de 1894, quando foi aposentado. Em, RODRIGUES, Leda Boechat. **História do STF: defesa das liberdades civis**. Tomo I. 1891 - 1898. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 8.

<sup>96</sup> Em julho de 1889, Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira embarcam para missão oficial nos Estados Unidos e recebem do então Imperador, Dom Pedro II, instruções para que estudem a organização do “Supremo Tribunal de Justiça de Washington”. Desconfiava o Imperador que o bom funcionamento da Constituição Americana repousava nas funções da Corte Suprema e que a criação de um tribunal similar no Império, transferindo a ele as funções de Poder Moderador da Constituição poderia ser um bom caminho. Meses depois, Dom Pedro II foi deposto e a República foi proclamada. A ideia do STF, no entanto, prevaleceu, mesmo sem o seu comando. *Ibidem*, p. 1.

<sup>97</sup> O caso citado é reconhecido pela comunidade jurídica internacional como o precursor do controle difuso de constitucionalidade. Segundo Brewer Carias, “O sistema de controle de constitucionalidade difuso ou descentralizado, sendo um poder atribuído a todas as cortes, sempre foi deduzido do princípio da supremacia da Constituição e do dever das Cortes de descartar leis contrárias à Constituição, sempre preferindo a última. Esse poder, conseqüentemente, não precisa de previsão expressa na Constituição que instrua a Corte a dar preferência à Constituição. Como o *Chief Justice Marshall* definitivamente asseverou em *Marbury x Madison* (1 Cranch 137 (1803): Aqueles que aplicam a lei a casos particulares, devem explicar e interpretar essa lei... então, se uma lei estiver em oposição à Constituição... a corte deve determinar qual dessas normas conflitantes se aplicará ao caso: Essa é o verdadeiro dever judicial. Se as cortes devem resguardar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do legislativo, ela é a que deverá regular o caso (tradução livre). No original, *In the diffuse, or decentralized system of judicial review, being a power attributed to all courts, judicial review has always been deduced from the principle of the supremacy of the Constitution and of the duty of the courts to discard statutes contrary to the Constitution, always preferring the latter. Such power of the courts, consequently, does not need an express provision in the Constitution that instructs courts to give preference to the Constitution. As Chief Justice Marshall definitively stated in Marbury x Madison (1 Cranch 137 (1803)): Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule... so, if a law be in opposition to the constitution... the court must determine which of these conflicting rules governs the case: This is the very essence of judicial duty. If the, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, and no shc ordinary act, must govern the case to which noth apply.* Em, BREWER CARIAS, Allan R. **Constitutional Courts as positive legislators: a comparative law study**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 173. Para detalhes sobre o contexto histórico, conteúdo da decisão e suas conseqüências, ver: BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2019; CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2014.

O Poder Judiciário tem, na competência para elaboração do seu Regimento Interno, uma das manifestações de sua independência, evitando-se, assim, a interferência dos Poderes Executivo e Legislativo na sua governança interna, tornando-se soberano para prestar a jurisdição. No julgamento do MS n. 28.447<sup>98</sup>, restou consignado que:

O espaço normativo dos regimentos internos dos tribunais é a expressão da garantia constitucional de sua autonomia orgânico-administrativa (art. 96, I, a, da CF/1988), compreensiva da independência na estruturação e funcionamento dos seus órgãos.

Por sua vez, no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 1.105<sup>99</sup>, a Corte assim se manifestou:

Os antigos regimentos lusitanos não se confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu Regimento Interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes.

No campo doutrinário, para Pontes de Miranda:

É de tradição venerável e sempre justa que os tribunais votem o seu Regimento Interno; é um dos elementos de sua independência, porque, se assim não acontecesse, poderiam os legisladores, com a aparência de reorganizar a Justiça, alterar a ordem dos julgamentos e atingir a vida interna dos tribunais<sup>100</sup>.

No que concerne à sua natureza jurídica, os regimentos internos apresentam-se como relevante fonte do direito, em especial de direito processual, na medida em que contem disposições normativas importantes sobre o trâmite processual perante as Cortes<sup>101</sup>. É através deste ato normativo que as Cortes de Justiça dispõem sobre a sua competência e sobre o funcionamento dos seus órgãos internos.

Seguindo entendimento doutrinário majoritário, é possível afirmar que os regimentos internos dos tribunais possuem *status* de lei material, muito embora não se possa dizer que

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Mandado de Segurança n. 28.447. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 25/08/2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 nov. 2011.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.105. Relator: Ministro Paulo Brossard, julgada em 03/08/1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 abr. 2001.

<sup>100</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 2. Arts. 37 - 128. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p. 169.

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Paulo. Mendes. **Regimentos Internos como Fonte de Normas Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 36.

sejam considerados leis do ponto de vista formal, dado que não integram as espécies legislativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal de 1988<sup>102</sup>. Para José Cretella Junior<sup>103</sup>:

O legislador constituinte estabeleceu com minúcias os parâmetros a serem obedecidos pelos tribunais na elaboração de seus respectivos regimentos internos, lei material que esse segmento importante do Poder Judiciário pode e deve fazer<sup>104</sup>.

Também do ponto de vista jurisprudencial, não há maiores dúvidas quanto ao *status* de lei material dos regimentos internos. O STF já teve a oportunidade de se manifestar em diversas ocasiões nesse sentido, como por exemplo, no já citado julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 1105/DF. Transcrevo trecho representativo sobre o ponto:

Em relação à economia interna dos tribunais, a lei é o seu regimento. O Regimento Interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o Regimento Interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o Regimento Interno prepondera.

Pois bem. A história dos Regimentos Internos do STF começa já em 1891, embora não houvesse, na recém promulgada Constituição Republicana, nenhum dispositivo que atribuísse à Corte a competência para a edição do ato normativo<sup>105</sup>, o que veio a acontecer apenas na Constituição de 1934, cujo artigo 67, “a”, determinava que competia aos Tribunais elaborar o seu Regimento Interno, organizar as suas secretarias os seus cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos. Para José Frederico Marques<sup>106</sup>:

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1934, que dúvida não se pode levantar de que, em nosso sistema constitucional, os regimentos dos tribunais têm conteúdo normativo próprio e apresentam o caráter de fonte formal do *ius criptum*.

<sup>102</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.

<sup>103</sup> CRETELLA JR, José. **Comentários á Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3033 - 3034.

<sup>104</sup> No mesmo sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Milenium, 2000; e; VASCONCELOS, Abner de. **O Regimento Interno do STF em face da Constituição Federal**. *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, v. CXX, 1956.

<sup>105</sup> Embora a Constituição não atribuísse expressamente aos tribunais a competência para organizar os seus regimentos internos, o princípio da separação dos poderes implicitamente permitiria, de forma implícita, o exercício desta atribuição. Em, MARQUES, José. Frederico. **A reforma do Poder Judiciário**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 248.

<sup>106</sup> MARQUES, José Frederico. **A reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 248.

Todas as Constituições que se seguiram atribuíram de maneira similar, a competência aos Tribunais para elaboração dos seus regimentos internos. A Constituição de 1937, no artigo 93, “a”<sup>107</sup>, e a Constituição de 1946, no artigo 97, II<sup>108</sup>, basicamente reproduziram o conteúdo previsto no texto constitucional anterior.

A primeira alteração substancial ocorreu com a Constituição de 1967, que além de prever no artigo 110<sup>109</sup>, a competência dos tribunais para elaboração de seu Regimento Interno, em termos similares aos textos constitucionais anteriores, previu no artigo 115<sup>110</sup> as matérias sobre as quais o STF detinha competência para regulamentar. O texto permanece o mesmo com o advento da Emenda à Constituição n. 1 de 1969, alterando-se apenas a sua localização, que passa a ocupar o art. 120. Nova alteração advém, ainda na vigência da Emenda n. 1, com a promulgação da Emenda à Constituição n. 7 de 1977, que promoveu reformas específicas no Poder Judiciário. Desta feita o art. 119<sup>111</sup> acrescenta a regulamentação do processo e julgamento da arguição de relevância da questão federal.

Por fim, na Constituição Federal de 1988, o tema recebe nova abordagem, mais enxuta, prevendo-se, no artigo 96, I, “a”, que compete privativamente aos tribunais elaborar os seus regimentos internos, devendo, no exercício desta competência, zelar pela observância das normas de processo e das garantias processuais das partes. Não há dispositivos correspondentes aos artigos da antecessora Constituição de 1967/69, que previam de forma mais detalhada o conteúdo sobre o qual o Regimento Interno do STF estava autorizado a regulamentar, incluindo aí matéria processual, o que de certa forma reduziu o poder normativo da Corte<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Art. 93 – Compete aos Tribunais: a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos.

<sup>108</sup> Art. 97 – Compete aos Tribunais: II - elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos

<sup>109</sup> Art 110 – Compete aos Tribunais: II – elaborar seus Regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor (art. 59) ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.

<sup>110</sup> Art. 115 Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n. I, letras a, b, e, d, i, j e l, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das Turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; d) a competência de seu Presidente para conceder *exequatur* as cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros.

<sup>111</sup> Art. 119, § 3º O Regimento Interno estabelecerá: a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, i, j, l e o do item I dêste artigo, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; e d) a competência de seu Presidente para conceder o *exequatur* a cargas rogatórias e para homologar sentenças estrangeiras.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Paulo. Mendes. **Regimentos Internos como Fonte de Normas Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 31.

Feito este breve histórico sobre o tratamento constitucional dos Regimentos Internos dos Tribunais, passaremos a abordar especificamente os diplomas normativos editados pelo STF desde 1891.

#### 3.4. O Regimento Interno de 1891

O primeiro Regimento Interno do STF somente fora aprovado no dia 8 de agosto de 1891, meses depois da efetiva instalação da Corte. Até essa data, os trabalhos executados pelo Tribunal foram regidos provisoriamente pelo Regimento Interno do extinto Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 3 do Decreto n. 1. Embora, conforme já visto, não houvesse previsão na Constituição para a edição do Regimento Interno, o Decreto n. 848 o fez no art. 364, estabelecendo que competiria ao STF, através da norma regimental, regular a ordem do serviço e a distribuição do trabalho tanto em sessões como na secretaria. Permitiu ainda que o Regimento Interno dispusesse sobre punições aos seus serventuários, inclusive com pena de prisão por até 30 dias e suspensão por até 60 dias.

Nas deliberações, discutiu-se, a partir de provocação do Ministro Visconde de Sabará, sobre a necessidade de sua submissão à aprovação do Poder Legislativo, na mesma linha do que já havia sido defendido pelo Ministro Andrade Pinto, que opinara que a competência normativa da Corte se restringiria a regulação de sua ordem de serviço e distribuição de trabalho. Ambos era adeptos de uma posição de auto-restrição do STF. Terminaram vencidos, construindo-se a partir daí a versão, já explorada acima, de que o Regimento Interno da Suprema Corte representa o exercício de sua autonomia e independência em face dos demais poderes da República.

Analisando-se o texto, foi possível identificar dispositivos que estabeleciam prioridades para submissão a julgamento pelo colegiado, ligadas à classe processual. A linguagem da norma impõe a determinação de que em certos casos, o julgamento deve ser realizado “na primeira sessão” ou “na mesma sessão”.

Nos casos de julgamento de *Habeas Corpus*, o exame realizado pelo relator sobre o caso era submetido à mesa na mesma sessão em que os autos haviam sido recebidos, nos termos do artigo 65, § 2º. No caso de recursos em *Habeas Corpus*, cabia ao relator expor a matéria na primeira sessão, seguindo-se imediatamente à discussão e julgamento, nos termos do art. 67, parágrafo único. Regra similar foi estabelecida em relação aos recursos criminais, nos termos

do artigo 74, que determinava ao relator expô-lo na primeira sessão, para discussão da matéria. Por fim, o Capítulo III, que versava sobre os procedimentos de queixa ou denúncia por crimes comuns ou de responsabilidade cujo conhecimento competisse ao STF, em diversas passagens revelava a prioridade que deveria ser atribuída a esse tipo de procedimento. O artigo 82, *caput*, § 2º, art. 85, *caput* e § 1º determinavam a apresentação de relatório, discussão e julgamento, na primeira ou na mesma sessão, de diversas fases do procedimento.

Embora o regimento fosse, como visto, repleto de dispositivos que estabeleceram prioridades de julgamento, não foram previstas regras que estabelecessem o método de elaboração da pauta, sendo certo que o critério cronológico não foi adotado. Outrossim, não há dispositivos, que atribuam poderes diretamente ao Presidente da Corte para definir a pauta de julgamentos.

No entanto, o regimento prevê procedimentos de requisição de dia para julgamento, por parte do Relator ou Revisor. A título de exemplo, nos termos do artigo 40, fora os casos excepcionados, cabia ao revisor a incumbência para apresentar o feito à mesa na primeira sessão seguinte à conclusão dos seus trabalhos, pedindo dia para julgamento.

O artigo 88, que integra o Capítulo IV, dedicado aos conflitos e litígios internacionais e dos Estados entre si ou com a União ou nação estrangeira, determinava ao relator do caso que, após a instrução do feito, os autos deveriam ser encaminhados aos revisores, que após o “visto”, pediriam dia para julgamento. No artigo 89, estabeleceu-se que, “na sessão designada”, o caso seria julgado. A seu turno, o § 6º do artigo 92, que trata sobre o processamento das apelações, também previa a necessidade de solicitação de dia para julgamento. Por fim, o § 8º determinava que “na sessão designada”, o caso seria julgado. De forma similar, o artigo 110, dedicado aos conflitos de jurisdição.

Cabendo ao Presidente, nos termos do artigo 16, dentre outras relevantes funções<sup>113</sup>, dirigir os trabalhos do tribunal e presidir as suas sessões, propor ao final as questões e apurar o vencido<sup>114</sup>, tudo leva a crer que caberia a ele designar a data dos julgamentos. Embora ainda de

<sup>113</sup> Para além desta competência, cabia ao Presidente ainda, substituir o Presidente da República, nos casos constitucionalmente previstos e exercer a presidência do Senado quando este deliberasse como tribunal de justiça, dirigir os trabalhos do Tribunal.

<sup>114</sup> Art. 12. Compete ao presidente: a) dar posse aos membros do tribunal e aos juizes de secção nomeados, que se apresentem para esse fim; b) nomear e demittir os empregados da secretaria e do juízo, nos casos em que isto lhe é facultado por lei, impossá-los de seus cargos e officios, e na sua falta ou impedimento dar-lhes substitutos; c) executar e fazer executar o Regimento Interno; d) dirigir os trabalhos do tribunal e presidir às suas sessões; e) distribuir os feitos e proferir os despachos de expediente; f) conceder licença nos termos da lei aos membros do Supremo Tribunal e aos juizes de secção; g) organizar e enviar ao Presidente da Republica e à secretaria do

maneira incipiente, identifica-se nesta atribuição, alguma centralização do poder de designação da pauta de julgamentos, pelo menos nos casos em que se estabelecia a necessidade da solicitação de dia para julgamento.

Relativamente aos relatores e revisores, nestas mesmas situações, se pode verificar que a efetiva submissão dos casos a julgamento estava condicionada a sua própria iniciativa, já que o Regimento Interno não previa nenhum prazo para que isso ocorresse.

Por fim, a interrupção dos julgamentos por intermédio de pedidos de vista estava prevista em duas hipóteses. De acordo com o artigo 47, o Tribunal estava autorizado a adiar o julgamento para a sessão seguinte, se algum dos juízes requeresse vista dos autos. Por sua vez, nos termos dos artigos 75 e 76, em recursos de natureza criminal, era dada vista dos autos ao Procurador-Geral na mesma sessão em que recebidos os autos. Uma vez restituídos ao relator, cabia a este levá-lo a julgamento na primeira sessão após o seu exame.

### 3.5. Regimento Interno de 1909

Em razão de alterações significativas durante a vigência do Regimento Interno de 1909, torna-se necessário segmentar a análise em diferentes períodos.

#### 3.5.1. De 1909 a 1937

O Regimento Interno do STF de 1909, da mesma forma que o seu antecessor, previu diversas prioridades de julgamento relacionadas à classe processual, utilizando os mesmos termos “na mesma sessão” ou “na primeira sessão”, como nos casos da tramitação de processos por crime comum e de responsabilidade cujo conhecimento seja de competência da corte (artigo 72 e seguintes), nos casos de *Habeas Corpus* (artigo 116, § 1º) e recurso em *Habeas Corpus* (artigo 120, § 1º), e nos recursos criminais (artigo 132). Não há peculiaridades nesse ponto.

Também repetindo o regulamento anterior, o regimento prevê como regra geral, no artigo 45, que caberá ao revisor apresentar o feito em mesa e pedir dia para julgamento. Ocorre, no entanto, que, diferentemente do seu antecessor, o Regimento Interno de 1909 previu, no artigo 46, a observância de um critério objetivo para estabelecer a ordem de julgamentos no STF. A partir de então, o critério de antiguidade dos feitos passou a ser impositivo, excluídos

---

Senado a lista nominal dos juízes seccionaes, pela ordem da antiguidade, sempre que se derem vagas no Supremo Tribunal.

os casos em que o Regimento Interno não exige agendamento da sessão, cabendo ao Presidente, responsável pela elaboração da pauta, zelar pela sua observância. Pela importância histórica, transcrevo, *in litteris*, o dispositivo a seguir:

Art. 46 Os julgamentos, para os quaes este regimento não marca sessão, obedecerão ordem rigorosa de antiguidade dos feitos em relação aos outros da mesma espécie, tendo o presidente o maior cuidado em que os julgamentos de uma não se retardem demasiado em proveito das outras.

Pelo termo “ordem rigorosa de antiguidade”, o Regimento Interno definiu a sequência de julgamento dos casos pelo órgão colegiado do mais antigo para o mais novo. O marco temporal de referência para aferição da antiguidade, na redação originária, era o momento em que proferido o despacho que concede dia para o julgamento, nos termos do § 1º do mesmo artigo. O texto foi alterado por emenda regimental, em sessão realizada no dia 10 de julho de 1913. A partir de então, a antiguidade passou a ser contada da data do preparo dos autos na Secretaria, e, quando não depender de preparo, da data do termo do recebimento, tomando-se por base a numeração dos feitos.

A possibilidade de descumprimento da ordem de antiguidade era restrita. Nos termos do artigo 46, § 2º do Regimento Interno, somente a insuficiência de quórum para julgamento dos casos, seja pela ausência ou pelo impedimento de algum Ministro, ou ainda, a superveniência de circunstâncias extraordinárias, a critério do Tribunal, a justificariam.

A ascensão de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, trouxe consigo mudanças significativas no STF com a edição do Decreto n. 19.656, que o reorganizou provisoriamente e estabeleceu regras para abreviar seus julgamentos. Como exemplo, o referido decreto reduziu o número de Ministros de 15, conforme previsto no artigo 56 da Constituição de 1891, para 11<sup>115</sup>. O art. 8º atribuiu ao Presidente da Corte a competência para organizar os trabalhos

---

<sup>115</sup> A manipulação do número de membros das Supremas Cortes é uma estratégia comum, especialmente, mas não exclusivamente, em governos autoritários que buscam, através da manobra, controlar e subjugar o Poder Judiciário aos seus objetivos políticos. O caso mais conhecido de *court packing*, ocorreu na Suprema Corte dos Estados Unidos, quando o Presidente Roosevelt, que não teve oportunidade de indicar novos juízes no seu primeiro mandato, ameaçou aumentar a composição do Tribunal de 9 para 15 membros, motivado por decisões judiciais sistematicamente contrárias a medidas de Governo que compunham o *New Deal*. A proposta foi derrotada pelo Congresso dos Estados Unidos, que no seu lugar, aprovou um projeto de lei que incentivou a aposentadoria precoce dos *Justices*. Em, PRITCHETT, C. Herman. **Congress Versus The Supreme Court**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1961, p. 9. Nos Estados Unidos, os integrantes da Corte exercem mandato vitalício. A manobra então surtiu efeito no episódio que ficou conhecido como “*The switch in time that saved nine*”, no qual o *Justice Roberts*, a partir do caso *Parrish v. West Coast Hotel*, passou a se alinhar aos liberais, cedendo à pressão do Presidente Roosevelt. Em, GOLDMAN, Brian T. *The Switch In Time That Saved Nine : A Study of Justice Owen Roberts’s Vote*. In *West Coast Hotel Co . v . Parrish The Switch In Time That Saved Nine : A Study of Justice Owen Roberts’s*. **College Undergraduate Research Electronic Journal**, Filadélfia, jan. 2012.



respectivos, com o objetivo de promover “o mais rápido julgamento das causas já previstas”, autorizando-o a alterar o Regimento Interno no que fosse necessário para atingir o objetivo estabelecido. Por sua vez, o artigo 9º manteve a ordem de antiguidade em cada classe, contada da entrada do Tribunal, para julgamentos do colegiado.

Pouco depois, o artigo 6º do Decreto n. 20.106 novamente tratou sobre o tema, alterando a forma de aferição da antiguidade, que passou a ser regulada pelo número da causa, quanto aos processos da mesma classe. Em relação aos feitos de classe diversa, a aferição se mantinha da mesma forma, através da data de entrada no Tribunal. O mesmo dispositivo permitiu ainda, ao relator, pedir preferência para julgamento em causas criminais, cuja precedência lhe parecesse manifesta.

Acrescentando uma nova hipótese de exceção ao critério de antiguidade estabelecido, o Decreto n. 21.976, previu no artigo 1º que os recursos interpostos para a Corte, nas ações ou execuções de interesse da União ou os Estados ou suas fazendas, seriam julgadas preferencialmente, a requerimento do Ministro Procurador-Geral da República<sup>116</sup>. Cabia ao presidente conhecer do pedido formulado pelo Procurador Geral e ordenar a inclusão do recurso, em primeiro lugar, na pauta da próxima sessão a ser realizada. Percebe-se aqui o início de uma ampliação da discricionariedade na elaboração da pauta, pela grande abertura aos casos de interesse da fazenda pública, e, também, o início de um modelo centralizado, mas não ainda na figura do presidente.

Relativamente aos poderes do Presidente da Corte, tal qual o regramento estabelecido no regimento anterior, cabia a ele nos termos do art. 17, § 4º, dirigir os trabalhos do tribunal, presidir as suas sessões, propor afinal as questões e apurar o vencido. Presume-se, da mesma forma, que caberia a ele conceder dia para julgamento, nas hipóteses em que essa providência era necessária. Este fato nos leva a crer que, embora a redação originária do Regimento Interno tenha estabelecido alguma objetividade na elaboração da pauta, com a adoção do critério cronológico, não retirou do Presidente a influência, visto que a aferição da antiguidade se dava a partir da data de concessão do dia para julgamento.

A situação se altera com o advento da emenda regimental de 1913, que alterou o marco temporal para aferição do critério da antiguidade, reduzindo sensivelmente a discricionariedade na elaboração da agenda da Corte pelo Presidente, situação que perdurou até 1937. É preciso

---

<sup>116</sup> À época, de acordo com o artigo 58, § 2º da Constituição de 1891, cabia ao Presidente da República designar, dentre os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República.

registrar que a possibilidade de superação do critério cronológico por decisão colegiada mitigou o poder monocrático do presidente da Corte na elaboração da pauta, na medida em que o órgão colegiado manteve para si um elemento de controle da potencial arbitrariedade no exercício da competência pelo presidente, contrabalanceando-o<sup>117</sup>.

No que se refere aos relatores, o Regimento Interno, no artigo 49, estabeleceu que cada Ministro teria sessenta dias para estudar a causa, salvo nas hipóteses em que a norma estabelecia prazo diverso. O descumprimento do prazo estabelecido exigia a apresentação de justificativas, sem, no entanto, estabelecer qualquer tipo de sanção. Posteriormente, o prazo foi reduzido para 30 dias, por força do artigo 16 do Decreto n. 19.656. Por fim, o pedido de vista permanece com o mesmo perfil, nos termos do artigo 52, que permite ao Tribunal adiar o julgamento da causa para a sessão seguinte, se algum dos juízes assim solicitar.

### 3.5.2. De 1937 a 1940

A antiguidade como critério de preferência para julgamentos perdurou até a edição do Decreto-Lei n. 6, que promoveu drásticas mudanças na estrutura do Poder Judiciário. Foi ele o responsável, no artigo 1º, pela extinção da Justiça Federal, cujos feitos foram redistribuídos aos tribunais de apelação dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre, nos termos do artigo 3º. Trata-se de um decreto altamente intervencionista, cujo objetivo era destruir os fundamentos sobre os quais estava construído o Poder Judiciário Brasileiro, em especial a sua independência<sup>118</sup>.

O artigo 4º, § 3º traz consigo relevante alteração, que generaliza a possibilidade de superação do critério de antiguidade para julgamento dos casos, já excepcionado, conforme visto, por diversos atos normativos posteriores ao Regimento Interno de 1909. A partir de então, nos julgamentos das causas, observar-se-á, quando possível, e sem prejuízo do serviço, a ordem de antiguidade. A alteração alargou a discricionariedade do presidente na definição da agenda

---

<sup>117</sup> RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. The Agenda-Setting Crisis in the Brazilian Supreme Court. **International Journal of Constitutional Law Blog**, 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court/>. Acesso em: 14 mai. 2021.

<sup>118</sup> RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. The Agenda-Setting Crisis in the Brazilian Supreme Court. **International Journal of Constitutional Law Blog**, 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court/>. Acesso em: 14 mai. 2021.

da Corte e enfraqueceu o critério de antiguidade, que, na prática, deixou de ser obrigatório. Em relação aos demais itens observados não houve alteração significativa no período.

### 3.6. O Regimento Interno de 1940

O Regimento Interno de 1940 segue a mesma metodologia dos normativos anteriores, ao prever em diversas hipóteses, preferências para julgamentos relacionadas ao tipo de processo. São exemplos as prioridades conferidas aos casos em que houver prejudicial de inconstitucionalidade das normas (artigo 85), o julgamento dos crimes comuns ou de responsabilidade na fase de pronúncia (artigo 110, § 1º) e de mérito (artigo 114); *Habeas Corpus* (artigo 124), e mandado de segurança (artigo 141). Uma nova regra de preferência foi estabelecida, para os casos em que o julgamento tenha sido suspenso, salvo se o pedido de adiamento tiver sido realizado em razão de pedido de vista (artigo 71).

Também da mesma forma que seus antecessores, o Regimento Interno de 1940 estabelece como regra geral, no artigo 48, que os relatores ou revisores (se houver) devem requerer dia para julgamento. A regra encontra correspondente nos artigos 783<sup>119</sup> e 873<sup>120</sup> do Código de Processo Civil vigente à época. Entretanto, a norma retoma, no artigo 49, a adoção do critério cronológico para julgamento dos casos, estabelecendo que a ordem de antiguidade para os julgamentos deve ser respeitada, excetuando-se apenas as hipóteses de insuficiência de quórum para julgamento dos casos, seja pela ausência ou pelo impedimento de algum Ministro, ou ainda, a superveniência de circunstâncias extraordinárias, a critério do tribunal.

A regra é reforçada pelo artigo 61, que estabelece que nos casos em que o Regimento Interno não determinar que sejam realizados na primeira sessão, ou na imediata, será obedecida a rigorosa antiguidade dos feitos, em relação aos da mesma classe. A antiguidade, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, deverá ser aferida da data do preparo na Secretaria, e, se não for o caso, do termo de recebimento.

Relativamente aos poderes do presidente, mantém-se no artigo 26 a competência para dirigir os trabalhos, presidir às sessões, propor as questões e apurar o vencido, da mesma forma

---

<sup>119</sup> Art. 783. Processado e instruído o feito de acordo com o disposto no art. 801 e seus parágrafos, e ouvido o Procurador Geral da República, o relator o passará, com o seu "visto", ao juiz revisor, que pedirá a designação de dia para julgamento.

<sup>120</sup> Art. 873. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de quarenta e oito (48) horas, à conclusão do relator, que os examinará, restituindo-os à Secretaria com a nota de "visto", ou, se se tratar de agravo de instrumento ou de petição, com o pedido de dia para julgamento.

que os seus antecessores. De acordo com o artigo 54, § 3º, cabe ao presidente, após o pedido de dia para julgamento, designar o dia em que o processo deva ser julgado, mandando publicar o anúncio no órgão oficial, com 48 horas de antecedência. Trata-se do primeiro dispositivo que expressamente atribui ao presidente a competência para estabelecer a pauta de julgamentos, embora esteja submetido ao critério cronológico.

A regra também foi estabelecida no artigo 874, § 3º do Código de Processo Civil de 1939, que previa competir ao presidente designar dia para julgamento, mandando publicar o anúncio no órgão oficial. Mantem-se, no entanto, certo nível de compartilhamento da competência com os demais Ministros, em razão da excepcional possibilidade de desconsideração da ordem de antiguidade em circunstâncias excepcionais, a critério do colegiado.

No que toca aos relatores, previa o artigo 53 que o caso deveria ser examinado no prazo de 30 dias, não havendo, no entanto, qualquer tipo de sanção pelo descumprimento do prazo. Excluiu-se da redação, inclusive, a necessidade de que a retenção por prazo maior fosse justificada, conforme previsto no regimento anterior. Para além disso, permitiu-se ao Relator, nos termos do artigo 62, formalizar pedido de preferência para julgamento das causas criminais, quando lhe parecesse urgente.

O mesmo poder é atribuído ao Procurador Geral, com base no artigo 63, nos casos em que forem interessados a União ou os Estados. No particular, mantém-se a redação prevista no Decreto n. 21.976, já analisada. Por fim, o pedido de vista permanece tal qual no regimento anterior e está previsto no artigo 66, possibilitando-se que o julgamento seja adiado para a sessão seguinte.

### 3.7. Regimento Interno de 1970

O Regimento Interno de 1970 mantém o modelo de prioridades de julgamento estabelecido, de forma mais ou menos ampla, nos seus antecessores, a partir de determinadas classes. Com efeito, o artigo 150 estabelece o extenso rol de classes processuais que terão prioridade de julgamento no Plenário, a exemplo das causas criminais, quando houver réu preso, *Habeas Corpus*, pedidos de extradição, dentre outros. Para além disso, elencou no artigo 80 uma série de situações que independiam de inclusão em pauta, quais sejam: i) questões de ordem sobre processamento dos feitos; ii) a remessa de processos pela Turma ao Plenário; iii)

o julgamento de *Habeas Corpus*, e; iv) aqueles nos quais as partes concordassem com a dispensa, em situações de urgência.

A sistemática de designação de casos para julgamento permanece a mesma. Com efeito, caberá ao relator pedir dia para julgamento dos feitos que lhes foram atribuídos por distribuição, ou encaminhá-los ao revisor, se for o caso, nos termos do artigo 22, X, do Regimento Interno. Por sua vez, nos termos do artigo 25, III, competirá ao revisor pedir dia para julgamento. O Código de Processo Civil de 1973, traz, no mesmo sentido do Regimento Interno, em algumas passagens, a necessidade de solicitação de dia para julgamento, como por exemplo nos artigos 528<sup>121</sup>, 551, § 2º<sup>122</sup>.

Retomando a sistemática estabelecida pelo Decreto-Lei n. 6, de 1937, o artigo 133 estabeleceu que os julgamentos a que o regimento ou a lei não derem prioridade serão realizados, quando possível, segundo a ordem de antiguidade dos feitos em cada classe, conforme rol estabelecido no artigo 60. A aferição da antiguidade, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, deverá ser aferida pela ordem de recebimento dos feitos.

As atribuições do Presidente da Corte estão previstas no artigo 14, que no inciso III, determina a ele competir dirigir os trabalhos e presidir as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir o Regimento Interno. Por sua vez, o artigo 552 do Código de Processo Civil de 1973, reproduzindo a redação originária do código revogado, estabeleceu competir ao Presidente designar dia para julgamento dos casos, observada a necessidade de publicação da pauta no órgão oficial. Não há qualquer dispositivo que compartilhe a competência para designação de datas para julgamentos, nem mesmo de forma excepcional.

Relativamente ao revisor e ao relator, dispõe o Regimento Interno, no artigo 107, incisos II e III, que o prazo para disponibilização do seu voto é de 20 e 30 dias, respectivamente. Não há qualquer consequência pela extrapolação do prazo, que pode ser justificado pelo “acúmulo de serviço”. Poderá ainda o relator, nos termos do artigo 134, requerer preferência para o julgamento de feitos criminais, em casos de urgência.

De forma similar, poderá o Procurador-Geral da República requerer, apenas para os casos que estejam em pauta, a prioridade no julgamento, se houver medida liminar ou acautelatória, nos termos do artigo 57. Por fim, o pedido de vista continua com o mesmo perfil,

---

<sup>121</sup> Art. 528 Em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento.

<sup>122</sup> Art. 551, § 2º O revisor aporá nos autos o seu "visto", cabendo-lhe pedir dia para julgamento.

nos termos do artigo 139, que estabelece a necessidade de devolução dos autos para prosseguimento da votação até a segunda sessão ordinária subsequente.

### 3.8. Regimento Interno de 1980

O texto regimental de 1980, atualmente vigente no STF, que mantém o regime de prioridades de julgamento permaneceu praticamente o mesmo de seu antecessor. O artigo 145, da mesma forma que o artigo 150 do regimento anterior, estabelece classes processuais que terão prioridade de julgamento no Plenário. Por sua vez, o artigo 83 reproduz o artigo 80 do texto substituído, quanto aos feitos que independem de pauta para julgamento.

Como regra geral, não houve alterações quanto à dinâmica de formação da pauta. Nos termos do artigo 128, os julgamentos a que o Regimento Interno não dê prioridade realizar-se-ão, sempre que possível, de conformidade com a ordem crescente de numeração dos feitos em casa classe. Incluiu-se regra que estabeleceu prioridade aos relatores mais antigos, prevendo-se que os processos serão chamados pela ordem de antiguidade decrescente entre eles, sendo o critério da numeração aferido em relação a cada relator.

Relevante notar que o Código de Processo Civil de 2015 pretendeu estabelecer regramentos importantes a respeito da ordem de julgamentos dos processos no Poder Judiciário de uma maneira geral. Embora o anteprojeto<sup>123</sup> elaborado por uma comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado n. 379 de 2009 e coordenada pelo Ministro Luiz Fux, nada tenha dito a respeito, durante a sua tramitação no Senado Federal<sup>124</sup>, foi incluído o artigo 12 no texto substitutivo<sup>125</sup>, que determinou que juízes deveriam proferir sentenças e os tribunais deveriam decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão. Para conferir transparência, o parágrafo primeiro do mesmo artigo determinou que a lista de processos aptos a julgamento deveria ficar permanentemente disponibilizada em cartório. Por sua vez, o parágrafo segundo<sup>126</sup> estabeleceu hipóteses que seriam excepcionadas da regra de antiguidade estabelecida no *caput*.

<sup>123</sup> Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20100608-02.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100608-02.pdf). Acesso em: 28 mai. 2021.

<sup>124</sup> A matéria tramitou no Senado Federal sob o n. 166/2010.

<sup>125</sup> Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550675&ts=1594037218589&disposition=inline>. Acesso em: 29 mai. 2021.

<sup>126</sup> Art. 12 § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo; III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação de tutela recursal; IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; V – as preferências legais.

O texto foi aprovado e enviado à Câmara dos Deputados, onde tramitou sob o n. 8.046/2010. Na redação final<sup>127</sup>, aprovada em plenário, manteve-se a regra da ordem cronológica e instituíram-se diversas alterações, dentre as quais merece referência a ampliação do rol de exceções previstas no parágrafo segundo. Ao retornar ao Senado Federal, o texto se manteve tal qual foi remetido pela Câmara dos Deputados<sup>128</sup> e foi à sanção presidencial, sendo publicado posteriormente no Diário Oficial da União.

O dispositivo tem o potencial de prestigiar o princípio da isonomia na prestação jurisdicional e oferece um importante instrumento de acompanhamento da eficiência das atividades desenvolvidas pelos magistrados<sup>129</sup>. Para além disso, “o julgamento cronológico dos casos converge com toda a principiologia adotada pelo novo diploma, no sentido de valorizar a razoável duração do processo e o tratamento isonômico entre as partes”<sup>130</sup>. No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina, afirma que o dispositivo materializa a isonomia processual e o princípio da impessoalidade, evitando-se a atribuição de tratamentos diferenciados e

<sup>127</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140327000390000.PDF#page=91>. Acesso em: 28 mai. 2021.

<sup>128</sup> Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores. § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932; V - o julgamento de embargos de declaração; VI - o julgamento de agravo interno; VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça; VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal; IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada. § 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais. § 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência. § 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista. § 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que: I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução; II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

<sup>129</sup> O art. 12 do Código de Processo Civil aprovado estabelece que a ordem cronológica de conclusão dos feitos será o critério para a organização da ordem de sentenças ou acórdãos proferidos. A medida seria um elogio à isonomia entre os litigantes, uma vez que nenhuma outra maneira de organização de processos sobrepor-se-ia ao tempo. Outra característica interessante seria a divulgação pública destas listas *online*, conforme explica o § 1º do art. 12, que poderia tornar-se um importante instrumento de acompanhamento da eficiência das atividades desempenhadas pelos magistrados – e das serventias judiciais. Em, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stella Tanure. Julgamento de causas em ordem cronológica e incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil: um caldo imprevisível. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio Siqueira; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. (coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 654-655.

<sup>130</sup> COELHO, Marcos Vinicius Furtado. Art. 12 do CPC - Ordem cronológica de julgamento dos processos. **MIGALHAS**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/301326/art-12-do-cpc---ordem-cronologica-de-julgamento-dos-processos>. Acesso em: 29 maio 2021.

injustificáveis na tramitação de processos dentro do mesmo órgão jurisdicional<sup>131</sup>. Por fim, Antonio do Passo Cabral<sup>132</sup> defendeu a regra, por estabelecer um critério objetivo para a tramitação dos processos nas varas judiciais, impondo a impessoalidade na rotina administrativa das varas e proporcionando um mecanismo mais eficiente para a organização dos trabalhos no Poder Judiciário.

Em sessão realizada no STF, o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot elogiou a nova regra. Segundo ele:

Todos os cidadãos são iguais perante a lei, são iguais perante a justiça. E o critério objetivo será aquele que litiga há mais tempo ter o direito de ver o seu litígio resolvido de uma maneira mais rápida que aquele que litiga há menos tempo<sup>133</sup>.

Naturalmente, críticas também vieram, boa parte delas no sentido de que a regra de certa forma engessaria e tornaria inflexível a dinâmica dos gabinetes, prejudicando profundamente a prestação do serviço jurisdicional no País<sup>134</sup>. Para Antonio do Passo Cabral as críticas são infundadas, visto que no longo prazo, “o tempo global que seria gasto para a elaboração de todos os processos é rigorosamente o mesmo”<sup>135</sup>. Afirma ainda que a dinâmica de trabalho dos gabinetes, que trabalham em equipe, permite que o trabalho permaneça sendo realizado enquanto um processo complexo, cuja antiguidade exige solução prioritária, seja analisado e decidido.

Fernando Gama de Miranda Netto e Stela Tannure Leal<sup>136</sup> discordam, pois, “se um processo complexo é capaz de paralisar outras decisões por meses (!), não há como sustentar

<sup>131</sup> MEDINA, Jose Miguel Garcia. No novo CPC, a ordem cronológica de julgamentos não é inflexível. **CONJUR**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>132</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; FUX, Luiz; MIRANDA, Pedro, NUNES, Dierle; MEDINA, José Garcia; FREIRE, Alexandre; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DANTAS, Bruno. (org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 75-99.

<sup>133</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-elogia-proposta-de-lista-cronologica-para-julgamento-de-processos-no-novo-cpc-1>. Acesso em 29 de maio de 2021.

<sup>134</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *et al.* O julgamento dos processos em ordem cronológica no novo CPC. **MIGALHAS**, Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/184582/o-julgamento-dos-processos-em-ordem-cronologica-no-novo-cpc>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>135</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; FUX, Luiz; MIRANDA, Pedro, NUNES, Dierle; MEDINA, José Garcia; FREIRE, Alexandre; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DANTAS, Bruno. (org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 89.

<sup>136</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stella Tanure. Julgamento de causas em ordem cronológica e incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil: um caldo imprevisível. In:



que o tempo global será rigorosamente o mesmo”, e concluem que os critérios para o julgamento cronológico não levaram em consideração “as distintas condições de trabalho que podem ser encontradas pelos tribunais do país”, razão pela qual entendem que a melhor solução, seria no sentido de que o critério fosse aplicado apenas nas instâncias recursais<sup>137</sup>.

A polêmica em torno do tema foi tanta que o dispositivo terminou sendo alterado ainda no período da *vacatio legis* do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, a Lei n. 13.256/2016 modificou o *caput* do artigo 12, incluindo o termo *preferencialmente*<sup>138</sup>.

Na prática, a alteração legislativa retirou quase que de forma absoluta a utilidade do dispositivo, e por essa razão, a ordem cronológica de julgamentos não tem sido observada de uma maneira geral pelo Poder Judiciário brasileiro. Especificamente em relação ao STF, não há qualquer movimento no sentido de privilegiar a antiguidade como critério para elaboração da pauta de julgamento do Plenário Presencial, embora, conforme se verá a seguir, a Ministra Cármen Lúcia tenha declarado que utiliza o critério cronológico como um dos fatores para a elaboração da pauta de julgamentos.

Parece prudente e correta a atuação corretiva do legislador quanto ao tema. Embora se deva reconhecer que a observância da ordem cronológica de julgamentos prestigia a isonomia do jurisdicionado perante o Poder Judiciário, não se pode deixar de ter em vista que a complexidade para promover adequadamente a gestão de um órgão judicial de fato impede que se estabeleça um critério cronológico puro. Há que se mesclar, conforme já defendia Dimoulis e Lunardi, o critério cronológico com outros elementos que influenciam sobremaneira na dinâmica da prestação jurisdicional.

Esta situação se torna ainda mais crítica em se tratando de um órgão como o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, para além das atribuições relacionadas à revisão de casos

---

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio Siqueira; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. (coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 656.

<sup>137</sup> No mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *et al.* O julgamento dos processos em ordem cronológica no novo CPC. **MIGALHAS**, Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/184582/o-julgamento-dos-processos-em-ordem-cronologica-no-novo-cpc>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>138</sup> No processo legislativo, ao justificar a alteração da redação do artigo 12 na Câmara dos Deputados, o Relator do projeto de lei, Deputado Carlos Manato, asseverou que: “O objetivo é prestigiar os princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade e publicidade, tornando o *modus operandi* mais previsível para as partes, dando-lhes mais segurança. Trata-se de materialização do princípio da isonomia processual, que estabelece que as partes e seus procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. Frisa-se que a obrigação à observância da lista cronológica foi retirada, mantendo-se apenas a necessidade de dar preferência àqueles processos que há muito tempo encontram-se sem movimentação processual”.

concretos, por intermédio dos recursos extraordinários, a Corte tem sob sua competência a responsabilidade de solucionar casos altamente sensíveis e urgentes, especialmente no controle concentrado de constitucionalidade e também nos casos de competência originária, que envolvem ações penais contra altas autoridades da República, bem como os casos relacionados aos conflitos entre os entes federativos. Tal característica exige, portanto, que haja maleabilidade no critério cronológico, que poderia ser utilizado de forma residual, mas não de forma impositiva, pois prejudicaria a organização dos trabalhos da Corte, impossibilitando-a de apresentar as respostas urgentes que a sociedade precisa a tempo e modo.

Voltando ao Regimento Interno, relativamente ao presidente, as regras permanecem basicamente as mesmas. Suas atribuições estão previstas no artigo 13, que, no inciso III, prevê a competência para dirigir os trabalhos e presidir as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir o regimento. Há dispositivo expresso que estabelece a possibilidade de o presidente dar prioridade aos julgamentos nos quais os advogados devam produzir sustentação oral. Não há qualquer dispositivo que estabeleça regra de compartilhamento de competência com os demais Ministros para designação de dia para julgamento dos casos, nem mesmo de forma excepcional. Por fim, o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 934, determina competir ao presidente designar dia para julgamento, ordenando a publicação da pauta em órgão oficial.

Da mesma forma, os pedidos de designação de dia para julgamento por parte do relator e do revisor seguem o modelo do regime anterior, nos termos dos artigos 21, X e 25, III, respectivamente. O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 1.020, determina que o relator solicitará dia para julgamento em prazo não superior a um mês da intimação do agravado. Por fim, previu o artigo 129 do Regimento Interno, que em casos de urgência, o relator poderá indicar preferência para julgamento, estendendo a abrangência do poder a ele conferido em relação ao regimento anterior, que somente permitia a solicitação em casos criminais. Competência similar foi atribuída ao Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 130, desde que haja medida cautelar.

Por fim, os pedidos de vista têm regulamentação similar, nos termos do artigo 134, que determina o prosseguimento da votação no prazo de trinta dias, contando da publicação da ata de julgamento.

### 3.9. A repercussão da criação do Plenário Virtual nos poderes do presidente do STF

O exercício da jurisdição pelo STF tem se tornado, por diversas razões, uma atividade complexa. O acirramento da disputa política entre Legislativo e Executivo, que, incapazes de solucionar politicamente os conflitos, os delegam à Corte, elevou o seu *status*, ao tempo em que a permitiu transitar por um campo que não lhe é natural, a política. O fenômeno da judicialização levou à Suprema Corte questões técnicas para as quais os magistrados não estavam preparados.

No campo criminal, investigações contra autoridades públicas de alta patente e o mundo empresarial tomaram conta da pauta, expuseram divergências políticas, vaidades e inclinações políticas entre seus membros. Em paralelo, a crescente e constante incursão da atividade jurisdicional no universo político se incorporou ao *modus operandi* das Cortes Constitucionais mundo afora, o que de um lado elevou as expectativas do jurisdicionado, mas por outro lado, estimulou interferências e gerou acusações de desequilíbrio da balança entre os poderes constituídos. Esse conjunto de fatores, somados a outros que compõem a análise da crise do Judiciário, provocou o conhecido congestionamento dos Tribunais, que em última análise, atrasa a prestação jurisdicional e eterniza os conflitos na sociedade brasileira.

Tornou-se necessário encontrar respostas. O Poder Judiciário precisava se tornar mais eficiente, cumprir o seu ofício a tempo, permitindo ao jurisdicionado (e não aos seus herdeiros) gozar do direito perseguido em juízo. Diversas foram as estratégias, dentre as quais destaca-se o uso da tecnologia em favor da celeridade. Com efeito, a implementação do processo eletrônico e o incentivo à prática de atos processuais de forma eletrônica transformou-se em verdadeira política pública, tendo por reflexo positivo a celeridade na tramitação dos processos, o incentivo à sustentabilidade, a economia de recursos orçamentários e o aperfeiçoamento da gestão processual<sup>139</sup>.

Nesse contexto, a criação do ambiente virtual assíncrono de julgamentos no STF, doravante referido como Plenário Virtual<sup>140</sup>, representou uma solução procedimental para a racionalização da prestação jurisdicional, proporcionando condições para a celeridade e

---

<sup>139</sup> NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Processo e Tecnologia : do processo eletrônico ao Plenário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 87–110, 2017, p. 4.

<sup>140</sup> É importante diferenciar os julgamentos virtuais pelo ambiente do Plenário Virtual e o ambiente de julgamento nas sessões por videoconferência. Este é síncrono, uma vez que realizado por uma plataforma de reuniões na qual todos os atores participam, mantendo, de certa forma, a dinâmica das sessões presenciais. Aquele é assíncrono e ocorre numa plataforma virtual, onde os Ministros não estão simultaneamente presentes, não havendo interação entre os julgadores. Em, SEIFERT, Priscila Leal; NETTO, Fernando Gama Miranda. A Justiça está online: os tribunais superiores e os julgamentos por videoconferência no Brasil e na Espanha. In: IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE GLOBALIZAÇÃO, ÉTICA E DIREITO, 2020, Madrid. **Libro de Actas del IV CIGED**. v. IV. Madrid, 2020, p. 370-388.

eficiência no gerenciamento dos processos em trâmite na Corte<sup>141</sup> e oferecendo uma resposta ao crescimento exponencial do seu estoque de processos, visando dar concretude ao princípio constitucional da duração razoável do processo, estampado no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal<sup>142</sup>.

Sua primeira aparição se deu no ano de 2007<sup>143</sup>. Trata-se de um sistema informatizado para julgamento remoto de processos, sem interação em tempo real entre julgadores e partes<sup>144</sup>. Com efeito, naquele ano, a edição da Emenda Regimental n. 21/2007, que alterou o artigo 323 do Regimento Interno do STF, permitiu aos Ministros deliberarem no ambiente eletrônico tão somente acerca da existência do requisito da repercussão geral<sup>145</sup> nos recursos extraordinários<sup>146</sup> submetidos a sua apreciação<sup>147</sup>.

Posteriormente, por meio da Emenda Regimental n. 42/2010, o artigo 323 - A permitiu que, além da verificação quanto à presença da repercussão geral, pudessem os Ministros

<sup>141</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>142</sup> GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Plenário Virtual do STF. In: FUX, Luiz.; BODART, Bruno.; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). **A Constituição da República segundo Ministros, Juizes auxiliares e Assessores do STF**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 221–230; p. 212.

<sup>143</sup> Sobre a evolução legislativa do Plenário Virtual do STF, ver: PETER, Cristine. Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do futuro. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>. Acesso em: 10 jan. 2021; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; BOINA, André Felipe de Araújo. Ampliação dos Julgamentos Virtuais no STF: uma abordagem da virtualização procedimental em tempos de COVID-19. In: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Questões Jurídicas decorrentes da Covid - 19: processo, tribunais e tratamento de conflitos**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2020, e; OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Práticas decisórias e possibilidades do plenário virtual no Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 20, p. 374–397.

<sup>144</sup> FERRAZ, Diogo. Julgamentos virtuais e a Matrix – parte 1. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>145</sup> Sobre como a criação do plenário virtual para a apreciação da repercussão geral redesenhou o processo decisório do Supremo Tribunal Federal, ver: MEDINA, Damares. A repercussão geral e as mudanças estruturais do processo decisório no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 327–334, 2015.

<sup>146</sup> O artigo 102, § 3º da Constituição Federal, inserido no texto pela Emenda Constitucional n. 45, criou o requisito da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, exigindo do recorrente que demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pelo voto de dois terços de seus membros. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Federal n. 11.418/2016, que estabeleceu que, para efeito da repercussão geral, deveriam ser consideradas a existência de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

<sup>147</sup> O funcionamento do plenário virtual à época consistia na submissão da manifestação do relator sobre a repercussão geral em determinado tema, seguida pela disponibilização do prazo de 20 dias para que o tema fosse apreciado pelos demais Ministros. Em caso de omissão, presumia-se que seu entendimento havia sido no sentido de reconhecer a existência da repercussão geral. A interpretação sobre a forma de contagem dos votos se alterou com a Emenda Regimental n. 31. A partir dela, a ausência de manifestação passou a ser interpretada como um voto pela inexistência de repercussão geral, nos casos em que o relator houvesse reconhecido a infraconstitucionalidade da matéria.

efetivamente julgar o recurso extraordinário, desde que o caso fosse de reafirmação da jurisprudência dominante do Tribunal. Dando sequência à progressiva ampliação do Plenário Virtual, a Emenda Regimental n. 51/2016, regulamentada pela Resolução n. 587/2016, passou a admitir o julgamento, neste ambiente, de agravos internos e embargos de declaração, a critério do relator.

A ampliação do Plenário Virtual mostrou-se um sucesso do ponto de vista estatístico. O Relatório de final de gestão da Ministra Cármen Lúcia<sup>148</sup> atestou a eficiência do ambiente eletrônico. Segundo os dados apresentados, o STF julgou, no período de 12/09/2016 a 12/09/2018, 5205 processos presencialmente e 21260 virtualmente, ou seja, a cada 5 processos julgados pela Corte, 4 tramitaram pelo Plenário Virtual<sup>149</sup>.

Diante do sucesso, em 2019, implementando um dos projetos prioritários da gestão do Ministro Dias Toffoli<sup>150</sup>, a Corte editou a Emenda Regimental n. 52/2019, regulamentada pela Resolução n. 642/2019 que substituiu a Resolução n. 587/2016 e novamente ampliou o rol de classes de ações que poderiam ser julgadas no ambiente virtual. De acordo com o referido normativo, agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; medidas cautelares em ações de controle concentrado; *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias; recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF, e; demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF, poderiam ser submetidos a julgamento virtual.

Por fim, no ano de 2020, estimulado pela virtualização forçada do trabalho em decorrência do Covid-19, o STF editou a Emenda Regimental n. 53/2020, regulamentada pela Resolução n. 669/2020, que alterou a Resolução n. 642/2019, permitindo que todos os processos de competência do Tribunal, a critério do relator ou do Ministro vistor com a concordância do

---

<sup>148</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatorioGestaoMCL.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>149</sup> GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Plenário Virtual do STF. In: FUX, Luiz.; BODART, Bruno.; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). **A Constituição da República segundo Ministros, Juízes auxiliares e Assessores do STF**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 227.

<sup>150</sup> Em sua primeira entrevista coletiva como presidente do STF, realizada em 17 de outubro de 2018, o Ministro Dias Toffoli revelou que uma das metas de sua gestão era incrementar o uso do Plenário Virtual, com o objetivo de tornar mais eficiente o cotidiano da Corte e de agilizar o trabalho dos Ministros. Dentre os incrementos pretendidos, estava o julgamento do mérito dos recursos com repercussão geral já conhecida e os julgamentos das ações de controle concentrado de constitucionalidade que já tenham sido objeto de decisão monocrática concessiva de liminar *ad referendum*. STF. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389887>. Acesso em: 06 dez. 2021.

relator, sejam submetidos a julgamento em listas<sup>151</sup> de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as competências das Turmas ou do Plenário. Estabeleceu ainda que as classes previstas na antiga Resolução deveriam, preferencialmente, ser julgadas em ambiente eletrônico.

Em meio ao avanço do STF na regulamentação do Plenário Virtual e atento às iniciativas de outros tribunais, o Conselho Nacional de Justiça, já em 2015, em procedimento consultivo provocado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>152</sup>, autorizou a adoção da mecânica de julgamentos colegiados em ambiente virtual. Para o relator do caso, a tecnologia deve ser utilizada em favor do jurisdicionado, desde que garantias constitucionais e legais não sejam negligenciadas.

De acordo com o discurso de encerramento do primeiro semestre judiciário de 2020, proferido pelo então Presidente, Ministro Dias Toffoli, o colegiado se reuniu por 58 vezes, sendo 38 presenciais e 20 por videoconferência, sendo julgados um total de 2269 processos, sendo que 2189 foram julgados em sessões virtuais e 80 em sessões presenciais ou por videoconferência. Nas turmas, foram julgados 6312 processos, sendo 562 em sessões presenciais e por videoconferência e 5750 em sessões virtuais.

---

<sup>151</sup> Segundo Malafaia e Rossi os julgamentos em listas no STF são realizados há cerca de 10 anos e tradicionalmente, o relator elaborava uma lista de agravos internos e a encaminhava para julgamento com divulgação tão somente no quadro de avisos na entrada da sala das sessões. O julgamento dos casos listados ocorria através de anúncio da súmula de seus resultados, sem qualquer debate pelo colegiado. Em, MALAFAIA, Evie Nogueira e; ROSSI, Julio Cesar. Julgamentos Virtuais: de como a excepcionalidade tornou-se regra e essa ganhou viés arbitrário. **Empório do Direito**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/29-julgamentos-virtuais-de-como-a-excepcionalidade-tornou-se-regra-e-essa-ganhou-vies-arbitrario>. Brasília, 2020. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>152</sup> CNJ autoriza tribunais a fazerem sessão eletrônica não presencial. **CONJUR**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-13/cnj-autoriza-tribunais-realizarem-sessao-eletronica-nao-presencial>. Acesso em: 18 jan. 2020.

Segundo Dias Toffoli<sup>153</sup>, os julgamentos virtuais são uma realidade cada vez mais presente nas grandes democracias do mundo<sup>154-155</sup>, sendo propulsores de uma prestação jurisdicional mais célere, eficiente, isonômica, transparente e acessível a todos. Pondera o Presidente, no entanto, que, embora importantes, o modelo de julgamentos virtuais não retira a relevância das sessões presenciais, nem diminui o valor inerente aos julgamentos realizados com os atores relevantes do processo, como magistrados, defensores, membros do Ministério Público e jurisdicionados, realizados de forma presencial.

Para ilustrar o impacto da generalização dos julgamentos em ambiente virtual, o STF divulgou<sup>156</sup> dados em que afirma ter sido recorde o número de julgamentos de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral reconhecida. Segundo a publicação, foram julgados 128 temas, dos quais, 104 foram analisados por meio virtual.

O Ministro Luiz Fux, presidente da Corte entre 2020 e 2022, também se pronunciou, entusiasmado com o sucesso estatístico do Plenário Virtual. Segundo ele, mesmo diante das dificuldades impostas pela pandemia do Covid-19, o tribunal julgou em sessões presenciais ou por videoconferência 124 processos e nas sessões virtuais julgou nada menos que 5530 processos<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> STF. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursodeEncerramentodo1OSemestrede2020.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>154</sup> Em pesquisa realizada no Direito Comparado, Priscila Seifert e Fernando Gama de Miranda Netto relatam que na Colômbia, em julgamento realizado no dia 9 de julho de 2020, por 5 votos a 4, declarou-se a inconstitucionalidade do artigo 12 do Decreto Presidencial n. 491, de 28 de março de 2020, que permitia ao poder público exercer virtualmente a suas atribuições. Na Espanha, o Supremo Tribunal Espanhol anulou uma sentença de 2005, pela realização de uma audiência virtual. Segundo a Corte, julgamentos não presenciais dificultariam a correta percepção sobre a prova. Segundo os mesmos autores, enquanto tribunais como o espanhol lidam com o fenômeno da virtualização sob o enfoque da qualidade da prestação jurisdicional, o caso brasileiro parece estar mais preocupado com o aspecto quantitativo, inteiramente voltado para os resultados. Em, SEIFERT, Priscila Leal; NETTO, Fernando Gama Miranda. Supremo Tribunal Federal ou Supremo Tribunal Virtual? Algumas reflexões sobre o uso da tecnologia pela justiça. In: 9º SEMINÁRIO INTERDISCIPLINAR EM SOCIOLOGIA E DIREITO: NÃO-HUMANOS E DESUMANOS, 2020, Niterói. **Anais [...]**, 2020. v. IX, p. 678-697.

<sup>155</sup> Segundo o estudo *Global Access to Justice*, dentre 51 países pesquisados, cerca de 53% passaram a se valer do uso da videoconferência para manter o funcionamento da justiça durante a pandemia do COVID-19. **Global Access to Justice**. Impactos do COVID-19 nos Sistemas de Justiça. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em: 19 fev. 2021.

<sup>156</sup> STF. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457420&ori=1#:~:text=Em%202020%2C%20o%20Supremo%20Tribunal,em%20todas%20as%20inst%C3%A2ncias%20judiciais>. Acesso em: 15 jan. 2021.

<sup>157</sup> STF. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457499&ori=1>. Acesso em: 19 fev. 2021.

Em iniciativa inédita, a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF elaborou pesquisa empírica<sup>158</sup>, cujo objetivo era analisar os dados relacionados à utilização do Plenário Virtual da Corte. Os resultados demonstraram que, em 2019, o Tribunal proferiu 81,9% de suas decisões colegiadas em ambiente virtual. Em 2020, o percentual cresceu para 95,5%. Por fim, em 2021, com dados levantados até 30 de junho, o quantitativo de decisões judiciais colegiadas proferidas pelo Plenário Virtual alcançou a marca de 98,4%.

A tabela a seguir representa a evolução da proporção entre os julgamentos presenciais e virtuais, desde 2008:

Tabela 1 – Quantidade e proporção de julgamentos nos ambientes presencial e virtual por ano\*

---

<sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf). Acesso em: 14 mar. 2022.



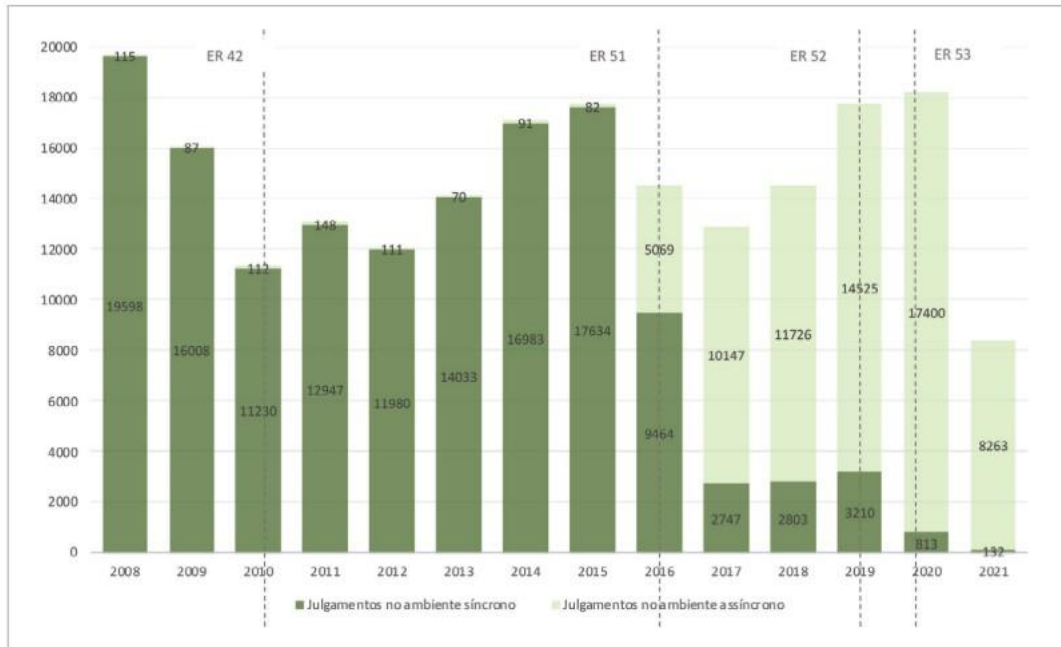
Ano	Julgamentos no ambiente presencial	Proporção de julgamentos no ambiente presencial	Julgamentos no ambiente virtual	Proporção de julgamentos no ambiente virtual
2008	19598	99,4%	115	0,6%
2009	16008	99,5%	87	0,5%
2010	11230	99%	112	1%
2011	12947	98,9%	148	1,1%
2012	11980	99,1%	111	0,9%
2013	14033	99,5%	70	0,5%
2014	16983	99,5%	91	0,5%
2015	17634	99,5%	82	0,5%
2016	9464	65,1%	5069	34,9%
2017	2747	21,3%	10147	78,7%
2018	2803	19,3%	11726	80,7%
2019	3210	18,1%	14525	81,9%
2020	813	4,5%	17400	95,5%
2021*	132	1,6%	8263	98,4%
Total	139582	-	67946	-

Fonte: O plenário Virtual na pandemia da Covid-19<sup>159</sup>.

Segundo a pesquisa empírica, o crescimento do PV está diretamente relacionado com as sucessivas alterações regimentais, que ampliaram sobremaneira as suas competências. O gráfico a seguir correlaciona o aumento da produtividade do ambiente virtual com as emendas regimentais acima citadas:

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf), p. 31. Acesso em: 14 mar. 2022

Gráfico 1 – Quantidade de decisões por ambiente por ano\*



Fonte: O plenário Virtual na pandemia da Covid-19<sup>160</sup>.

Do relato histórico acima delineado, associado aos dados empíricos apresentados pela SAE/STF, pode-se facilmente constatar que o Plenário Virtual foi ganhando espaço dentro do STF (e do Poder Judiciário Brasileiro de maneira geral) para se tornar o ambiente mais produtivo da Corte<sup>161</sup>. De uma solução cirúrgica para apreciação de um requisito do recurso extraordinário, passou a ser o método dominante de deliberação e julgamento.

Em termos práticos, o Plenário Virtual funciona de maneira relativamente simples. As sessões ocorrem semanalmente, devendo o Relator inserir a ementa, relatório e voto no ambiente virtual. O caso vai a julgamento por sua iniciativa exclusiva, observada a ordem cronológica de liberações pelos relatores, não havendo qualquer interferência do presidente ou

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf), p. 33. Acesso em: 14 mar. 2022

<sup>161</sup> De acordo com pesquisa produzida pela Secretaria de Altos Estudos do Supremo Tribunal Federal, “o aumento da quantidade absoluta de decisões proferidas pelo PV e da sua proporção em relação ao total de julgamentos realizados pelo Tribunal Pleno e pelas Turmas corrobora a hipótese de que as sessões do PV passaram a representar expressiva participação na atividade jurisdicional do STF, tornando-se relevante mecanismo decisório do Tribunal e contribuindo para a operacionalização de um novo desenho de sua governança, no tocante à prestação jurisdicional – especialmente no período desafiador da pandemia de Covid-19. Ibidem, p. 55.

dos demais Ministros, que somente poderão interferir após o início do julgamento, conforme se verá adiante.

Com o início do julgamento, os demais Ministros passam a ter 6 dias úteis para manifestação. A qualquer momento, o relator poderá retirar o processo do ambiente virtual, desde que não tenha sido iniciado o julgamento. Após o seu início, qualquer Ministro poderá efetuar destaque, cujo efeito é a retirada dos autos do ambiente virtual. As partes também podem requerer, a critério do relator, a retirada do ambiente virtual, desde que o pedido seja feito em até 48 horas antes do início da sessão.

As sustentações orais das partes deverão ser gravadas em áudio ou vídeo e enviadas ao Tribunal após a publicação da pauta e até 48 horas antes do início do julgamento em ambiente virtual<sup>162</sup>. Em evolução à disciplina anterior, a Resolução n. 675/2020 previu a necessidade de disponibilização dos relatórios e votos dos Ministros durante a Sessão de julgamento virtual, e não apenas após a conclusão do julgamento, o que permitiu maior transparência ao julgamento. Permitiu, ainda, a realização de esclarecimentos de matéria de fato, por peticionamento eletrônico, que devem ser automaticamente disponibilizados no sistema de votação.

Feita esta breve apresentação, passa-se a demonstrar as consequências da generalização dos julgamentos pelo Plenário Virtual do STF sobre o poder de agenda do Presidente. Para tanto, devemos aprofundar a análise sobre a Resolução n. 642, de 14 de junho de 2019, alterada pela Resolução n. 669, de 19 de março de 2020. A equiparação das competências entre o plenário físico e virtual aumentou a complexidade da formação da agenda da Corte<sup>163</sup>.

O artigo 1º da norma assim dispõe:

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.

---

<sup>162</sup> A Resolução 669/2020 alterou a Resolução 642/2019, que previa a retirada do caso do Plenário Virtual em casos onde houvesse pedido de sustentação oral. A partir de então, a sustentação oral deixou de ser um impeditivo ao julgamento virtual, na medida em que passou a ser registrada em áudio ou vídeo e disponibilizada para os Ministros.

<sup>163</sup> BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agenda-presidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020>. Acesso em: 29 maio 2021.

Por sua vez, o artigo 2º da mesma Resolução estabelece a dinâmica através da qual o julgamento será realizado no Plenário Virtual. Pela importância, transcreve-se a seguir o dispositivo:

Art. 2º As sessões virtuais serão realizadas semanalmente e terão início às sextas-feiras, respeitado o prazo de 5 (cinco) dias úteis exigido no art. 935 do Código de Processo Civil entre a data da publicação da pauta no DJe, com a divulgação das listas no sítio eletrônico do Tribunal, e o início do julgamento. § 1º O relator inserirá ementa, relatório e voto no ambiente virtual; iniciado o julgamento, os demais ministros terão até seis dias úteis para se manifestar. §2º O relatório e os votos inseridos no ambiente virtual serão disponibilizados no sítio eletrônico do STF durante a sessão de julgamento virtual. § 3º O ministro que não se pronunciar no prazo previsto no § 1º terá sua não participação registrada na ata do julgamento. §4º § 4º Não alcançado o quórum de votação previsto nos arts. 143, caput e parágrafo único, e 147 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ou havendo empate na votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes; §5º § 5º O disposto no § 4º aplica-se à hipótese prevista no art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. §6º § 6º No julgamento de habeas corpus ou de recurso de habeas corpus, proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. §7º § 7º O início da sessão de julgamento definirá a composição do Plenário e das Turmas; §8º ° Os votos serão computados na ordem cronológica das manifestações.

Conforme se pode verificar, a submissão dos casos a julgamento pelo Plenário Virtual ocorre de modo diferente do plenário presencial. Neste caso, a definição da pauta de julgamentos é automática e segue o critério cronológico, atribuindo ao relator poder de definir a agenda, na medida em que os casos são submetidos a julgamento a partir da sua ação exclusiva. A primeira consequência relevante desta alteração na dinâmica da elaboração da pauta de julgamentos do STF é o esvaziamento parcial do poder do presidente, que não pode evitar que casos específicos sejam submetidos a julgamento.

A nova regra descentraliza a competência para definição da agenda da Corte. Se antes, o controle do que era submetido à apreciação do plenário presencial estava nas mãos do presidente, embora com as condicionantes já mencionadas, que atribuem ao relator a possibilidade de liberar o processo para pauta quando bem entender, e a qualquer Ministro, que detém poder de veto através dos pedidos de vista, agora, com a nova realidade, o relator tem autonomia para fazer o caso ser apreciado pela composição colegiada do Tribunal, sem depender de qualquer interferência interna ou externa.

Naturalmente, as ferramentas de veto, que no Plenário Virtual são o pedido de destaque e o pedido de vistas, continuam presentes. Com efeito, permite-se ao relator, nos termos do artigo 3º, retirar do sistema qualquer lista ou processo antes de iniciado o julgamento. Por sua vez, o artigo 4º permite às partes, a critério do relator, e a qualquer Ministro, pedir destaque, o que acarreta a retirada do caso do ambiente virtual e a consequente remessa dos autos ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta, reiniciando-se o julgamento. Neste caso, caberá ao presidente do respectivo órgão colegiado, a inclusão em pauta para reinício do julgamento.

Observe-se que da forma como previsto originalmente, o pedido de destaque e o consequente reinício do julgamento poderia ser utilizado estrategicamente por quem o requereu. Basta imaginarmos uma situação em que o julgamento se inicie e determinados Ministros votem em um sentido específico. Caso este voto desagrade qualquer integrante do órgão julgador, ele pode requerer o destaque e efetivamente “anular” os votos já propostos. A situação torna-se mais grave ainda em casos em que já tenha sido formada uma maioria em determinado sentido.

Uma vez reiniciado o julgamento, havendo a aposentadoria de qualquer Ministro que já proferiu seu voto no plenário virtual, o Ministro sucessor poderia proferir novo voto, que naturalmente poderia caminhar em sentido diverso daquele que foi percorrido originalmente pelo Ministro aposentado<sup>164</sup>. Por sua vez, os Ministros que se mantiveram na Corte quando do novo julgamento, podem também evoluir e adotar outro posicionamento. Tais situações são graves e distorcem o resultado do julgamento pela utilização de uma ferramenta regimental, de amplíssimo potencial estratégico<sup>165</sup>. Felizmente, em julgamento de questão de ordem, decidida

---

<sup>164</sup> Recentemente, essa situação ocorreu no julgamento do RE 1.276.977, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que discute a possibilidade de revisão de atos de aposentadoria perante o INSS. Após a sua liberação para julgamento no Plenário Virtual, e a efetiva formação da maioria em determinado sentido, o Ministro Kassio Nunes solicitou destaque, o que provocou o redirecionamento do feito para o Plenário físico, com o reinício do julgamento, anulando-se todo o trabalho até então realizado, incluindo o do relator, já aposentado, Ministro Marco Aurélio. Para o Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV), o pedido de destaque “não pode ser utilizado de maneira estratégica, possibilitando vetar uma decisão que se mostra consolidada. Ele tem que ter respeito aos princípios administrativos, o que inclui moralidade, finalidade e movimentação. Caso contrário, serviria “para zerar uma votação desfavorável a si”.

<sup>165</sup> No mesmo sentido, João dos Santos destaca: “O outro fator a ser observado é a capacidade de utilizar esse poder de maneira estratégica, como uma forma de veto. Diante de um cenário que possa indicar uma possível derrota, qualquer Ministro pode pedir destaque para zerar uma votação desfavorável a si e retardar o julgamento, conseguindo mais tempo e espaço de debate para que o posicionamento dos Ministros seja configurado a seu favor. Da mesma maneira, o raciocínio contrário também se aplica: um Ministro pode deixar de pedir destaque não necessariamente por considerar que o caso não é relevante o suficiente para ir ao ambiente físico, mas porque ele acredita ter mais chance de que sua posição se consagre vencedora no PV, onde não há grande deliberação e atenção pública dada ao tema.” Em, SANTOS, João Vitor Antunes dos. Pedido de destaque no plenário virtual do STF é deliberação ou veto?. **CONJUR**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-11/joao-santos-pedido-destaque-plenario-virtual-stf>. Acesso em: 21 out. 2021.

em sessão plenária do dia 09 de junho de 2022, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencido o Ministro André Mendonça, compreendeu a grave lesão que o uso estratégico do pedido de destaque poderia acarretar e passou a entender que o voto proferido pelo Ministro aposentado deveria ser preservado.

Por fim, nos termos do art. 5º, os processos com pedido de vista poderão, a critério do Ministro vistor, com a concordância do relator, ser devolvidos para prosseguimento de julgamento em ambiente virtual. Não havendo esta indicação, os autos deverão ser enviados a julgamento presencial.

Diante de tantas possibilidades, Ana Laura Pereira Barbosa e Luiz Fernando Gomes Esteves<sup>166</sup> defendem que o presidente da Corte não perdeu poder, ou se perdeu, não foi uma parcela significativa. Argumentam que a combinação da possibilidade do pedido de vistas no plenário virtual e a devolução ao ambiente físico com as manifestações não sequenciais no plenário virtual conferem ao presidente o poder de selecionar o momento e o caso que deseja que sejam julgados no ambiente presencial.

Prosseguem sua análise afirmando que, embora seja mais custoso pedir vistas do que selecionar ou não um caso para julgamento, o poder de agenda do presidente se mantém. Concluem que apesar de não ter o poder de determinar quando um caso será julgado, visto que isso estará sempre dependente da ação do relator, e dos demais Ministros não interromperem o julgamento por um pedido de vistas, o presidente ainda conserva em certa medida o seu poder de agenda pois, embora tenha perdido o seu poder de selecionar os casos que serão julgados pelo plenário, pode a qualquer momento pedir vista dos autos ou destaque, retomando o controle da agenda para si, selecionando não apenas quando o julgamento ocorrerá, mas também em qual ambiente.

Não nos parece precisa a conclusão a que chegaram os autores. Propõe-se que a avaliação quanto ao enfraquecimento de poder do presidente para definir a agenda da Corte seja feita em duas etapas, sendo a primeira a definição da agenda de julgamentos e a segunda a interrupção dos julgamentos após o seu início no plenário virtual.

---

<sup>166</sup> BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agenda-presidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020>. Acesso em: 29 maio 2021.

Na primeira, deve-se avaliar o momento inicial, no qual o caso será submetido a julgamento colegiado. Não nos parece haver qualquer dúvida de que o papel do presidente resta parcialmente esvaziado, na medida em que se concentram nas mãos do relator a escolha da classe processual a ser submetida a julgamento colegiado, a definição do momento em que o caso estará disponível para julgamento, que ocorre com a conclusão de seu voto, e a designação de data para início do julgamento com a submissão ao plenário virtual. Aqui não há qualquer participação do presidente, que assim, perde totalmente o controle sobre a agenda da Corte. É evidente que o presidente permanecerá com o controle da pauta do plenário presencial, e continuará exercendo poder quanto aos casos que irão ao julgamento. Fala-se em esvaziamento parcial, pois o poder de bloquear a submissão de um caso a julgamento (a denominada agenda passiva), hipótese estudada nesta pesquisa, escapa das suas mãos.

Na segunda, devem-se avaliar os mecanismos de interrupção de julgamento que podem efetivamente interferir na definição da agenda, seja pelo pedido de vista ou pelo pedido de destaque. De fato, não se pode negar que o presidente possa interromper o julgamento e assim retomar o controle sobre a agenda da Corte. Mas esse poder é compartilhado com todos os demais<sup>167</sup>, que tem a mesma prerrogativa.

Ademais, pedidos de vista, como os próprios autores reconheceram, tem um custo político alto. Aqui, interferir na agenda da Corte exigiria uma ação positiva e deliberada do presidente, o que o expõe de forma mais ostensiva ao escrutínio interno e externo do que a ação omissiva de não pautar determinado caso.

Sendo assim, é nítido que o compartilhamento da competência para inclusão de processos em pauta no plenário virtual rearranja o equilíbrio das forças dentro da Corte. Na definição de agenda, há um esvaziamento parcial do poder do presidente e, na interrupção de agenda, o custo político se torna tão alto que o exercício desta competência se torna mais difícil de realizar.

A conclusão a que se chega é compartilhada por Felipe Recondo, jornalista especializado em Supremo Tribunal Federal, ouvido em entrevista exclusiva para este trabalho:

O plenário virtual tirava um poder do presidente do Supremo. E o presidente do Supremo vai ter que lidar com essa realidade, e eu acho que o Fux está lidando super bem. Tipo, julgamento sobre autonomia do Banco Central. O Fux não previu para esse semestre. Não estava previsto, e ele disse, “Não

---

<sup>167</sup> No caso do pedido de destaque, há certo protagonismo do presidente, mesmo quando requerido por outro Ministro, pois o caso é remetido diretamente ao ambiente presencial, cujo controle permanece nas mãos dele.

quero botar, não quero estressar mais mercado, governo”. Ninguém sabia mais ou menos o que ia dar. Aí o Lewandowski insistiu e botou em lista no plenário. Aí o Fux não tem o que fazer. Então talvez nós voltaremos a um período em que a pauta fica mais democrática, porque o presidente não vai poder fazer aquilo que os Ministros estavam criticando: "Está segurando meu processo, não chama". Mas ao mesmo tempo perca um pouco, ou melhor dizendo, vai perdendo um pouco esse *agenda-setting*, esse agendamento, porque se depende de cada Ministro, se o Ministro pode colocar no virtual, pode colocar em lista livremente, esse poder que o presidente tinha a partir do Jobim vai se diluindo.

(...) eu acho que é interessante o momento que nós estamos assistindo o fenômeno, nós estamos assistindo uma redefinição do poder de pauta pelo presidente do Supremo. Mas assim, no passado acho que quem melhor utilizou isso, ou fez de um jeito um pouco mais organizado talvez tenha sido o Ministro Gilmar. O Ministro Gilmar acho que usou isso de forma bem discreta. Mas eu acho que ele usou isso de um jeito, esse poder todo que tinha, de uma forma um pouco mais tranquila, e olha que ele tinha também as suas visões de governo.

Em sentido similar, o Ministro Fux, em entrevista concedida a este autor, assim se pronunciou, ao ser questionado sobre o esvaziamento dos poderes do Presidente:

A ampliação institucional do Plenário Virtual mitigou o poder de agenda do Presidente na pauta do Supremo Tribunal Federal, tornando-a mais plural e democrática. Salvo nos casos de pedido de destaque ou de pedido de inclusão de pauta presencial, é possível que qualquer Ministro/a inclua seus feitos para deliberação colegiada.

(...)

A palavra correta não é “esvaziar”. Como dito anteriormente, o Plenário Virtual pluraliza e democratiza o processo deliberativo da Corte, além de torna-lo mais célere. Isso porque permite com que os processos tramitem de maneira mais eficiente e que qualquer feito seja analisado colegiadamente de acordo com o juízo de conveniência e de oportunidade do/a Relator/a. A pauta e o tempo da Corte são escassos, o Plenário Virtual auxilia a mitigar esses “problemas”.

Conclui-se, portanto, que o advento do plenário virtual trouxe consigo um enfraquecimento considerável do poder de agenda do Presidente do STF. Pode-se afirmar, inclusive, que o imbróglio relativo à não inclusão em pauta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54 não teria ocorrido, caso as regras relativas ao Plenário Virtual estivessem vigentes nos anos de 2017 e 2018. Diante da recalcitrância da Ministra Cármen Lúcia a submeter os casos ao plenário presencial, o Ministro Marco Aurélio, relator dos casos, poderia ter lançado mão do Plenário Virtual para, ao menos, dar início ao julgamento do caso. Se ele teria sido concluído ainda em 2018, não se pode precisar, considerando as diversas possibilidades de interrupção de julgamento já exploradas. O fato é que o efetivo julgamento



do caso, ainda que em plenário virtual, teria provocado enormes consequências no período histórico estudado.

#### **4. A ELABORAÇÃO PAUTA DE JULGAMENTOS COMO UM COMPONENTE DO PROCESSO DECISÓRIO NO STF E AS INFLUÊNCIAS EXTERNAS NA SUA CONSTRUÇÃO**

Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, o propósito específico deste trabalho é demonstrar que a Ministra Cármen Lúcia, presidente do STF entre setembro de 2016 e setembro de 2018, utilizou-se estrategicamente do poder de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte, excluindo da apreciação do colegiado as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Na oportunidade, optou por uma segunda melhor decisão, submetendo ao plenário presencial o *Habeas Corpus* n. 152.752/PR, que discutia, no caso concreto, a situação do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao ex-presidente Lula.

As razões pelas quais esta decisão foi tomada envolvem não apenas fatores jurídicos, mas também fatores extrajurídicos, que, conforme estudos específicos que compõem o marco teórico da presente tese, influenciam no processo decisório do Poder Judiciário, em geral, e das Cortes Constitucionais, em específico. A ideia de que os juízes estão livres de influências externas para se concentrar em questões de princípio, e que o material jurídico tradicional pode conduzir a respostas únicas para a solução dos casos, difundida por Dworkin a partir da figura do juiz Hércules, não representa os desafios submetidos a um juiz de uma Corte Constitucional contemporânea.

Os juízes constitucionais estão submersos em universo político, que começa com o próprio processo de indicação para o cargo, que no caso brasileiro, está condicionado à indicação pelo Presidente da República e submetido à confirmação pelo Senado Federal. Suas convicções políticas, ideológicas e até mesmo religiosas, adquiridas durante a sua trajetória profissional, sobrevivem ao processo de confirmação e são carregadas com eles para o exercício de sua função judicante.

Há mais. Juízes constitucionais não decidem sozinhos (ou não deveriam decidir sozinhos), visto que estão submetidos a um modelo de deliberação colegiada. Não é incomum que juízes precisem adaptar suas convicções para atingir a formação de maiorias em tribunais que atuam colegiadamente. Uma vez atingida a maioria, o Poder Judiciário, por não ter meios para fazer cumprir suas decisões, depende da concordância dos demais atores políticos, incluindo os Tribunais a ele subordinados hierarquicamente, que em algumas hipóteses podem lançar mão de mecanismos para reverter suas decisões.

Nesse sentido, para esta linha de pesquisa, fatores políticos, no sentido amplo do termo<sup>168</sup>, interferem diretamente no processo de tomada de decisão dos Tribunais, dando origem ao que se convencionou denominar de modelo atitudinal ou ideológico. A implementação destas preferências sinceras, no entanto, não ocorre livremente, pois os fatores legais o condicionam. Juízes não estão livres para proferir decisões baseadas tão somente em suas preferências de política. Para tanto, precisam se esforçar para que seus argumentos encontrem fundamento no ordenamento jurídico posto.

Outras condicionantes externas entram em cena, haja vista que juízes integrantes de Tribunais, conforme já visto, decidem de forma colegiada, e suas decisões interagem com atores externos como a imprensa, a opinião pública e os demais Poderes do Estado. A relação de interdependência entre agentes é traço característico do modelo estratégico, segundo o qual muitas vezes as decisões judiciais não representam exatamente a preferência sincera do agente que proferiu a decisão. As restrições internas e externas conduzem os juízes a proferirem decisões viáveis de implementação, que sejam tanto mais próximas da sua preferência pessoal quanto possível.

Tais modelos, atitudinal e estratégico, que se contrapõem ao modelo legalista, são pautados numa contraposição de ideias entre o Formalismo Jurídico e o Realismo Jurídico<sup>169</sup>. Enquanto o modelo atitudinal está focado na ideia de que o principal fator responsável pelas escolhas dos juízes, ao proferirem suas decisões é a perseguição de objetivos políticos, consistentes na maximização das preferências políticas pessoais dos juízes, o modelo legalista pressupõe que juízes perseguem objetivos jurídicos, e não políticos, e o fator sobre o qual se escoram para fundamentar suas escolhas é a melhor realização possível do direito. Por fim, o modelo estratégico consiste em um instrumento, apto a ser utilizado pelos juízes para atingirem seus objetivos jurídicos, políticos, pessoais ou institucionais.

---

<sup>168</sup> Segundo Barry Friedman, a utilização do termo “politics” nesse contexto, deve significar a existência de qualquer influência sobre o juiz ao decidir um caso, diferentes dos juízos independentes relacionados à interpretação e aplicação da lei a um caso concreto submetido à Corte. Em, FRIEDMAN, B. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, n. 2, p. 257–337, 2005, p. 258.

<sup>169</sup> O Formalismo Jurídico, que atingiu seu auge entre 1870 e 1920, considera o direito como algo autônomo, abrangente e logicamente determinado. Suas características são necessárias e suficientes para permitir que os juízes produzam, por meio de uma atividade mecânica, os únicos resultados corretos. Por sua vez, o Realismo Jurídico considera o direito indeterminado, lacunoso e contraditório, permitindo que resultados diferentes sejam extraídos da interpretação de uma mesma norma. Realistas dão ênfase ao aspecto criativo das decisões judiciais, por serem suscetíveis a influências externas. Em, NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 37.

Tradicionalmente, os estudos relacionados à influência de fatores externos no processo decisório do Poder Judiciário costumam focar na fase de mérito, isto é, quando as decisões são gestadas. Há, no entanto, uma parte dos estudos mencionados que busca encontrar evidências que confirmem a interferência de fatores ideológicos na fase de definição da agenda dos tribunais. Este capítulo será dedicado, inicialmente, a uma reflexão ampla sobre o estado atual da arte no que se refere aos estudos que se dedicam a tratar dos modelos legalista, atitudinal e estratégico<sup>170</sup>.

Após a exposição do tema, que buscará referências em autores nacionais e estrangeiros, voltaremos os olhos especificamente para a aplicação dos modelos citados na fase de definição da agenda. Nesse particular, estudos desenvolvidos no ambiente acadêmico dos Estados Unidos, tendo como referência a sua Suprema Corte, serão de grande valia, pois auxiliarão na compreensão sobre como os comportamentos estratégicos se aplicam nesta fase específica, que compõe o processo decisório do Poder Judiciário.

#### 4.1. Modelo Legalista

O modelo de estudo do comportamento judicial, tradicionalmente conhecido como legalista<sup>171</sup>, sustenta que a atividade jurisdicional consiste em um exercício de subsunção de fatos à norma jurídica em sentido amplo. Neste exercício, juízes executam uma atividade técnica e neutra, decidindo casos com base no que está efetivamente escrito na lei, nos princípios, nos precedentes e na demais fontes do direito<sup>172</sup>. Segundo Patrícia Perrone Campos Mello<sup>173</sup>:

O modelo legalista identifica o direito a um corpo de normas preexistentes, passíveis de reconhecimento através de operações lógicas e racionais, com base em critérios de interpretação aceitos pela dogmática jurídica.

---

<sup>170</sup> Ampliando a visão a respeito dos três modelos dominantes na literatura do comportamento judicial, Lawrence Baum propõe que a relação entre os juízes e suas audiências são importantes e também são capazes de explicar o comportamento dos juízes. Para o autor, a visão dos grupos com os quais os juízes interagem (suas audiências) tem efeitos fundamentais no seu comportamento como agentes decisores. Em, BAUM, Lawrence. **Judges and Their Audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

<sup>171</sup> Para Patrícia Perrone, o termo “legalista” não é capaz de representar um modelo de comportamento judicial em matéria constitucional. Em primeiro lugar, porque o termo lei está associado a atos normativos hierarquicamente inferiores à Constituição. Em segundo lugar, porque os métodos de interpretação legalistas são anacrônicos e incapazes de explicar a atividade interpretativa da Constituição. Em, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 2.

<sup>172</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como decidem os juízes? comparando os modelos formais explicativos do comportamento judicial. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 228–255, 2020, p. 233.

<sup>173</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.

Para Marcelo Novelino<sup>174</sup>:

Sob a perspectiva legalista, a aplicação judicial do direito pode ser caracterizada a partir dos seguintes elementos centrais: em relação aos critérios hermenêuticos, um modelo formalista de interpretação, no qual o significado é revelado (natureza declaratória da interpretação) com base nos elementos do texto constitucional (textualismo), na intenção do poder constituinte (originalismo) ou por meio de metanormas (normas referentes à interpretação e aplicação de outras normas) formuladas para restringir a discricionariedade judicial; no tocante à postura perante os demais poderes, um modelo de autorrestrrição; quanto ao material normativo, um modelo de regras; e, relativamente à aplicação das normas, um modelo lógico-dedutivo.

Durante muitos anos, esta foi a preocupação principal de um grupo de acadêmicos que se dedicou a identificar como textos legais, precedentes e princípios devem ser interpretados e aplicados pelos juízes<sup>175</sup>. Nesse sentido, poucas obras preocuparam-se em descrever como os juízes efetivamente tomam suas decisões, como as cortes funcionam na prática<sup>176</sup>.

No sentido tradicional, magistrados guiados pela racionalidade na aplicação do direito, estariam livres de qualquer influência externa para julgar. Apenas a lei, no seu sentido mais estrito, deveria influenciar o processo decisório. Não caberia ao juiz, nesse modelo, criar o direito, atividade destinada ao Poder Legislativo. Em um modelo legalista puro, os juízes apenas têm como objetivo interpretar o direito da melhor maneira possível<sup>177</sup>.

A percepção do cidadão comum sobre o sistema jurídico aponta para um modelo legal composto por regras claras, predeterminadas, a serem aplicadas por juízes dotados de imparcialidade, cujas decisões baseiam-se em critérios objetivos, instituídos pelo Direito. No senso comum, as decisões judiciais jamais podem se sustentar em juízos subjetivos ou ideológicos<sup>178</sup>. A maior aspiração do legalista é que as decisões judiciais sejam determinadas

<sup>174</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 41.

<sup>175</sup> Para Sergio Nojiri, na cultura jurídica anglo-saxã, em especial a norte-americana, o modelo legalista esteve em voga principalmente no início do século vinte, auge do formalismo jurídico, que postulava, conforme defendia Dworkin, a existência de uma única resposta correta para as questões legais a serem decididas pelos juízes. Para essa escola, a lei é determinada de forma racional, de modo que do conjunto de leis disponíveis para um juiz fundamentar suas decisões, apenas um resultado é possível para o caso. Nesse sentido, estaria vedado ao juiz recorrer a considerações não legais para fundamentar a suas decisões. Em, NOJIRI, Sergio. Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre os modelos de decisão judicial. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da. (org.). **Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 313 - 323.

<sup>176</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018, p. 690.

<sup>177</sup> BAUM, Lawrence. **Judges and Their Audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 5.

<sup>178</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3.

por um corpo de normas e não por fatores que são pessoais aos juízes, no sentido de que variam entre magistrados diferentes, tais como a ideologia, personalidade e o histórico pessoal<sup>179</sup>.

O modelo legalista puro, no entanto, se mostrou incapaz de retratar de forma fiel os fatores que influenciam o juiz na tomada de decisão. Com efeito, embora possa explicar uma grande parte das decisões judiciais, falha na identificação de fatores envolvidos nos denominados casos difíceis. De fato, o crescimento do constitucionalismo transformou a atividade jurisdicional, tornando-a mais complexa e passando a contemplar elementos outros, que não apenas a lei em sentido amplo, como determinantes para a solução de questões jurídicas. A visão clássica dos Tribunais como instâncias estritamente legais vai sendo substituída pelo exercício evidente de um papel político e de seu impacto nas políticas públicas<sup>180</sup>.

Nesse sentido, princípios e precedentes judiciais passam a integrar o material jurídico a ser aplicado pelo Poder Judiciário. A jurisdição constitucional passa então a utilizar-se de diversos mecanismos, como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e ponderação de valores que se transformam em ferramentas fundamentais para a interpretação e concretização da Constituição.

Ainda assim, a percepção de que o processo decisório se esgota com a aplicação do material jurídico ortodoxo, composto pelas normas, princípios, precedentes e dogmática jurídica, passou a ser questionada por estudiosos que se dedicaram a compreender o processo decisório a partir de outros elementos, que não puramente a aplicação de leis, princípios e precedentes judiciais. Para eles, o foco do comportamento judicial não deve estar restrito a compreender como os juízes deveriam se comportar, mas sim, como eles efetivamente se comportam e por quê<sup>181</sup>.

Embora deficiente, o modelo legalista certamente exerceu importante influência no comportamento adotado pela Ministra Cármen Lúcia ao deixar de submeter as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54 ao plenário presencial da Corte. É que a preservação dos precedentes da Corte compõe material jurídico ortodoxo capaz de justificar um comportamento judicial. Conforme se verá, um dos argumentos por ela exteriorizados em entrevistas e até mesmo no plenário, foi no sentido de que a Corte já havia se pronunciado

---

<sup>179</sup> POSNER, Richard. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 41.

<sup>180</sup> TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229–257, 2007.

<sup>181</sup> FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, Austin, v. 84, n. 2, p. 257–337, 2005.

recentemente sobre o tema, em duas oportunidades, e que não havia justificativa plausível para trazê-lo novamente a debate. A esse ponto se retornará adiante.

#### 4.2. A compreensão do processo decisório para além do modelo legalista

Apesar de importante, o modelo legalista não consegue, sozinho, explicar o comportamento judicial em casos de grande complexidade. É possível que em casos de menor complexidade, ele forneça elementos suficientes para explicar boa parte do exercício de interpretação e aplicação das normas. No entanto, o ordenamento jurídico, em especial as Constituições, passaram a prever normas de conteúdo aberto, veiculadoras de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, a atividade judicial passa a comportar certo grau de discricionariedade, permeada por valores e crenças que variam de juiz para juiz de acordo com as suas compreensões pessoais sobre os temas submetidos à sua jurisdição.

Na obra *O Conceito de Direito*<sup>182</sup>, publicada em 1961, Herbert Hart defende que a legislação ou até mesmo os precedentes judiciais, podem ser formulados por meio de conceitos abertos, que admitirão valorações e interpretações diversas, o que naturalmente provocará propostas de soluções diversas para o mesmo caso. Segundo Hart, o recurso às normas de conteúdo aberto não pode ser identificado como um descuido do legislador, sendo, na verdade, proposital, considerando-se ser impossível prever em determinado texto normativo todas as hipóteses que eventualmente venham a ocorrer no futuro.

Para o autor<sup>183</sup>:

Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar a sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.

Por sua vez, Dworkin, que protagonizou, juntamente com Hart, um acirrado debate acadêmico no século XX<sup>184</sup>, embora defenda a inexistência de incompletude do ordenamento jurídico e negue a discricionariedade atribuída ao juiz por Hart, defende que casos difíceis devem ser solucionados a partir de uma leitura moral da Constituição, levada à cabo por

---

<sup>182</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>184</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; TRIGUEIRO, Victor Guedes. O Juiz e o progresso: a salvação iluminista - uma análise crítica ao julgamento do STF que transformou em crime a homofobia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 24, n. 47, 2021.

intermédio da interpretação dos princípios constitucionais<sup>185</sup>. Para o autor, a divergência interpretativa entre os valores morais previstos no texto constitucional pode ser uma explicação adequada para as diferentes visões entre juízes conservadores e liberais. Reconhece a impossibilidade de neutralidade axiológica dos juízes, mas ao mesmo tempo rejeita a ideia de que juízes devem decidir baseados unicamente em convicções políticas.

Por fim, também a leitura pragmática do direito, proposta por Richard Posner, destoa da ideia de que a simples aplicação silogística das normas jurídicas é capaz de explicar o processo decisório. De acordo com Posner, as decisões judiciais devem ser proferidas com foco não apenas no caso concreto, mas também nas suas consequências sistêmicas, de modo que a decisão pragmática baseia-se mais em fatos e consequências do que em conceitualismos, generalidades ou deduções silogísticas<sup>186</sup>.

Seja através da leitura de Hart, que atribui ao juiz certo grau de discricionariedade para a solução de casos nos quais a norma jurídica carece de complementação, seja através da leitura de Dworkin, que recorre aos princípios e à leitura moral da Constituição, ou ainda pela leitura pragmática de Posner, que atribui peso essencial às consequências sistêmicas das decisões, a descrição legalista não é capaz de explicar, todos os elementos que influenciam no processo decisório judicial, em especial em Cortes Constitucionais.

Em suma, para Marcelo Novelino<sup>187</sup>:

O modelo legalista corresponde a uma concepção excessivamente estrita da teoria do direito e da atividade judicial, há muito superada por teorias mais sofisticadas, nas quais o direito é concebido de forma ampla e/ou permeável em relação à política.

Identificada a insuficiência do modelo legalista, outras escolas, por vezes oriundas de campos do conhecimento diversos do Direito, passaram a desenvolver teorias que se mostraram capazes de explicar o processo decisório sob pontos de vista dissociados do tradicional exercício de interpretação e aplicação mecânica das normas aos casos concretos. De uma maneira geral, a comunidade jurídica ocidental crê que o processo decisório na atividade

---

<sup>185</sup> DWORKIN, Ronald. **A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>186</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 45.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 47.



jurisdicional não pode ser influenciado pelos sentimentos do juiz<sup>188</sup>. Para Hobbes<sup>189</sup>, o juiz ideal seria aquele “despido de medo, raiva, ódio, rancor e compaixão”. Tais sentimentos devem ser colocados de lado pelo juiz, quando do exercício da atividade jurisdicional.

Essa percepção surge e é reforçada pelos ideais do movimento iluminista, que sustentam a ideia de que o desapego emocional do juiz na atividade jurisdicional seria considerado um requisito essencial para o Estado de Direito<sup>190</sup>. Reforçando essa compreensão, em sua sabatina perante o Senado dos Estados Unidos da América, a então indicada pelo Presidente Barack Obama para o cargo de *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Sonia Sotomayor declarou:

O que eu estava falando era sobre a obrigação dos juízes de examinar os seus sentimentos enquanto estão julgando um caso e para garantir que eles não influenciam no resultado. Experiências de vida devem influenciá-lo. Nós não somos robôs para ouvirmos provas e não termos sentimentos. Nós temos que reconhecer esses sentimentos e colocá-los de lado. Isso era o que o meu discurso estava dizendo. Esse é o nosso trabalho.<sup>191</sup>

A emoção, portanto, considerada uma força indisciplinada e idiossincrática, constitui-se em ameaça à habilidade do juiz para se manter dentro de critérios científicos. Abandonando as suas emoções, os juízes tornam-se livres para aplicar corretamente o direito, usando apenas a razão. Cria-se, então, a figura de um juiz imparcial e desprovido de emoção<sup>192</sup>.

Diversas reações ao modelo legalista surgiram na literatura, tais como o já citado Realismo Jurídico e o Pragmatismo Jurídico<sup>193</sup>. Outro exemplo é o movimento *Law and*

<sup>188</sup> MARONEY, Terry. A. The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion. *California Law Review*, Berkeley, v. 99, n. 2, p. 628–682, 2011.

<sup>189</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 71.

<sup>190</sup> MARONEY, op. cit., p. 633.

<sup>191</sup> Tradução livre. No original: What I was talking about was the obligation of judges to examine what they're feeling as they're adjudicating a case and to ensure that that's not influencing the outcome. Life experiences have to influence you. We're not robots to listen to evidence and don't have feelings. We have to recognize those feelings and put aside. That's what my speech was saying. That's our job. Em, SOTOMAYOR, S. **Confirmation Hearing on the nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of The Supreme Court of The United States**. Washington: U.S. Government Printing Office, 2010, p. 70.

<sup>192</sup> MARONEY, Terry. A. The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion. *California Law Review*, Berkeley, v. 99, n. 2, p. 628–682, 2011, p. 632.

<sup>193</sup> O pragmatismo jurídico provocou uma virada no pensamento da Teoria do Direito, ao passar a explorar a dimensão da aplicação do direito no mundo real, relegando a um segundo plano digressões filosóficas sobre a intersecção entre a moral e o direito. Segundo Luís Roberto Barroso, o consequencialismo constitui-se em elemento essencial, na medida em que as consequências e resultados práticos das decisões, para o caso concreto e para o sistema judicial como um todo, devem ser fatores decisivos para a reflexão dos magistrados. Em, BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do STF**. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 67. Para Richard Posner, os elementos centrais do pragmatismo jurídico estão relacionados: i) ao desencorajamento dos juízes a tomarem decisões *ad hoc*, isto é, descompromissadas com o mundo além do caso decidido. Para além das consequências imediatas da decisão para o caso concreto, o juiz deve estar atento às consequências

*Emotions*, escola que defende a importância do papel da emoção no processo decisório. De acordo com ela, é impossível retirar do juiz (ou de qualquer pessoa) a influência da emoção, da paixão, dos sentimentos, no processo de tomada de decisão. Os próprios juízos morais sobre determinados assuntos, comuns em casos difíceis submetidos a Cortes Supremas como aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo, criminalização da homofobia, dentre outros, evidenciam a presença da emoção como um componente importante<sup>194</sup>. Até mesmo a intuição exerce algum tipo de influência no processo decisório<sup>195</sup>. Em suma, emoções são onipresentes no Direito. Sobretudo, emoções não são necessariamente uma influência negativa<sup>196</sup>.

Sendo assim, é um equívoco afirmar que o processo decisório é totalmente racional, dissociado da emoção, na medida em que este componente estará sempre presente. Pesquisas científicas contemporâneas têm demonstrado que a emoção é um componente necessário para a prática e argumentação moral que o direito exige<sup>197</sup>. Sendo assim, não se pode exigir do juiz, um ser humano, que se dispa de todos os seus sentimentos mais íntimos, para então chegar a uma sentença. Segundo Richard Posner<sup>198</sup>: “A decisão é uma forma de ação, e não existe ação sem emoção”.

Muito difundido no meio acadêmico, o movimento *Law and Economics* defende uma abordagem interdisciplinar entre o Direito e a Economia. A história da análise econômica do Direito está ligada a autores como Gary Becker, Guido Calabrese e Ronald Coase, consolidando-se na Escola de Direito de Chicago, sob a liderança de Richard Posner<sup>199</sup>.

Pretende-se, através da análise econômica do Direito, oferecer uma melhor compreensão do fenômeno jurídico para advogados e para qualquer pessoa interessada em políticas públicas<sup>200</sup>. Aplica-se, assim, a teoria econômica para analisar a formação, estrutura,

---

sistêmicas de sua decisão; ii) à noção de futuro, embora comprometidos com o contexto histórico do caso, e; iii) ao empiricismo, na medida em que busca trazer as discussões jurídicas para perto dos problemas reais. Em, ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186-187.

<sup>194</sup> PRINZ, Jesse. The emotional basis of moral judgments. **Philosophical Explorations**. Londres, v. 9, n. 1, p. 29-43, 2006.

<sup>195</sup> HUTCHESON JUNIOR, Joseph C. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**. Ithaca, v. 14, n. 3, 1929.

<sup>196</sup> MARONEY, Terry. A. The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion. **California Law Review**, Berkeley, v. 99, n. 2, p. 628-682, 2011, p. 642.

<sup>197</sup> Ibidem.

<sup>198</sup> POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 285.

<sup>199</sup> TRIGUEIRO, Victor Guedes. A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito. **Revista da PGBC**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 135-149, 2018.

<sup>200</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books. 2016.

processos e influências das leis e das instituições jurídicas<sup>201</sup>. Parte-se da premissa que as soluções na formulação de políticas públicas e na elaboração de decisões judiciais precisa ser compreendida à luz de conceitos da microeconomia, tais como eficiência, redução de custos, valor e utilidade<sup>202</sup>.

Deve-se registrar, no entanto, que o papel exercido pela eficiência e pela teoria da escolha racional foram mitigados. No que se refere à eficiência, percebe-se que ela não pode exercer um papel determinante na abordagem sobre as vantagens da interpretação do direito pela economia pois o direito está centralizado em valores ligados à justiça<sup>203</sup>. No que se refere à teoria da escolha racional, há farta literatura relativizando o seu papel<sup>204</sup>, abrindo espaço então para as ideias do comportamentalismo econômico, que nada mais é do que a aplicação da psicologia à economia<sup>205</sup>.

Epstein e Weinsall<sup>206</sup> propõem uma síntese dos estudos que buscam explicar o comportamento judicial a partir de seis abordagens. São elas: i) modelo atitudinal, oriundo da ciência política e da psicologia, que defende que os votos dos juízes refletem suas atitudes ideológicas em face dos fatos dos casos; ii) legalista, segundo o qual juízes “descobrem” o sentido das leis através de métodos politicamente neutros; iii) “thinking-fast judging”, oriundo do campo da psicologia e da economia comportamental, segundo o qual os juízes se baseiam em heurísticas, intuições e a vontade de proferir decisões rapidamente, sem grande esforço; iv) “identity accounts”, oriundas do campo da psicologia e da sociologia, que defendem que as biografias dos juízes, suas características pessoais e identitárias afetam as suas escolhas; v) “labor market model”, oriunda do campo da economia, que defende a ideia de que juízes são motivados ou restritos essencialmente por custos e benefícios não pecuniários, e, por fim; vi) abordagens estratégicas, oriundas do campo da economia e da ciência política, que defendem que juízes são atores estratégicos que percebem que suas habilidades para atingir seus objetivos

---

<sup>201</sup> ROEMER, Andres. **Introducción al análisis económico del derecho**. Cidade do México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994.

<sup>202</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 35–54, 2013.

<sup>203</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: a perspectiva de Richard Posner. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/). Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>204</sup> Sobre as limitações ao comportamento racional, ver: JOLLS, Christine.; SUNSTEIN, Cass. R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 50, n. 5, p. 1471, 1998.

<sup>205</sup> POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>206</sup> EPSTEIN, Lee; WEINSHALL, Karen. **The strategic analysis of judicial decisions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

dependem da preferência de outros atores, das escolhas que eles esperam que outros façam e do contexto institucional que eles interagem.

Compreendidos alguns modelos que buscam explicar o comportamento judicial a partir de critérios não legalistas, dedicaremos os próximos itens ao aprofundamento do estudo a respeito do modelo atitudinal ou ideológico e estratégico, tradicionalmente reconhecidos pela ciência política como os mais adequados para retratar as influências extrajurídicas no processo decisório judicial.

#### 4.2.1. O modelo atitudinal

O modelo atitudinal, produto dos conceitos elaborados pelo realismo jurídico, pela ciência política e pela psicologia<sup>207</sup>, defende que o componente ideológico está presente no processo decisório, especialmente em casos submetidos ao escrutínio de Supremas Cortes, que, no mais das vezes, são chamadas a solucionar problemas que não encontram resposta clara nas leis, princípios e precedentes. Compreende-se aqui ideologia em um sentido amplo, consistente em um conjunto de valores e ideias que compõem a visão que um juiz tem sobre o mundo.

A vagueza, indeterminação e ambiguidade da norma leva a divergentes interpretações sobre o texto legal, provocando os defensores do modelo atitudinal a sustentarem que, na verdade, são os valores, crenças e atitudes políticas dos juízes que explicam as diferentes decisões judiciais sobre temas sensíveis<sup>208</sup>. A lei exerceria, para eles, uma função legitimadora de uma decisão influenciada por fatores ideológicos<sup>209</sup>, encobrindo os seus reais motivos, ou ainda, consistiria em um fator restritivo à implementação de suas preferências pessoais por meio de decisões judiciais<sup>210</sup>. Assim, para os defensores do modelo atitudinal, o juiz estaria motivado

---

<sup>207</sup> NOJIRI, Sergio. Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre os modelos de decisão judicial. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da. (org.). **Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 317. No mesmo sentido, RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013, p. 94.

<sup>208</sup> O comportamento judicial dos Ministros do STF pode ser investigado sob o viés de gênero. Em estudo de caráter empírico sobre o tema, Juliana Gomes *et al.*, sustentam a ideia de que o índice de divergências nos julgamentos tende a ser maior quando Ministras funcionam como relatoras. Em, GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e Comportamento Judicial no STF: os Ministros confiam menos em relatoras mulheres. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 854–876, 2018.

<sup>209</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no STF. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273–310, p. 275.

<sup>210</sup> Esta visão é bem representada pela metáfora de Houdini, citada por Cross: “Considere que o direito seja cordas amarrando um Houdini judicial. As cordas podem ser apertadas ou soltas, possivelmente amarradas com

não apenas pelo senso de dever profissional e pelos ideais do Estado de Direito, mas principalmente, “pelo desejo de maximizar suas preferências políticas pessoais”<sup>211</sup>.

Supremas Cortes decidem temas cuja controvérsia ultrapassa a reflexão jurídica pura e simples, abarcando aspectos ideológicos que muitas vezes dizem respeito à própria formação intelectual do julgador, suas crenças, verdades e convicções mais profundas. Segundo Friedman, “juízes chegam aos tribunais com uma cesta de disposições ideológicas e as aplicam na solução de casos”<sup>212</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que o juiz asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma impossibilidade antropológica, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz<sup>213</sup>. Ao contrário, um juiz, para além de um agente político, é um cidadão formado por crenças, histórias e percepções do mundo, constituídas ao longo do tempo a partir da sua convivência em sociedade<sup>214</sup>.

Em trabalho seminal, Segal e Spaeth sustentam que juízes baseiam suas decisões nos fatos do caso justapostos contra as suas preferências políticas pessoais<sup>215</sup>. Com essa metodologia, chegam a prever mais de 70% dos votos dos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>216</sup>. Um ponto essencial na discussão sobre o modelo atitudinal consiste na percepção de que juízes que agem de forma ideológica produzem decisões judiciais que representam de forma sincera o que pensam, independentemente de possíveis interferências do ecossistema em que estão inseridos, seja pela interação com os seus colegas de Corte, seja pela interação com atores externos.

Juízes que ostentam perfil ideológico agem essencialmente com base em suas preferências políticas. Redigem seus votos de forma a refletir a sua posição ideológica,

---

habilidade e redundância. Estas cordas vão lutar para amarrar milhares de juízes, cada um dos quais com diferentes níveis de habilidades para escapar”. Em, CROSS, Frank. B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, v. 92, n. 1, p. 251–326, 1997. p. 326.

<sup>211</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 51.

<sup>212</sup> FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, n. 2, p. 257–337, 2005, p. 272.

<sup>213</sup> ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

<sup>214</sup> LOYOLA, Heloisa Menegaz. Influências ideológicas e as decisões judiciais. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 189, n. 44, p. 155–169, 2018, p. 166.

<sup>215</sup> JEFFREY, A. Segal; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 312.

<sup>216</sup> FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, n. 2, p. 257–337, 2005, p. 319.

independentemente da visão dos seus colegas de corte ou de eventual resposta de outros atores, como os legisladores por exemplo<sup>217</sup>.

No contexto dos Estados Unidos, onde proliferam os estudos a respeito do comportamento atitudinal, costuma-se utilizar o alinhamento ideológico dos juízes da Suprema Corte e do sistema judiciário federal com o presidente que o nomeou, para identificar os padrões ideológicos das decisões judiciais<sup>218</sup>. Nesse sentido, espera-se que juízes indicados por presidentes do Partido Democrata votarão no sentido de promover decisões judiciais liberais, em benefício de trabalhadores, consumidores, pequenos comerciantes, réus em ações criminais, sindicatos de trabalhadores e meio ambiente, direitos e liberdades civis. Por outro lado, juízes indicados por presidente do Partido Republicano certamente beneficiarão os grupos opostos<sup>219</sup>.

Entre nós, alguns trabalhos buscaram analisar o processo de indicação dos Ministros do STF, sugerindo que o Presidente da República pode se aproveitar desse poder para maximizar a sua influência política na Corte. A hipótese baseia-se na ideia, oriunda do modelo atitudinal, de que há uma conexão entre a ideologia dos indicados e dos integrantes do partido que está no poder.

Para Turner e Prado<sup>220</sup>, outra estratégia para atingir o referido objetivo, do ponto de vista numérico, seria: i) aumentar o número de nomeações, ou; ii) minimizar o número de indicações dos governos subsequentes. Ambas as alternativas somente poderiam ocorrer via emenda à Constituição, seja através do aumento propriamente dito do número de assentos na Corte, seja através da alteração de idade de aposentadoria compulsória, que assim estenderia a investidura de determinados Ministros. Uma segunda estratégia seria a nomeação de Ministros mais jovens, o que a um só tempo, reduz a possibilidade de nomeações futuras e permite que a influência política do nomeante se prolongue no tempo.

As observações de Turner e Prado apenas levantam hipóteses, pois como elas próprias reconhecem, estão desacompanhadas de estudos empíricos que demonstrem efetivamente que tais estratégias foram de fato utilizadas por presidentes anteriores, e se, quando o foram,

---

<sup>217</sup> BAUM, Lawrence. **Judges and Their Audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 7.

<sup>218</sup> SUNSTEIN, C. R. *et al.* **Are Judges Political?** an empirical analysis of the federal judiciary. Washington: Brookings Institutions Press, 2006.

<sup>219</sup> POSNER, Richard. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 20.

<sup>220</sup> TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e Ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 27-74, jan./abr. 2009.

resultaram no que era esperado pelo presidente que promoveu a indicação. Há estudos, entretanto, que confirmam a vinculação ideológica entre os Ministros e as autoridades responsáveis pela sua indicação<sup>221</sup>.

É evidente que não se pode pretender afirmar que as indicações ao STF sempre estarão relacionadas com as preferências políticas do Presidente da República. Há um complexo processo decisório em torno da indicação dos Ministros, que inclui outras variáveis no cálculo a ser elaborado pela autoridade máxima da República, como a coalização partidária formada para sustentar politicamente o governo e a necessidade de satisfação da opinião pública.

Em resposta às hipóteses levantadas por Cláudia Turner e Mariana Prado, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro<sup>222</sup> levantam importantes objeções. Segundo os autores, para além da relação entre as preferências ideológicas do Presidente da República e dos indicados ao cargo de Ministro do STF, fins políticos externos ao funcionamento do tribunal devem ser considerados. Nesse sentido, sem rotular como implausíveis as possibilidades levantadas pelas autoras, expõem que as indicações também podem ser influenciadas por acordos políticos, denominados “barganhas”, que permitam ao Presidente da República entabular acordos que futuramente garantam a sua própria sustentação política. Ainda, as indicações podem servir como sinalizações a determinados grupos políticos ou sociais, possibilitando, assim, por exemplo, a maximização dos votos em uma eleição futura ou a mobilização da opinião pública em favor do Presidente.

---

<sup>221</sup> Do ponto de vista empírico, há estudos que buscaram, a partir da análise de decisões judiciais proferidas pelo STF, especialmente em controle concentrado de constitucionalidade, mas não exclusivamente, identificar evidências que ligassem os votos proferidos pelos Ministros da Corte e as preferências ideológicas do Presidente da República responsável pela indicação. Os achados indicaram resultados contraditórios, que podem sustentar tanto posições que atestam essa relação, como posições contrárias. Naturalmente, tais conclusões variarão durante a história da Corte, o que pode explicar as divergências de resultados, considerando as amostras avaliadas. Nesse sentido, ver: MARTINS, Rodrigo. **Pontos de Divergência: STF e comportamento judicial**. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; LEONI, Eduardo L; RAMOS, Antonio P. **Judicial Preferences and Judicial Independence in New Democracies** : The Case of the Brazilian Supreme Court. Annual Meeting of the Midwest Political Science Association. 2006; JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do STF: uma análise empírica. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 170–187, jan./jun. 2011; LOPES, Felipe; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Government Appointment Discretion and Judicial Independence: preference and opportunistic effects on brazilian courts. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 84–106, mai./ago. 2018; LOPES, Felipe de Mendonça. **Independência do Judiciário: mensurando o viés político das cortes brasileiras**. Escola de Economia de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2013; FERREIRA, Pedro Fernando Almeida; MUELLER, Bernardo. How Judges Think in the Brazilian Supreme Court: estimating ideal points and identifying dimensions. **Economia**, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 275–293, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.econ.2014.07.004>.

<sup>222</sup> Em, ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o STF e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 255, set./dez. 2010.

Não se pode negar, no entanto, conforme afirmam Turner e Prado, que a competência para indicar nomes ao STF é uma oportunidade para a maximização da influência do Presidente da República na Corte. A bem da verdade, os motivos levantados por Turner e Prado devem ser associados às objeções de Arguelhes e Ribeiro, na tentativa de explicar as razões pelas quais esse ou aquele Ministro foi indicado.

Tomando-se como exemplo as indicações para Ministros do STF durante o governo atual, verifica-se que parte das motivações que levaram à indicação do Ministro Kássio Nunes giraram em torno da necessária composição política de apoio do governo no Congresso Nacional<sup>223</sup>. Por sua vez, a indicação do Ministro André Mendonça foi influenciada, tanto por uma afinidade ideológica e de cunho religioso, quanto pela necessidade de sinalização a uma parcela da população, fortemente identificada, do ponto de vista eleitoral, com o Presidente da República<sup>224</sup>. Ampliando-se o cenário, verifica-se que, nos últimos anos, três ex-Advogados-Gerais da União (Gilmar Mendes, Dias Toffoli e o próprio André Mendonça) foram indicados para o cargo de Ministro do STF, o que sugere que uma proximidade ideológica com o Presidente da República é um elemento importante na escolha, mas não necessariamente o único.

O modelo atitudinal exercerá papel decisivo nas conclusões a que se pretende chegar neste trabalho. Conforme se verá, há fortes indícios que o componente ideológico influenciou na decisão da Ministra Cármen Lúcia, que optou por não incluir em pauta as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Por toda a sua trajetória no STF, a Ministra posicionou-se de forma favorável ao início do cumprimento da pena após a condenação em

<sup>223</sup> Nesse sentido, ver: TEÓFILO, Sarah; SOUZA, Renato. Indicação de Kássio Nunes para o Supremo teve a participação do Centrão. **Correio Braziliense**. Brasília, 01.10.2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2020/10/4879169-indicacao-costurada-pelo-centrao.html>; Acesso em: 25 dez. 2021; LIMA, Wilson. Novo favorito para o STF é vitória do Centrão e derrota da ala ideológica do governo. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 01.10.2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/república/kassio-nunes-marques-vitoria-do-centrao-e-derrota-de-ala-ideologica/>. Acesso em: 25 dez. 2021. SAID, Flavia. Em sabatina, nome de Kássio é defendido pelo Centrão e pela oposição. **UOL**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/judiciario/em-sabatina-nome-de-kassio-e-defendido-pelo-centrao-e-pela-oposicao/>. Acesso em: 25 dez. 2021.

<sup>224</sup> Nesse sentido, ver: MUNIZ, Mariana. “Terrivelmente evangélico”, André Mendonça chega ao STF com culto de posse e Bolsonaro testado para Covid-19. **O Globo**. Rio de Janeiro, 16.12.2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/terrivelmente-evangelico-andre-mendonca-chega-ao-stf-com-culto-de-posse-bolsonaro-testado-para-covid-19-25320980>. Acesso em: 25 dez. 2021; FAGUNDES, Murilo. Bolsonaro comemora chegada do “terrivelmente evangélico” Mendonça ao STF. **Poder 360**. Brasília, 01.12.2021, Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-comemora-chegada-do-terrivelmente-evangelico-mendonca-ao-stf/>. Acesso em: 25 dez. 2021. AGUIAR, Plínio. Bolsonaro: “Enviamos ao STF um homem terrivelmente evangélico”. **R7**. Brasília, 02.12.2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-enviamos-ao-stf-um-homem-terrivelmente-evangelico-02122021>. Acesso em: 25 dez. 2021.



segunda instância. O novo julgamento do caso poderia reverter o entendimento fixado pela Corte, contrariando as suas preferências pessoais.

#### 4.2.2. O modelo estratégico

No modelo estratégico<sup>225</sup>, calcado sob o paradigma da Teoria da Escolha Racional<sup>226</sup>, juízes não decidem exclusivamente de acordo com o material jurídico ortodoxo. Para Epstein e Weinshall<sup>227</sup>, o modelo contém três componentes essenciais, que o caracterizam. Em primeiro lugar, parte-se da premissa de que as ações dos juízes são direcionadas ao atingimento de seus objetivos<sup>228</sup>. Tais objetivos estão subdivididos em três classes de motivações, quais sejam: políticas, pessoais e institucionais.

Conforme já mencionado, o termo *policy* deve ser interpretado amplamente, de forma a compreender tanto as compreensões ideológicas dos juízes, decorrentes de sua formação pessoal e profissional, como também influências político-partidárias ou até mesmo religiosas. Esta é a razão pela qual pesquisas focadas em comportamento judicial costumam tratar objetivos políticos, objetivos de políticas, objetivos ideológicos, e objetivos partidários, de forma intercambiável<sup>229</sup>.

Por interesses pessoais, deve-se compreender que os juízes buscam maximizar suas preferências a partir de fatores como: satisfação no trabalho, promoção para funções mais altas

---

<sup>225</sup> Alguns autores, com Patricia Perrone Campos Mello, optam por classificar o modelo estratégico como uma espécie do modelo institucional, tratado como gênero. Ver, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Nesta tese, adota-se a a proposta de Epstein e Weinshall, conforme se verá adiante, que inclui o elemento institucional dentro do modelo estratégico, como um condicionante do comportamento sincero e também como um fator de influência para a adoção de comportamentos estratégicos.

<sup>226</sup> A teoria da escolha racional pressupõe que o comportamento humano é racional, sendo certo que cada indivíduo irá determinar as suas escolhas de modo a maximizar seus próprios interesses e atingir seus objetivos. Para Posner, “os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre tem uma dimensão monetária”. Em, POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XII. Embora proeminente quando do seu surgimento, o dogma da escolha racional vem perdendo força, sendo substituído por outras teorias que buscam explicar a tomada de decisões. Sobre o tema, ver JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1795, 1998, p. 1746.

<sup>227</sup> EPSTEIN, Lee; WEINSHALL, Karen. *The strategic analysis of judicial decisions*. Cambridge: Cambridge Univertisty Press, 2021, p. 3.

<sup>228</sup> Para Epstein e Weinshall, “abordagens estratégicas assumem que pessoas tomam decisões consistentes com seus objetivos e interesses. Nós dizemos que juízes (ou qualquer pessoa) toma decisões racionais quando eles escolhem um curso de ação que acreditam satisfazer seus desejos de forma mais eficiente”. Tradução nossa. No original: “Strategic accounts assume that people make decisions consistente with their goals e interests. We say that judgges (or anyone else for that matter) make rational decisions when they choose a course of action that they believe satisfies their desires most efficiently”. Ibidem, p. 3.

<sup>229</sup> Tradução nossa. No original “For this reason, research on judicial behavior tends to treat political goals, policy goals, ideological goals, and partisan goals as interchangeable”. Ibidem, p. 5.

ou mais prestigiosas, lazer, melhorias salariais, ou satisfações externas associadas ao cargo de juiz, como reputação, prestígio, poder, influencia e fama<sup>230</sup>.

Por fim, juízes institucionalistas se importam em proferir decisões que o público e o governo irão respeitar e implementar, enquanto evitam proferir decisões que eventualmente possam gerar sanções institucionais que podem prejudicar a legitimidade da Corte<sup>231</sup>. Aqui se busca retratar o fator institucional de preservação do capital político da Corte como um dos elementos influenciadores de comportamentos estratégicos.

Em segundo lugar, juízes decidem de forma estratégica ou interdependente<sup>232</sup>, no sentido de que eles percebem que para atingir seus objetivos, eles devem considerar as preferências e ações de outros atores relevantes. Por atores relevantes, devem se compreender outros juízes (tanto aqueles que compõem o painel de julgamentos quanto juízes de instâncias superiores), agentes políticos eleitos e o público em geral. Nesse sentido, decidirão de forma sincera ou de forma sofisticada (estratégica/não-sincera) a depender das preferências dos outros atores relevantes e das possíveis ações a serem por eles adotadas.

Em suma, juízes ajustam suas decisões ao contexto em que estão inseridos, para tornar a decisão exequível perante os demais poderes, angariar apoio dos demais juízes que compõem o painel de julgamento, conquistar apoio popular ou de setores específicos, ou ainda, evitar revides institucionais, como por exemplo, reações legislativas contra as decisões proferidas, o denominado efeito *backlash*.

Por fim, em terceiro lugar, do ponto de vista institucional, a abordagem estratégica compreende que regras formais ou informais que estabelecem a forma de interação entre os

---

<sup>230</sup> Idem, p. 7.

<sup>231</sup> Idem, p. 8.

<sup>232</sup> Para Epstein e Knight, “o processo decisório estratégico ‘diz respeito a uma escolha interdependente: uma ação individual, é em parte, uma função de suas expectativas a respeito da ação dos outros. Dizer que juízes de supremas cortes agem estrategicamente é dizer que eles sabem que o seu sucesso ou fracasso depende das preferências de outros atores e das ações que eles esperam que os outros adotem, não apenas de suas preferências e ações. Algumas vezes, cálculos estratégicos levarão os juízes de supremas cortes a tomar decisões que refletem suas preferências sinceras (comportamento sincero); outras vezes, eles levarão os juízes a agir de forma sofisticada ou não-sincera (comportamento insincero ou sofisticado), isto é, de formas que não refletem precisamente suas preferências verdadeiras (tradução nossa). No original, “strategic decision making is ‘about interdependent choice: an individual’s action is, in part, a function of her expectations about the actions of others. To say that a justice acts strategically is to say that she realizes that her success ou failure depends on the preferences of other actors and the actions she expects them to take, not just on her own preferences and actions’. Sometimes, strategic calculations will lead a justice to make decisions that reflect her sincerely held preferences (sincere behavior); other times, they will lead her to act in a sophisticated or insincere fashion (insincere or sophisticated behavior), that is, in ways that do not accurately reflect her true preferences”. Em, EPSTEIN, Lee.; SEGAL, Jeffrey A.; VICTOR, Jennifer Nicoll. Dynamic agenda-setting on the United States Supreme Court: An empirical assessment. **Harvard Journal on Legislation**, v. 39, n. 2, p. 395–433, 2002. p. 397.

juízes dentro de um órgão judicial ou entre eles e os demais atores externos são capazes de influenciar no processo decisório judicial. Aqui não se trata de retratar o fator institucional como um elemento de influência para a adoção de comportamentos estratégicos como visto acima, mas sim, retratar o ecossistema institucional em que os juízes estão inseridos, e que podem os constranger a não adotar comportamentos sinceros. Embora o termo institucional seja replicado em ambas as passagens, a ele são atribuídos diferentes significados em cada um dos pontos tratados pelas autoras.

Como se vê, o modelo estratégico guarda certa similaridade com o modelo ideológico, na medida em que se busca com a decisão o atingimento de determinados objetivos. Em verdade, a teoria estratégica é compatível com qualquer modelo orientado por objetivos, na medida em que sempre que se busca um determinado fim, elege-se uma estratégia<sup>233</sup>. Por essa razão, sustenta-se que o modelo estratégico se reveste de caráter instrumental e não-autônomo<sup>234</sup>, e pode servir à obtenção de resultados pautados por influências legalistas<sup>235</sup>, institucionais, ideológicas e até mesmo pessoais, conforme identificado por Epstein e Weinshall. Nesse aspecto, adiante se verá que a decisão adotada pela Ministra Cármen Lúcia no caso estudado reveste-se de conteúdo estratégico e seus fundamentos podem ser enquadrados em fatores legalistas, institucionais e ideológicos, simultaneamente.

A peculiaridade do modelo estratégico, que o diferencia do modelo ideológico, é que o cenário em que se encontra o juiz, seja no confronto com atores políticos, opinião pública, imprensa ou mesmo com os integrantes da Corte, pode levá-lo a não adotar o seu posicionamento autêntico, mas sim um segundo posicionamento ou a “*second best decision*”, viável de ser implementada pela adesão dos demais membros da Corte, passível de ser observada pelos atores externos ao Poder Judiciário, em especial, o Parlamento, e aceita pela comunidade. Nesse sentido, uma decisão proferida de forma estratégica nem sempre

<sup>233</sup> POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 30..

<sup>234</sup> No mesmo sentido, Marcelo Novelino explica que “por ser uma teoria de meios, essa concepção é compatível com qualquer teoria de motivação judicial orientada por objetivos, embora predomine o entendimento entre seus adeptos de que os *justices* perseguem objetivos político-jurídicos. Em, NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 59. De acordo com o mesmo autor, esta compreensão estaria ligada à atuação estratégica em sentido estrito amplo, que reflete qualquer tipo de comportamento intencionalmente adotado como meio para a realização dos fins pretendidos, considerando-se a presença restritiva de atores relevantes, suas escolhas e reações. Por outro lado, na atuação estratégica em sentido estrito, que parece ser a visão predominante na ciência política, o juiz age estrategicamente para maximizar as suas preferências político-jurídicas a longo prazo, também levando-se em consideração o ambiente restritivo que o cerca. Ibidem., p. 63.

<sup>235</sup> Segundo Richard Posner, até mesmos juízes legalistas podem adotar uma votação estratégica, desenhada para maximizar a probabilidade de que a sua posição venha a ser vencedora. POSNER, Richard. **A. How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 30.

representará integralmente aquilo que determinado juiz pensa sobre o caso submetido a julgamento, mas sim aquilo que se poderia implementar no momento histórico em que o caso foi decidido.

O modelo estratégico constitui a base sobre a qual se constrói a presente tese. É por meio da identificação de comportamentos estratégicos, não apenas na fase de mérito, mas principalmente na fase de seleção de casos, que se pretende refletir a respeito do poder de agenda do STF, mais especificamente da elaboração da pauta de julgamentos no plenário presencial, e como ele pode ser utilizado de forma estratégica para atingir os objetivos pessoais do presidente do STF, seja do ponto de vista legalista, do ponto de vista institucional ou ainda do ponto de vista ideológico.

#### 4.2.2.1. A suposta dificuldade metodológica da comprovação empírica do comportamento estratégico

Uma das críticas ao modelo estratégico consiste no fato de que sua comprovação, do ponto de vista empírico, reveste-se de alguma dificuldade, dado que um comportamento judicial poderia ser explicado com base em justificativas concorrentes. Para os críticos, as avaliações relacionadas a comportamentos judiciais em geral ocorrem em um momento posterior, fazendo com que o pesquisador se torne parcial na compreensão dos fenômenos e gere percepções que confirmem a sua tese<sup>236</sup>.

É preciso encontrar mecanismos para suplantar a referida dificuldade, visto que o objeto principal deste trabalho é aferir, por meio da observância dos fatos passados, evidências que demonstrem, em geral, o comportamento estratégico na elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF, e mais especificamente, as razões que levaram a Ministra Cármen Lúcia a não pautar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Para isso, recorre-se de forma preponderante a um método de pesquisa qualitativo, já exposto no capítulo 2, que não necessariamente busca generalizar uma percepção de que o comportamento estratégico domina a elaboração da pauta do STF, mas para demonstrar que o modelo vigente fornece ao presidente instrumentos que o permitem gerir estrategicamente a agenda da Corte.

Estudos quantitativos também são capazes de demonstrar condutas estratégicas. Com efeito, através da análise concreta dos casos submetidos ao plenário presencial, é possível traçar

---

<sup>236</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018.

um perfil de determinado período histórico da Corte, segmentados pelo seu presidente. Nesse esforço quantitativo, é possível identificar, por exemplo, classes processuais mais recorrentes, relatores mais prestigiados, litigantes mais comuns, temas mais debatidos, dentre outros elementos.

Para além disso, é possível identificar, através de estudos quantitativos, condutas reiteradas do Presidente, que demonstrem interesses específicos sobre determinados processos. Conforme se verá adiante, esse método foi utilizado em trabalho voltado especificamente para a avaliação do STF no período em que o Ministro Gilmar Mendes era o presidente.

Se é difícil, mas não impossível, encontrar evidências empíricas de que a pauta de julgamentos do plenário presencial do STF oferece uma oportunidade estratégica de ação, mais difícil ainda é demonstrar as razões pelas quais tais comportamentos foram adotados. Para responder a esse desafio, entrevistas com atores relevantes são imprescindíveis, podendo estabelecer trilhas a serem seguidas. Algumas hipóteses poderão ser efetivamente confirmadas, principalmente por meio de entrevistas, declarações em plenário, votos proferidos. Outras, no entanto, esbarrarão nas dificuldades metodológicas e de fato permanecerão no campo da suposição, ainda que fundamentadas em fatos que orbitaram em torno do caso.

#### 4.2.2.2. As dimensões do comportamento estratégico

Lee Epstein e Jack Knight<sup>237</sup> expõem ao menos quatro situações em que juízes podem agir estrategicamente quando motivados pela implementação de objetivos políticos. São elas: i) barganhas; ii) visão de futuro; iii) manipulação de agenda; e iv) redação de votos sofisticados<sup>238</sup>.

Juízes integrantes de Cortes que julgam colegiadamente barganham entre si, negociam, ajustam o discurso para chegar a uma decisão. Costuma-se dizer, entre nós, que o STF consiste em onze ilhas<sup>239</sup>, que decidem sozinhos sem interação. A assertiva não é de todo verdadeira,

<sup>237</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997, p. 57.

<sup>238</sup> Tradução livre para: i) bargaining; ii) forward thinking, iii) manipulating the agenda; e iv) engaging in sophisticated opinion writing. *Ibid.*, p. 57.

<sup>239</sup> A expressão foi cunhada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, conforme entrevista concedida ao projeto História Oral do Supremo, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, quando perguntado sobre o relacionamento entre os Ministros, do ponto de vista pessoal. Segundo ele, “Cheguei a dizer – o Ministro Jobim gosta muito de repetir esta frase minha – que éramos onze ilhas incomunicáveis, um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis. Realmente, na maior parte dos dezoito anos que passei, as relações pessoais eram extremamente raras. Acontecia em certos acontecimentos sociais se encontrarem vários Ministros, e aí o senso corporativo funcionava muito para que ficassem todos reunidos. Eu sempre fui rebelde a isso. Mas a convivência pessoal era raríssima”. No

visto que há diálogo entre pequenos grupos, há lideranças intelectuais, e de certa forma essa interação pode solucionar impasses e proporcionar alinhamento de teses que permitam a solução de casos polêmicos<sup>240</sup>.

Na realidade, juízes costumam tomar decisões baseados no que eles imaginam que pode acontecer no futuro. No emblemático caso *Brown vs Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos buscava implementar uma política de igualdade racial. Em face da grande polêmica em torno do tema, houve forte reação popular e Parlamentar, que tornou extremamente difícil a sua implementação. Foram necessárias outras decisões da Suprema Corte e a própria intervenção de forças federais<sup>241</sup> para implementação da dessegregação racial, especialmente nos estados do Sul. Sendo assim, as perspectivas de futuro em relação ao comportamento de seus pares e de atores externos ao Poder Judiciário são fundamentais no cálculo estratégico para elaboração de uma decisão judicial em um caso difícil.

Juízes podem manipular a agenda da Corte e, assim, impedir que determinados temas sejam apreciados, quando se tem a percepção de que tal caso poderá consagrar uma posição contrária ao seu ponto de vista. Aqui há certa simbiose com o modelo *forward thinking*, dado que é necessário antever comportamentos para se prevenir e evitar que o caso seja julgado.

No campo da Suprema Corte dos Estados Unidos, o comportamento é comum na fase do *certiorari*. Nela, os *Justices* se pronunciam sobre a aceitação do caso para julgamento. Antevendo-se um cenário em que suas preferências pessoais possivelmente não prevalecerão na Corte, opta-se por impedir o conhecimento do caso, ainda que, em tese, pela sua relevância, ele pudesse ser julgado. Ao contrário, antevendo-se um resultado positivo, na linha de pensamento do *Justice*, ele pode forçar o *grant of certiorari*, para ver o caso decidido pela Corte em alinhamento com as suas convicções. Sendo o caso admitido, a Corte pode se engajar em suprimir determinados pontos de seu processo decisório, manifestando-se apenas sobre o que lhe convém (*issue suppression*), utilizando-se de argumentos procedimentais. A esse ponto, se retornará com maiores aprofundamentos adiante.

---

aspecto profissional, ainda segundo o Ministro Sepúlveda, havia uma tradição no Tribunal de, em certos casos, discutir-se previamente, sem tomada de votos. A tradição terminou se esvaindo pela oposição ferrenha a ela do Ministro Marco Aurélio. Em, FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo (1988-2013)**, v. 3, Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 116.

<sup>240</sup> Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no STF: coalizões e “panelinhas”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 139–153, 2012.

<sup>241</sup> Para uma completa compreensão dos contornos do julgamento *Brown vs. Board of Education*, ver: SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Por fim, juízes podem buscar um refinamento adicional em seus votos, para com isso atingir um número maior de adesões. Ou seja, a elaboração do voto pode ser realizada de forma estratégica, com o objetivo de angariar adesões. Pela sistemática de debates da Suprema Corte Americana, os *Justices* circulam minutas de votos e a partir daí, conseguem sentir a predisposição de seus colegas a aderir ou não à sua posição. Identificando o *Justice* responsável por redigir a decisão que aquela versão não foi capaz de captar adesões, ele se engaja em rebuscar a sua minuta, contemplando novas visões e permitindo que assim os demais integrantes da Corte adiram às suas conclusões.

Em suma: “juízes são, de fato, atores estratégicos – eles barganham e acomodam, eles pensam prospectivamente, e eles alteram suas decisões – e esses comportamentos têm um efeito não-trivial na política que a Corte produz ao final”<sup>242</sup>. Nesse sentido, o comportamento estratégico pode ser explorado sob uma dimensão externa, ou extracorte, e sob uma dimensão interna, ou intracorte. Os mecanismos a serem utilizados pelos juízes para atingirem seus objetivos dependerão do modelo institucional adotado tanto pelo Regimento Interno da Corte, que dará o tom das interações entre os juízes, na dimensão interna, quanto pelas demais normas, em especial, a Constituição Federal, no que se refere à dimensão externa. É sobre essas dimensões que se falará nos próximos subitens.

#### 4.2.2.2.1. Dimensão externa ou extracorte

A dimensão externa<sup>243</sup>, ou extracorte<sup>244</sup>, do comportamento estratégico, defende que o processo decisório no poder judiciário sofre influência de fatores externos. Esta dimensão se torna mais relevante quando se analisa o processo decisório de Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes, pois, a depender da conformação constitucional de suas competências, atuam em uma seara limítrofe entre o direito e a política. Nesse sentido, juízes devem antecipar as reações às suas decisões pelos atores externos, em especial, Poder Executivo, Poder Legislativo e opinião pública.

---

<sup>242</sup> Tradução livre. No original: (...) justices are, in fact, strategic actors – they bargain and accommodate, they think prospectively, and they alter their opinions – and that these behaviors have a nontrivial effect on the policy the Court ultimately produces”. Em, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997, p. 106.

<sup>243</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018, p. 701.

<sup>244</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 63.

Possibilita-se, assim, preservar a higidez da própria decisão judicial, que será cumprida pelos poderes constituídos e pela população de uma forma geral. Ademais, evita-se que a orientação fixada pela Corte seja substituída por uma legislação superveniente, editada em reação àquela fixada pelo judiciário. Por fim, permite-se manter a legitimidade da Corte perante a opinião pública, e a independência dos magistrados em face de possíveis revides institucionais pelo parlamento, no que se refere às suas garantias constitucionais<sup>245</sup>.

Um caso que se enquadra perfeitamente no exemplo da superação de decisões proferidas pela Suprema Corte, por reação legislativa, é o da prática de vaquejadas. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prática submetia os animais a um tratamento cruel, contrariando o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal<sup>246</sup>.

Insatisfeito, o parlamento editou a Emenda à Constituição n. 96/2017, superando a orientação fixada pelo STF. Nela, incluiu-se o § 7º no artigo 225, para estabelecer que não se consideram cruéis, práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do artigo 215 do mesmo texto constitucional, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica, que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. Trata-se do que a doutrina denomina de efeito *backlash*<sup>247</sup>.

Embora possível, a tarefa de estabelecer prognósticos futuros, do ponto de vista externo, é árdua. Especificamente em relação às reações legislativas, qualquer previsão de futuro tem um nível de acuidade reduzido, pois além da própria complexidade da política, o processo legislativo para elaboração de emendas à Constituição é rígido. Nesse aspecto, é pouco provável que as Cortes ajam estrategicamente, antecipando possíveis reações legislativas. Na maioria

---

<sup>245</sup> Leandro Ribeiro e Diego Arguelhes elencam diversas reações políticas a decisões judiciais que desagradam atores externos, que podem ser direcionadas aos juízes (remoção, sanções disciplinares), às instituições do Poder Judiciário (redução de salários, prerrogativas e competências, *court-packing*) e à decisão em si (Emendas Constitucionais ou o próprio descumprimento da decisão). Em, RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013, p. 109.

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgada em 06/10/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 out. 2016.

<sup>247</sup> Sobre o tema, ver: VIEIRA, Isabelle Almeida; PICCININI, Pedro Ricardo Licetto. A inconstitucionalidade da “vaquejada” segundo o STF e o posterior efeito backlash no Congresso Nacional. **Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 241–265, 2020.



dos casos, ela atuará de forma independente, submetendo-se aos riscos de uma reversão futura, como ocorreu no caso citado.

No que se refere aos poderes de agenda, a dimensão externa exerce um papel crucial. Com efeito, o julgamento de determinados casos, em determinados momentos, pode gerar consequências (positivas ou negativas) para a Corte, do ponto de vista institucional, conforme visto. Nesse sentido, a gestão estratégica da pauta de julgamentos da Corte, escolhendo casos e retirando outros, é um importante componente de estabilização do ambiente político de determinado país. A esse assunto se retornará adiante.

#### 4.2.2.2.2. Dimensão interna ou intracorte

A dimensão interna<sup>248</sup> ou intracorte<sup>249</sup>, no comportamento estratégico, dedica-se ao estudo dos fatores internos ao Tribunal, que podem, de alguma forma, influenciar os juízes no processo decisório. Nesse sentido, juízes atuarão estrategicamente, do ponto de vista interno, quando forem capazes de antecipar como votarão os seus colegas de Corte. Uma vez identificada a tendência do tribunal, poderão redigir votos capazes de angariar apoio entre os seus pares, aproximando-o das suas preferências pessoais.

Com efeito, o modelo de deliberação colegiada dos Tribunais favorece a adoção de comportamento estratégicos, dado que suas decisões são o resultado de escolhas coletivas de seus membros. As normas e procedimentos internos da Corte são capazes de reduzir ou ampliar a capacidade dos juízes de influenciar os demais colegas na solução de um caso. Nesse sentido, a agenda do tribunal, a forma de designação dos relatores, o modelo de deliberação (presencial x virtual), o quórum de votação, as possibilidades de pedidos de vistas, dentre outros, são elementos que de certa forma influenciam diretamente na formação das maiorias em tribunais<sup>250</sup>.

Patrícia Perrone, ao explorar a dimensão interna do comportamento estratégico, tendo por base os julgamentos proferidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, cita o caso *Craig v. Boren*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, como um exemplo, ao avaliar o

---

<sup>248</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018, p. 701.

<sup>249</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 63.

<sup>250</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 63.

comportamento do *Justice* Brennan, ao optar por uma *second best decision*, sacrificando o seu próprio entendimento pessoal, para viabilizar a sua compreensão sobre o tema, com a adesão dos demais integrantes da Corte<sup>251</sup>.

No que se refere aos poderes de agenda, a dimensão interna ou intracorte assume um viés essencial na condução dos trabalhos do tribunal. É que a decisão pela submissão de um caso ao Plenário do STF pode ser precedida de cálculos estratégicos que levem em consideração uma projeção do resultado do julgamento, a partir da compreensão do presidente sobre os votos de seus pares. Uma vez identificado um cenário favorável, que levaria a uma decisão compatível com os interesses do presidente, submete-se o caso. Identificando-se, no entanto, uma possível derrota, afasta-se o caso do plenário. A dimensão interna do comportamento estratégico na elaboração da pauta de julgamentos da Suprema Corte é um elemento fundamental no estudo de caso que se apresenta. A esse assunto se retornará adiante.

#### 4.2.2.3. O modelo estratégico do STF

O STF não é diferente. Há produção acadêmica disponível no Brasil que identifica comportamentos estratégicos da Corte de maneira coletiva e dos Ministros de maneira individual. Patrícia Perrone Campos Mello<sup>252</sup> identifica, no STF, comportamentos estratégicos procedimentais e comportamentos estratégicos substantivos.

No primeiro, defende-se que a atuação estratégica no STF, do ponto de vista procedimental, pode ter o objetivo de evitar o julgamento de casos irrelevantes, gerindo assim o volume de casos submetidos ao julgamento da Corte. Para além disso, pode proporcionar a postergação ou o próprio bloqueio de determinado julgamento, sob fundamentos técnico-processuais, ou ainda, pelo poder de agenda, objeto principal desta tese.

---

<sup>251</sup> No caso, discutia-se a constitucionalidade de norma do Estado de Oklahoma, que havia aprovado uma lei que permitia às mulheres o consumo de bebida de baixo teor alcoólico a partir de 18 (dezoito) anos, mas estabelecia, para os homens, a idade de 21 anos. Fundamentou-se a edição da norma em estudos que demonstraram que homens abaixo da idade estabelecida tinham uma maior tendência a se envolverem nesse tipo de acidente. Ao chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos, o *Justice* Brennan, um juiz progressista, ao identificar as tendências de votos dos seus colegas de Tribunal na primeira reunião para julgamento do caso, propôs a adoção de um critério de julgamento intermediário (*heightened* ou *midlevel scrutiny*), para declarar a inconstitucionalidade da norma, embora seu posicionamento sincero teria sido no sentido de adotar o *strict scrutiny test*, evitando-se o *rationality basis test*. A escolha do critério neste caso poderia no futuro servir como precedente para a solução de outros casos em que fosse discutida a discriminação em razão de gênero. Ao final, o voto proferido por Brennan obteve adesões suficientes para reger o caso, e a Suprema Corte decidiu que a norma era inconstitucional, por violar a cláusula de tratamento equânime entre pessoas de gêneros diferentes.

<sup>252</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018, pp. 706, 709.

Como se sabe, a jurisdição do STF é ampla, contemplando um complexo leque de atribuições, o que amplia de forma desproporcional o seu estoque de processos, impossibilitando a Corte de prestar o serviço jurisdicional no tempo adequado. Diante disso, a evolução das alterações legislativas constitucionais e processuais, e até mesmo a jurisprudência da Corte, instituíram mecanismos para dificultar o acesso ao tribunal.

Do ponto de vista legislativo, a alteração mais importante foi a criação do requisito da Repercussão Geral para admissão do Recurso Extraordinário, prevista na Emenda à Constituição n. 45/2004, regulamentada inicialmente pela Lei n. 11.418/2006 e mais recentemente pelo Código de Processo Civil de 2015. Embora um de seus objetivos tenha sido adequar o volume de trabalho da Corte e permitir-lhe filtrar os casos, para que somente chegassem ao tribunal processos relevantes, a repercussão geral pode ser utilizada de forma estratégica, de maneira muito similar àquela empreendida na Suprema Corte dos Estados Unidos, ao admitir *writs of certiorari*.

Por se constituir em um conceito jurídico indeterminado, a presença ou a ausência de repercussão geral comporta uma zona de incerteza, propicia à implementação de certa discricionariedade judicial na sua aferição. A referida discricionariedade, tal qual no modelo do *writ of certiorari*, permite aos Ministros do STF engajarem-se em comportamentos estratégicos que afastam da Corte temas capazes de atrair uma quantidade excessiva de processos, gerindo assim o seu estoque, ou ainda, permite que os Ministros admitam ou inadmitam recursos extraordinários que veiculem temas sensíveis, a depender das chances de o seu posicionamento sincero tornar-se vencedor quando do julgamento do caso, ou ainda, tendo em vista as repercussões que o julgamento do caso provocará em determinado momento histórico<sup>253</sup>.

Internamente, as Cortes, de uma forma geral, e o STF, de forma específica, passaram a exacerbar os requisitos de admissibilidade dos recursos, com vistas a dificultar o acesso à instância extraordinária, fenômeno que se tornou conhecido como jurisprudência defensiva.

---

<sup>253</sup> Patrícia Perrone cita como exemplo, o caso do julgamento da constitucionalidade das candidaturas avulsas, discutido inicialmente na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário 1.054.490, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, julgado pelo Plenário e publicado no DJE de 08/03/2018. Em razão da relevância do tema e de sua sensibilidade política, houve uma resistência da Corte em reconhecer a repercussão geral, ao fundamento de que o caso concreto que veiculava a discussão havia perdido objeto, pois as eleições já haviam ocorrido. Na verdade, o óbice processual escolhido pelo STF foi um argumento formal impertinente para dispensar o caso, pois o próprio Código de Processo Civil, no artigo 998, parágrafo único, permite o prosseguimento do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, ainda que a parte tenha desistido do recurso, reforçando a compreensão da objetivação do controle difuso. Na verdade, a Corte não quis julgar o caso naquele momento específico, utilizando-se do requisito da repercussão geral para afastá-lo do plenário. Em, MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018, p. 707.

Através destes procedimentos, é possível que determinado caso seja estrategicamente denegado, quando o Ministro entender que o seu julgamento é inconveniente. As súmulas processuais do STF exercem esse papel<sup>254</sup>.

Por fim, i) o represamento, pelo Relator, de casos sob sua relatoria, nos quais se antevê um cenário desfavorável ao julgamento em razão da composição da corte ou do contexto social; ii) a afetação de um caso que se encontra na turma ao pleno; iii) a concessão de liminares monocráticas pelos relatores, seguida da não submissão ao Plenário e do represamento do julgamento de mérito; iv) pedidos de vista, que interrompem julgamentos e podem retardar a conclusão do caso, ao sabor dos interesses do vistor e, por fim; v) a política de inclusão em pauta pelo presidente da Corte, são elementos que interferem na agenda da Corte, profundamente capazes de permitirem a adoção de comportamentos estratégicos. Por envolverem diretamente o objeto do tema estudado, serão apreciados a seguir no contexto da dinâmica da elaboração de pauta pelo Presidente do STF.

Sobre o tema, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro<sup>255</sup> exploram os meandros da atuação individual estratégica dos Ministros da Corte e seus reflexos na política. Especificamente, comportamentos estratégicos relativos à antecipação de posições na imprensa, pedidos de vista como controle individual de agenda e decisões monocráticas, exercem papel essencial na dinâmica de deliberação interna da Corte, que naturalmente repercutem no ambiente político externo, criando o que os autores denominam de um “Supremo Individual”.

Por sua vez, o comportamento estratégico do ponto de vista substantivo defende a ideia de que o processo de elaboração das decisões judiciais leva em consideração cálculos estratégicos relacionados a fatores internos e externos. Em primeiro lugar, o julgador adequa a sua decisão, ainda que ela não represente a sua vontade sincera, para que ela esteja apta a angariar apoio dentro do painel de julgadores (dimensão interna).

Para além disso, cuida para que as decisões não repercutam de forma negativa em face de atores externos, reduzindo as chances de sua implementação pelos demais poderes, aumentando as chances de reações legislativas (efeito *backlash*), ou, ainda, comprometendo o

---

<sup>254</sup> São exemplos, a súmula 279, que impede a admissibilidade de recurso que implique em revolvimento de matéria fática, a súmula 280, que impede o exame de direito local, a súmula 636, que impede a discussão de matéria constitucional de forma reflexa, e por fim, as súmulas 282 e 356, que exigem o prequestionamento da matéria constitucional nas instâncias inferiores.

<sup>255</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 46, p. 121–155, 2015.

prestígio institucional da Suprema Corte perante a opinião pública. Tais objetivos somente serão alcançados com a composição entre os interesses do julgador e dos atores externos que interagem, do ponto de vista institucional, com a Corte. Condensam-se aqui os modelos de *bargaining*, *forward thinking* e *strategic writing opinion*, citados anteriormente.

Patricia Perrone<sup>256</sup> analisa precedentes do STF, indicativos de que a Corte agiu estrategicamente. Um dos exemplos citados é o da descriminalização do uso de drogas. Nele a autora sustenta que o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, adequou sua decisão em face das interações internas e externas, simultaneamente. Do ponto de vista interno, por não conhecer o posicionamento de todos os membros do Tribunal, sustentou que uma posição restritiva, que descriminalizasse tão somente o uso de maconha, poderia ter maiores chances de conseguir a adesão dos demais membros da Corte. Externamente, compreendeu que a Corte não poderia perder legitimidade com a opinião pública, por suspeitar que uma descriminalização ampla não teria apoio popular<sup>257</sup>.

#### 4.3. Análise crítica aos modelos tradicionais

O estudo de determinados fenômenos através de modelos tem por objetivo identificar características preponderantes e reuni-las sob um determinado rótulo. São, em verdade, simplificações de uma realidade observada por um pesquisador, que guiam os estudos sobre a área investigada. Nos parece que os modelos até aqui estudados devem ser enxergados sob este viés.

Diante disso, é um equívoco compreender que o processo decisório pode ser explicado exclusivamente por quaisquer dos modelos, ou mesmo que outros modelos, neste trabalho não explorados, sejam incapazes de explicar o complexo fenômeno do processo decisório no poder judiciário. Para Luis Roberto Barroso, “...nenhum dos três modelos prevalece em sua pureza: a vida é feita da combinação dos três. Sem embargo das influências pláticas e das opções estratégicas, o direito conservará sempre uma autonomia parcial”<sup>258</sup>. Associam-se às críticas já

<sup>256</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018, p. 709.

<sup>257</sup> SCHREIBER, Mariana. Ministro do STF diz que Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real. **BBC News**. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_ms](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms). Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>258</sup> Em BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do STF**. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 83

expostas acima ao modelo legalista, as considerações a seguir, concernentes aos modelos atitudinal e estratégico.

Assim como o modelo legalista, também o modelo atitudinal, embora tenha a seu favor os créditos por ter desmistificado o tabu que historicamente afastou o Direito da política, falha em sua missão, por acreditar que decisões judiciais são proferidas tão somente a partir das preferências pessoais dos juízes, menosprezando o papel limitador exercido pelo Direito na atividade jurisdicional e relegando-o a um mero legitimador formal de uma compressão judicial pré-estabelecida<sup>259</sup>. Aqui há uma exacerbação do papel político dos juízes, que em certa medida, poderia mesmo explicar determinadas decisões judiciais proferidas em casos dotados de grande carga política ou ideológica, mas é incapaz de explicar uma infinidade de decisões judiciais em casos simples, corriqueiros, que mais se aproximam do modelo legalista do que do modelo atitudinal. Com efeito, para Epstein e Weinshall, ainda que o caráter ideológico e as influências partidárias sejam úteis para entender o comportamento judicial, elas não são a única motivação em jogo, e podem talvez não ser importantes para muitos juízes<sup>260</sup>.

Casos difíceis, carregados de influências políticas, ideológicas, morais e até mesmo religiosas, são a exceção<sup>261</sup>, e não a regra, dentro de um sistema jurídico, mesmo em Supremas Cortes como a brasileira. No entanto, pela sua relevância e pelo papel catalisador da imprensa, terminam ganhando uma maior visibilidade, dando a impressão de que a atividade jurisdicional é dominada pela carga ideológica dos juízes. Não se deve, por isso, concluir que o processo decisório judicial é predominantemente controlado por fatores ideológicos.

Para Marcelo Novelino<sup>262</sup>:

Por certo, fatores ideológicos devem ocupar um espaço importante em qualquer modelo de comportamento judicial, mas não uma posição acima do direito. Na grande maioria dos casos típicos, o material jurídico convencional

<sup>259</sup> Para Marcelo Novelino, “assim como juristas tendem a sobrevalorizar o grau de determinação do material jurídico convencional, os cientistas políticos costumam exagerar no papel desempenhado pela política. Embora tenham demonstrado empiricamente que as limitações jurídicas impostas à ideologia não são tão fortes quanto as teorias normativas parecem exigir, os atitudinalistas falham ao tratar essas restrições como irrelevantes. No afã de comprovar que os julgamentos são políticos, acabam por não investigar o papel exercido pelo direito na mesma proporção que o fazem em relação à ideologia. Em, Novelino, op. cit., p. 53/54.

<sup>260</sup> EPSTEIN, Lee; WEINSHALL, Karen. **The strategic analysis of judicial decisions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 6.

<sup>261</sup> Para Posner, a preocupação dos atitudinalistas com casos politicamente carregados, cria a impressão exagerada de que os casos submetidos às Supremas Cortes são necessariamente penetrados por influências políticas. A bem da verdade, a maioria dos casos julgados pela Suprema Corte dos Estados não são politicamente carregados, e a maioria dos casos julgados pelo Poder Judiciário não o são pela Suprema Corte. Em, POSNER, Richard. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 27-28.

<sup>262</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 54.

é suficientemente determinado para impor resultados imunes a qualquer tipo de influência das preferências políticas pessoais. Em outros, mais controversos e moralmente carregados, os fatores ideológicos podem até desempenhar um papel determinante, mas nunca exclusivo. Em um Estado de Direito, a legitimidade de qualquer decisão judicial pressupõe que seja, ao menos, orientada e limitada pelo direito.

A premissa sobre a qual se funda o modelo atitudinal, segundo o qual o juiz está sempre orientado pela necessidade de maximizar suas preferências políticas, desconsiderando as restrições impostas pelo direito, conforme visto acima, pressupõe que suas escolhas políticas sempre são conscientes e desconsidera diversos outros fatores. As preferências dos demais juízes integrantes do colegiado responsável pelo julgamento do caso; o relacionamento institucional entre o Judiciário e os demais atores políticos de determinado sistema jurídico; as preocupações sistêmicas decorrentes de uma visão pragmática, a necessidade de manutenção da legitimidade da Corte perante a opinião pública, ou do juiz perante seus grupos sociais e profissionais, dentre outras, certamente exercem papel determinante no processo decisório. Tais influências, determinantes que são para o resultado de qualquer julgamento, são consideradas pelo modelo estratégico, conforme já salientado.

Por fim, o modelo estratégico não está imune a críticas. A primeira delas, já explorada, consiste na dificuldade de confirmá-lo, do ponto de vista empírico. A consequência desta dificuldade resulta na possibilidade de caracterizar qualquer comportamento judicial como estratégico. Em exemplo citado por Novelino<sup>263</sup>, a abordagem estratégica utiliza “manobras de salvação”, que a tornam infalsificável. Cita como exemplo situações em que, se a Suprema Corte profere uma decisão coerente com as preferências estabelecidas pelo Congresso Nacional, adeptos do modelo estratégico sustentam que tal decisão foi proferida com o objetivo de ser a ele deferente. Por outro lado, se contraria as suas preferências, estariam agindo estrategicamente para alterá-las. Neste exemplo, de uma forma ou de outra, a Corte estaria agindo estrategicamente. Portanto, ele poderia ser classificado como sobreinclusivo, na medida em que se apropria de diversos tipos de comportamento que não correspondem às suas premissas<sup>264</sup>.

Por razões outras, poderia ser classificado como subinclusivo, dada a sua incapacidade de descrever e explicar os principais aspectos do comportamento judicial<sup>265</sup>. Com efeito, a dificuldade na identificação das preferências dos diversos atores envolvidos no processo

---

<sup>263</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 65.

<sup>264</sup> Idem, p. , p. 65.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 66.

decisório, especialmente os atores externos, torna praticamente impossível a antecipação de prognósticos para adoção de comportamentos estratégicos. Nesse sentido, a ideia de *second best decision* ficaria prejudicada, assumindo em seu lugar a opção pelo comportamento sincero.

Embora pertinentes, as críticas endereçadas ao modelo estratégico nos parecem acentuar a ideia, já explorada acima, de que o comportamento estratégico dele resultante é um instrumento para a obtenção de um fim, seja ele legalista, ideológico, institucional ou até mesmo pessoal, no sentido emprestado por Epstein e Weinshall. A nosso ver, não se pretende com o modelo estratégico revelar os motivos pelos quais uma decisão judicial foi proferida. Aqui, interessa tão somente identificar que a solução de casos complexos muito provavelmente envolverá cálculos estratégicos que levem em consideração os atores internos e externos. Ademais, os argumentos não infirmam a importância da reflexão sobre o uso de comportamentos estratégicos quanto aos procedimentos. No que toca ao presente trabalho, a estratégia na elaboração da agenda da Corte reveste-se de importância fundamental, tanto na dinâmica interna da Corte, quanto nas relações institucionais entre ela e os já citados atores externos.

Em suma, o que se pode depreender das críticas endereçadas a cada um dos modelos é que eles são incapazes, sozinhos, de explicar os mecanismos de formação das decisões judiciais. Com efeito, um sistema tão complexo dificilmente seria satisfatoriamente explicado pela via de modelos compartimentalizados, incomunicáveis. O isolamento das variáveis para a identificação de razões predominantes não se revela útil, quando se compreende que as variáveis podem agir simultaneamente em um mesmo caso.

Cumprido, portanto, encontrar uma teoria capaz de, ao mesmo tempo, contemplar a importância do Direito na elaboração das decisões judiciais, sem desconsiderar o papel que a ideologia em sentido amplo e, portanto, também a estratégia dos juízes exerce no decorrer do processo decisório. Esta teoria, por fim, deve compreender que os comportamentos estratégicos estão presentes no processo decisório, seja do ponto de vista substantivo (na fase de mérito) ou do ponto de vista procedimental.

Nos parece que o modelo jurídico multifatorial, de Marcelo Novelino, atende a estes requisitos. Com efeito, no esforço de elaborar um modelo descritivo que aponte os fatores extrajurídicos que tendem a influenciar o comportamento dos Ministros do STF, Marcelo Novelino propõe uma abordagem diferente da tradicional. Nele, busca-se contemplar as diversas abordagens dos modelos tradicionais, partindo-se da premissa de que os juízes nem



sempre perseguirão objetivos políticos e são motivados por uma diversidade de interesses. Sustenta-se ainda a ideia de que o material jurídico ortodoxo deve ser considerado o protagonista do processo decisório, limitando a atividade jurisdicional ao direito posto. Reconhece-se, no entanto, que em situações específicas, o referido material será incapaz de fornecer os elementos necessários para se chegar a uma decisão judicial.

Transcrevo a ideia subjacente à proposta de Novelino<sup>266</sup>:

A ideia subjacente ao desenvolvimento desse modelo jurídico multifatorial pode ser sintetizada nos seguintes termos: a incapacidade de determinação do comportamento judicial por fatores jurídicos abre espaço para interferência de variáveis extrajurídicas, cuja atuação será condicionada primordialmente pelo contexto decisório e institucional. Se o material jurídico nem sempre é capaz de impor um único resultado razoável para as decisões judiciais (comportamento judicial em sentido estrito), nem de pautar, com exclusividade, os atos processuais praticados pelos juízes (comportamento judicial em sentido amplo), inevitavelmente outras variáveis estranhas ao direito irão concorrer para a adoção de determinados comportamentos.

Avançando no tema, o autor revela que a atividade jurisdicional está sujeita a fatores extrajurídicos endógenos, tais como, fatores cognitivos (predisposições), ideológicos (preferências) e de interesse (expectativas). O grau de influência destes fatores oscilará de acordo com variáveis subjetivas, consistentes nos fatores extrajurídicos exógenos, relacionados ao ambiente institucional, social e cultural, e variáveis objetivas, relacionadas ao contexto decisório e institucional. Assim, a incidência dos fatores extrajurídicos endógenos e exógenos no processo decisório será maior ou menor a depender do contexto decisório e institucional.

A vantagem na adoção do modelo jurídico multifatorial consiste na quebra do maniqueísmo entre o direito e a política, abrindo-se a oportunidade para que a atividade jurisdicional seja permeada por diversas influências externas, inerentes ao comportamento humano, inafastáveis, portanto, da atividade jurisdicional. Preserva-se o núcleo essencial do Estado de Direito, com o primado da ordem jurídica posta, sem desconsiderar perspectivas realistas, que apontam para influências ideológicas no processo decisório<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 80.

<sup>267</sup> No mesmo sentido, para Luís Roberto Barroso: “O presente trabalho desenvolveu-se sobre a crença de que nenhum dos três modelos prevalece em sua pureza: a vida é feita da combinação dos três. Sem embargo das influências pláticas e das opções estratégicas, o direito conservará sempre uma autonomia parcial. Em BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do STF**. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 83.

#### 4.4. O comportamento estratégico aplicado à elaboração da pauta de julgamentos do plenário do STF

Estabelecidos os conceitos principais, parte-se para a aplicação do modelo estratégico ao *design* de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF. O estudo deste tema oferecerá as ferramentas adequadas para concluir, i) se o modelo instituído pelo STF, estudado no Capítulo 3, permite ao presidente da Corte comportar-se estrategicamente ao elaborar a pauta de julgamentos; ii) se a Ministra Cármen Lúcia se comportou estrategicamente no contexto do estudo de caso selecionado, e; iii) quais fatores a influenciaram nesse processo decisório.

Inicialmente, importante demonstrar que tudo aquilo que entra na pauta de julgamentos do STF ganha dimensões nacionais. Com efeito, a simbiose entre a pauta da Corte, catapultada pela crescente exposição do Tribunal, e a imprensa, gera o que a literatura denomina de hipótese de *agenda-setting*, segundo a qual os veículos de comunicação de massa têm o poder de determinar a saliência dos assuntos que serão discutidos pela sociedade. Estabelecido o conceito de *agenda-setting*, faremos uma incursão no direito comparado, para identificar como a literatura norte-americana tem estudado o tema, no contexto da Suprema Corte daquele país. Ao final, discutiremos especificamente o comportamento estratégico na seleção de casos para julgamento pelo plenário presencial do STF.

##### 4.4.1. O Poder de Agenda (*agenda-setting*)

O conceito de *agenda-setting*<sup>268</sup> tem sua origem creditada aos pesquisadores da área de comunicação social, que o estudam desde a primeira metade do século XX. Seu objetivo é identificar a influência dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública. Seus pressupostos foram lançados por Walter Lippman<sup>269-270</sup>, que anunciou em suas pesquisas

---

<sup>268</sup> É preciso diferenciar o uso do termo *agenda-setting* para a teoria da comunicação, desenvolvido neste item e o uso do mesmo termo quando se discute o tempo de julgamento dos casos em Cortes Constitucionais. No segundo caso, para Conrado Hübner Mendes, *agenda-setting* está relacionado ao tempo da decisão, após a sua admissão para julgamento. A esse tema se retornará em detalhes a seguir. Em, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Cambridge: Oxford University Press, 2013, p. 160.

<sup>269</sup> ANDRADE, Louise Dantas de. **Agenda-Setting: análise do comportamento do STF no controle de constitucionalidade concreto**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco, 2015, p. 71.

<sup>270</sup> O autor é considerado o pai do *Agenda-setting*. Em, ROSSETTO, Graça Penha Nascimento; SILVA, Alberto Marques. *Agenda-setting e Framing: detalhes de uma mesma teoria?* **Intexto**, Porto Alegre, n. 26, p. 98–114, 2012, p. 100.

o papel de destaque da imprensa no direcionamento das atenções dos leitores rumo aos temas que ela entendia serem de interesse coletivo<sup>271</sup>.

A partir de então, pesquisadores passaram a estudar, na década de 1940, os efeitos da comunicação de massa em relação aos temas ligados à eleição para Presidente dos Estados Unidos. Neste primeiro esforço, concluiu-se que os meios de comunicação de massa proporcionavam aos eleitores uma grande quantidade de informações, mas não chegavam a provocar mudanças de opinião<sup>272</sup>.

Em pesquisa posterior, Maxwell McCombs e Don Shaw<sup>273</sup> se propuseram a identificar a capacidade de definição de agenda dos veículos de mídias de massa na campanha presidencial dos Estados Unidos de 1968. Para verificar a hipótese, elaboraram questionários que pudessem ser capazes de testar a relação entre os assuntos que vinham sendo veiculados pela mídia e os assuntos considerados pelos eleitores como “questões-chave”. A conclusão foi a identificação de uma correspondência exata entre os assuntos noticiados pela mídia e os assuntos considerados mais importantes pelos eleitores<sup>274</sup>. Para os autores da pesquisa, a hipótese de *agenda-setting* pelos meios de comunicação pode ser sintetizada com a ideia de que a imprensa não é capaz de ditar por muito tempo o que as pessoas devem pensar, mas é capaz de estabelecer sobre quais assuntos os seus leitores devem pensar<sup>275</sup>.

Nesse mesmo sentido, Felipe Seligman e Juliano Basile<sup>276</sup> relatam estudo realizado pelos irmãos Gladys Engel Lang e Kurt Lang, no qual analisaram o episódio de Watergate, ocorrido na década de 70 nos Estados Unidos. Ao se perguntarem como o então Presidente Richard Nixon se reelegeu, mesmo após as denúncias de corrupção e de invasão no escritório do Partido Democrata, amplamente noticiadas pela imprensa, concluíram que a imprensa pode

<sup>271</sup> CASTRO, Davi de. Agenda-setting: hipótese ou teoria? análise da trajetória do modelo de agendamento ancorada nos conceitos de Imre Lakatos. **Intexto**, Porto Alegre, n. 31, p. 197–214, 2014, p.199.

<sup>272</sup> MCCOMBS, Maxwell. **Setting the Agenda: the mass media and public opinion**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2014. Ebook.

<sup>273</sup> MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. The agenda-setting function of mass media. **Public Opinion Quarterly**, v. 36, n. 2, p. 176–187, 1972.

<sup>274</sup> Ilustrado no Box 1.1, a afirmação principal da teoria de agenda-setting é que aquelas questões enfatizadas pela imprensa passam a ser consideradas pelo público com o passar do tempo como importantes. Em outras palavras, a agenda da mídia estabelece a agenda do público. Tradução livre. No original, “Illustrated in Box 1.1, a central assertion of agenda-setting theory is that those issues emphasized in the news come to be regarded by the public over time as being important. In other words, the media agenda sets the public agenda”. Em, MCCOMBS, 2014, op. cit.

<sup>275</sup> No original: may not be successful much of the time in telling people what to think, but it is stunningly successful in telling readers what to think about. Em, MCCOMBS; SHAW, 1972, op. cit., p. 177.

<sup>276</sup> SELIGMAN, Felipe.; BASILE, Juliano. STF: Uma Corte que pauta e é pautada pela imprensa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 155-170.

colocar os assuntos em pauta, mas não necessariamente dita como as pessoas devem pensar. Em verdade, os meios de comunicação servem para fornecer temas, que serão objeto de reflexão pelo eleitor. Com efeito, há uma relação causal direta entre a agenda midiática e a agenda pública<sup>277</sup>. Para McCombs e Shaw<sup>278</sup>:

Enquanto a mídia de massa tem pouca influência na direção ou intensidade das atitudes, propõe-se que a mídia de massa estabelece a agenda para cada campanha política, influenciando a saliência das atitudes em direção às questões políticas.

Em suma, para Davi de Castro<sup>279</sup>:

A função de agendamento foi definida, então, pela capacidade dos meios de comunicação de massa em dar ênfase a determinado tema e pela possibilidade de os indivíduos incluírem esse tema em sua lista de prioridades após a influência recebida pelo meio de comunicação.

Após o estudo de *Chapel Hill*, uma série de pesquisas empíricas desenvolvidas nos Estados Unidos buscou averiguar a existência de relações entre a agenda da mídia e da opinião pública. As pesquisas mostraram que os meios de comunicação influenciam os indivíduos de forma limitada, não por meio da determinação de comportamentos e opiniões, mas sim através de um processo de estruturação de preferências<sup>280</sup>, destacando algumas questões em detrimento de outras e assim focalizando a atenção dos indivíduos sobre tais questões, ou seja, determinando a saliência das questões no debate público.

As razões pelas quais a hipótese do agendamento ocorre, giram em torno de dois fatores principais. Em primeiro lugar, a relevância das informações veiculadas pela imprensa constitui-se como um pressuposto para que o público se interesse pelo assunto apresentado. Segundo, o fator incerteza gera no público a desconfiança de que ele não possui informações suficientes sobre o assunto, provocando assim a necessidade de orientação. A conjunção desses dois elementos, que se dá pela constatação de que o assunto é relevante e que não há certeza sobre

<sup>277</sup> CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt; BRASIL, Felipe Gonçalves; ALVES, Renan do Prado. Agenda-setting: mídia e opinião pública na dinâmica de políticas públicas. **Compólitica**, v. 8, n. 1, p. 123–146, 2018.

<sup>278</sup> Tradução livre. No original: While the mass media may have little influence on the direction or intensity of attitudes, it is hypothesized that the mass media set the agenda for each political campaign, influencing the salience of attitudes toward the political issues. Em, MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. The agenda-setting function of mass media. **Public Opinion Quarterly**, v. 36, n. 2, p. 176–187, 1972, p. 177.

<sup>279</sup> CASTRO, Davi de. Agenda-setting: hipótese ou teoria? análise da trajetória do modelo de agendamento ancorada nos conceitos de Imre Lakatos. *Intexto*, Porto Alegre, n. 31, p. 197–214, 2014, p. 201.

<sup>280</sup> CAPELLA; BRASIL; ALVES, 2018, op. cit.

o tema potencializa a necessidade de orientação e por consequência, amplifica o poder de influência da mídia<sup>281</sup>.

A evolução dos estudos sobre a hipótese de agendamento, no entanto, levou a uma nova conclusão, segundo a qual, o segundo nível de *agenda-setting* influencia não apenas a atenção dos indivíduos em torno das questões apresentadas, mas também influencia a maneira como pensam e agem<sup>282</sup>. Para McCombs “é a agenda de atributos que define um assunto e em algumas instâncias inclina a opinião pública na direção de uma perspectiva particular ou de uma solução preferencial”<sup>283</sup>.

O aprofundamento dos estudos da teoria expandiu as suas fronteiras, para estudar a seleção da agenda política de uma comunidade ou até mesmo de um tribunal, em interação com a mídia. Nesse contexto, a função de agendamento constitui-se em um processo que se desenvolve em três níveis, quais sejam: i) agenda midiática (*media agenda*), que reflete as questões discutidas na imprensa de uma maneira ampla; ii) agenda pública (*public agenda*), relacionada com as questões discutidas e pessoalmente relevantes para o público, e; iii) agenda de política (*policy agenda*), que diz respeito às questões relevantes para as autoridades públicas<sup>284</sup>. Importa, nesse momento, estudar os mecanismos de definição de agenda sob a perspectiva das Supremas Cortes. É o que se fará no item a seguir.

#### 4.4.2. *Agenda-setting* no STF

O Presidente do STF<sup>285</sup> é uma das autoridades que concentra um dos maiores poderes de agendamento na sociedade brasileira, ao lado do Presidente da República e dos Presidentes

---

<sup>281</sup> MCCOMBS, Maxwell. **Setting the Agenda: the mass media and public opinion**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2014.

<sup>282</sup> Ibidem.

<sup>283</sup> Tradução livre. No original, “It is the agenda of attributes that define an issue and in some instances tilt public opinion towards a particular perspective or preferred solution”. Em, Ibidem.

<sup>284</sup> ROSSETTO, Graça Penha Nascimento; SILVA, Alberto Marques. Agenda-setting e Framing: detalhes de uma mesma teoria? **Intexto**, Porto Alegre, n. 26, p. 98–114, 2012, p. 101.

<sup>285</sup> Conforme se verá em detalhes a seguir, o Presidente do STF concentra a competência para elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte, uma das ferramentas de controle da agenda da Corte. Tal atribuição é mitigada por condicionantes regimentais, que atribuem aos relatores e aos demais Ministros parcelas de poder para restringir o exercício desta competência.

da Câmara dos Deputados<sup>286</sup> e do Senado Federal<sup>287</sup>. São autoridades que “se sentam em cadeiras privilegiadas em termos de definir os temas para a sociedade refletir”<sup>288</sup>.

Cristiana Mello ilustra episódio ocorrido no Congresso Nacional que demonstra bem a importância da mecânica de elaboração de agenda para a organização dos trabalhos das casas legislativas, bem assim as suas consequências para a sociedade brasileira. Pela importância do exemplo citado, que retrata um momento histórico importante da República, transcrevo a seguir trecho com o relato da situação<sup>289</sup>:

Depois da rejeição, por falta de quórum, da Emenda Dante de Oliveira, que restabelecia imediatamente as eleições diretas para presidente da República, foram reunidas 249 assinaturas de parlamentares, que representavam a maioria absoluta de cada Casa Legislativa, a fim de viabilizar o exame da proposta de emenda constitucional com idêntico objetivo – a PEC 20/84, chamada de emenda Theodoro Mendes. Após alguma controvérsia, o Presidente do Congresso Nacional reconheceu estar a PEC em condições de ser submetida à votação. Não obstante, recusou-se a colocá-la em pauta, por entender que caberia a si ou às lideranças partidárias definir o momento oportuno e conveniente para tanto. Com isso, a PEC jamais foi posta em votação e, em 1985, realizaram-se eleições indiretas para a presidência da República. No caso, os líderes e o Presidente do Senado da época obstaram debate relevante e inviabilizaram a apreciação da PEC subscrita pela maioria absoluta dos parlamentares de ambas as Casas. Vale dizer: sufocaram a discussão na origem e manipularam o processo legislativo para impedir o resultado que lhes fosse desfavorável.

Para a autora, ainda que compartilhado o poder de elaboração da agenda com os líderes, o poder de definir a agenda legislativa pode levar a abusos. Por essa razão, entende que deveria haver algum tipo de “válvula de escape”, para evitar casos como o relatado, onde se mostrou abusivo o poder de veto dos líderes e de ambos os presidentes das Casas Legislativas.

Outro exemplo pode ser encontrado no processo de nomeação dos Ministros do STF, cujo trâmite se inicia com a sabatina do indicado pelo presidente da República na Comissão de

---

<sup>286</sup> O Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê a existência do Colégio de Líderes, que tem por uma das suas principais funções a colaboração na definição das prioridades legislativas. Conforme o artigo 17, “s” do Regimento, compete ao Presidente da Câmara elaborar a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente, ouvido o colegiado.

<sup>287</sup> No Senado Federal, não há previsão regimental expressa quanto à elaboração da agenda. Entretanto, embora inexistente a figura formal do Colégio de Líderes, estes são ouvidos para a confecção da agenda da casa. Em, MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF: uma proposta modesta. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 221-251, p. 239.

<sup>288</sup> SELIGMAN, Felipe; BASILE, Juliano. STF: Uma Corte que pauta e é pautada pela imprensa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164.

<sup>289</sup> MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF: uma proposta modesta. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 239-240.

Constituição e Justiça do Senado Federal. Assim como nas demais comissões, a pauta de deliberações é controlada pelo seu Presidente, que pode utilizá-la estrategicamente para atingir objetivos pessoais.

O Presidente da República indicou para o cargo de Ministro do STF o ex-Advogado-Geral da União e ex-Ministro da Justiça de seu governo, André Mendonça, em 13 de julho de 2021. A realização da sabatina foi atrasada quase cinco meses pelo Presidente da Comissão, Senador Davi Alcolumbre. O caso foi acompanhado diariamente pela imprensa especializada, e revelou uma disputa entre forças políticas contrárias, em especial a bancada evangélica, o Centrão e as próprias pretensões do Presidente da Comissão, que pretendiam viabilizar nomes que agradassem seus grupos políticos<sup>290</sup>.

O caso foi judicializado<sup>291</sup>, e em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que se tratava de uma deliberação interna do Congresso Nacional, insusceptível de controle pelo Poder Judiciário. Este episódio revela o poder que representa o controle de pauta das instituições, neste caso, uma comissão do Senado Federal.

Voltando ao STF, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro<sup>292</sup>, consideram imprescindível levar em conta o poder de definir a agenda pois:

[...] embora o poder de *decidir* seja a expressão prototípica do poder judicial, decisões judiciais formais nos dão uma visão incompleta de como tribunais e juízes influenciam a política. Se é verdade que a simples ameaça de uma decisão judicial futura pode ser suficiente para moldar o comportamento de atores fora do tribunal, qualquer mecanismo pelo qual um juiz ou tribunal module a percepção desses atores já pode influenciar seu comportamento. É preciso levar em conta, portanto, o poder de *signalizar*, fornecendo informações sobre o que esperar de decisões futuras. Da mesma forma, qualquer mecanismo que torne mais ou menos provável que o tribunal de fato decida uma questão também afetará, indiretamente, o *status quo* legislativo e o comportamento dos atores políticos.

Para Joaquim Falcão e Fabiana Luci<sup>293</sup> “o poder de agendamento da pauta do STF se reflete na mídia que exerce sobre o leitor grande impacto, ao optar por notícias e dar destaque

<sup>290</sup> Situação similar já ocorreu nos Estados Unidos, quando Merrick Garland, indicado pelo Presidente Barack Obama em 16 de março de 2016, não teve a sua sabatina realizada pelo Senado daquele país, naquele momento controlado por uma maioria Republicana. O processo político de resistência à sabatina se arrastou por 293 dias, até o final do mandato do Presidente Obama. Sem solução, o sucessor de Obama, Presidente Donald Trump, promoveu nova indicação, tendo sido aprovado pelo Senado dos Estados Unidos o nome de Neil Gorsuch.

<sup>291</sup> Trata-se do Mandado de Segurança n. 38.216, proposto pelos Senadores Kajuru e Alessandro Vieira.

<sup>292</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático Brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018-A, p. 17.

<sup>293</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. *O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?* **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013, p. 455.

a alguns fatos e não a outros”. Para Cristiane Mello<sup>294</sup>, “a sociedade e a mídia influenciam não apenas o comportamento e as decisões de Ministros, mas também a própria agenda da Corte, em maior ou menor grau, a depender da resistência do Ministro no exercício da presidência<sup>295</sup>”.

Em sua entrevista, ao ser questionado sobre a importância da tarefa atribuída ao Presidente da Corte, o Ministro Marco Aurélio assim se pronunciou:

O Presidente acaba enfeixando um poder maior, não há a menor dúvida. E há de ter-se presente a avalanche de processos. Na Turma não há o problema da pauta, porque os processos liberados pelo relator são julgados. Mas no Plenário, convivíamos, até a sessão virtual principalmente, com afunilamento muito grande. O espaço para inserção de processos, embora realizando o Supremo duas sessões por semana. A sessão ordinária, às quartas, e a extraordinária, que há muito tempo deixou de ser, porque toda semana realizasse, às quintas-feiras. Eu próprio cheguei a ter no Plenário cerca de 160 processos liberados para julgamento, com confecção, porque funcionava como relator, de relatório, fundamentação e parte dispositiva do voto, e não havia espaço para o pregão. Tudo dependia do Presidente do Tribunal. Isso veio causando, aos próprios integrantes do tribunal, certa perplexidade. E já estávamos estudando meio de chegar-se a um denominador comum quando surgiu a pandemia. Eu por exemplo sempre fui contrário ao julgamento, em colegiado, mediante sessão virtual porque não há troca de ideias. E no colegiado se tem somatório de forças distintas, A troca de ideias é importantíssima. Acabei inserindo os processos, retirando do Pleno físico, na sessão virtual. Mas o círculo vicioso se fez presente, porque alguns colegas começaram a pedir destaque. Como bom carioca, apenas conheço um destaque, que é o do sambódromo, da escola de samba. E com o destaque, se retirava da sessão virtual para a sessão de videoconferência, e se passava a depender também, na sessão por videoconferência, da inserção do processo em pauta pelo Presidente. Não conseguimos conciliar celeridade e conteúdo. Quando cheguei ao Supremo encontrei certa prática. O relator sempre levou o voto estruturado. Mas, os outros integrantes votavam de improviso. Hoje em dia ninguém vota mais de improviso, praticamente ninguém, com raras exceções. Levam voto estruturado como se fossem relatores, e aí perde o colegiado, porque se deixa de ter a troca de ideias, a antecipar a prolação de voto pelo vogal. É preciso reestudar-se o sistema, e reestudando, temos também que chegar, eles têm que chegar, porque não estou mais no ofício de julgador, a alguma composição em que o relator possa ter influência na confecção da pauta, mas isso passa pelo enxugamento da competência do Supremo, para diminuir-se o número de processos. Mesmo adotando-se a sessão por videoconferência, não se conseguiu julgar, numa sessão, os casos necessários para fazer frente a avalanche de processos. A concentração na definição dos casos que serão inseridos na pauta para a sessão física ou para a

<sup>294</sup> MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF: uma proposta modesta. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 240.

<sup>295</sup> O julgamento do Mensalão, segundo Cristiana Mello, reflete de forma evidente a influência da mídia e da sociedade na definição da agenda da Corte, que esboçou o cronograma do julgamento antes mesmo que o processo estivesse apto a entrar em pauta, porque estava pendente, à época, o exame dos autos pelo Ministro Revisor. Embora outros fatores como o risco da prescrição da pretensão punitiva estivessem presentes, pode-se afirmar com segurança que “a mídia e a imprensa desempenharam papel relevante para inserir o feito na agenda da Corte”. *Ibidem*, p. 241.



sessão por videoconferência, não é salutar, não é positiva. Não é o melhor critério para definir-se as questões que devem ser julgadas. Muito embora presumo procedimento digno, por parte do Presidente, presumo que os olhos do presidente estejam voltados para a prevalência da Constituição federal, e a uma sábia política institucional, é algo para se repensar. Cumprimento pela escolha do tópico.

Esse poder é exercido a partir de um movimento convergente entre o STF e a imprensa, que, a cada dia que passa, oferece-lhe mais espaço em suas páginas principais. Segundo dados extraídos em pesquisa empírica realizada por Joaquim Falcão e Fabiana Luci<sup>296</sup>, a análise de páginas eletrônicas de notícias como *Folha*, *Veja* e *O Globo*, bem como o jornal impresso *Folha de São Paulo*, mostra que do período de 2004-2007 ao período de 2008-2011, o número total de notícias relacionadas à Corte aumentou em torno de 89%.

Observa-se não apenas um crescimento do interesse pelos casos julgados pelo STF, mas também um crescente interesse pela figura dos Ministros que compõem a Corte. Segundo Salete Maria Polita Maccalóz<sup>297</sup>:

Quando os meios de comunicação começaram a fazer da Justiça e dos seus magistrados matéria constante de suas análises e informações, patrocinaram pesquisas de opinião e descobriram um público muito interessado, consumidor voraz de notícias com informação sobre processos e partes, entremeadas de denúncias sobre corrupção, excessivos gastos, nepotismo, todas (as denúncias) de pouco cunho técnico. Aqueles vultos estranhos, ‘semideuses’, puro fetiche, inclusive para os advogados, começaram a ganhar corpo de carne e osso, origem humilde, com gostos e preferências iguais aos dos demais mortais.

A hipótese foi confirmada por Paulo Sergio Freitas de Luna<sup>298</sup>, através de pesquisa quantitativa realizada comparando os períodos de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2014 e 2015, utilizando-se como referência as páginas eletrônicas da *Folha* e *Veja*, além dos jornais impressos *Folha de São Paulo* e *O Globo*, utilizando-se como termo de busca “Ministro (nome do Ministro)” ou “Ministra (nome da Ministra)”.

Os resultados expostos em gráficos revelam um crescimento considerável entre os dois períodos, em torno de 29,2%, saindo de 4081 citações no primeiro período para 5272 no seguinte. Um dado curioso, e intuitivo, é que os Ministros mais citados foram Joaquim Barbosa,

<sup>296</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429–469, 2013, p. 429.

<sup>297</sup> MACCALÓZ, Salete Maria Polita. **O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 11.

<sup>298</sup> LUNA, Paulo Sergio Freitas de. **O STF e a sua relação com os meios de comunicação em massa**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito público e evolução social) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2016.

relator da Ação Penal n. 470, e Teori Zavascki, relator das investigações oriundas da Operação Lava Jato<sup>299</sup>. Em conclusão, o autor afirma que<sup>300</sup>:

Os dados colhidos permitem afirmar que existe uma midiaticização do judiciário, devido à existência de uma sociedade consumidora de informações sobre o Poder Judiciário, e que, por este motivo, cria uma demanda crescente por notícias jurídicas que necessitam de cobertura imediata. O imediatismo da cobertura afeta, em muitos casos, o diálogo entre juristas e jornalistas, pois pode-se dizer que os meios de comunicação em massa, de certo modo, conseguem catalisar (por meio de uma imperfeição quantitativa e qualitativa do fato que está sendo julgado) a necessidade do público desenvolver uma opinião que sempre estará baseada no etiquetamento e nos limites hermenêuticos estabelecidos pelo discurso seletivo midiático.

Com efeito, a imprensa, ao cobrir o dia a dia da Corte, estabelece os assuntos que dominarão as discussões da sociedade<sup>301</sup>. A Corte, por sua vez, ao estabelecer a pauta de julgamentos do plenário presencial, impõe à imprensa os assuntos sobre os quais ela irá produzir material jornalístico, “pautando-a”<sup>302</sup>.

Nesse sentido, a pauta do STF recebe grande atenção da imprensa brasileira. Em matéria publicada no jornal *El Pais*, sob o sugestivo título “A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer?”<sup>303</sup>, afirma-se não existir qualquer critério objetivo para determinar o que e quando será votado no STF, permitindo-se aos Ministros darem maior ou menor importância a uma determinada questão de acordo com seus critérios pessoais.

<sup>299</sup> A maior repercussão de casos criminais em Cortes Judiciais não é desconhecida da literatura especializada. Com efeito, Lawrence Friedman catalogou 3 tipos de notícias sobre julgamentos que despertam mais interesse dos meios de comunicação em massa. São elas: i) notícias sobre julgamentos políticos; ii) notícias sobre corrupção e fraude, e; iii) notícias sobre crimes comuns. Para o autor, são preferidos aqueles casos criminais cujo apelo emocional é maior, e são classificados como uma espécie de entretenimento. Em, FRIEDMAN, Lawrence M. **The big trial: law as public spectacle**. Kansas: University Press of Kansas, 2015.

<sup>300</sup> LUNA, Paulo Sergio Freitas de. **O STF e a sua relação com os meios de comunicação em massa**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito público e evolução social) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2016, p. 74.

<sup>301</sup> Na era dos meios de comunicação em massa, os grandes julgamentos podem ser considerados um tipo de “drama” social, razão pela qual tendem a fomentar o debate público. Um dos principais exemplos é o julgamento da Ação Penal n. 470, o “Mensalão”, que para boa parte da literatura especializada, tornou-se um divisor de águas no relacionamento do STF com a imprensa. *Ibidem*.

<sup>302</sup> “Outros atores atribuem a formação da pauta a uma verdadeira dinâmica existente, entre a Corte e a própria imprensa. Ao mesmo tempo em que o Supremo, ao pautar um julgamento, catapulta o assunto diretamente aos editoriais, artigos e programas de entrevista, ele também atende a essas necessidades, e delibera, rotineiramente, sobre assuntos que estão sendo discutidos na mídia”. Em, SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **Como o STF decide? a reputação judicial do Supremo Tribunal Federal e seus mecanismos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 212.

<sup>303</sup> ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? *El Pais*. São Paulo. 17.07.2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620\\_578341.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html). Acesso em: 19 jul. 2021.

Em matéria publicada pelo jornal *Valor Econômico*, cujo título sugestivo foi “Pauta lotada atrasa análise de grandes casos no STF”<sup>304</sup>, chama-se atenção para a repercussão dos julgamentos do STF no cenário brasileiro, e ainda sobre como o excesso de casos atrapalha o avanço de temas relevantes para o país. Na referida matéria jornalística, o então advogado e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, hoje Ministro, Luís Roberto Barroso, declarou que “Há um problema de excesso de processos, de elaboração de pauta e de muita discricionariedade na escolha dos temas”. Ainda segundo Barroso, o volume de grandes casos na Corte “impede o aprofundamento dos debates e impõe o improvisado”.

Segundo o instituto Conectas, também ouvido pelo jornal, as ações entram e saem da pauta em cima da hora, gerando grande imprevisibilidade. Para a entidade, “Não há critérios bem definidos na formação da pauta do STF, sendo que alguns casos demoram anos para serem julgados e outros recebem uma rápida resposta do tribunal”. A respeito da metodologia de elaboração da pauta, reclama-se que a pauta é composta por 25 a 30 itens, quando se sabe que a Corte dificilmente consegue julgar mais de 3 ou 4 casos por sessão.

O jornal *Estadão* publicou matéria intitulada “STF terá pauta com temas polêmicos em 2014”<sup>305</sup>. No texto, elencam-se temas como os embargos infringentes decorrentes do julgamento do “Mensalão”, a discussão sobre doações de empresas privadas a campanhas políticas, indenizações pelos planos econômicos da década de 1990, proibição de biografias não autorizadas, dentre outras.

Mais recentemente, matéria publicada pelo sítio eletrônico *Infomoney*, cujo título é “Como a pauta do STF pode impactar o desempenho da economia em 2020”<sup>306</sup>, revela a repercussão social e econômica dos julgamentos proferidos pelo STF. No sítio eletrônico de *O Globo*, foi publicada a matéria “No STF, pauta reflete apoio de Dias Toffoli à política

---

<sup>304</sup> BASILE, Juliano.; BORGES, Laryssa. Pauta Lotada atrasa análises de grandes casos no STF. **Valor Econômico**. Brasília, 12.04.2012. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2012/04/12/pauta-lotada-atrasa-analise-de-grandes-casos-no-stf.ghtml>. Acesso em: 25 mar. 2022.

<sup>305</sup> BULLA, Beatriz. STF terá pauta com temas polêmicos em 2014. **Estadão**. Brasília, 01.01.2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-tribunal-federal-tera-pauta-com-temas-polemicos-em-2014,1114120>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>306</sup> MORTARI, Marcos. Como a pauta do STF pode impactar o desempenho da economia em 2020? **Infomoney**. São Paulo, 04.02.2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/como-a-pauta-do-stf-pode-impactar-o-desempenho-da-economia-em-2020/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

econômica de Bolsonaro”<sup>307</sup>, que repercute novamente a relevância da pauta do STF no aspecto político e econômico.

A propósito da assunção do cargo de Presidente da Corte pelo Ministro Luiz Fux, o jornal *Gazeta do Povo* publicou a matéria “Como pensa Fux, novo presidente do STF, sobre 6 pautas de costumes”<sup>308</sup>. Segundo a publicação “Estará nas mãos do Ministro pautar julgamentos sobre temas de costumes como aborto, ideologia de gênero, casamento homoafetivo, descriminalização de drogas, desarmamento e *homeschooling*”.

Verifica-se, assim, que de forma indireta, através da imprensa, ou mesmo de forma direta, através dos canais de comunicação administrados diretamente pela assessoria de imprensa da Corte, como as transmissões das sessões de julgamento pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, o sítio eletrônico e os perfis em redes sociais, o presidente do Supremo Tribunal é capaz de ditar os assuntos que estarão na ordem do dia, conforme prevê a hipótese de *agenda-setting*.

O movimento inverso também é capaz de ocorrer, e a imprensa pode influenciar na elaboração da agenda da Corte<sup>309</sup>, tendo em vista que os ministros do STF em geral, e o presidente do STF em específico, podem ter os seus poderes judiciais limitados por variáveis informais, como crenças profissionais internalizadas sobre o papel dos juízes no colegiado, pressão dos pares, críticas da comunidade internacional ou da imprensa<sup>310</sup>. Sobre o tema, Joaquim Falcão<sup>311</sup> relata o papel da imprensa na liberação, pelo relator, da Ação Penal n. 470 (conhecida como “Mensalão”) e na inclusão em pauta, pelo presidente, para julgamento.

A cada dia que passa, os temas que são submetidos à jurisdição do STF atraem mais atenção da sociedade em geral. Dificilmente um tema relevante na vida política brasileira não

<sup>307</sup> BRÍGIDO, Carolina. No STF, pauta reflete apoio de Dias Toffoli à política econômica de Bolsonaro. **O Globo**. Rio de Janeiro, 12.02.2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/analitico/no-stf-pauta-reflete-apoio-de-dias-toffoli-politica-economica-de-bolsonaro-1-24243394>. Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>308</sup> DESIDERI, Leonardo. Como pensa Fux, presidente do STF, sobre 6 pautas de costumes. **Gazeta do Povo**. Brasília, 08.08.2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/como-pensa-fux-presidente-stf-pautas-costumes/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

<sup>309</sup> “A pressão da mídia também exerce efeitos positivos – além, é claro, daqueles típicos, como o de informar, gerar transparência e debate público -, v.g., pressionando pela colocação em pauta de julgamentos que tendo sido iniciados tiveram seus resultados obstados diante de pedidos de vista que ultrapassam o limite previsto no Regimento Interno do STF”. Em, SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **Como o STF decide?** a reputação judicial do Supremo Tribunal Federal e seus mecanismos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 83.

<sup>310</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 21.

<sup>311</sup> FALCÃO, Joaquim. *Direito, mídia e opinião pública*. In: FALCÃO, Joaquim (org.). **Mensalão: diário de um julgamento**. São Paulo: Campus, 2013. p. 7-13.

é submetido ao escrutínio do Supremo<sup>312</sup>. Todos eles, ao serem selecionados para julgamento, atraem as atenções da imprensa e da sociedade.

Para exemplificar, Luis Roberto Barroso<sup>313</sup> propõe uma lista que relaciona as decisões mais importantes do STF durante sua história recente. Dentre os casos estão a vedação ao nepotismo nos três poderes, a validação da lei que permitiu as pesquisas com células-tronco embrionárias, a inexigibilidade de prévia autorização para a divulgação de biografias, a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, as cotas raciais em favor de negros para ingresso em universidades públicas e em cargos públicos, o mensalão, a interrupção da gestação na hipótese de anencefalia ou durante o primeiro trimestre de gestação e, por fim, a criminalização da homofobia<sup>314</sup>.

Todas elas foram amplamente divulgadas pela mídia e dominaram os debates na sociedade. Pesquisa quantitativa realizada por Paulo Sergio Freitas Luna nas páginas eletrônicas da *Folha*, *Veja* e *O Globo*, além dos impressos *Folha de São Paulo* e *O Globo*, revelaram que durante o julgamento de três dos casos acima citados (células-tronco embrionárias, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e biografias), o número de notícias divulgadas na mídia a elas relacionada foi significativo, permitindo-se concluir que “cada ação, durante o seu julgamento pelo STF, passou a ser considerada pelos meios de comunicação em massa como um *fato*, o que determinou, dessa forma, um certo domínio do espaço público que foi transformado em notícia”<sup>315</sup>. Com efeito, as decisões do STF, de forma sistemática, se tornaram manchetes dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia, ciências, educação e cultura<sup>316</sup>.

A aferição quanto à repercussão da agenda do STF na sociedade não é de fácil constatação do ponto de vista empírico. Fabiana Luci e Joaquim Falcão<sup>317</sup> se propuseram a realizar uma pesquisa, efetivada por meio de entrevistas, com o objetivo de investigar sobre a intensificação das relações comunicativas entre a Corte e o cidadão. Elegeram para tanto uma

<sup>312</sup> VIEIRA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008, p. 451.

<sup>313</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

<sup>314</sup> Sobre o tema, ver: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; TRIGUEIRO, Victor Guedes. O Juiz e o progresso: a salvação iluminista - uma análise crítica ao julgamento do STF que transformou em crime a homofobia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 24, n. 47, 2021.

<sup>315</sup> LUNA, Paulo Sergio Freitas de. **O STF e a sua relação com os meios de comunicação em massa**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito público e evolução social) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2016, p. 46.

<sup>316</sup> VIEIRA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008, p. 442.

<sup>317</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429–469, 2013.

estratégia mista, que utiliza questões fechadas e abertas a respeito do conhecimento sobre o tribunal. As conclusões da pesquisa são reveladoras.

Em um primeiro aspecto, perguntados sobre se conheciam ou já tinha ouvido falar sobre o STF, 69% dos entrevistados responderam positivamente. A segmentação dos dados mostrou que quanto mais alta a escolaridade, a renda e a classe socioeconômica, maior o conhecimento declarado. Mostrou ainda que homens tendem a conhecer mais sobre o tribunal, assim como moradores de grandes centros urbanos.

Buscando burilar as informações, os pesquisadores perguntaram para aqueles que declararam conhecer ou ter ouvido falar da Corte, se saberiam informar qual seria a sua função. Nesta etapa, 45% dos 69% dos entrevistados que já ouviram falar do STF responderam negativamente, o que mostra, segundo os autores, que embora boa parte dos brasileiros declare já ter ouvido falar do STF, somente cerca de 30% do total dos entrevistados tem de fato conhecimento sobre o que faz o tribunal. Em conclusão, asseveram que embora a corte permaneça relativamente desconhecida para a maioria da população, há um percentual relevante que a conhece e compreende a sua função.

Em seguida, a pesquisa focou no público que declarou conhecer o STF e suas funções. A primeira pergunta visou aferir se alguma notícia ou acontecimento envolvendo o Poder Judiciário como um todo havia chamado sua atenção nos últimos meses. Nesta etapa, cerca de 62% dos entrevistados responderam positivamente, e quando foram solicitados a descrever as notícias, as 3 respostas mais mencionadas envolviam casos decididos pelo STF, quais sejam: i) união homoafetiva (23%); ii) caso Cesare Batistti (13%), e; iii) Marcha da Maconha (7%).

Concluem que, considerando que cerca de 45% dos entrevistados citaram casos julgados pelo STF dentre aqueles com os quais tiveram contato através da mídia, “a agenda pública brasileira, em temas relativos ao Poder Judiciário, vem sendo ditada preponderantemente pelo STF”<sup>318</sup>. Segundo pesquisa no sítio eletrônico da *Folha de São Paulo*, entre janeiro e julho de 2011, foram encontradas, dentre outras, 130 notícias sobre o caso Cesare Batistti; 40 notícias sobre a união homoafetiva e 40 notícias sobre a marcha da maconha. “Os três temas de maior destaque na fala dos entrevistados foram os que resultaram em um maior número de notícias”<sup>319</sup>. Para os autores, os dados apresentados são preliminares e parciais, mas chamam

---

<sup>318</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429–469, 2013, p. 455.

<sup>319</sup> FALCÃO; OLIVEIRA, 2013, op. cit., p. 456.

atenção sobre a necessidade maior reflexão quanto aos efeitos do poder de agendamento do STF.

Um último registro importante deve ser feito. Tudo que se falou até o momento envolve o que se pode denominar de agenda ativa, que consiste na “vontade efetiva em decidir sobre determinadas questões”. Ao pautar determinado caso, o STF, através do seu presidente, manifesta “uma real vontade em deliberar sobre o respectivo assunto”<sup>320</sup>.

Há um outro lado da moeda, a agenda passiva, que se revela através de ações deliberadas das instituições em geral, e do STF em específico, para “engavetar” determinados temas que, “estratégica ou informalmente, decidiu-se não decidir ou mesmo esperar indefinidamente, sem qualquer tipo de controle ou justificativa”<sup>321</sup>.

Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro ponderam que o poder de decidir não decidir no STF exercita-se de forma imperfeita. Na realidade da Corte, os mecanismos formais de inadmissão de casos não são importantes. Para os autores, “a variável que mais afeta a liberdade de o tribunal formar sua agenda é, na prática, se o tribunal está ou não obrigado a decidir”. Na realidade nacional, “um tribunal sem prazo sequer para decidir se decide pode simplesmente permanecer em silêncio – às vezes durante anos – sobre uma questão inconveniente, mesmo sem poder formalmente dizer que não decidirá”, o que provoca o surgimento de “inevitáveis suspeitas e críticas quanto aos reais critérios utilizados pelo tribunal e seus membros para selecionar quais casos serão de fato decididos”<sup>322</sup>.

Para Joaquim Falcão e Diego Arguelhes<sup>323</sup>, a “agenda postergada”, tão importante quanto a agenda “formalizada e visível”, compreende a ação não-colegiada dos Ministros, expressa em não-decisões, que tiram do plenário, pela ação individual do relator ou do presidente, a possibilidade de decidir um caso. O desvirtuamento na composição da agenda,

---

<sup>320</sup> FERREIRA, Emanuel de Melo. O STF e os vícios passivos: como controlar as omissões da Corte?. **Constituição e Democracia**. Fortaleza, 18 jun. 2014. Disponível em: <https://constituicaoedemocracia.com/2014/06/18/stf-e-os-vicios-passivos-como-controlar-as-omissoes-judiciais-da-corte/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>321</sup> *Ibidem*.

<sup>322</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 18.

<sup>323</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. *Onze Supremos: todos contra o plenário*. In: FALCAO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2016, p. 20.

que no STF pode ser dar por diferentes maneiras, conforme se verá adiante, revela na verdade um “vício passivo”, que pode e deve ser corrigido.

A propósito disso, Conrado Hubner Mendes<sup>324</sup>, chama a atenção para o fato de que a omissão do STF (do seu Presidente) em pautar determinados casos caracteriza o comportamento por ele denominado de “prática do guardião acanhado”, por meio do qual se estimula a inércia da Corte, congelando pautas de forma deliberada por meios pouco legítimos, que se contrapõe à “retórica do guardião entrincheirado”, segundo o qual a corte infla sua força institucional, vocalizando de forma peremptória o significado da Constituição. O problema do denominado vício passivo possui especial relevância neste trabalho. É que, como se viu, o estudo de caso que se propõe envolve justamente um comportamento omissivo na elaboração da pauta de julgamentos da Corte Suprema.

#### 4.4.3. A relação entre o excesso de estoque do STF e a definição da agenda

O enorme acervo de processos que tramita perante o STF tem gerado consequências negativas para o cumprimento da sua prestação jurisdicional. Para o Ministro Marco Aurélio, a discussão quanto ao congestionamento da pauta da Corte passa, necessariamente, pela revisão de suas competências.

Tudo passa pelo enxugamento da competência do Supremo. Veio a Emenda Constitucional 45, criando a repercussão geral. É um filtro. Decide-se, no incidente, se há ou não repercussão e o processo é liberado. Mas não adianta ser liberado, se não há a possibilidade de imaginar-se a data em que será apreciado. O advogado deve peticionar e pedindo preferência. Nem sempre é possível acolher o pedido. Sustento que o Supremo deve ser transformado em Corte estritamente constitucional. Passaria a haver apenas o controle de constitucionalidade pelo Supremo, acabando o difuso, que pode ser implementado por qualquer órgão investido de jurisdição. Quando surgisse conflito entre uma lei e a Constituição Federal haveria o deslocamento. Hoje o Supremo Federal é clínica geral, em termos de matérias que chegam para serem equacionados.

Segundo Felipe de Melo Fonte<sup>325</sup>, baseado em dados de 2011, cada Ministro da Suprema Corte profere cinco decisões por hora, ou 1 a decisão a cada 12 minutos. Em dados atuais, publicados na pesquisa empírica já mencionada, de autoria da SAE/STF, no ano de 2020 foram

---

<sup>324</sup> “É preciso lançar luzes sobre tal agenda passiva do STF, sobre aquilo que, de modo estratégico e informal, decidi não decidir, ou mesmo esperar, indefinidamente, à margem de qualquer justificativa pública”. Em, MENDES, Conrado Hüber. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 222.

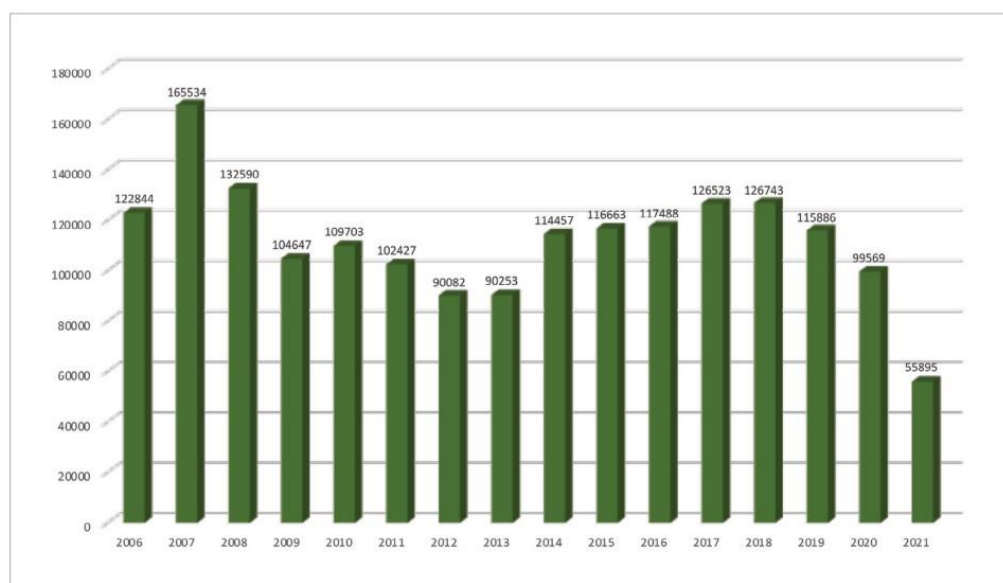
<sup>325</sup> FONTE, Felipe de Melo. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no STF. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, n. 67, p. 263–289, 2017, p. 270.



proferidas 99.569 decisões, e no ano de 2021, foram 55.895 decisões até 30 de março de 2021, contra 102.427 em 2011. Tais dados mostram que não houve variação significativa na quantidade de decisões proferidas por hora.

O gráfico a seguir mostra a evolução da quantidade de decisões totais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Gráfico 2: Quantidade de decisões totais por ano\* (síncrono e assíncrono)



Fonte: O plenário Virtual na pandemia da Covid-19<sup>326</sup>. \* O ano de 2021 contém dados parciais, apenas até 30/06/2021.

Pois bem. O plenário físico da Corte reúne-se para julgamento apenas duas vezes por semana, salvo raras exceções, o que restringe o número de julgamentos. Por fim, quem tem o hábito de acompanhar os julgamentos do plenário presencial, percebe que a sistemática de julgamento, *seriatim*<sup>327</sup>, com apresentação/leitura de votos de cada um dos Ministros, imprime

<sup>326</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf), p. 29. Acesso em: 14 mar. 2022

<sup>327</sup> Ao analisar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal, Virgílio Afonso da Silva aponta que: “O processo decisório é puramente agregativo. Todos os juízes escrevem seus votos e todos são publicados. A forma de publicação é então, *seriatim*. Ainda que uma decisão seja unânime, todos os votos são publicados. Isso significa que uma decisão concorrente poderá, mas não deverá, aduzir diferentes razões para a decisão. Falando estritamente, não há decisão da Corte, mas apenas uma série de 11 decisões escritas”. Tradução livre. No original: “The decision-making process is purely aggregative. Every justice writes her own opinion and all opinions are published. The form of publication is thus *seriatim*. Even if a decision was made unanimously, all written opinions are published. This means that a concurrent opinion, may, but no must, adduce diferente reasons for the decision. Strictly speaking, there is no opinion of the court, but only a series of eleven written opinions”. Em, SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013, p. 568. Para Hugo Saúia, “Adota-se, assim, um modelo individualista e histriônico, onde cada qual se preocupa em mostrar sua posição, de acordo com a mensagem que pretende veicular, sem discussão sólida com os pares ou preocupação com harmonia”. Em, SAUÁIA, Hugo Moreira Lima. **Como o**

uma marcha extremamente lenta ao ritmo de julgamentos. Nesse contexto, pode-se dizer que submeter-se a um julgamento pelo plenário presencial do STF é, por assim dizer, um privilégio para poucos processos, pois o espaço é escasso e ter um caso pautado é difícil e muito valioso para advogados e partes<sup>328</sup>.

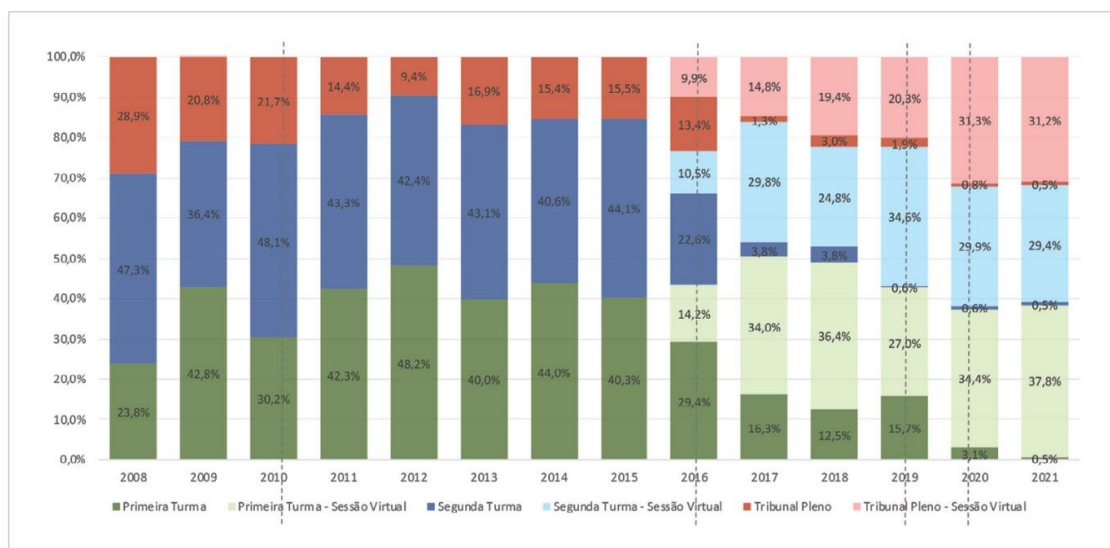
Em dados atuais, publicados pela pesquisa da SAE/STF, em 2020, as decisões proferidas pelo Tribunal Pleno (presencial) do Supremo Tribunal Federal representaram apenas 0,8% do total de decisões proferidas pela Corte. Em 2021, com dados extraídos até 30 de março de 2021, o percentual ficou em 0,5%. O gráfico a seguir mostra que desde 2008, a participação do Tribunal Pleno (presencial) no percentual de decisões totais proferidas pela Corte vem caindo drasticamente.

Gráfico 3: Proporção de decisões por órgão julgador por ano\*

---

**STF decide?** a reputação judicial do Supremo Tribunal Federal e seus mecanismos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 206.

<sup>328</sup> LEAL, Fernando. A dança da pauta de julgamentos do Supremo. *In*: FALCÃO, Joaquim.; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2016, p. 57.



Fonte: O plenário Virtual na pandemia da Covid-19<sup>329</sup>. \* O ano de 2021 contém dados parciais, apenas até 30/06/2021.

De acordo com informações retiradas do sítio eletrônico da Corte<sup>330</sup>, em junho de 2021, o acervo do tribunal contava com 23.231 processos. Estavam conclusos para julgamento 899 processos, sendo 595 no Plenário Virtual e 304 no Plenário Presencial. Desse total, 378 processos dizem respeito ao Controle Concentrado de Constitucionalidade e 100 recursos extraordinários com Repercussão Geral reconhecida, classes nas quais o potencial de interferência na sociedade é ampliado, especialmente em casos difíceis.

Os números variam muito em relação aos relatores. No momento em que os dados foram extraídos, o ex-Ministro Marco Aurélio tinha cerca de 101 processos pendentes de julgamento, enquanto a Ministra Rosa Weber, apenas 28. O Ministro Nunes Marques, recém ingresso na Corte, tinha 25 casos pendentes de julgamento. Com seu tom irônico de sempre, o Ministro Marco Aurélio já disse que após aposentar-se compulsoriamente, escreverá um livro que já tem um título: “Os votos que não proferi”<sup>331</sup>.

Relativamente aos temas, 55,5% dos processos, ou seja, 499 processos, tratam sobre matérias de direito administrativo e outras matérias de direito público. O Direito Tributário

<sup>329</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf), p. 35. Acesso em: 14 mar. 2022

<sup>330</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 17 jun. 2021.

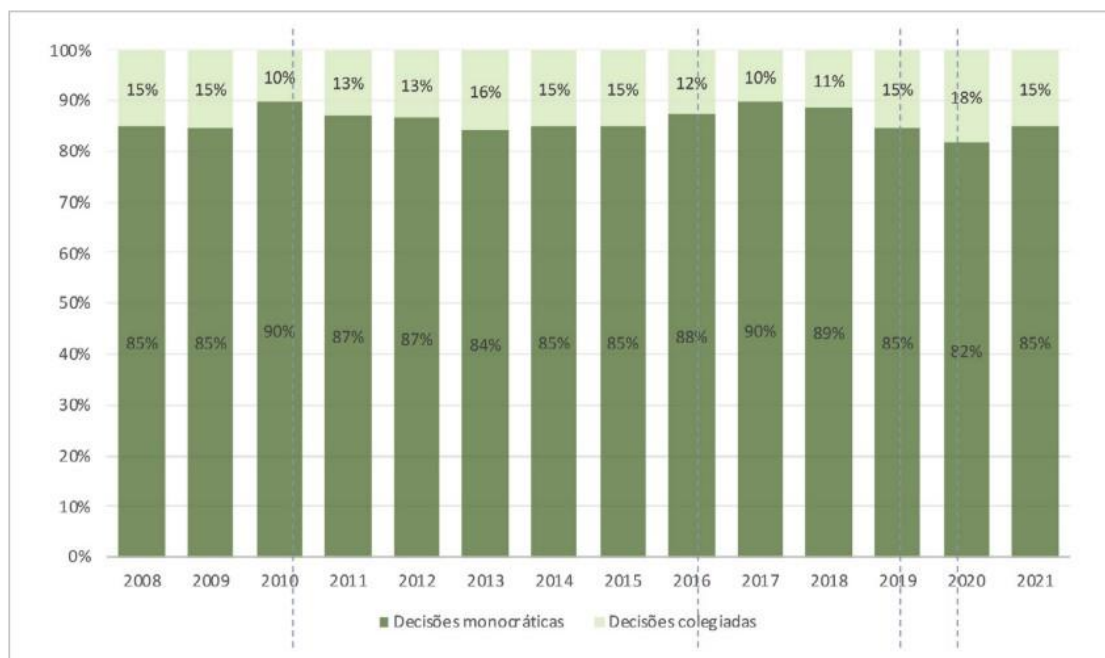
<sup>331</sup> Nos autos da ADI 6053, o Ministro Marco Aurélio, ao indeferir a retirada do caso do plenário virtual, revela o seu plano para aposentadoria (DJE n. 149, divulgado em 15/06/2020).

responde por 11,2% dos casos, ou seja, 101 processos. Os demais, distribuem-se entre matérias trabalhistas, processuais, criminais, dentre outras.

Há uma gama enorme de variantes que influenciam no destino de um caso em trâmite na Corte, que podem levá-lo às diversas arenas decisórias que o compõem. Além do plenário presencial, um caso pode ser submetido ao plenário virtual ou ainda às respectivas turmas. Casos podem ser julgados em listas presenciais ou virtuais, que consistem em agrupamentos de processos que tratam sobre temas similares e que são julgados em lote, normalmente sem discussão entre os Ministros. Além disso, casos podem ser julgados monocraticamente pelos relatores, sendo certo que esta modalidade de julgamentos, na qual o caso é resolvido pela ação exclusiva de um gabinete de um único Ministro representa 95% das decisões da Corte<sup>332</sup>. Segundo Oscar Vieira Vilhena<sup>333</sup> “o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente”.

O gráfico a seguir mostra o percentual de decisões monocráticas em face das decisões totais proferidas pelo Tribunal.

Gráfico 4 – Proporção de decisões monocráticas e colegiadas totais por ano\*



<sup>332</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. A pauta da Presidente Cármen Lúcia. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017b, p. 60–63, p. 60.

<sup>333</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008, p. 450.

Fonte: O plenário Virtual na pandemia da Covid-19<sup>334</sup>. \* O ano de 2021 contém dados parciais, apenas até 30/06/2021.

Em meio a essa complexa engenharia decisória, compete ao presidente do STF dirigir a pauta do plenário físico, gerindo estrategicamente esse bem tão escasso. Conforme visto, o fenômeno da judicialização da política, aliado ao crescimento do ativismo judicial da Suprema Corte, potencializa o papel do Presidente ao dirigir a pauta. Nesse sentido, é possível equiparar o poder de definição de agenda ao próprio poder de decisão dos tribunais<sup>335</sup>. Segundo Cristiana Mello<sup>336</sup>, “decidir o que decidir é extremamente relevante quando há processos demais e tempo de menos para apreciá-los”. Para Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro<sup>337</sup>:

Quaisquer que sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que decidirá, modular o *timing* de uma decisão pode afetar o seu próprio resultado em pelo menos três maneiras não excludentes: 1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação das partes derrotadas; 2. interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos.

Enfim, “a reflexão sobre o exercício do poder de determinar a pauta possui uma evidente dimensão política no âmbito do processo constitucional” afinal, “quem exerce, *de iure* ou *de facto*, o poder de determinar a ordem de julgamentos de ações, cujo resultado pode ser o afastamento de atos normativos, influencia, de maneira decisiva, a vida econômica e política”<sup>338</sup>. Diante de poder tão relevante, a investigação histórica quanto ao uso estratégico da pauta pelos ex-Presidentes se faz relevante, e será abordada no item a seguir. Com efeito, pautar um caso e chamá-lo a julgamento é uma atividade discricionária<sup>339</sup> a eles atribuída, embora de

<sup>334</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf), p. 30. Acesso em: 14 mar. 2022

<sup>335</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 18.

<sup>336</sup> MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF - uma proposta modesta. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 222.

<sup>337</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, op. cit., p. 18.

<sup>338</sup> DIMOULIS, Dimitri.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no STF: reflexões sobre um caso de configuração autocrativa do processo objetivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 878, p. 11–28, 2008, p. 15-16.

<sup>339</sup> Joaquim Falcão e Diego Arguelhes exemplificam: “Considere, por exemplo, a discussão sobre a correção das cadernetas de poupança por planos econômicos nos anos 90, que está no Supremo desde 2008. Antes de virar presidente, a Ministra Cármen Lúcia havia tomado um passo importante para destravar esse julgamento, quando informou que não estaria mais impedida de julgar a causa. Após sua posse, porém, não se teve mais notícias sobre esse caso. Até onde sabemos, depende apenas da própria Ministra presidente a decisão de colocá-lo para

alguma forma fragmente-se em pequenas porções de poder distribuídas aos demais Ministros. Os próximos subitens se dedicarão a estes temas.

#### 4.4.4. A evolução histórica da gestão da pauta no STF

Historicamente, a definição da pauta do STF era encarada como uma tarefa meramente administrativa<sup>340</sup>, definida de forma burocrática, amplamente discricionária, e não estratégica pelo Presidente da Corte<sup>341</sup>, que não tinha preocupações com a “conveniência e oportunidade da decisão”, ou com o “eventual *timing* político”<sup>342</sup>. De acordo com o Rodrigo Kaufmann<sup>343</sup>, que participou ativamente do processo de reconstrução da elaboração das pautas no plenário presencial do STF, os anúncios dos processos que seriam julgados eram feitos sem nenhuma previsão, ou mesmo qualquer indicativo de julgamento.

A bem da verdade, não havia pauta, mas sim, um conjunto enorme de casos que aguardavam julgamento e que poderiam a qualquer momento ser apregoados pelo Presidente, que o fazia muitas vezes sem sequer consultar os seus pares. Assim, Ministros, advogados e partes eram surpreendidos com a inclusão de seus casos e não tinham sequer tempo adequado para prepararem-se para os julgamentos.

Felipe Recondo, em entrevista concedida para esta pesquisa, manifestou-se sobre os primórdios da pauta de julgamentos da Corte:

Então quando eu comecei a cobrir o Supremo, como setorista em 2007, mas já ia para algumas coberturas, nós já percebíamos que a escolha da pauta lá no começo, e você sabe que eu pesquisei o tribunal para antes, mas a pauta do

---

julgamento. A não-decisão, aqui, tem efeitos distributivos típicos de política econômica, ainda que silenciosos. O Supremo está fazendo política monetária. É o eventual controlador do déficit do Tesouro”. Em, FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário. *In*: FALCAO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2016, p. 27.

<sup>340</sup> Para Virgílio Afonso da Silva, “a definição da pauta de julgamentos de um tribunal é uma questão de poder em dois sentidos. Poder interno, porque integrantes de um tribunal podem ter – e no STF certamente têm – capacidades distintas para influenciar a composição da pauta. E poder externo, porque o STF julga quando quer os processos que interessam a agentes externos, sejam os outros poderes (Legislativo e Executivo), sejam os agentes não estatais”. Em, SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22–56, 2021, p. 33.

<sup>341</sup> Segundo Joaquim Falcão e Diego Arguelhes, “há sinais claros de que cresce, entre os Ministros, a insatisfação com o funcionamento politicamente imprevisível e administrativamente ineficiente da pauta e do processo decisório do tribunal”. Em, FALCÃO; ARGUELHES, 2016, op. cit., p. 27.

<sup>342</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429–469, 2013, p. 444.

<sup>343</sup> KAUFFMANN, Rodrigo de Oliveira. A pauta de julgamentos do STF e a política judiciária. **CONJUR**. Brasília, 04 jan. 2021. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2021-set-04/observatorio-constitucional-pauta-julgamentos-stf-politica-judiciaria?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.conjur.com.br/2021-set-04/observatorio-constitucional-pauta-julgamentos-stf-politica-judiciaria?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter). Acesso em: 16 set. 2021.

Supremo era muito mais democrática. Revendo, por exemplo, algumas sessões antigas, nós percebemos como aquilo era quase um acerto na hora. Os Ministros levavam seus processos, chegavam na sessão e pediam ao presidente: "Presidente, tem como pautar esse processo aqui?" Aí o Tomimatsu pegava na listinha dele os processos que já estavam liberados para julgamento no plenário. E ele falava: "Presidente, é esse aqui que o Ministro Moreira Alves está pedindo," "Está bom, já chamo, ou chamo depois daquele." Era uma construção um pouco mais ampla, com a participação de todos eles e, aparentemente, você podia ter na pauta um julgamento que alguém quisesse usar para pautar a imprensa.

(...)

Não tinha uma organização do começo ao fim, uma coisa temática, uma coisa combinada com o momento político, com a conjuntura política do país ou econômica. Parecia mais que tinha que liberar, uma coisa mais burocrática.

Permaneceu assim até a gestão do Ministro Nelson Jobim, que modificou a sua dinâmica de elaboração, selecionando para a pauta, dentre os processos conclusos, aqueles que correspondessem ao momento político-jurídico<sup>344</sup>, tendo prioridade os casos onde houvesse maior expectativa da opinião pública<sup>345</sup>. Sobre a iniciativa do Ministro Jobim, Felipe Recondo asseverou:

Quando o Ministro Jobim entra, e essa história quem conta é o professor Joaquim Falcão, eles conversando falaram "a pauta é feita por uma secretaria do Supremo". Nada contra ela, mas olha o poder que ela tem de pautar o país ou de definir o trabalho do Supremo com base em um gabinete, um gabinete qualquer. Então a ideia inicial do professor Joaquim com o Ministro Jobim era ter uma pauta, primeiro para facilitar a vida dos Ministros, que era para dar uma organização. Nessa semana nós vamos julgar vários processos de tema tributário, para que eles tivessem um foco melhor e usar isso também para falar: "Vamos organizar a pauta para o Supremo mandar algumas mensagens." Até acho que essa mensagem mais assim que o Supremo queria passar, de pautar, não estava muito na cabeça do Jobim, acho que ele pensa ainda mais do ponto de vista interno. Até porque, lembrando, o Jobim era um cara de governo, um Ministro pró-governabilidade, então ele não ia usar a pauta do Supremo para dar uma resposta para o governo, para isso, para aquilo. Ele até poderia usar como uma defesa: "Não, essa semana nós vamos julgar só processos criminais," aí cuida só do criminal. Mas isso facilitava de fato a vida dos Ministros e ele mesmo afirmava que quando chegou, quando era a bucha de canhão, tinha uma certa dificuldade porque poderia aparecer qualquer julgamento, qualquer processo sobre qualquer coisa.

(...)

Isso também foi mudando, até acho que essa mudança de pauta serviu para organizar a cabeça dos Ministros, mas também ajudou a transformar o Supremo no que ele é hoje que é aquela grande leitura de votos escritos e tal.

<sup>344</sup> "A decisão sobre a pauta não é um processo mecânico, aleatório, ou desprovido de significados. É escolha política". Em, A PAUTA do Supremo. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XII, n. 268, mar. 2008.

<sup>345</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013, p. 445.

A partir daí teve Ministros que lidaram melhor ou usaram melhor ou não a pauta de julgamentos. Teve Ministro que usou a pauta claramente em certos momentos para mandar recado para o governo, teve um Ministro que concentrava mais a pauta. Nós ouvíamos críticas de Ministros, inclusive dizendo: "Esse presidente não quer pautar processo meu". Então nós víamos bastante disso, mas variava muito de pessoa para pessoa.

Em entrevista concedida para o projeto História Oral do Supremo, Nelson Jobim relata em diversos trechos as suas dificuldades ao se deparar com a ausência de organização da pauta, nos seus primeiros anos na Corte. Segundo Jobim<sup>346</sup>:

Então, você tinha, digamos, seiscentos processos em pauta, que poderiam ser chamados a qualquer momento. E, aí, eu percebi durante esse período, ou durante todo esse tempo, eu percebi que chamar em pauta era uma decisão do presidente, era o presidente que resolvia chamar o processo.

Prossegue Jobim<sup>347</sup>:

Depois, quando eu assumi o Supremo, a presidência, o caminho era as alterações administrativas, que tinha que mexer. A primeira delas foi o negócio da pauta, para evitar aquele problema que eu tinha sofrido. Então, aí, o que é que foi? Aí, eu organizei a pauta, organizada, que até hoje se mantém.

Segundo Kaufmann, Jobim compreendia ser a definição da pauta de julgamento uma das mais nobres e importantes atribuições do presidente do STF. Organizá-la, portanto, permitiria a compatibilização da agenda do Tribunal com as grandes questões enfrentadas pelo país.

O Relatório Anual de Gestão do Conselho Nacional de Justiça<sup>348</sup> expôs a ideia por trás da denominada pauta proativa, criada pelo Ministro Jobim, em parceria com a Secretaria do Plenário, chefiada pelo então Secretário Luiz Tomimatsu. De acordo com o relato, a organização e gerenciamento da pauta do Plenário era vontade antiga dos Ministros da Corte, pois ações idênticas ingressam diariamente no Tribunal, e a falta de geração automática da informação impedia que o Presidente pudesse definir prioridades, determinar o dia do julgamento e avisar o relator. A pauta foi dividida em 21 temas, os processos a serem submetidos ao Plenário passaram a receber relatórios sucintos e quadros estatísticos dos julgamentos foram realizados, com o objetivo de conhecer o tempo do julgamento, pontos de estrangulamento, sustentação oral, entre outros.

<sup>346</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro, *et al.* **História Oral do Supremo (1988 - 2013)**, v. 9: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 195.

<sup>347</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro, *et al.* **História Oral do Supremo (1988 - 2013)**, v. 9: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 216.

<sup>348</sup> Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relatorio\\_anual\\_cnj\\_2005.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relatorio_anual_cnj_2005.pdf).



A nova dinâmica de elaboração da pauta de julgamentos trouxe consigo, já em 2004, diversos benefícios para todos os atores envolvidos no processo decisório do STF<sup>349</sup>. Segundo Kaufmann, embora a atribuição recaísse sobre o gabinete do presidente, havia um senso coletivo de construção da agenda, permitindo que cada Ministro pudesse indicar as suas prioridades, cabendo ao Presidente compor os interesses de cada um deles para dirigir os trabalhos de forma adequada. Conforme se verá adiante, este senso coletivo entrou em xeque recentemente.

Ainda no que se refere aos Ministros, a organização prévia da pauta conferiu-lhes tempo para se prepararem para os julgamentos. Sabendo de forma antecipada aquilo que seria julgado, o Ministro poderia se preparar para julgar o caso, e até mesmo calcular estrategicamente o seu voto. Segundo Kaufmann:

Diante da pauta antecipada para o semestre, os Ministros e suas equipes passaram a tentar antever o resultado, simulando posições e votos que seriam adotados para aquele processo (especialmente os polêmicos). Com isso, os entendimentos de bastidor também ganharam uma dinâmica diferente e até aproximações de votos passaram a ser mais frequentes diante de dificuldades concretas que o processo apresentava. A interação entre os Ministros do STF fora do momento solene de plenário antes de 2004 tinha conformação bem diferente do que hoje existe<sup>350</sup>.

Sobre o tema, há certa divergência entre os Ministros, especialmente entre aqueles mais experientes e os mais novos, que foram ouvidos por Virgílio Afonso da Silva<sup>351</sup>. Pela relevância, transcrevo a seguir trechos das entrevistas concedidas, sob a condição de anonimato:

Eu nunca ouvi no passado queixa sobre isso. Hoje ouço! (Ministro Q)

São, são sim. Eu acho que são divulgadas com a devida antecedência. (Ministro O).

É suficiente, porque parece que é na quinta-feira que se publica. (Ministro N).

Aqui é preciso fazer um registro histórico. Até a presidência do Ministro Nelson Jobim não havia divulgação das pautas. [...] Se avançou alguma coisa? Do Ministro Jobim pra cá, não, continua o mesmo sistema, ou seja, a pauta é

<sup>349</sup> Ao se referir às inovações trazidas pelo Ministro Nelson Jobim na sua gestão como presidente, Ives Gandra Martins Silva registrou: “Entre as inovações, é de se elogiar a adoção de pautas temáticas, pela quais se reúnem, para julgamento num único dia, os processos que versarem sobre o mesmo tema. Isso permite, de um lado, que com divulgação ampla e antecipada da pauta, os advogados de todos os Estados, com processos tendo por objeto a matéria a ser julgada, possam programar sua ida a Brasília, sobre facilitar a própria rapidez nas decisões, visto que os Ministros já vão preparados para apreciar, na oportunidade, as questões relevantes daquele tema”. Em, PAUTA temática no Supremo Tribunal Federal. **Gazeta Mercantil**, 25 mai. 2005.

<sup>350</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-04/observatorio-constitucional-pauta-julgamentos-stf-politica-judiciaria>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>351</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, 2021, p. 33-36.

lançada na internet na quinta-feira, por volta das dez, onze horas da noite (Ministro F).

Isso veio na gestão Jobim e o intuito foi o de organizar a pauta, porque se sabia, em geral, com uma antecedência mínima o que seria julgado (Ministro B).

Pelos relatos acima, os Ministros conviviam relativamente bem com a sistemática adotada pelo Ministro Jobim. A seguir, transcrevem-se outros trechos, de Ministros mais modernos, que expõem alguma contrariedade com a falta de tempo para estudar os casos que irão a julgamento.

Não, não há tempo, praticamente não há tempo [para se preparar]. A não ser que seja um caso muito momentoso. Mas, no dia a dia, não há tempo para nós nos prepararmos quanto a certas matérias. (Ministro A).

Deveríamos fazer com mais tempo. (Ministro H)

A gente não tem segurança do que vai ser julgado, isso continua a ser uma incógnita. (Ministro B)

Eu acho que o sistema é muito ruim. (Ministro E).

Os colegas recém-chegados no tribunal [muitas vezes] ou tinham que pedir vista ou tinham que seguir o relator. Em suma, tinham uma enorme dificuldade. (Ministro B)

Eu acho que mais tempo seria mais adequado. (Ministro P)

[A pauta] deveria ser divulgada com maior antecedência. Como ela tem uma quantidade imensa de processos, [...] não dá pra se preparar com antecedência. (Ministro T)

As queixas de alguns Ministros não se resumem apenas à histórica ausência de antecedência da divulgação da pauta, mas também alcançam a sua instabilidade, visto que podem ser alteradas livremente pelo presidente. Sobre o tema, alguns Ministros se manifestaram, nas entrevistas concedidas a Virgílio Afonso da Silva<sup>352</sup>:

[As pautas não são divulgadas com a devida antecedência] e, pior ainda, elas mudam às vezes menos de 24 horas antes [da sessão]. Às vezes eu tenho uma pauta que eu estudei de noite e chego de manhã antes da sessão e [me dizem]: “Ministro, caíram tais, tais e tais processos” [...] Eu me dediquei a noite inteira para estudar um processo e entra outro no lugar. Isso é errado, isso é ruim. (Ministro I)

O que está acontecendo é que a colocação em pauta não está significando nada. (Ministro Q)

Relativamente às partes e advogados, naturalmente, a antecipação do calendário de julgamentos lhes permitiria planejar de forma mais adequada a promoção da sua defesa nos casos pautados. O STF exerce jurisdição em âmbito nacional, e o fato de estar localizado em

---

<sup>352</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, 2021, p. 36.

Brasília demanda dos envolvidos uma programação financeira e logística para se fazerem presentes nas sessões de julgamento e de fato exercerem o contraditório de modo substancial.

Para a imprensa e a opinião pública, a transparência no calendário de julgamentos do STF potencializa o debate sobre as grandes questões nacionais. A um só tempo, permite à imprensa dar o tratamento adequado aos assuntos, informando à sociedade aquilo que está prestes a ser decidido, e também permite à sociedade civil organizada que se faça presente nas sessões de julgamento. É aqui que se vê evidente a hipótese de *agenda-setting*, tal qual conceituada pelo campo da comunicação. Sobre o assunto, Felipe Recondo revela que a transparência na elaboração da pauta de julgamentos auxilia o trabalho da imprensa e ainda legítima, de certa forma, as decisões proferidas em casos complexos, visto que previamente debatidas pela sociedade civil.

Depois o Ministro Toffoli também seis meses, que também serve, repito, duplamente. Serve para dizer: "Já liberei a pauta de um mês, não vou furar a fila por conta de um processo". Serve para isso também. E a Ministra Carmen usou claramente para isso. O Ministro Toffoli quis dar mais previsibilidade e isso ele expôs para nós. A Daiane expôs isso muito claramente para nós e o Ministro Toffoli dizendo: "Estamos liberando os processos com seis meses de antecedência para vocês imprensa discutirem os processos antes de decidirmos".

[...]

O Ministro Gilmar fez isso também conosco, quando ele liberou o processo de descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Eu lembro dele me mandando uma mensagem dizendo: "Vou liberar o processo" aí ele só escreveu o seguinte: "Discutam". Ou seja, o Supremo também gostaria que essa pauta gerasse um debate na sociedade para que o Supremo pudesse decidir de uma forma, como é que eu diria? Mais digerida, ou socialmente mais palatável, quando a sociedade já discute o assunto, está preparada para qualquer decisão

Por fim, os demais braços de Poder, Executivo e Legislativo, passaram a se relacionar de forma diferente com o STF. Para Kaufmann, o tribunal deixava de ser um órgão meramente reativo, tornando-se um *player* político, que maneja sua pauta e calcula a conveniência e a oportunidade de decidir no tempo político adequado. Assim, os trabalhos da administração pública e do Congresso Nacional precisaram se adaptar à agenda da Corte, priorizando temas, atuando internamente no Tribunal para influenciar na própria elaboração da pauta, ou até reagindo preventivamente para contornar possíveis consequências de potenciais decisões judiciais contrárias a seus interesses legítimos.

Diante dos efeitos causados pela criação da pauta, nos moldes com os quais ela foi pensada pelo Ministro Nelson Jobim, ficou evidente que o poder de definir o que será julgado

e o momento em que cada caso será julgado, é um dos mais importantes dentro do tribunal. Cientes disso, os diferentes presidentes adotaram diferentes estratégias, quase sempre conectados com a relevância social, política e jurídica que os julgamentos da Corte provocam na sociedade. Assim, as pautas passaram de certa maneira a representar uma oportunidade estratégica para a implementação da agenda por ele valorizada. Com isso, segundo Kaufmann, os presidentes deixam de exercer uma função eminentemente figurativa e passam a exercer um papel central no estabelecimento da política judiciária do STF, permitindo-se identificar o tom e as prioridades de cada presidência da Corte<sup>353</sup>.

Para Felipe Recondo:

Eu acho que no passado existia sim esse poder quase discricionário, havia pouco constrangimento inclusive para o presidente, e acho que o tribunal passou por um momento também de divisão interna que impedia esse diálogo melhor entre os Ministros. Então como eu disse, eu ouvi de vários Ministros dizendo: "Presidente não quer colocar esse processo para julgar." E os Ministros ficavam agastados com isso, com esse excessivo poder de concentração. Isso para mim aponta, o maior exemplo disso é o caso de execução provisória, que chega quase a rebelião interna e uma tentativa de tirar, uma cogitação de se tirar esse poder do presidente.

Para Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro<sup>354</sup>:

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

Coletando dados a partir das entrevistas e das pesquisas em material jornalístico, foi possível encontrar diversas análises da imprensa especializada que demonstram padrões de comportamento em determinadas presidências. O Ministro Marco Aurélio, em sua entrevista, ao ser perguntado sobre como geria a pauta enquanto presidente, respondeu:

<sup>353</sup> De acordo com Luiz Fernando Gomes Esteves, a construção histórica do modelo de elaboração da pauta do Supremo Tribunal Federal, a partir do Ministro Nelson Jobim, revela que o estado atual da arte parece “ter decorrido dos projetos pessoais dos eventuais ocupantes do cargo, e não de um projeto institucional do STF por meio de deliberação e delegação dos demais Ministros, daí a hipótese de autoatribuição”. Em, 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, p. 143.

<sup>354</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 18.

Havia o gargalo, porque o número de processos liberados pelos relatores era muito maior que a possibilidade de julgamento na semana. O que sempre observei? Em primeiro lugar as preferências legais. Presentes os idosos, presentes os pedidos de implemento de tutela de urgência, e de liminar. Em segundo lugar, sempre estive aberto a ponderação de um par. Quando um colega chegava e dizia: tenho esse caso e é importante julgarmos na frente de outros processos. Aquiescia e procedia à isenção do processo em pauta. O resultado não era o esperado, de ter-se, nas sessões subsequentes, a apreciação, porque o resíduo sempre foi muito grande, mas se buscava, dentro desse contexto, penso que a solução passa pelo enxugamento da competência dos Supremo, a conciliação de valores. O tema é delicado e precisa ser enfrentado pelo Supremo.

Ministro Cesar Peluso, por exemplo, pretendeu esgotar a pauta do Tribunal, retirando os processos que estavam pautados e consultando os relatores semanalmente sobre o que pretendiam julgar, organizando assim a pauta de forma mais racional. A iniciativa não obteve êxito e os Ministros continuaram enviando todos os casos prontos para julgamento. A pauta atingiu 700 casos pendentes<sup>355</sup>.

A gestão do Ministro Ricardo Lewandowski teve como característica principal a priorização da retomada de julgamentos que estavam com pedidos de vista liberado, mas aguardavam inclusão em pauta. Ao longo de seu período à frente da Corte, foram julgados 158 processos nesta situação. Outra prioridade foi zerar o estoque de ações diretas de inconstitucionalidade com liminares deferidas, mas pendentes de julgamento de mérito. Além disso, foram priorizados temas relacionados às áreas de saúde, meio ambiente, consumo, proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência<sup>356</sup>. Sobre a gestão de Lewandowski, relembra Felipe Recondo:

Aí quem não fez isso bem, nós podemos citar aqui, na época do Ministro Lewandowski. Vários pedidos de vista, vários problemas, uma produção menor. Justamente porque o secretário não fazia a conta, não vai dar para colocar esse aqui porque vai ter um pedido de vista a cola. Por alguns momentos nós ficamos cobrindo o Supremo sem julgamento, sem resultado de julgamento, simplesmente com discussão e sem resultado.

A gestão da Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, foi marcada por pautas mensais e temáticas, que segundo o seu relatório do primeiro ano de gestão<sup>357</sup>, tiveram o objetivo de

<sup>355</sup> PELUSO tentou organizar julgamentos do plenário. **Valor Econômico**. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2012/04/12/peluso-tentou-organizar-julgamentos-do-plenario.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>356</sup> MINISTRO Ricardo Lewandowski encerra gestão no STF com 49,3 mil decisões. **CONJUR**. Brasília, 11 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-11/Ministro-ricardo-lewandowski-encerra-gestao-493-mil-decisoes>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>357</sup> Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatrioCompletoDaGestao1ano\\_MinistraCarmenLcia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatrioCompletoDaGestao1ano_MinistraCarmenLcia.pdf). Acesso em: 26 out. 2021.

conferir maior previsibilidade e preparo do julgamento por parte de Ministros, Ministério Público, defensores e advogados<sup>358</sup>. Em geral, na última semana do mês, o STF divulgava no seu sítio eletrônico a previsão de julgamentos para as sessões do mês subsequente. A sistemática envolvia o agrupamento de processos por afinidade de temas e o número de casos era limitado. A tentativa era de conferir algum senso de realidade, considerando-se a capacidade de julgamento da Corte por sessão. Não raro, entretanto, a pauta sofria ajustes em razão de excesso de sustentações orais, pedidos de vistas, votos e debates longos, dentre outras razões.

Relativamente aos critérios para seleção de casos, o relatório revela que a pauta de julgamentos do Tribunal considerou historicamente a ordem cronológica – de distribuição do processo e de liberação para julgamento. Para além do critério objetivo, revela que a relevância dos casos é também um critério considerado. Por exemplo, casos com repercussão geral reconhecida tiveram espaço privilegiado. No período representado no relatório, foram reconhecidos pelo Plenário Virtual 46 temas, sendo que 49 tiveram o mérito apreciado pela Corte.

Raquel Dodge, então Procuradora-Geral da República, declarou no evento de posse do Ministro Dias Toffoli, que uma das marcas de gestão da Ministra Carmen Lúcia foi a priorização de temas necessários para o cotidiano e a segurança jurídica dos brasileiros que precisam de justiça<sup>359</sup>. Com efeito, no mesmo relatório, a ex-Presidente destaca os casos mais relevantes por ela selecionados. Destaco, entre os 24 selecionados pela Ministra, os seguintes: i) execução provisória da pena após decisão de segundo grau: Cautelar nas ADCs 43 e 44; ii) constitucionalidade da atividade de “vaquejada”: ADI 4.983; iii) desapontação: RE 661.256; iv) possibilidade do desconto do pagamento de servidor público em greve, RE 693.456; v) linha de sucessão/substituição presidencial: ADPF 402; vi) prazo prescricional aplicável ao FGTS: RE 522.897; vii) constitucionalidade da reserva de vagas para candidatos negros em concursos públicos: ADC 41; viii) proibição do uso de amianto: ADI 3.937.

Diego Werneck Arguelles explorou o perfil da Corte a ser presidida pela Ministra Carmen Lúcia, a partir da publicação das primeiras duas pautas, refletindo sobre se as escolhas

<sup>358</sup> Demonstrando estar aberta ao diálogo na formação da pauta da Corte, a Ministra Cármen Lúcia realizou reunião com os presidentes dos 27 Tribunais de Justiça do país, solicitando a eles a indicação de temas que considerassem prioritários para a inclusão em pauta do STF. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/5388-Ministra-c%3%A1rmen-l%3%BAcia-re%3%BAne-se-com-presidentes-dos-tjs-para-definir-pauta-do-stf-e-do-cnj.html>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>359</sup> Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_possepresidencial\\_DiasToffoli.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_possepresidencial_DiasToffoli.pdf). Acesso em: 24 jun. 2020.

poderiam representar “declarações de intenção”, que sinalizariam “as prioridades da Ministra na condução da pauta do Supremo”. Concluiu que<sup>360</sup>:

Mesmo assim, essas primeiras pautas já enviam mensagens, que podem ser reiteradas no futuro. De um lado, a presidente já utilizou seu poder de escolha para voltar a atenção do tribunal para uma questão constitucional que é uma de suas prioridades – a igualdade de gênero. De outro, também mostrou sensibilidade à agenda que a realidade política atual está impondo à opinião pública, e em relação à qual a sociedade precisará de respostas rápidas. Serão essas algumas das marcas da gestão Cármen Lúcia nos próximos dois anos?

A mesma estratégia foi adotada por matéria jornalística publicada pelo portal de notícias *G1*<sup>361</sup>, que projetou, a partir das primeiras pautas de julgamento do plenário presencial da Corte, a prioridade a questões trabalhistas e sociais. Com efeito, nas primeiras sessões, foram discutidas ações que debatiam benefícios a trabalhadoras mulheres e a obrigação do governo em fornecer medicamentos. Segundo a publicação, foram nove ações ligadas ao direito do trabalho e outras sete relacionadas à saúde, educação e família. Segundo a publicação, informações fornecidas pela Assessoria de imprensa do STF atestaram que a própria Ministra foi a responsável pela seleção dos casos.

O Ministro Dias Toffoli demonstrou grande preocupação com a pauta do Plenário do STF. Em discurso na sua posse, o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>362</sup> apresentou os três grandes desafios de sua gestão: i) volume de processos; ii) monocratização do Tribunal; iii) incertezas de uma pauta aleatória. Aqui o Ministro Barroso retoma a sua proposta de limitação do reconhecimento de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral à capacidade de julgamento da Corte.

Em entrevista divulgada pelo sítio eletrônico *CONJUR*<sup>363</sup>, Dias Toffoli revelou seus planos para a Corte. Reconheceu que o Poder Judiciário não pode paralisar grandes obras de infraestrutura, elegendo como prioridade o julgamento de casos que estejam provocando as

<sup>360</sup> ARGUELHES, D. W. A pauta da Ministra Cármen Lúcia. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, p. 60–63, 2017-A, p. 62.

<sup>361</sup> RAMALHO, Renan. Cármen Lúcia estreia no comando do STF com ações trabalhistas e sociais. **G1**, Brasília, 12 set. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/carmen-lucia-estrela-no-comando-do-stf-com-aco-es-trabalhistas-e-sociais.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

<sup>362</sup> Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_possepresidencial\\_DiasToffoli.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_possepresidencial_DiasToffoli.pdf). Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>363</sup> CANÁRIO, Pedro. Conheça os planos do Ministro Dias Toffoli para o Supremo e para o CNJ. **CONJUR**. Brasília, 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/conheca-planos-Ministro-toffoli-supremo-cnj>. Acesso em: 08 jul. 2020.

referidas paralisações<sup>364</sup>. Comprometeu-se ainda a exercer o poder de elaboração da pauta de forma conjunta com os demais Ministros, ouvindo-os sobre suas prioridades antes de elaborá-la<sup>365</sup>.

Imediatamente ao assumir o cargo, divulgou a pauta até o final do ano de 2018 e após, passou a divulgar a previsão de julgamentos para todo o semestre, reservando espaços para inclusão de eventuais urgências que impusessem julgamento imediato ou mesmo remanejamento de julgamentos não concluídos em sessões anteriores. Seu objetivo era retirar da Suprema Corte temas “polarizantes”. A estratégia era retirar da Corte a pressão política até então existente.

Em palestra realizada para convidados do Sebrae, realizada em fevereiro de 2020, Dias Toffoli chamou atenção para os esforços da Corte no sentido de garantir a segurança jurídica, pautando para julgamento temas complexos como a ampliação do prazo de trinta dias para oposição de embargos à execução pela Fazenda Pública e a aplicação do IPCA para a atualização de débitos judiciais, por exemplo. Segundo Toffoli, “Desde que assumi a Presidência do STF, estamos divulgando uma pauta semestral de julgamento do Plenário, primando pela previsibilidade na atuação da Corte e viabilizando o debate público necessário à resolução de questões de grande relevância nacional”<sup>366</sup>.

Naturalmente, a pandemia do Covid-19 influenciou drasticamente no papel exercido pelo Presidente Toffoli, que se viu obrigado a alterar seus planos. Pode-se afirmar que no ano de 2020, a pauta do Plenário do STF foi sensivelmente ocupada com casos relacionados ao tema.

A imprensa, como sempre interessada na pauta do STF, por ocasião da posse do Ministro Dias Toffoli, divulgou matéria denominada “Dias Toffoli presidente do STF, a virada das

---

<sup>364</sup> Efetivamente, o Ministro Dias Toffoli criou, dentro do Comitê Executivo Nacional para Apoio à Solução das Obras Paralisadas, integrado por diversos órgãos como o CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o Tribunal de Contas da União (TCU), a Associação dos Membros do Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), o Ministério da Infraestrutura, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), a Advocacia- Geral da União (AGU) e a Controladoria Geral da União (CGU), o Programa DESTRAVA, Programa Integrado para Retomada de Obras, cujo objetivo é identificar processos judiciais que paralisam obras e propor soluções para a retomada.

<sup>365</sup> RECONDO, Felipe. O perfil negociador de Toffoli pode prejudicar o Supremo? *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019, p. 182.

<sup>366</sup> TOFFOLI reafirma pautas do STF como cruciais para o desenvolvimento econômico. **CONJUR**. Brasília, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-10/toffoli-reafirma-pautas-stf-cruciais-desenvolvimento>. Acesso em: 19 jul. 2021.



pautas governistas para as pautas sociais?”<sup>367</sup>. A publicação sinalizava a expectativa de um perfil do Presidente mais voltado para as demandas sociais, indicando uma maior independência da Corte em relação às pautas governistas que teriam pautado metade do mandato da Ministra Cármen Lúcia.

Visão oposta revelava a já citada matéria publicada pelo jornal *O Globo*, intitulada “No STF, pauta reflete apoio de Dias Toffoli a política econômica de Bolsonaro”. Segundo a referida publicação, a pauta de julgamentos da Corte, sob a gestão de Toffoli, revelou que o Ministro “não poupa esforços para tentar resolver as pendengas econômicas importantes para o governo Jair Bolsonaro”, citando como exemplo, ações relativas a questões trabalhistas, tabelamento de fretes e transporte de cargas por caminhoneiros e regras para distribuições de *royalties* de petróleo. Concluem que “desde que assumiu a presidência do STF, em setembro de 2018, Toffoli constrói uma pauta de julgamentos com foco na governabilidade – e atenção especial para o setor econômico”.

O Ministro Luiz Fux, em seu discurso de posse<sup>368</sup>, comprometeu-se a guiar a sua gestão com base em 5 eixos: i) proteção dos direitos humanos e do meio ambiente; ii) garantia da segurança jurídica conducente à otimização do ambiente de negócios no Brasil; iii) combate à corrupção, ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, com a consequente recuperação de ativos; iv) incentivo ao acesso à justiça digital, e; v) fortalecimento da vocação constitucional do STF. Verifica-se que os itens “i” a “iii” e o “v” são indicativos de temas a serem priorizados na pauta de julgamentos. Quanto à dinâmica de elaboração da pauta, manteve a mesma inaugurada pelo seu antecessor, Ministro Dias Toffoli. Logo após a sua posse, publicou a pauta de julgamentos da Corte de setembro a dezembro de 2020, conferindo assim a mesma previsibilidade que já vinha sendo praticada pelas gestões passadas.

As expectativas da imprensa mais uma vez se voltaram à análise do perfil do novo Presidente, tentando antecipar os rumos que os julgamentos da Corte seguiriam. Matéria divulgada pelo *Infomoney*, intitulada “Luiz Fux assume presidência do Supremo: veja o que esperar em 5 pontos”<sup>369</sup>, revela a expectativa de uma Corte “voltada para destravar a economia,

---

<sup>367</sup> GOMES, Julio Cesar Vieira. *Dias Toffoli presidente do STF, a virada das pautas governistas para as pautas sociais? Justificando*. Brasília, 21 ago. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/08/21/dias-toffoli-presidente-do-stf-a-virada-das-pautas-governistas-para-as-pautas-sociais/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>368</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>369</sup> MORTARI, Marcos. Luiz Fux assume presidência do Supremo: veja o que esperar em 5 pontos. *Infomoney*. Brasília, 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/luiz-fux-assume-presidencia-do-supremo-veja-o-que-esperar-em-5-pontos/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

com a retirada de empecilhos e inseguranças jurídicas e atenta às consequências práticas econômicas de decisões tomadas”. Com efeito, em reunião com o Presidente da República Jair Bolsonaro, Luiz Fux comprometeu-se a estabelecer um calendário de votações cuja prioridade será de “ações voltadas à retomada do crescimento econômico”<sup>370</sup>. Similarmente ao seu antecessor, a pauta foi parcialmente consumida por casos relacionados à pandemia do Covid-19.

Em entrevista concedida para a elaboração desta tese, o Ministro Luiz Fux assim se pronunciou quanto aos seus critérios para a confecção da pauta de julgamentos do plenário presencial:

Há diversos fatores envolvidos. O mais importante é a relevância do tema de fundo sob o ângulo da segurança jurídica, do impacto socioeconômico etc. Porém, há também demandas judiciais cujo pedido é urgente, sendo necessário um desfecho célere. Por isso, a pauta pode ser alterada com certa constância, de acordo com as necessidades do país e o interesse público envolvido. Além disso, também escuto muito os meus pares. Nesse sentido, os Ministros e as Ministras podem indicar a necessidade de pautar processos de suas relatorias e – de acordo com a conveniência e oportunidade – esses são efetivamente agendados.

Concluída a análise sobre o histórico da gestão da pauta pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, cumpre-nos avançar para compreender, na prática, como se dá o comportamento estratégico na elaboração da pauta do plenário presencial da Corte. É o que se fará no subitem a seguir.

#### 4.5. O comportamento estratégico na prática: a manipulação da pauta pelo Presidente do STF

Feito um amplo resgate histórico dos modelos regimentais adotados pelo STF para a formação da sua pauta de julgamentos, e identificado que o processo decisório das Cortes pode ser influenciado por fatores extrajurídicos, cumpre-nos avaliar, a partir de agora, se e como essas ferramentas têm sido utilizadas estrategicamente pelos diversos Presidentes e demais Ministros que integraram no passado recente, ou integram a Corte no presente momento. É possível afirmar que a competência para a elaboração da pauta de julgamentos do plenário

---

<sup>370</sup> EM ENCONTRO com Bolsonaro, Fux diz que STF vai priorizar temas econômicos em 2021. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/12/23/em-encontro-com-bolsonaro-fux-diz-que-stf-vai-priorizar-temas-economicos-em-2021.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2021.

presencial da Corte permite ao Presidente engajar-se em comportamentos estratégicos voltados à implementação de pelo menos três objetivos<sup>371</sup>.

O primeiro deles diz respeito aos comportamentos estratégicos que podem levar o Presidente à implementação de decisões judiciais voltadas a atingir os objetivos legais de um sistema jurídico. Dentre tais objetivos, destacam-se a garantia da segurança jurídica, a clareza, consistência e a precisão na interpretação da norma e por fim, a coerência, estabilidade e previsibilidade dos precedentes.

O segundo está relacionado à gestão estratégica do tempo de julgamento, denominado por Davi Fontana de *docket control*<sup>372</sup>. Com efeito, “decidir os casos na hora certa é decisivo para Cortes que pretendem estabelecer um papel político relevante para si”<sup>373</sup>. Assim, não esgota o tema a análise sobre o que será decidido, mas também sobre se determinado caso será decidido e em que momento ele será decidido, de acordo com as peculiaridades que a questão a ele subjacente se mostrem sensíveis sob diversos aspectos.

Por fim, o Presidente pode lançar mão de comportamentos estratégicos para atingir seus objetivos de política em sentido amplo, aqui incluídas, por exemplo, influências pessoais, profissionais ou religiosas, e objetivos de política em sentido estrito, relacionados a influências político-partidárias e eleitorais. Isto é, a competência para elaboração da pauta de julgamentos pode servir ao Presidente para facilitar a implementação de decisões judiciais que sejam mais próximas às suas preferências pessoais, ou ainda, implementar decisões judiciais alinhadas ideologicamente aos grupos político-partidários com os quais tenha conexões.

Os três modelos acima citados foram desenvolvidos a partir de estudos empíricos, que avaliaram o comportamento estratégico dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao

---

<sup>371</sup> Benjamin Alaire e Andrew Green destacam a carga de trabalho dos tribunais como um dos fatores que influenciam no processo de seleção de casos. Tal indicador é irrelevante para a presente investigação, visto que ele se aplica aos estudos que focam na fase de admissão dos processos, em especial, quando há discricionariedade na seleção, com o objetivo explícito de reduzir o número de processos que chegam ao tribunal. Investiga-se, aqui, o poder de seleção de casos já admitidos, seja na competência originária ou recursal. Uma possível agenda de pesquisa seria empreender tal análise através da investigação dos critérios para o reconhecimento da repercussão geral em recursos extraordinários, cujos requisitos são amplamente indeterminados, favorecendo uma maior discricionariedade na escolha dos casos. Em, ALARIE, Benjamin.; GREEN, Andrew. J. **Commitment and Cooperation on High Courts: a cross-country examination of institutional constraints on Judges**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 158.

<sup>372</sup> FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. **Comparative Constitutional Law**, Northampton, p. 624–641, 2011.

<sup>373</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivan A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court’s agenda. **Journal of Law and Courts**, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017, p. 105.

exercerem a atribuição de selecionar, na fase de *certiorari*, os casos que serão julgados. A reflexão do tema no cenário norte-americano se faz por duas razões principais. A primeira é que a literatura produzida no país é rica. A segunda é que o modelo de Suprema Corte dos Estados Unidos possui algumas similaridades com o STF, de modo que as reflexões lá produzidas são capazes de jogar luzes sobre o que se pretende refletir no modelo brasileiro.

#### 4.5.1. Perspectivas de Direito Comparado: *Agenda-setting* na Suprema Corte dos Estados Unidos

Há uma grande variedade de elementos que podem ser considerados pelas Cortes ao selecionarem os casos que serão admitidos para julgamento. Uma Corte pode tender a dar maior prioridade a casos que discutam matéria constitucional, ou casos envolvendo o governo federal. Para além disso, juízes podem decidir admitir casos a partir de suas visões pessoais sobre a sua relevância para cenário político e jurídico de determinado país. Mais especificamente, juízes podem agir estrategicamente e admitir casos a partir de suas próprias visões pessoais, a depender dos seus objetivos em relação à reversão do caso ou à sua afirmação, ou ainda, a depender das chances de sua visão se sagrar vencedora, considerando as posições dos demais juízes que integram a Corte.

Na verdade, a seleção de casos para julgamento em uma Suprema Corte levará em consideração uma combinação dos fatores acima identificados, sendo certo que em determinados casos, um fator pode preponderar em relação aos demais. Além disso, o modelo de seleção dos casos, que varia entre as diversas Supremas Cortes espalhadas pelo mundo, exercerá um papel fundamental na preponderância dos fatores que influenciam na decisão de admissão de casos.

De acordo com Alarie e Green<sup>374</sup>, países como Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos, tem controle total sobre o seu acervo, decidindo de forma livre quais casos serão admitidos e julgados pela Corte. Por outro lado, Cortes Supremas como a de Israel, estão compelidas a julgar uma grande variedade de casos. Entre os extremos, há Cortes como a Canadense, a Sul-Africana e a Britânica, que associam competências parcialmente vinculadas e discricionárias.

---

<sup>374</sup> ALARIE, Benjamin; GREEN, Andrew J. **Commitment and Cooperation on High Courts: a cross-country examination of institutional constraints of Judges**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 155.

As variações também dizem respeito aos agentes responsáveis pela seleção dos casos. Nos Estados Unidos, conforme se verá, a competência para seleção de casos é da Corte, na sua composição integral. Outras, como a Suprema Corte do Canadá e a do Reino Unido, estabelecem painéis compostos por três juízes, que decidem quais serão admitidos, com a possibilidade de revisão pela composição colegiada da Corte.

Há vasta produção no ambiente acadêmico dos Estados Unidos, em especial, mas não exclusivamente, no campo da ciência política, sobre os mecanismos de definição de agenda da Suprema Corte. Importante registrar que os estudos encontrados na literatura norte-americana focam principalmente nos procedimentos de definição da agenda propriamente ditos, isto é, nos casos que serão admitidos ou não para julgamento pela Corte, e suas consequências na dinâmica interna e externa da Corte. Não tratam dos efeitos que a definição da agenda gera na imprensa e na sociedade, objetivo principal da hipótese de *agenda-setting* na teoria da comunicação, discutida no item anterior. Nada obstante, é possível encontrar indicações quanto à relevância do que a Suprema Corte decide decidir e sua repercussão na sociedade.

Segundo Perry Jr, “a necessidade de examinar o processo de definição de agenda é particularmente relevante para a Suprema Corte dos Estados Unidos, uma instituição que tem praticamente completa discricionariedade na definição da sua própria agenda”<sup>375</sup>. Para Laurence Baum, “uma Corte com poder discricionário sobre o exercício da sua jurisdição escolhe os casos que irá julgar do acervo de recursos oriundos de Cortes inferiores, excluindo aqueles casos que ela prefere não julgar”<sup>376</sup>. É possível, a partir dos estudos lá produzidos, compreender o processo de definição de agenda em duas fases diferentes, quais sejam: i) fase de admissibilidade do *writ of certiorari*, e; ii) fase de mérito.

A primeira fase diz respeito ao modo através do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos seleciona os casos para julgamento, definindo a sua agenda. Aqui, importa compreender não apenas os casos que são selecionados para serem efetivamente julgados, mas principalmente aqueles que foram recusados. A referida seleção de casos pode esconder uma simples pretensão de redução do volume de trabalho da Corte. Mas pode também revestir-se de

---

<sup>375</sup> Tradução nossa. No original: The need to examine the agenda-setting process is particularly relevante to the United States Supreme Court, an institution that has virtually complete discretion in setting its own agenda. Em, PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>376</sup> Tradução nossa. No original: A court with the power of discretionary jurisdiction chooses the cases it will hear from the pool of cases appealed from lower courts, “screening out” those cases it prefers not to hear. Em, BAUM, Lawrence. Policy Goals in Judicial Gatekeeping: a proximity model of discretionary jurisdiction. **American Journal of Political Science**, v. 21, n. 1, 1977. p. 13.

conteúdo estratégico, na medida em que possibilita à Corte julgar os casos corretos no momento correto e não julgar casos considerados inadequados em dado momento histórico. Permite ainda aos juízes projetar a sua decisão de admissibilidade a partir do que esperam que a Corte decida na fase de mérito, ou ainda, a partir de possíveis reações dos agentes eleitos<sup>377</sup>.

O segundo deles diz respeito aos mecanismos de elaboração de votos propriamente ditos na fase de julgamento de mérito. Pretende-se, nesta fase, identificar se a elaboração de votos nos casos submetidos ao escrutínio da Suprema Corte dos Estados Unidos está sujeita a cálculos estratégicos por parte dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos e se é capaz de provocar a reação dos demais Poderes, influenciando a elaboração de suas agendas.

Em quaisquer das situações, aquilo que será debatido pela Suprema Corte repercutirá diretamente na cobertura da imprensa e nos debates em diversos setores da sociedade. Com efeito, segundo o *Justice Warren*, os mecanismos de seleção de casos à disposição da Suprema Corte, permitiam a ela, não apenas tomar o controle de sua agenda, mas também estabelecer as prioridades nacionais em questões constitucionais e legais<sup>378</sup>.

Com efeito, casos como *Prigg v. Pennsylvania*, *Dred Scott v. Sandford*, *Brown v. Board of Education*, *Miranda v. Arizona*, *Furman v. Georgia*, *Roe v. Wade*, *Bowers v. Hardwick* e *Cruzan v. Missouri*, demonstram, segundo Hartnett<sup>379</sup>, que possivelmente o impacto mais significativo das decisões neles proferida foi aumentar a saliência das questões decididas, isto é, a relevância da discussão sobre os temas na sociedade, independentemente do caminho adotado pela Suprema Corte para decidir os casos.

Esse é o ponto central da aplicação da hipótese de *agenda-setting* para as Supremas Cortes. Tudo aquilo que se decide decidir em uma Suprema Corte repercute seriamente, pautando os debates nacionais. Para Hartnett, em 75 dos mais de 200 anos de existência da

---

<sup>377</sup> Para uma análise empírica sobre o papel que agentes eleitos têm na dinâmica de definição da agenda na Suprema Corte dos Estados Unidos, ver: EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.; VICTOR, Jennifer Nicoll. Dynamic agenda-setting on the United States Supreme Court: An empirical assessment. *Harvard Journal on Legislation*, v. 39, n. 2, p. 395–433, 2002. Para os autores, as decisões na fase de *certiorari* repousam não apenas na percepção sobre a dinâmica interna das Cortes, mas também na percepção do ambiente político.

<sup>378</sup> 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, p. 1736.

<sup>379</sup> “Yet, when one considers the impact of cases such as *Prigg v. Pennsylvania*, *Dred Scott v. Sandford*, *Brown v. Board of Education*, *Miranda v. Arizona*, *Furman v. Georgia*, *Roe v. Wade*, and *Cruzan v. Missouri*, it may be that the most significant impact of Supreme Court decisions is to increase the political salience of the issues decided – regardless of which way the Court decides the issues”. *Ibidem*, p. 1738.

Constituição dos Estados Unidos, esteve presente uma Suprema Corte com um amplo poder de definir a sua agenda e por consequência, modelar a agenda política nacional<sup>380</sup>.

Os itens que se seguem explorarão, no que importa à reflexão aqui proposta, os mecanismos de *agenda-setting* na fase de *certiorari* e em seguida, se dedicarão a demonstrar como o comportamento estratégico vem sendo desenvolvido nesta fase.

#### 4.5.1.1. *Agenda-setting* na fase de *certiorari*

A Suprema Corte dos Estados Unidos está prevista no artigo III, § 1º da Constituição<sup>381</sup>, segundo o qual, o Poder Judiciário dos Estados Unidos deve ser investido em uma Suprema Corte e em Cortes inferiores, estabelecidas pelo Congresso. Seus juízes serão investidos em seus cargos enquanto ostentarem bom comportamento (*good behavior*), e, enquanto servirem, terão garantida a irredutibilidade de remuneração. Foi efetivamente criada pelo *Judiciary Act* de 1789<sup>382</sup> e organizada em 2 de fevereiro de 1790.

Suas competências, originária e recursal, estão previstas no texto constitucional. Com efeito, de acordo com a seção 2 do artigo 3º, em todos os casos que afetem embaixadores, Ministros e cônsules, e naqueles em que um Estado seja parte, a Suprema Corte terá competência originária. Esta parcela de competência é raramente invocada e dificilmente se torna fonte de significativas interpretações constitucionais. Com efeito, no período de 1970 a 1983, apenas 57 casos (uma média de 4 por ano judicial), foram submetidos à Corte com base nesta competência<sup>383</sup>.

Por sua vez, em todos os casos mencionados no parágrafo anterior do mesmo artigo<sup>384</sup>, a Suprema Corte terá competência recursal, ocasião em que poderá se manifestar sobre questões fáticas e jurídicas, salvo em situações excepcionais estabelecidas pelos Regulamentos e pelo

<sup>380</sup> “For seventy-five of our more than two hundred years under the Constitution, we have had a Supreme Court with a far-ranging power to set its own agenda and thereby shape the nation’s political agenda”. Ibidem, p. 1738.

<sup>381</sup> Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a3](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a3). Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>382</sup> Disponível em: <https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/8.htm>. Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>383</sup> PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>384</sup> Art. 3º, Section 2 The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

Congresso dos Estados Unidos. A competência recursal se divide em dois segmentos, um mandatório (*appeals*) e outro discricionário (*writs of certiorari*)<sup>385</sup>.

Há ainda outros dois mecanismos de acesso à Suprema Corte, embora pouquíssimo utilizados. O primeiro deles é o modelo de *certification*, através do qual as Cortes inferiores podem submeter um caso civil ou criminal à sua deliberação, que poderá proferir instruções obrigatórias ou ainda requerer a subida do caso para decisão sobre toda a matéria controversa. Esta forma de acesso à Suprema Corte é praticamente inexistente, sendo certo que no período entre 1946 a 1974, apenas 3 questões certificadas foram julgadas<sup>386387</sup>.

Por fim, os *extraordinary writs*, criados por legislações esparsas, ainda mais raros, estão previstos no Título 28, Seção 1651, do *U.S Code*. Tais procedimentos permitem à Suprema Corte expedir, dentre outros, *writs of mandamus* e *prohibition*, quando pretende determinar uma conduta a uma Corte inferior, ou proibi-la de determinada conduta.

Interessa-nos, a esta altura, os *writs of certiorari*, que, conforme visto, permitem aos Juízes da Suprema Corte, diferentemente de qualquer outro juiz federal, exercer, na prática, completa discricionariedade sobre os poucos casos que irá decidir, definindo assim a sua agenda do ponto de vista substancial. Com efeito, a seleção de casos permite que a Corte estabeleça o papel que ela irá desempenhar dentro do sistema jurídico e político, bem assim na sociedade como um todo.

Segundo Kevin Smith<sup>388</sup>, a seleção de casos pode refletir o interesse ou desinteresse da Corte em: i) arbitrar conflitos que envolvam a alocação de poderes entre os demais ramos do Governo Federal; ii) desejo de instituir políticas públicas relacionadas a direitos civis e direitos de privacidade, ao invés de atribuir tal prerrogativa ao Congresso ou às legislaturas estaduais; iii) desejo de exercer protagonismo na supervisão da interpretação da lei e da aplicação de

---

<sup>385</sup> BAUM, Lawrence. Review: Case Selection and Decisionmaking in the U. S. Supreme Court. **Law & Society Review**, v. 27, n. 2, p. 443–459, 1993, p. 443.

<sup>386</sup> PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>387</sup> Amanda Tyler adere ao posicionamento defendido pelos professores Carrington e Cramton, no qual o modelo de *certification* deveria ser reinstituído na dinâmica de admissão de casos pela Suprema Corte. Para a autora, atribuir aos juízes dos *circuit courts* a responsabilidade pela seleção de casos que serão julgados pela Suprema Corte seria pertinente pelo fato de que tais atores estariam em uma posição melhor para conhecer as questões legais mais importantes e que precisam de uma atenção especial. Uma outra proposta, endereçada pelo Freund Committe, propôs a criação de uma Corte Nacional de Apelações, que ficaria hierarquicamente localizada entre as Cortes Regionais e a Suprema Corte. Em, TYLER, Amanda. L. Setting the supreme court's agenda: is there a place for certification? **George Washington Law Review**, v. 78, n. 6, p. 1310–1328, 2010.

<sup>388</sup> SMITH, Kevin H. Certiorari and the Supreme Court Agenda: an empirical analysis. **Oklahoma Law Review**, v. 54, n. 4, p. 727–773, 2001, p. 730.



normas pelas Cortes inferiores, e; iv) desejo de se envolver em questões político-eleitorais nacionais. Para além disso, o conjunto de casos admitidos determinará a abrangência das questões sobre as quais a Corte irá definir políticas, através da elaboração de votos. Por fim, permite que a Corte determine quais setores da sociedade terão acesso à jurisdição da Suprema Corte, refletindo suas prioridades, e se tais setores terão acesso ao processo de decisões políticas do governo nacional.

Em termos numéricos, menos de 1% dos casos submetidos à Corte por esta via são admitidos e decididos. Dos cerca de nove mil casos que chegam por ano à Corte, apenas cerca de 70 a 80 recebem atenção completa da Corte<sup>389</sup>. O *Black's Law Dictionary* define o *certiorari* nos seguintes termos<sup>390</sup>:

Uma ordem por uma Corte de apelação quando a corte tem discricionariedade para admitir ou não um recurso. Se o *writ* for negado, a Corte recusa a julgar o recurso, e, na prática, o julgamento inferior permanece sem alterações. Se o *writ* for admitido, então a Corte inferior deverá enviar os autos à corte superior que usou a sua discricionariedade para julgar o recurso.

Nos seus primórdios, entretanto, quando regulada pelo *Judiciary Act* de 1789, a Corte não tinha controle total sobre o que admitiria para julgamento. Nesse sentido, o *Chief Justice John Marshall*, no caso *Cohens v. Virginia*, declarou que a Corte não tinha o direito de dispensar o exercício da jurisdição em determinado caso, nem mesmo usurpar casos para os quais não tinha competência. Em um caso ou no outro, estaria a Corte cometendo uma traição em face da Constituição<sup>391</sup>.

O modelo essencialmente aberto da jurisdição constitucional começou a apresentar sinais de enfraquecimento no período posterior à Guerra Civil, quando o número de casos que a Corte estava obrigada a decidir passou a crescer drasticamente, devido à crescente complexidade de questões legais originadas a partir do crescimento do modelo de codificação dos Estados Unidos. No ano judicial de 1850, a Corte julgou cerca de 156 casos, o que se mostrou absurdamente surpreendente, considerando que a Corte nunca havia julgado mais de 60 casos em um ano.

<sup>389</sup> O'BRIAN, Davi. M. Deciding what to do. In: O'BRIAN, Davi (org.). **Storm Center: the Supreme Court in american politics**. New York: W.W. Norton & Company, 2017. p. 159–178.

<sup>390</sup> Tradução nossa. No original: An order by the appellate court when the court has discretion on whether or not to hear an appeal. If the writ is denied, the court refuses to hear the appeal and, in effect, the judgment below stands unchanged. If the writ is granted, then it has the effect of ordering the lower court to certify the record and send it up to the higher court which has used its discretion to hear the appeal.

<sup>391</sup> STERNBERG, Jhonatan. Deciding Not to Decide: the Judiciary Act of 1925 and the discretionary court. **Journal of Supreme Court History**, v. 33, n. 1, p. 1–16, 2008, p. 1.

Após a Guerra Civil, os números explodiram, chegando a 169 decisões em 1869, 193 em 1873, 248 em 1877 e 298 em 1886<sup>392</sup>. Em 1888, a Corte estava mais de 3 anos atrasada em seu trabalho, e quando o ano judicial de 1890 se iniciou, a Corte havia alcançado o total de 1800 casos em seu acervo, e era obrigada a decidir todos eles<sup>393</sup>. Essa conjunção de fatores gerou o crescimento do número de casos a serem julgados por ano e também, o crescimento do estoque de processos com julgamentos atrasados.

As providências iniciais adotadas, tanto pelo Congresso dos Estados Unidos, quanto pela própria Suprema Corte, para enfrentar o crescente número de casos a ela submetidos foram o aumento do número de juízes, de sete para nove, o aumento da duração do ano judicial, a limitação das sustentações orais pelos advogados a duas horas para cada uma das partes, e a contratação dos *clerks*<sup>394 395</sup>.

Além disso, em 1891, foram criados os *Circuit Courts of Appeal*, dando à Suprema Corte competência obrigatória para rever suas decisões, porém declarando algumas como finais. Ainda assim, as medidas foram insuficientes para a redução do acervo, o que levou o Congresso dos Estados Unidos a editar o *Judiciary Act* de 1891 e em seguida o *Judiciary Act* de 1916, conferindo, pela primeira vez, poderes limitados à Corte para a gestão discricionária de sua competência recursal.

Nesse contexto, em que a redução do número de casos a serem julgados pela Suprema Corte tornou-se uma necessidade inafastável, o modelo sofreu uma reformulação completa, que é creditada à articulação política do *Chief Justice* William Howard Taft, responsável pela elaboração e pelo *lobby* para a aprovação do *Judiciary Act* de 1925<sup>396</sup>. Os detalhes da atuação política de Taft para aprovação de seu projeto de ampliação substancial do poder discricionário da Corte para escolher os casos que serão submetidos a julgamento são detalhados de forma

---

<sup>392</sup> CORDRAY, Margaret Meriwether; CORDRAY, Richard. The Calendar of the Justices: how the Supreme Court's timing affects its decisionmaking. *Arizona State Law Journal*, v. 36, p. 183, 2004, p. 191.

<sup>393</sup> 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, p. 1650.

<sup>394</sup> O primeiro *Justice* a contratar bacharéis em direito para servirem como assessores (*clerks*) foi Horace Grey, que serviu à Suprema Corte dos Estados Unidos entre os anos de 1882 a 1902.

<sup>395</sup> CORDRAY, Margaret Meriwether; CORDRAY, Richard. The Calendar of the Justices: how the Supreme Court's timing affects its decisionmaking. *Arizona State Law Journal*, v. 36, p. 183, 2004, p. 192.

<sup>396</sup> Segundo Hartnett, a discricionariedade atribuída pelo *Judiciary Act* de 1925 exerceu um papel importante na batalha no episódio do *Court-packing plan* do Presidente Roosevelt. Em 1937, ao propô-lo, declarou que “o pessoal do Judiciário Federal é incapaz de lidar com o seu próprio trabalho”, produzindo atrasos e despesas. Em resposta, o *Chief Justice* Hughes afirmou que a “Suprema Corte está totalmente em dia com o seu trabalho” e que não havia atraso no calendário de julgamentos. Afirmou ainda que a Corte “tem sido capaz, em diversos termos, de entrar em recesso dispondo sobre todos os casos que estão prontos para serem julgados”. HARTNETT, op. cit., p. 1731.

minuciosa por Hartnett. Em suma, Taft reuniu colegas de Corte para elaborar a minuta do ato e os estimulou a se pronunciarem perante o Congresso em apoio ao projeto, fez *lobby* com os membros do Congresso, com o *Solicitor-General* e com a *American Bar Association* para angariar apoio à aprovação de seu projeto e, por fim, estimulou o então Presidente Coolidge a apoiá-lo no discurso “State of the Union”.

A importância do ato para o *design* institucional da Suprema Corte é tamanha que Hartnett considera naquele ano ter nascido a Moderna Suprema Corte dos Estados Unidos. Através dele, a Corte passa a escolher, de forma amplamente discricionária, os casos que serão discutidos e julgados pela Corte a cada termo<sup>397</sup>. Para o *Justice* Thurgood Marshall, decidir não decidir é uma das coisas mais importantes que a Suprema Corte pode fazer<sup>398</sup>, abrindo-se, assim, a possibilidade de, através do referido mecanismo, a Corte atuar estrategicamente na seleção dos casos que serão julgados<sup>399</sup> e definir a sua própria agenda.

A proposta encaminhada por Taft consistia na criação de uma metodologia segundo a qual os casos submetidos à Suprema Corte pudessem ser reduzidos, e ao mesmo tempo, permitisse a manutenção de sua competência para ditar a última palavra em todas as questões importantes envolvendo a Constituição e as Leis dos Estados Unidos, bem como em todas as questões importantes onde haja ausência de uniformidade na aplicação do direito nas cortes intermediárias.

Com estas ideias em mente, Taft apresentou-se à Comissão do Judiciário no Congresso e expôs a sua proposta, sustentando a necessidade de ampliação dos poderes discricionários da Corte para selecionar os casos que seriam por ela julgados. Segundo ele, a Suprema Corte não existia “para preservar os direitos dos litigantes”, mas sim para “explicar e tornar estáveis os princípios do Direito”, preservando a “uniformidade das decisões dentre as cortes de apelação intermediárias”.

---

<sup>397</sup> De acordo com informações constantes no sítio eletrônico da Suprema Corte dos Estados Unidos, o termo da Corte começa, por lei, na primeira segunda-feira de outubro e se estende até a primeira segunda-feira de outubro do ano seguinte. Em cada termo, aproximadamente 7000 a 8000 casos são propostos. Ainda segundo as informações, o número de casos submetidos à Suprema Corte vem aumentando no último século. Em 1950, por exemplo, foram propostos 1195 novos casos. Em 1975, apenas 3940 casos. Graças ao modelo de *certiorari*, apenas cerca de 80 casos são submetidos à revisão pelo Plenário da Corte, com sustentações orais dos advogados. Para além destes, a corte ainda decide cerca de cerca de 100 casos, sem submissão ao Plenário. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>. Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>398</sup> STERNBERG, Jhonatan. Deciding Not to Decide: the Judiciary Act of 1925 and the discretionary court. *Journal of Supreme Court History*, v. 33, n. 1, p. 1–16, 2008, p. 2.

<sup>399</sup> CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R.; ZORN, Christopher J. W. Sophisticated Voting and Gate-Keeping in the Supreme Court. *Oxford Journals*, Oxford, v. 15, n. 3, p. 549–572, 1999.

Prometeu que um sistema completamente discricionário daria aos *writs of certiorari* “a mais completa consideração”, declinando a jurisdição apenas nos casos que fossem “frívolos” ou naqueles que envolvessem questões jurídicas “bem estabelecidas” Em suma, pretendia Taft garantir o direito à Corte de estabelecer o que seria importante e o que seria desimportante<sup>400</sup>.

A medida foi, inicialmente, duramente criticada por alguns integrantes de cortes locais, pela *American Bar Association – ABA*<sup>401</sup> e por alguns Senadores. Mesmo dentro da Suprema Corte, havia resistências. O *Justice* Louis Brandeis levantou dúvidas quanto à efetividade e à segurança da expansão da discricionariedade da Corte como o melhor método para aliviar a carga de trabalho. A despeito das críticas, Taft convenceu o Congresso dos Estados Unidos a “dar aos juízes da Suprema Corte o que ele tinha buscado desde o momento em que tomou posse na Suprema Corte. Um poder amplo de selecionar e escolher os casos que serão decididos”<sup>402</sup>.

Em outubro de 1924 o projeto de lei foi aprovado pelo Comitê Judiciário e em fevereiro de 1925, o projeto de lei foi aprovado em ambas as Casas do Congresso dos Estados Unidos. Após mais de 60 anos de vigência, sem que houvesse qualquer alteração pelo Congresso, foi editado em junho de 1988 o *Supreme Court Case Selections Act*, cujo objetivo foi eliminar qualquer resquício de jurisdição compulsória deixada pelo seu predecessor. Com efeito, a partir do referido ato legislativo, as petições de *certiorari* passaram a ser, essencialmente, a única forma de colocar um caso na Suprema Corte dos Estados Unidos para revisão<sup>403</sup>.

Investida do poder de decidir o que irá decidir, a Corte passa a implementar variantes que expandem ainda mais a sua discricionariedade, ao emitir *limited grants of certiorari*, que consistem em um mecanismo através do qual a Corte decide decidir apenas pontos específicos em determinado caso, ignorando os demais. De forma simplificada, a Corte em verdade não escolhe casos, mas sim questões que a interessam dentro dos casos a ela submetidos.

---

<sup>400</sup> STERNBERG, Jhonatan. Deciding Not to Decide: the Judiciary Act of 1925 and the discretionary court. *Journal of Supreme Court History*, v. 33, n. 1, p. 1-16, 2008, p. 9.

<sup>401</sup> A ABA sentiu-se desconfortável com a proposta de Taft, e sugeriu uma alternativa para tentar solucionar o problema, aumentando-se o número de membros da Suprema Corte para 12. A proposta foi retirada quando Taft informou ao comitê de estudos da ABA que todos os *Justices* eram contrários ao aumento do colegiado, que transformaria as deliberações da Corte em uma reunião municipal (*town meeting*) Ibidem, p. 12.

<sup>402</sup> 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, p. 1644.

<sup>403</sup> SMITH, Kevin H. Certiorari and the Supreme Court Agenda: an empirical analysis. *Oklahoma Law Review*, v. 54, n. 4, p. 727–773, 2001, p. 735.

O evento emblemático que representa essa estratégia na definição da profundidade de sua jurisdição em um caso concreto se deu no famoso *Olmstead case*, em 1928. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a coleta de provas através de escutas telefônicas não violava a 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que protege o cidadão americano contra a autoincriminação, haja vista que o investigado não foi forçado ilegalmente a participar das conversações. Ao contrário, as conversas gravadas haviam sido produzidas voluntariamente entre as partes e seus associados. Neste caso, o *Chief Justice* Taft manifestou-se no sentido de que a decisão estaria limitada às questões constitucionais do caso, ignorando possíveis questões infraconstitucionais<sup>404</sup>.

Do ponto de vista procedimental, o modelo de *certiorari*, que em latim significa “ser informado de”, previu que os casos submetidos à Suprema Corte dos Estados Unidos teriam a sua admissibilidade condicionada ao *rule of four*. Isto é, somente seriam levados a julgamento casos nos quais pelo menos quatro *Justices* se manifestassem nesse sentido. A regra dos quatro foi desenvolvida com o objetivo de tornar mais fácil o acesso ao procedimento de organização da agenda da Corte, e garantir que não haveria tirania da maioria quando da sua elaboração. Isso significa que estar na agenda da Corte deve ser mais fácil do que formar uma maioria na fase de mérito. Implicitamente, a regra dos quatro permite ao menos que uma “política de uma minoria” tenha o seu dia na Corte, e possa ter a oportunidade de angariar mais um voto de um *swing justice*, para se tornar um precedente<sup>405</sup>.

Não há regra expressa que determine o quórum para admissibilidade do *writ*, tendo ele sido construído jurisprudencialmente pela Corte. Sobre o tema, registro trecho de voto proferido pelo *Justice* Frankfurter no caso *State of Maryland v. Baltimore Radio Show*<sup>406</sup>:

Esta Corte agora denega a revisão da decisão proferida pela Corte de Apelações de Maryland. O único significado da denegação de uma petição de *writ of certiorari* não precisa ser elucidado para aqueles versados nos procedimentos da Corte. Significa tão somente que menos de quatro membros da Corte desejaram rever a decisão da Corte inferior, nos termos da discricionariedade judicial.

<sup>404</sup> 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, p. 1705.

<sup>405</sup> PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>406</sup> Tradução livre. No original: This Court now declines to review the decision of Maryland Court of Appeals. The sole significance of such denial of a petition for writ of certiorari need not to be elucidated to those versed in the Court's procedures. It simply means that fewer than four members of the Court deemed it desirable to review a decision of the lower Court as a matter of sound judicial discretion. Em, MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, p. 139–146, 2006. p. 142.

Os procedimentos para interposição do *writ* estão previstos em regras específicas, editadas pela própria Suprema Corte. Basicamente, a *Rule 13 of the Supreme Court*<sup>407</sup> estabelece que dentro de noventa dias após o julgamento final proferido pela Corte inferior, a parte perdedora submeterá uma *petition for certiorari*. Deverão ser incluídas na petição, de acordo com a *Rule 14 of the Supreme Court*, especialmente, as seguintes informações: i) a questão submetida a revisão, expressada de forma curta e concisa, em termos e circunstâncias do caso, mas sem detalhes desnecessários; ii) as normas constitucionais ou infraconstitucionais envolvidas no caso, e; iii) uma declaração concisa dos fatos materiais envolvidos no caso.

Importante registrar que as petições, de acordo com a *Rule 33 of the Supreme Court*, não poderão exceder nove mil palavras. A parte contrária terá o prazo de trinta dias para apresentação das suas contrarrazões, que são opcionais e quando apresentadas, não poderão exceder trinta páginas. Por fim, o peticionante poderá apresentar uma tréplica, que não poderá exceder a dez páginas.

Os critérios a serem utilizados pelos juízes da Suprema Corte para admitir ou não os *writs of certiorari* estão dispostos na *Rule 10 of the Supreme Court*. As regras dispõem que a admissão de casos tem por objetivo principal contribuir com a certeza e consistência da aplicação do sistema jurídico<sup>408</sup>. Segundo a norma, a revisão de uma decisão judicial através do *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas sim de discricionariedade judicial, devendo ser admitida apenas quando estiverem presentes razões especiais e importantes. As alíneas estabelecidas na norma indicam os casos em que o *writ* pode ser admitido, embora não sejam determinantes para a decisão a ser proferida pela Corte.

A primeira hipótese consiste nos casos em que uma decisão proferida por uma Corte de Apelação dos Estados Unidos: i) esteja em conflito com uma decisão proferida por outra Corte, sobre o mesmo assunto; ii) tenha decidido uma questão federal de forma conflitante com uma Corte estadual de última instância; iii) tenha se desviado do curso normal e aceitável dos procedimentos judiciais, ou tenha sancionado o referido desvio produzido por uma Corte inferior.

Na segunda hipótese, admite-se o *writ of certiorari* quando uma Corte Estadual de última instância tenha decidido uma questão federal em um modo que conflite com uma decisão

---

<sup>407</sup> As normas que governam os procedimentos na Suprema Corte estão disponíveis em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2021.

<sup>408</sup> BAUM, Lawrence. Review: Case Selection and Decisionmaking in the U. S. Supreme Court. **Law & Society Review**, v. 27, n. 2, p. 443–459, 1993, p. 446.

de outra Corte Estadual de última instância ou de uma Corte de Apelações dos Estados Unidos. Por fim, quando uma Corte Estadual ou uma Corte Federal de Apelações dos Estados Unidos tenham decidido uma questão importante relativa a uma lei federal, que não tenha sido, mas que deva ser resolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ou tenha decidido uma questão federal de um modo que conflite com decisões relevantes da própria Suprema Corte.

Internamente, alguns procedimentos são seguidos para que se chegue a uma definição sobre o caso. O primeiro que deve ser mencionado diz respeito ao chamado *pool of certiorari*, criado em 1972 por sugestão do *Justice* Powell, para reduzir o volume de trabalho dos gabinetes dos *Justices*, concentrando os esforços desta fase procedimental na figura dos *clerks*, que ficam responsáveis pela elaboração de uma espécie de memorando, recomendando ou não a admissão do caso, que então é submetida aos *Justices*, para apreciação.

No início, apenas cinco *Justices* optaram por fazer parte da iniciativa. Os juízes mais antigos, integrantes da ala liberal da Corte – Douglas, Stewart, Brennan e Marshall – recusaram-se a participar<sup>409</sup>. Atualmente, somente Neil Gorsuch e Samuel Alito Jr. tem sua estrutura própria para análise das petições de *certiorari*<sup>410</sup>. Todos os demais juízes participam do *cert pool*.

Após a elaboração dos memorandos, o *Chief Justice* elabora uma lista de casos que ele entende oportuno serem discutidos em conferência<sup>411</sup>. A lista é distribuída entre os gabinetes dos demais *Justices*, que podem incluir novos casos, não selecionados inicialmente. Todos os demais casos que não foram incluídos na *discuss list* são automaticamente denegados (*dead list*). Na conferência, que ocorre às sextas-feiras, os *Justices*, por ordem decrescente de antiguidade, votam e decidem pela admissão, caso haja pelo menos quatro votos nesse sentido.

Além da simples admissão ou rejeição dos *certiorari*, há outras possibilidades. Uma delas é o denominado *join three*, por intermédio do qual um dos *Justices* confere um voto de admissão nos casos em que três outros *Justices* se manifestaram pela admissão do caso. Isso

---

<sup>409</sup> O'BRIAN, Davi. M. Deciding What to Do. In: O'BRIAN, Davi (org.). **Storm Center**: the Supreme Court in american politics. New York: W.W. Norton & Company, 2017.

<sup>410</sup> LAW.COM. Unlike Gorsuch, Kavanaugh jumps into SCOTUS cert pool. 2018. Disponível em: <https://www.law.com/nationallawjournal/2018/10/11/unlike-gorsuch-kavanaugh-jumps-into-scotus-cert-pool/?sreturn=20210829140323>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

<sup>411</sup> Sobre os critérios utilizados pelos juízes na elaboração da *discuss list*, ver CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. The Discuss List: agenda building in the Supreme Court. **Law & Society Review**, v. 24, n. 3, 1990, pp. 807–36. Segundo a pesquisa empírica por eles conduzida, a elaboração da lista de casos que será discutida em conferência leva em consideração uma variedade de critérios formais e informais, a presença de petições de *amicus curiae* e suas próprias predisposições ideológicas.

acontece geralmente quando um dos *Justices* não se sente totalmente confortável em quaisquer dos caminhos, optando então por aderir aos três votos positivos e admitir o *writ*.

Por fim, o *summary disposition* ocorre quando os *Justices* decidem por reverter o julgamento proferido pelo tribunal inferior, porém sem instaurar o procedimento de julgamento. Como o próprio termo já indica, trata-se de um julgamento sumário, que ocorre em geral quando pelo menos 6 *Justices* votam nesse sentido. Esses casos não chegam a ser discutidos em conferência pela Suprema Corte dos Estados Unidos, embora sejam efetivamente por ela decididos.

Em suma, através de inovações nos procedimentos e interpretações da Suprema Corte, o Ato de 1925 alcançou os objetivos que Taft desejou desde que se tornou *Chief Justice*: decidir de forma ilimitadamente discricionária quais casos ela gostaria ou não gostaria de julgar<sup>412</sup>. A partir de então, cada Corte, com suas peculiares combinações de juízes, passou a definir a sua própria agenda.

#### 4.5.1.2. Comportamento estratégico na fase de *certiorari*

Autores dedicados ao estudo do comportamento judicial estratégico na fase de *certiorari*, sustentam que as decisões judiciais nela proferidas podem ser guiadas por cálculos estratégicos, que levam em considerações diversos aspectos, internos ou externos à Corte. O presente item se dedicará a expor estudos elaborados por pesquisadores dos Estados Unidos, que buscaram, através de pesquisas empíricas baseadas em documentos oficiais da Suprema Corte dos Estados Unidos, identificar se de fato esses comportamentos estratégicos estão presentes e quais os fatores que influenciam os juízes a se comportarem de maneira estratégica. O estudo de direito comparado se propõe, conforme já dito, a oferecer ferramentas que facilitem a identificação de comportamentos estratégicos na realidade brasileira, sem descuidar das peculiaridades de cada um dos modelos.

Na atividade de seleção de casos, os juízes buscam nos processos determinadas características<sup>413</sup>, que os induzem a admitir o caso, tais quais: i) a presença dos Estados Unidos

<sup>412</sup> STERNBERG, Jhonatan. Deciding Not to Decide: the Judiciary Act of 1925 and the discretionary court. *Journal of Supreme Court History*, v. 33, n. 1, p. 1-16, 2008, p. 13.

<sup>413</sup> De acordo com a “*Cue theory*”, ao selecionar casos, juízes estariam a procura de certas características, que podem estar ligadas ao caso ou às partes de um caso, indicativas de sua relevância. Para Alarie e Green, juízes influenciados por este modelo estariam mais preocupados com considerações jurídicas e preocupações quanto à eficiência. Em, ALARIE, Benjamin.; GREEN, Andrew. J. *Commitment and Cooperation on High Courts: a*



como parte; ii) a presença de questões relacionadas a direitos civis; iii) dissensos nas Cortes inferiores, e; iv) questões econômicas<sup>414</sup>. Aprofundando as pesquisas, Ulmer, Hintze e Kirklosky chegaram à conclusão de que de todos os itens identificados por Tanenhaus, apenas a presença dos Estados Unidos como parte do processo de fato, cumpriam o papel de influenciar na decisão de admissão<sup>415</sup>.

Em estudos posteriores, o próprio Ulmer sustentou que conflitos entre as Corte federais inferiores e entre elas e a Suprema Corte aumentam as chances de um *writ* ser admitido. Por sua vez, Caldeira e Wright<sup>416</sup> buscaram demonstrar que a presença de *amicus curiae* na fase de *certiorari* também deve ser considerada como um elemento importante a influenciar a decisão dos juízes para admitir ou inadmitir um caso. Para os autores, as partes interessadas podem ter significativos impactos positivos na elaboração da agenda da Suprema Corte, participando como *amicus curiae*, antes da sua decisão na fase de *certiorari*.

De acordo com pesquisa empírica realizada com dados oriundos do ano judicial de 1982 da Suprema Corte dos Estados Unidos, os *Justices* se engajam na elaboração de votos sofisticados, definidos como aqueles que buscam projetar a decisão judicial na fase de mérito, e agem com base nessa projeção de futuro para definir seus votos na fase de *certiorari*. Seus objetivos consistem em admitir ou inadmitir casos a depender do seu potencial de fixar decisões próximas às suas preferências pessoais. Nesse sentido, os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, liberais ou conservadores, votam para admitir ou inadmitir casos com os olhos voltados aos demais membros da Corte, tornando a fase de *certiorari* um local privilegiado para a elaboração de votos sofisticados<sup>417</sup>.

Mais recentemente, Ryan J. Owens<sup>418</sup>, buscou identificar se as decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos na fase de *certiorari* levam em consideração

---

**cross-country examination of institutional constraints on Judges**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 168.

<sup>414</sup> TANENHAUS, Joseph, SCHICK, Matthew Marvin; ROSEN, Daniel. The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: Cue Theory. In: SCHUBERT, Glendon. (org.). **Judicial Decision-Making**. New York: Free Press, 1963, Apud BRENNER, Saul. Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies. **Law Library Journal**, v. 92, n. 2, p. 193–202, 2000, p. 197.

<sup>415</sup> ULMER, Sidney, HINTZE, William; KIRKLOSKY, Louise. The decision to grant certiorari: further consideration of Cue Theory. **Law & Society Review**, v. 6, n. 4, p. 637–644, 1972. Apud BRENNER, 2000, op. cit., p. 197.

<sup>416</sup> CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 82, n. 4, p. 1109–1127, 1988.

<sup>417</sup> CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R.; ZORN, Christopher J. W. Sophisticated Voting and Gate-Keeping in the Supreme Court. **Oxford Journals**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 549–572, 1999, p. 570.

<sup>418</sup> OWENS, Ryan J. The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting. **American Journal of Political Science**, Bloomington, v. 54, n. 2, p. 412–427, 2010.

reflexões relacionadas a eventuais reações baseadas nas preferências dos integrantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Seus resultados sugerem fortemente que estes fatores não são levados em consideração pelos juízes nesta fase. Em razão da dificuldade de prever, de forma acurada, o comportamento dos atores políticos externos à Suprema Corte, a melhor opção para os *Justices* é focar nos comportamentos estratégicos dos seus colegas, cujas ações são mais familiares e previsíveis. Conforme visto, esta visão é compartilhada por Marcelo Novelino, quando endereça críticas ao modelo estratégico. Em sentido oposto, conforme já exposto, Epstein, Segal e Victor defendem que outros atores políticos afetam os casos que os juízes da SCOTUS concordam em apreciar e decidir<sup>419</sup>.

A depender do perfil do juiz, as decisões de admissão podem ser elaboradas para satisfazer as suas preferências pessoais (*policy goals*) ou pela pura aplicação da legislação (*legal goals*). Com efeito, a ideologia dos juízes na definição da agenda exerce papel fundamental. Para o *Justice* Rhenquist, há uma divisão ideológica dentro da Corte, e cada um dos juízes tem casos que querem ver admitidos, ao contrário de outros, que tem desejo oposto.

Tal situação gera uma competição por influências na definição da agenda da Corte. Juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos são motivados por preferências ideológicas de políticas públicas e perseguem seus objetivos de política decidindo casos com grande potencial de impacto político, social ou econômico. Entretanto, a aplicação de suas preferências ideológicas está condicionada a um complexo conjunto de fatores, como leis, normais sociais, e expectativas institucionais<sup>420</sup>.

Para esclarecer qual o sentido emprestado aos termos *policy* e *legal goals*, Lawrence Baum recorre ao conceito formulado por Walter Murphy, segundo o qual um juiz orientado por pretensões de políticas<sup>421</sup>:

Está ciente do impacto que decisões judiciais podem provocar em políticas públicas, identificam a margem de manobra que possuem a partir da discricionariedade que o seu trabalho permite, e está disposto a tirar vantagem desse poder e dessa margem de manobra para levar adiante seus objetivos particulares de políticas.

<sup>419</sup> EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.; VICTOR, Jennifer Nicoll. Dynamic agenda-setting on the United States Supreme Court: an empirical assessment. *Harvard Journal on Legislation*, v. 39, n. 2, p. 395-433, 2002.

<sup>420</sup> CALDEIRA, Gregory. A.; WRIGHT, John. R. Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 82, n. 4, p. 1109-1127, 1988, p. 1111.

<sup>421</sup> Tradução nossa. No original: is aware of the impact which judicial decisions can have on public policy, realizes the leeway for discretion which his office permits, and is willing to take advantage of this power and leeway to further particular policy aims. Em, BAUM, Lawrence. Review: Case Selection and Decisionmaking in the U. S. Supreme Court. *Law & Society Review*, v. 27, n. 2, p. 443-459, 1993, p. 444-445.

Juízes podem ser vistos como empreendedores políticos, que buscam atingir seus objetivos não apenas por meio da seleção de casos, mas também por meio das decisões de mérito<sup>422</sup>. Além disso, devem ser vistos como agentes racionais, que adotam certos objetivos e tomam decisões baseados neles<sup>423</sup>. Na prática, juízes orientados por pretensões de política podem buscar implementar suas preferências, votando para admitir casos nos quais seja provável que a Corte alcance decisões mais favoráveis às suas preferências do que as políticas existentes sobre o tema envolvido no caso selecionado.

Podem ainda buscar aperfeiçoar o resultado de casos específicos votando para admiti-los quando esperam que a Corte venha a produzir uma decisão mais próxima à sua preferência do que a decisão proferida pela Corte inferior, submetida a revisão. Por fim, podem buscar corrigir erros nas decisões proferidas pelas Cortes inferiores, votando para admitir casos sempre que tais decisões se distanciem de forma significativa de sua posição pessoal.

Por outro lado, “um juiz orientado por objetivos legais está preocupado com alcançar o que se pode chamar de objetivos internos do sistema legal: clareza, consistência, e precisão na interpretação na norma”<sup>424</sup>. Arremata que “em decisões de mérito, juízes orientados por inclinações políticas querem avançar políticas públicas desejáveis; os juízes orientados pelo sistema jurídico querem interpretar a lei de forma precisa”<sup>425</sup>.

A literatura oscila entre autores que entendem ser preponderante o papel estratégico exercido pelos juízes orientados por pretensões de políticas, como Lawrence Baum, e por outro lado, autores que compreendem nem sempre estar presente o elemento estratégico na fase de *certiorari*. Perry Jr. defende que, frequentemente, decisões proferidas na fase de *certiorari* nada tem a ver com cálculos estratégicos relacionados com a decisão de mérito a ser proferida. Segundo o autor, a simples dicotomia “*legal/political*”, não explica a totalidade dos casos. Naturalmente, o autor não desconsidera o potencial estratégico da fase de *certiorari*.

---

<sup>422</sup> PACELLE JR, Richard. L. **The transformation of The Supreme Court’s Agenda: from the New Deal to the Reagan Administration**. Abingdon: Routledge, 2019.

<sup>423</sup> BAUM, Lawrence. Policy Goals in Judicial Gatekeeping: a proximity model of discretionary jurisdiction. **American Journal of Political Science**, v. 21, n. 1, 1977, p. 16.

<sup>424</sup> Tradução nossa. No original: a legally oriented justice is concerned with achieving what might be called the internal goals of the legal system: clear, consistent, and accurate interpretation of the law. Em, BAUM, Lawrence. Review: Case Selection and Decisionmaking in the U. S. Supreme Court. **Law & Society Review**, v. 27, n. 2, p. 443–459, 1993, p. 445.

<sup>425</sup> Tradução nossa. No original: in decisions on the merits, the policy-oriented justice wants to advance desirable public policy; the legally oriented justice wants to interpret the law accurately. Em, *Ibidem*, p. 445.

Em verdade, o processo decisório na fase de *certiorari* não pode ser simplificado e generalizado, tendo em vista que os diversos *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos têm diferentes formas de análise. Ademais, o processo varia inclusive de acordo com cada caso. Seja como for, o fato é que os mecanismos de seleção de casos permitem, conforme se verá, o comportamento estratégico<sup>426</sup>, e nesse sentido aqui serão avaliados, sem a pretensão de se identificar a preponderância de um modelo sobre o outro. A bem da verdade, numa mesma decisão de admissibilidade, é possível que ambas as abordagens sejam consideradas pelo juiz.

Cumpra-se verificar, portanto, se e como os *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos barganham entre si na fase de *certiorari*, ou ainda, se e como comportamentos estratégicos têm sido utilizados, seja para selecionar casos que lhes pareçam mais convenientes para o momento político, para rejeitar casos nos quais se identifica risco de desgaste institucional da Corte<sup>427</sup>, ou ainda, para proferir decisões judiciais que implantem políticas públicas compatíveis com a sua orientação ideológica. Na prática, o poder de selecionar a agenda pode ser mais importante do que o que a Corte decide no mérito<sup>428</sup>.

Especificamente sobre barganhas, que consistem em concessões recíprocas entre os *Justices*, não foram encontradas evidências empíricas de que elas efetivamente tenham ocorrido em algum momento entre alguns dos integrantes da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>429</sup>. Segundo Perry Jr., em primeiro lugar, não há tempo suficiente para a barganha. Na prática, as discussões sobre essa fase acontecem tão-somente no momento da conferência. Em segundo lugar, há uma sensação de que não há nada a ser negociado<sup>430</sup> na fase de *certiorari*, diferentemente do que ocorre na fase de mérito.

---

<sup>426</sup> Para Sunstein, referindo-se às virtudes passivas de Alexander Bickel, um *writ of certiorari* pode ser denegado estrategicamente, quando a corte considerar que a sua participação na discussão de certa controvérsia é prematura. Pode ainda rejeitar casos quando compreender que é necessário que ela tenha acesso a mais informações ou quando se identificar uma divisão interna que impossibilite a solução da controvérsia. Por fim, pode evitar admitir casos quando suspeitar que poderá haver reações adversas da opinião pública. Por todas essas razões, pondera o autor, “it may be prudent to wait”. Em, SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 39.

<sup>427</sup> Uma advertência é importante e servirá como uma espécie de comparação com o modelo brasileiro. Concordando-se ou não com a oportunidade de atuação estratégica nesta fase, ela tem sido exercida pela composição colegiada da Corte, não havendo espaço para a imposição de vontades individuais sobre o todo. No Brasil, conforme se verá, há uma disputa sobre o controle da agenda.

<sup>428</sup> 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, p. 1737.

<sup>429</sup> PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>430</sup> Para um dos entrevistados por Perry Jr.: “não há um caminho real para barganhar na fase de *certiorari* como há na fase de votos, por que o voto é pela admissão ou não, então não há espaço real para barganha”. No original: “There is no real way to bargain on cert. as there is with opinions, because the cert. vote is up or down, so there is no real room to bargain”.

Por fim, uma última explicação para a ausência da barganha entre os juízes refere-se ao que se pode denominar de “*case fungibility*”. Isto é, nenhum caso individual é visto como tão importante. Não haveria, portanto, necessidade de investir em negociações. Com efeito, se a questão discutida no caso é importante, certamente ela surgirá em outro caso futuro, permitindo-se assim que a questão seja efetivamente decidida pela Suprema Corte.

Em sentido aparentemente oposto<sup>431</sup>, Epstein e Knight<sup>432</sup> defendem que a primeira e mais óbvia lição é a de que as decisões proferidas na fase de *certiorari*, de fato apresentam aos *Justices* oportunidades de barganha, dado que a admissão das petições de *certiorari* é uma decisão inerentemente estratégica. A segunda é que os *Justices* utilizam-se dos *dissents from denial* para barganhar na fase de *certiorari*. Por fim, considerando-se que a barganha é uma forma de interação interdependente entre pessoas, a estratégia está definitivamente presente na fase de *certiorari*.

Os *dissents from denial of certiorari* consistem na divulgação de um voto divergente, no qual um juiz expõe o seu ponto de vista sobre o caso, deixando claro que, em sua visão, ele deveria ter sido admitido pela Corte. Os juízes da Suprema Corte usam os *dissents* como uma ferramenta de negociação, sendo eles os principais instrumentos de persuasão na fase de *certiorari*, fora da conferência<sup>433</sup>. De acordo com os relatos encontrados por Perry Jr. em suas entrevistas, o fato de os *dissents* “nunca verem as luzes do dia” significa que em boa parte das ocasiões, eles atingiram o objetivo de atrair votos para admissão do *certiorari*.

Sobre o tema, Epstein e Knight, ao enfatizarem a barganha através dos *dissents*, transcrevem a opinião do *Justice Stevens*<sup>434</sup>:

Admitidamente, os *dissents* podem ter alguns efeitos benéficos. Ocasionalmente, uma declaração escrita de razões para admitir um *certiorari* é mais persuasivo do que a contribuição oral do juiz na conferência. Por esta razão, os documentos escritos às vezes persuadem outros juízes a mudarem de

<sup>431</sup> A oposição entre as teses defendidas por Perry Jr. de um lado, e Epstein e Knight de outro, é aparente, pois, enquanto o primeiro considera que os *dissents from denial* não consistem situações de barganha, mas sim de persuasão, Epstein e Knight compreendem que os mesmos *dissents* representam a forma clássica de barganha entre juízes na fase de *certiorari*.

<sup>432</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997, p. 60.

<sup>433</sup> PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>434</sup> Tradução nossa. No original: Admittedly, these dissenting opinions may have some beneficial effects. Occasionally a written statement of reasons for granting certiorari is more persuasive than the Justice’s oral contribution to the Conference. For that reason the written document sometimes persuades other Justices to change their votes and a petition is granted that would otherwise have been denied. That effect, however, merely justifies the writing and circulating of these memoranda within the Court; it does not explain why a dissent which has not accomplished its primary mission should be published. Em, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997, p. 60.

voto e uma petição é admitida quando a princípio teria sido denegada. Esse efeito, entretanto, apenas justifica a elaboração e circulação desses memorandos dentro da Corte; ele não explica por que um *dissent* que não atingiu seu objetivo principal deveria ser publicado.

Do ponto de vista das estratégias, as coisas se passam de forma diferente, haja vista que a fase de *certiorari* é um campo fértil para comportamentos estratégicos entre os juízes. Para Perry Jr<sup>435</sup>:

Com a exceção dos “*dissents from denial of certiorari*”, barganhas e tentativas de persuasão para obter votos na fase de *certiorari* são raros. Isso não significa, entretanto, que a fase de *certiorari* é desprovida de estratégias, mas simplesmente que as estratégias normalmente ocorrem dentro dos gabinetes ao invés de ocorrer entre os gabinetes.

A maior parte dos estudiosos que se dedicaram a compreender o processo decisório na fase de *certiorari* focaram nas seguintes hipóteses: i) a estratégia de correção de erros ou a estratégia de previsão do resultado; ii) determinantes não-estratégicas na admissão de casos<sup>436</sup>.

Na estratégia de correção, sustenta-se que os juízes admitem casos para revertê-los, corrigindo, portanto, um erro praticado pela Corte inferior<sup>437</sup>. Na previsão de resultados, juízes inicialmente identificam suas soluções preferenciais para o caso, projetam a probabilidade de atingi-los, e somente então decidem se irão admiti-lo ou não, votando para admiti-lo tão somente quando estejam confiantes de que vencerão na fase de mérito<sup>438</sup>.

Segundo Saul Brenner<sup>439</sup>:

<sup>435</sup> Tradução nossa. No original: With the exception of dissents from denial of certiorari, bargaining and attempts at persuasion to obtain a vote on cert. are rare. That is not to say that the cert. process is devoid of strategy, simply that strategy usually occurs within chambers rather than between chambers. Em, PERRY JR, 1994, op. cit., ebook.

<sup>436</sup> BENESH, Sara C.; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. Aggressive Grants by Affirm-Minded Justices. *American Politics Research*, v. 30, n. 3, p. 219–234, 2002, p. 220.

<sup>437</sup> Na Suprema Corte dos Estados Unidos, há uma tendência de reversão dos julgamentos proferidos pelas Cortes inferiores. Segundo Alarie e Green, a taxa gira em torno de 7 em cada 10 casos. Em, ALARIE, Benjamin.; GREEN, Andrew. J. **Commitment and Cooperation on High Courts: a cross-country examination of institutional constraints on Judges**. Oxford: Oxford University Press, p. 177. A estatística indica que, de forma predominante, os juízes da Suprema Corte tendem a admitir casos que pretendem reformar, fazendo preponderar a sua posição pessoal.

<sup>438</sup> “Ao decidir se a Corte deveria admitir um recurso, ele deve considerar não apenas qual resultado ele preferiria, mas também tentar prever se ele estaria na maioria, se o caso for decidido no mérito. Isso é conhecido como “voto ideológico sofisticado” ou “previsão estratégica de resultado”. Estar na maioria permite a um juiz estar em uma posição de estabelecer um precedente importante e influenciar a evolução da doutrina legal”. Tradução nossa. No original, “in deciding whether the Court should hear an appeal, he may therefore consider not only what outcome he would prefer but attempt to predict whether he would be in the majority if the appeal is heard on the merits. This is known as “sophisticated ideological voting” or an “outcome prediction strategy. Being in the majority allows the judge to be in a position to set an important precedent and influence the evolution of legal doctrine. Ibidem, p. 181.

<sup>439</sup> No original: “Indeed, it is possible that some justices usually vote to grant cert not because they seek a particular Court disposition, but because they believe that the Court ought to hear and decide the case. But most justices

De fato, é possível que alguns juízes normalmente votem por admitir um recurso não porque eles buscam uma decisão específica, mas porque eles acreditam que a Corte deve apreciar e julgar o caso. Mas a maioria dos juízes, na maioria das ocasiões vota para admitir o recurso principalmente porque eles desejam um resultado específico.

Laurence Baum<sup>440</sup> defende a tese de que as decisões proferidas na fase de *certiorari* são baseadas tão somente nos objetivos de política dos juízes. Para chegar a essa conclusão, o autor produziu pesquisa empírica a partir de dados extraídos de julgamentos realizados pela Suprema Corte da Califórnia em casos criminais. Sua conclusão foi no sentido de que há evidências empíricas que demonstram a importância de considerações de política na seleção de casos por supremas cortes.

Em sua visão, juízes buscam atingir suas preferências de políticas através do exercício da discricionariedade judicial, e a rejeição a um argumento de política na fase de admissão pode ser, pelo menos, tão decisiva quanto a rejeição na fase de mérito. Em suma, conclui Baum que<sup>441</sup>:

Às Cortes é dado o poder discricionário para principalmente aliviar sua carga de trabalho. Uma vez obtido, entretanto, esses poderes podem ser empregados para implementar os objetivos de política dos juízes; como resultado, eles irão afetar as características e também o volume das decisões proferidas pelas Cortes.

Conclusão parcialmente diversa foi alcançada por Perry Jr. Para o autor, decisões proferidas na fase de *certiorari* não são simplesmente cálculos estratégicos que visam atingir determinado objetivo pelo juiz. Também não podem ser consideradas apenas como uma série de argumentos puramente jurídicos, sem qualquer interesse de política a eles conectados. Na verdade<sup>442</sup>:

---

on most occasions vote to grant certiorari mainly because they desire a particular outcome". Em, BRENNER, Saul. The New Certiorari Game. **The Journal of Politics**, v. 41, n. 2, p. 649-655, 1979, p. 652.

<sup>440</sup> BAUM, Lawrence. Policy Goals in Judicial Gatekeeping: a proximity model of discretionary jurisdiction. **American Journal of Political Science**, v. 21, n. 1, 1977, p. 32.

<sup>441</sup> Tradução nossa. No original: Courts are given powers like discretionary jurisdiction chiefly to relieve workload pressures. Once obtained, however, these powers may be employed to further judges' policy goals; as a result, they will affect the character as well as the volume of a court's outputs. Em, *Ibidem*, p. 33.

<sup>442</sup> Tradução nossa. No original, "Briefly, if a justice cares strongly about the outcome of a case on the merits at the time of the cert. decision, then he will enter the outcome mode to decide whether or not to take the case. If, however, the justice does not feel particularly strongly about the outcome of a case on the merits, he enters the jurisprudential mode with all the attendant steps. (...) Oversimplifying at this point, when in the jurisprudential mode, the justice makes his decision based on legalistic, jurisprudential types of considerations such as whether or not there is a split in the federal circuit courts of appeal. In the outcome mode, while the justice does not ignore jurisprudential concerns, they do not dominate his decision process. Rather, it is dominated by strategic considerations related to the outcome of the case on the merits. Jurisprudential concerns play a rather different role in the calculus. Em, PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

Em resumo, se um juiz se importa profundamente com o resultado de um caso na fase de mérito no momento da decisão de admissão, então ele irá acionar o “modo resultado” para decidir se admite ou não o caso. Se, entretanto, o juiz não se sente fortemente interessado no resultado na fase de mérito, ele entrará no “modo jurisprudencial” com todas as suas etapas. (...) Simplificando neste ponto, quando no modo jurisprudencial, os juízes tomam decisões baseados em critérios legais, em considerações jurisprudenciais tais como se há uma divisão nas cortes federais de apelação. No modo resultado, embora o juiz não ignore as questões jurisprudenciais, elas não dominam o processo decisório. Ao contrário, ele é dominado pelas considerações estratégicas relacionadas ao resultado do caso no mérito. Considerações jurisprudenciais desenvolvem um papel diferente no cálculo.

Por fim, na vertente não estratégica, estudos conduzidos precipuamente por Caldeira e Wright<sup>443</sup>, revelam que as decisões de admissibilidade na fase de *certiorari* estão associadas não a fatores estratégicos, mas sim a determinadas características específicas do caso, como por exemplo, o fato de o peticionante ser os Estados Unidos da América, a presença de um ou mais *amici curiae* defendendo a admissão ou não do *writ*<sup>444</sup>, a existência de conflitos entre uma ou mais cortes inferiores, ou entre uma Corte inferior e a Suprema Corte dos Estados Unidos, ou por fim, se a Corte inferior decidiu o caso de forma contrária à ideologia da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>445</sup>.

Em outra abordagem estratégica, Davi Fontana propõe que o poder da Suprema Corte dos Estados Unidos de não decidir casos constitucionais através da sua inadmissão na fase de *certiorari* eleva as suas chances de ter sucesso<sup>446</sup> em sua função. O referido autor desenvolve importante reflexão a respeito deste fenômeno, que denominou de “*docket control*”. Para o

---

<sup>443</sup> CALDEIRA, Gregory. A.; WRIGHT, John. R. Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 82, n. 4, p. 1109–1127, 1988.

<sup>444</sup> A influência exercida pelo *Solicitor-General* na fase de *certiorari* foi objeto de pesquisa empírica realizada por Ryan C. Black e Ryan J. Owens. A referida autoridade exerce basicamente três funções: i) representa os interesses dos Estados Unidos da América perante a Suprema Corte dos Estados Unidos; ii) decide em quais casos os Estados Unidos recorrerão, quando é derrotado em casos que tramitem perante Cortes federais inferiores, e; iii) decide se os Estados Unidos da América irão apresentar manifestações como *amicus curiae* ou pleitear rejuízo de casos em que os Estados Unidos da América estejam envolvidos. No trabalho, os autores se propuseram a investigar como os juízes da Suprema Corte reagem às recomendações de admissão e inadmissão de casos por este ator, focando principalmente em casos nos quais ele se manifesta por solicitação da Corte. O resultado da pesquisa revelou que o *Solicitor General* exerce grande influência nos votos proferidos pelos *Justices* na fase de *certiorari*. Segundo o estudo, ainda que os *Justices* potencialmente discordem das posições sustentadas pelo *Solicitor General*, seguem as suas recomendações em 35% dos casos. Essa influência, no entanto, é limitada por considerações legislativas, na medida em que se as recomendações contrariam a lei. Em, BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. Solicitor General Influence and Agenda Setting on the U.S. Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Utah, v. 64, n. 4, p. 765–778, 2011.

<sup>445</sup> BENESH, Sara C.; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. Aggressive Grants by Affirm-Minded Justices. **American Politics Research**, v. 30, n. 3, p. 219–234, 2002, p. 220.

<sup>446</sup> O termo sucesso deve ser compreendido, segundo Davi Fontana, como a habilidade das cortes constitucionais de verem as suas decisões cumpridas, a sua legitimidade respeitada e a sua relevância política afirmada. Em, FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. **Comparative Constitutional Law**, Northampton, p. 624–641, 2011, p. 625.



autor, atribuir às Cortes o poder de não decidir permite a ela agir estrategicamente e deliberar sobre os casos corretos no momento adequado para o caso (*issue timing*), evitando-se que um determinado tema seja submetido a julgamento quando o país ainda não está pronto para enfrentá-lo, quando se tratar de tema excessivamente polarizante, ou quando a própria Corte não tenha capital político suficiente para impor a sua decisão legitimamente.

O uso adequado do referido poder permite à Corte inicialmente criar e posteriormente manter a sua legitimidade perante a sociedade (*legitimacy timing*), mesmo em situações nas quais o poder político não oferece suporte à decisão proferida pela Corte. Segundo o autor<sup>447</sup>:

Conceder à corte o poder de decidir o que será decidido permite a ela limitar o número absoluto de grandes casos submetidos a sua decisão, o que permite a ela evitar um número excessivo de disputas políticas, conferindo a ela o poder de definir a sua própria agenda, permitindo a ela competir de forma mais justa com os demais poderes, que tem controle sobre sua agenda.

Para exemplificar como o exercício da referida competência foi importante na história da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>448</sup>, Fontana cita a decisão através da qual a Corte inadmitiu casos relacionados com a constitucionalidade da guerra do Vietnã<sup>449</sup>. Para o autor, o tema sempre provocou intensa polarização entre os cidadãos americanos, razão pela qual a Corte nunca decidiu um caso que diretamente enfrentasse a constitucionalidade da Guerra.

Isso não significa, no entanto, que as Cortes sempre irão evitar enfrentar casos polarizantes, mas que o farão no tempo que entenderem adequado. Um exemplo, ainda segundo Fontana, é o emblemático caso *Brown v. Board of Education*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos encerrou a política de segregação racial nas escolas daquele país. Para o autor, se o caso houvesse sido decidido em momento anterior, a Corte poderia ter sido prejudicada,

---

<sup>447</sup> Tradução nossa. No original: “Giving courts docket control permits them to limite the sheer number of major issues they are deciding, which permits them to avoid excessive political fights, and giver them an agenda control power that allows them to compete on more equitable terms with the other branches of government, which do have agenda control”. Ibidem, p. 624.

<sup>448</sup> Há outros exemplos, fora da Suprema Corte dos Estados Unidos que podem ser citados. Segundo Davi Fontana, durante anos a Suprema Corte de Israel (High Court of Justice) evitou decidir casos nos quais se discutisse a legalidade de ações militares em territórios ocupados, embora desde 1969 tenha decidido que o controle de constitucionalidade era admissível em algumas hipóteses. Nesse período, a Corte tendeu a impor limitações aos litigantes para levantarem questões políticas na Corte. Somente a partir de 1979 que os casos relacionados ao tema foram admitidos e julgados, uma parte em razão das alterações políticas em Israel, tornando o “timing” mais adequado para enfrentar tais temas e outra parte pelo fato de que a passagem do tempo após a sua criação permitiu à Corte estabelecer um grau satisfatório de legitimidade. Por fim, lembra que somente anos após o atentado do 11 de setembro, Supremas Cortes de diversos países como Austrália, Alemanha, Reino Unido e Índia sentiram-se adequadamente confortáveis para julgar casos relacionados às políticas militares dele decorrentes.

<sup>449</sup> *Mora v McNamara*, 387 F.3d 862 (DC Cir. 1967), cert. denied, 389 US 934 (1967); *Orlando v Laird*, 443 F.2d 1039, 1043–4 (2d Cir. 1971), cert. denied, 404 US 869 (1971).

especialmente se consideramos a indisposição dos atores políticos e de boa parte dos estados do sul do país.

Segundo Hartnett<sup>450</sup>:

O poder de recusar julgar casos permite à Corte controlar seu tempo e “escapar, pelo menos temporariamente, das implicações lógicas de uma decisão de mérito a princípio impopular”. Ele também permite à Corte intervir seletivamente, sem comprometer-se a regulamentar uma nova área trazida à sua supervisão. Como resultado, então, a licença procedimental fornecida pelo *certiorari*, tem exercido um papel profundo no desenho do nosso direito constitucional substantivo.

O exercício do “*docket control*”, contudo, não está condicionado à existência de mecanismos formais de inadmissão de casos, como o *writ of certiorari*. Com efeito, é possível exercer a referida competência por intermédio de alternativas imperfeitas, que ocorrem quando as Cortes, a despeito de admitirem o caso para julgamento, o decidem com fundamentos formais, que não enfrentam diretamente o mérito da questão. Esta solução não se mostra a melhor possível, pois o simples fato de o caso ser admitido é suficiente para ensejar uma movimentação social, política, acadêmica em torno do tema, que pode em certa medida minar o capital político da Suprema Corte. Nesse sentido, a melhor alternativa permanece sendo aquela que autoriza a Corte a simplesmente deixar de decidir o caso.

Naturalmente, há quem critique o poder de selecionar casos, por entrar em confronto direto com concepções clássicas do exercício do Poder Judiciário, que parece ser o menos perigoso por possuir apenas a capacidade de julgar, sem força ou vontade. Para Hartnett, esta descrição não se coaduna com uma Corte que tem poderes para definir a sua própria agenda.

Com efeito, “enquanto o judiciário não tem sua própria força militar, o projeto de lei dos juízes deu à Suprema Corte uma importante ferramenta para exercer sua vontade: a habilidade de definir a sua própria agenda está no coração do exercício da vontade”<sup>451</sup>. Para cientistas políticos, citados por Hartnett, a ampla discricionariedade para definir sua agenda faz

<sup>450</sup> Tradução nossa. No original: The power to refuse to hear cases enables the Court to bide its time and “to escape, at least, temporarily, from the logical implication of an initial unpopular on-the-merits decision”. It also enables the Court to intervene selectively, without committing itself to policing a new área it brings under supervision. As a result, then, the procedural licence given by certiorari has had a profound role in shaping our substantive constitutional law. Em, 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, p. 1731-1732.

<sup>451</sup> Tradução nossa: No original: While the judiciary still lacks its own military force, the Judges’ Bill gave the Supreme Court an importante tool with which to exercise will: The ability to set one’s own agenda is at the heart of exercising will. Em, 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, p. 1718.

a Corte deixar de ser uma instituição passiva, passando a definir sua agenda substantiva para a implementação de políticas públicas. Deixa de lado a imagem de um árbitro neutro e um intérprete de política públicas para se tornar um ativo participante da elaboração de políticas públicas. Para Doris Provine:

A discricionabilidade, praticamente livre, da Suprema Corte, para definir a sua agenda, é parte da fundação sobre a qual se estabelece a sua força institucional. O controle da seleção dos casos pela Corte a permite evitar ou adiar disputas politicamente danosas. Ajuda a Corte na resposta às alterações de comportamento dos litigantes e aumenta a imagem da Corte como um fórum disponível<sup>452</sup>.

Na prática, alguns modelos de comportamento foram observados na realidade da Suprema Corte dos Estados Unidos, tendentes ao atingimento dos objetivos de política acima identificados. O primeiro deles é o que se convencionou denominar de *defensive denial*. Conforme se viu, o objetivo para o qual o sistema foi criado foi o de permitir que a Suprema Corte fosse acionada apenas nas hipóteses em que se discutam temas de relevância para o país, ou ainda, nas situações em que houver divergência de interpretação da norma pelas Cortes intermediárias. Quando se trata de comportamentos estratégicos, os objetivos são outros.

Quando o juiz está disposto a afirmar (*affirm-minded justice*) a decisão proferida pela Corte inferior, o juiz pode lançar mão do *defensive denial*, inadmitindo o *writ of certiorari*. Caso seja vencido nesta fase, vota para afirmar a decisão proferida pela Corte na conferência e na fase de elaboração do voto (*deny, affirm, affirm* [DAA])<sup>453</sup>. Neste caso, a razão pela qual ele inadmite o caso não envolve a sua menor importância, mas sim o fato de que a sua posição de preferência, que coincide com aquela proferida pela Corte inferior, poderia ser revertida na fase de mérito. Com efeito, de acordo com suas projeções pessoais em relação à posição de seus colegas de painel, a probabilidade maior seria a de que, de fato, a decisão seria revertida, o que se pretende evitar.

Por outro lado, quando o juiz está disposto a reverter o julgamento proferido pela Corte inferior (*reverse-minded justice*), também é possível a utilização do *defensive denial*. Neste caso, embora o juiz discorde da decisão proferida na instância inferior, ele desconfia que na

---

<sup>452</sup> Tradução nossa. No original: The Supreme Court's nearly unfettered discretion to set its own agenda... is part of the foundation of its institutional strength. Court-controlled case selection permits the Court to sidestep or postpone politically damaging disputes. It helps the Court respond to changing litigation patterns, and it enhances the Court's image as the available forum. Em, PROVINE, Doris Marie. **Case Selection in the United States Supreme Court**. University of Chicago Press: Chicago, 1980, apud HARTNETT, 2000, op. cit., p. 1719.

<sup>453</sup> BENESH, Sara C.; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. Aggressive Grants by Affirm-Minded Justices. **American Politics Research**, v. 30, n. 3, p. 219-234, 2002, p. 223.

fase de mérito, a composição colegiada do Tribunal pode afirmar a decisão proferida pela Corte inferior, transformando-a em um precedente, contrário à sua posição de preferência. Para evitar este risco, resolve inadmitir o caso.

Tais estratégias exigem do juiz apurado conhecimento das posições dos seus colegas de colegiado, permitindo-se evitar a chegada de casos ao Plenário que possam instituir políticas públicas contrárias aos interesses particulares de cada um dos integrantes da Corte. Com efeito, a maioria dos juízes enxergam as *defensive denials* como estratégias aceitáveis no processo decisório da Suprema Corte<sup>454</sup>.

O trecho a seguir transcrito, extraído de entrevista realizada por Perry Jr. com um dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos é elucidativo quanto à efetiva utilização dos *defensive denials*, e de seus objetivos:

*Justice*: Eu posso pensar que a Suprema Corte de Nebraska proferiu uma decisão horrível, mas eu não gostaria de admitir o caso, pois se ele for admitido e confirmado, então ele se tornará um precedente.

*Perry*: Na verdade, isso me direciona para algo que eu gostaria de perguntar depois, mas deixe-me tratar disso agora pois eu quero ter certeza de que eu entendi você. Alguns juízes votam estrategicamente no *cert*? Por exemplo, é concebível para mim que o Juiz \_\_\_\_\_ veria um caso que ele acredita que deve ser admitido, ainda que ele tenha medo de que se ele vote para admitir o *cert*, e traga o caso, em razão de algumas pessoas da Corte as coisas poderiam ficar piores, então ele preferiria deixar o caso como está?

*Justice*: Oh, eu penso que isso acontece. Como eu acabei de dizer a respeito da Corte Suprema de Nebraska, em algumas situações, é melhor não admitir o caso<sup>455</sup>.

Se é certo, então, que juízes deixam de admitir casos por razões estratégicas, seria possível também afirmar que eles admitem casos baseados em cálculos estratégicos? Perry Jr. denomina este suposto comportamento estratégico como *aggressive grants*, que consistiriam em situações nas quais os juízes admitem casos que não são os melhores, mas que, por outro lado, segundo seus cálculos estratégicos, tem determinadas características que o tornam

<sup>454</sup> PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>455</sup> *Justice*: ... I might think the Nebraska Supreme Court made a horrible decision, but I wouldn't want to take the case, for if we take the case and affirm it, then it would become a precedent... *Perry*: Actually this lead to something I wanted to ask later, but let me follow up on that now because I want to be sure I understand you. Do some justices vote strategically on cert.? For example, it is conceivable to me that Justice \_\_\_\_\_ would see a case that he believes ought to be granted, yet he is afraid that if he votes to grant cert. and brings the case up, that given the..... personnel on the Court... in fact it might make things worse, so he would rather let it lie? *Justice*: Oh, I think that does happen. Just as I have said with the Nebraska Supreme Court, some things might better not to be taken. Em, PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

particularmente interessantes para implementar decisões em determinados sentidos que lhes são mais convenientes. Nesses casos os juízes votam por admitir o caso, afirmá-lo na conferência e na fase de elaboração do voto (*grant, affirm, affirm, [GAA]*)<sup>456</sup>.

Para descobrir se de fato esse tipo de comportamento em algum momento foi praticado, Perry Jr. questionou aos seus entrevistados. Em resposta, ouviu que:

Como os *clerks* são trocados de um ano para o outro, eles não estão totalmente cientes de temas particulares que me interessam, e casos que estou procurando. Deixe-me lhe dar um exemplo. O voto de \_\_\_\_ v \_\_\_\_, que eu escrevi..... Eu passei diversos anos procurando por um caso que apresentasse exatamente essa questão. Eu acho que \_\_\_\_\_ foi um dos casos mais importantes que nós fizemos nos anos \_\_\_\_\_. Eu estou na Corte. Digo, ele desenvolveu toda a linha desses casos. Eu acho que aquela (doutrina conforme foi desenvolvida) é extremamente importante. Esse é o tipo de coisa que eu faço as vezes. Eu procuro casos<sup>457</sup>.

A despeito das respostas positivas, Perry Jr. conclui que embora os *aggressive grants* efetivamente ocorram, é pouco provável que eles tenham sucesso. Isso ocorre pelo fato de que a dinâmica de admissão de casos é inteiramente diferente daquela aplicada no *defensive denial*. Neste, a simples rejeição, sem qualquer fundamentação, é suficiente para impedir que um caso seja admitido na Corte, enquanto que a admissão de um caso requer do juiz nele interessado uma argumentação consistente quanto às razões pelas quais ele é o melhor para solução de determinada questão jurídica. Em suma, a admissão de casos, por representar uma minoria dos casos submetidos à Corte, atrai maior atenção dos demais *Justices*, razão pela qual a utilização estratégica da ferramenta se torna mais difícil de ser implementada.

Por fim, merecem referência as situações conhecidas com “DIG”<sup>458</sup>. Nelas, a Corte inadmite casos que considera terem sido admitidos de forma indevida. Esta decisão pode ser proferida a qualquer momento durante a tramitação e o julgamento do *certiorari*. Uma vez que o caso é “*digged*”, considera-se que ele jamais foi admitido. O quórum para a reversão da admissão de um caso na Suprema Corte dos Estados Unidos segue a regra do *rule of six*, de

<sup>456</sup> BENESH, Sara C.; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Aggressive Grants by Affirm-Minded Justices*. *American Politics Research*, v. 30, n. 3, p. 219–234, 2002, p. 222.

<sup>457</sup> Because clerks change from year to year, they can't be fully aware of the particular areas that I'm interested in, and cases that I'm looking for. Let me give you an example. The opinion of \_\_\_\_ v \_\_\_\_, which I wrote... I had spent several terms looking for a case that presented this issue pretty well. I think -- \_\_\_\_ was one of the most importante cases we have done in the \_\_\_\_ Years. I've been on Court. I mean it set i team the whole progeny of \_\_\_\_ cases. I think that [doctrine as it developed], is extremely importante. That's the sort of thing I do sometimes. I look for cases. Em, PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Ebook.

<sup>458</sup> Sobre o DIG, ver: SOLIMINE, Michael E., GELY, Rafael. **The Supreme Court and the DIG: an empirical and institutional analysis**. Winsconsin: Winsconsin Law Review, 2005.

modo que será necessário que pelo menos seis *Justices* decidam inadmitir o caso para que a admissão inicial possa ser revertida<sup>459</sup>. Há um potencial comportamento estratégico ao redor do “*DIG*”, na medida em que parte do colegiado pode se dar conta de que a Corte se encaminha para fixar um entendimento que contraria os interesses de determinado grupo, circunstância não antecipada quando da conferência para admissão do caso.

Em conclusão, é possível afirmar que comportamentos estratégicos são uma realidade na fase de *certiorari*, e tais estratégias podem preponderar na reflexão quanto a decisão pela admissão ou inadmissão de um *writ of certiorari*. Somente trabalhos empíricos são capazes de confirmar tal hipótese. Com efeito, a revisão da literatura sobre o tema foi essencialmente baseada em trabalhos acadêmicos empíricos, com diferentes estratégias de abordagem, em especial quantitativas, a partir de bases de dados existentes sobre determinados períodos históricos da Suprema Corte dos Estados Unidos, e qualitativas, baseadas em entrevistas com atores importantes da fase de *certiorari*.

#### 4.5.2. A disputa pelo controle da agenda do STF

Feita a digressão sobre o comportamento estratégico na fase de *certiorari* da SCOTUS, voltemos novamente os olhos para o STF. A análise do *design* institucional escolhido pelo RISTF demonstra que os poderes do Presidente, que sozinho elabora a pauta de julgamentos do plenário presencial do STF, dos relatores, que podem reter os casos sob sua relatoria até o momento em que entenderem devido, e de todos os Ministros, com o pedido de vista, interferem diretamente na prestação da atividade jurisdicional da Corte<sup>460</sup>. De um lado, permite que os

<sup>459</sup> A diferença entre o *rule of four* para admissão e *rule of six* para o DIG justifica-se com base na ideia de que se uma supermaioria não fosse exigida para reverter a admissão em de um caso, então em teoria a *rule of four* poderia ser regularmente subvertida por cinco juízes que não votaram para admitir o caso. Em, SOLIMINE, Michael E., GELY, Rafael. The Supreme court and the Sophisticated use of DIGs. **Supreme Court Economic Review**. Chicago, v. 18, 2010.

<sup>460</sup> Para Ana Laura Barbosa, “A descrição do desenho institucional indicou a complexidade na relação entre os elementos que determinam a formação da agenda de julgamentos do STF. A despeito da complexidade, 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. BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 29. No mesmo sentido, Arguelhes e Ribeiro sustentam que: “um caso somente é enviado para decisão da Corte depois que o relator diga que está pronto, e que o Presidente da Corte o inclua na agenda. Mesmo depois da Corte iniciar o julgamento do caso, entretanto, na prática, cada Ministro, individualmente, tem o poder de veto que pode ser ativado a qualquer momento: eles podem requerer que o julgamento seja suspenso, e os casos são enviados ao seu gabinete para análise futura (pedido de vista, ou simplesmente vista). Tradução nossa, no original: A case is only sent to the Court for a decision after the case reporter says it is ready and after the Chief Justice includes it in the agenda. Even after the court begins to decide the case, however, in practice

Ministros, individualmente, interfiram na agenda do tribunal escolhendo os casos que serão julgados ou afastados das sessões de julgamento. Por outro lado, permite que comportamentos estratégicos direcionem os resultados dos julgamentos ao sabor dos seus próprios interesses. Acima de tudo, cria uma disputa pelo controle da agenda da Corte.

Em dissertação de mestrado, Ana Laura Barbosa dedicou-se a descrever as diversas hipóteses em que tais comportamentos podem acontecer, apresentando exemplos colhidos da jurisprudência do Tribunal que confirmam a utilização estratégica do controle da agenda. Para a autora, o comportamento individual identificado indica quatro espécies de poderes decorrentes da influência no tempo dos julgamentos: i) fornecer sinalizações ao legislativo e à sociedade a respeito de um julgamento iminente ou da posição do tribunal; ii) influenciar na formação da maioria decisória, fazendo com que decisões sejam tomadas por outra composição do tribunal, ou fazer com que a decisão seja proferida em contexto político e social oportuno; iii) determinação integral do resultado de um caso ou dos efeitos práticos que dele decorrem, e por fim; iv) obstruir indefinidamente o início ou a finalização do julgamento, de modo a ocasionar a ausência de decisão.

Na hipótese (i), a interrupção dos julgamentos pode servir para que a Corte forneça uma sinalização aos demais poderes. Por sua vez, a inclusão em pauta, que sinaliza a iminência da discussão sobre determinado tema, poderia atuar como um estímulo para que o Parlamento se posicione sobre a matéria.

Na hipótese (ii), a seleção dos casos a serem julgados pode influenciar no resultado do julgamento, ainda que não se possa afirmar que são determinantes para o julgamento. O caso analisado nesta tese enquadra-se nesta hipótese levantada por Ana Laura Barbosa, na medida em que a opção pelo julgamento do *Habeas Corpus* e não das Ações Declaratórias de Constitucionalidade exerceu um papel decisivo no resultado do julgamento. A esse tema se retornará mais especificamente adiante.

Ainda na hipótese (ii), sustenta-se que o poder de agenda poderá ser utilizado não apenas para a identificação do contexto político mais adequado, mas também a composição do tribunal no momento do julgamento. Com efeito, o presidente, o relator e os demais Ministros, podem

---

each individual justice holds a veto power that can be activated at any time: she can request for the judgment to be halted, and the case files to be sent to her chamber for further study ('pedido de vista', or simply 'vista'). Em, ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Ribeiro. "The Court, it is I"? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. **Global Constitutionalism**, Cambridge, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018-B, p. 248.

se utilizar de seus poderes para iniciar ou interromper julgamentos, a depender da composição mais ou menos favorável para a sua posição preferida.

Na hipótese (iii), encontram-se as situações em que os Ministros relatores proferem decisões liminares e deixam de submeter o caso ao julgamento do colegiado, perpetuando as suas decisões, em prejuízo ao necessário caráter colegiado das decisões do STF<sup>461</sup>. A mesma hipótese ocorre quando, ainda que a questão não tenha perdido o objeto, a decisão proferida, associada ao uso dos poderes de agenda, influencia atores externos a evitarem o confronto com a Corte e acolherem a posição consagrada na decisão liminar.

Por fim, na hipótese (iv), a manifestação da Corte é bloqueada, seja pela ação do relator, que não libera o caso para julgamento, do presidente da Corte, que não pauta o caso a ser julgado (objeto principal desta tese), ou ainda, por qualquer Ministro, que pede vistas dos autos e os retém em seu gabinete. Nessas situações, o caso eventualmente pode perder objeto, e o silêncio do tribunal a respeito do caso substitui uma efetiva orientação da Suprema Corte.

Os itens a seguir explorarão detalhadamente os desdobramentos dos comportamentos observados acima, seja no que se refere aos poderes do presidente, seja em razão das condicionantes regimentais ao poder do presidente. Explorará ainda, como fatores extrajurídicos podem influenciar nos comportamentos em relação à agenda da Corte.

#### 4.5.2.1. A manipulação da pauta pelo Presidente do STF

As Cortes podem utilizar-se estrategicamente do controle da agenda para submeter ou afastar do colegiado a solução de casos que estejam dentre as suas prioridades pessoais, considerando a diversidade de históricos e crenças de cada um dos Ministros. No caso do STF,

---

<sup>461</sup> Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro denominam esse comportamento de controle de constitucionalidade individual. Para os referidos autores, “O STF, então, tem um *design* altamente individualizado e descentralizado, no qual juízes podem de forma individual fazer com que suas preferências prevaleçam sobre maiorias externas (políticas) e internas (judiciais). Todos os juízes têm o poder de individualmente evitar que um caso seja decidido, e podem usar a imprensa para tentar ameaçar outras instituições por meio de sinalizações de futuras decisões. Finalmente, e mais perturbador, cada relator pode proferir decisões cautelares, ainda que isso signifique a suspensão da execução de leis ou atos administrativos, e então usar seus poderes de agenda para controlar se e quando as decisões cautelares serão levadas ao plenário, confundindo a distinção entre cautelares de decisões finais. Tradução nossa, no original: All Justices have the power to individually prevent a case from being decided, and can use the press to try to threaten other institutions by means of signalling future decisions. Finally, and more disturbingly, each case reporter can issue provisional decisions, even if this means suspending the execution of statutes or administrative acts, and then use her agenda-setting powers to control if and when such a provisional ruling will be taken to the full court, blurring the distinction between ‘provisional’ and ‘final’ decisions. Em, ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Ribeiro. “The Court, it is I”? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. **Global Constitutionalism**, Cambridge, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018-B, p. 253.



considerando-se que a competência para elaborar o calendário de julgamentos é centralizada na figura do Presidente, aquilo que se observou na Suprema Corte dos Estados Unidos, em um exercício colegiado, pode ser observado individualizadamente, embora seus poderes estejam sujeitos a interferências dos demais membros da Corte.

Há diversos fatores, jurídicos ou extrajurídicos, que podem ser considerados pelo Presidente para submeter um caso a julgamento. A composição do tribunal é uma delas. Há casos, em geral aqueles denominados difíceis, nos quais a posição de cada um dos Ministros é relativamente conhecida. Ciente disso, o Presidente pode elaborar um cálculo estratégico para identificar o melhor momento para submeter um caso. Pode-se vislumbrar, por exemplo, a aposentadoria de um deles durante a sua gestão, o que permitiria a submissão do caso em momento posterior, quando aquele membro não mais esteja na Corte.

No mesmo sentido, o Presidente da Corte pode compreender que a submissão do caso naquele momento possivelmente irá provocar uma decisão colegiada contrária aos seus interesses. Nesse caso, ele se utiliza do seu poder de pauta e afasta do plenário o julgamento do caso, mantendo-se o *status quo*. A Corte simplesmente não jugará o caso, pelo menos durante a gestão deste presidente. Segundo Diego Arguelhes e Ivan Hartmann<sup>462</sup>:

A depender dos mecanismos de indicação de juízes, a passagem do tempo pode dar a uma corte diferente – com diferentes visões do ponto de vista moral, político e legal – a oportunidade de tomar uma decisão. Do ponto de vista de juízes interessados em fazer sua visão prevalecer na decisão, portanto, decidir um caso agora ou depois pode realmente significar ganhar ou perder no mérito.

Nesse aspecto, a percepção do presidente sobre o papel da Corte em determinado período histórico pode levá-lo a excluir temas que entenda excessivamente polarizantes, evitando-se com isso fragilizar a posição política do Tribunal no cenário nacional. Trata-se do modelo de *docket control*, exposto por David Fontana. Importante frisar que não só a ação de incluir determinado caso em pauta revela comportamento estratégico. O ato de escolher um conjunto de casos revela a preterição de outros, a já denominada agenda passiva, muitas vezes tão ou mais relevantes do que os escolhidos, mas que, por razões pessoais ou institucionais, podem não interessar ao Presidente. O controle sobre o tempo dos julgamentos exerce papel fundamental no trabalho realizado pelo Presidente.

---

<sup>462</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivan A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian supreme court's agenda. **Journal of Law and Courts**, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017, p. 106.

As razões são variadas e podem ser fundamentadas em uma avaliação sobre momento político inadequado, pela percepção de que o tema não está necessariamente maduro para julgamento<sup>463</sup>. Pode ainda ser influenciado pela sua compreensão sobre a legitimidade da Corte para decidir o caso, levando-o a omitir-se para que a solução seja encaminhada por outro Poder da República, em especial o Parlamento<sup>464</sup>. Por fim, pode ser influenciado pela compreensão de que uma decisão sobre determinado tema ainda não teria condições de ser recepcionada positivamente pela opinião pública. Tais reflexões não impactam necessariamente nas compreensões de política do Presidente, mas sim na perspectiva de preservação do capital político da Corte.

Assim, a omissão quanto a inclusão em pauta de determinados casos pode ser deliberada e pode esconder uma estratégia de evitar uma decisão sobre determinado tema<sup>465</sup>. Trata-se do denominado vício passivo, acima identificado. Esta situação é especialmente relevante para o presente trabalho e constitui o objeto principal do estudo de caso proposto<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> Para Alexander Bickel, as ferramentas que permitem às Cortes não decidir determinados casos devem proporcionar a ela a oportunidade de decidir casos salientes apenas após o amadurecimento da questão, possibilitando assim que sejam decididas com base em princípios, adotando a decisão correta no momento oportuno. Não sendo o momento adequado, a melhor decisão a ser tomada em uma situação de conflito entre a conveniência política do momento e a possibilidade de julgar com base em princípio, é evitar decidir. Em, BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. Yale University Press, 1986.

<sup>464</sup> Cass Sunstein desenvolve a ideia de minimalismo judicial, segundo o qual uma Corte Constitucional deveria deixar de decidir um caso, denegando o *writ of certiorari*, ou decidir o mínimo possível, quando ela: i) não conseguir alcançar um consenso; ii) não tiver informações suficientes; iii) não estiver segura a respeito dos compromissos morais, iv) entender que o povo tem o direito de decidir a questão democraticamente, e; v) acreditar que uma decisão judicial poderia enfrentar oposição política intensa, tornando-a contraproducente do ponto de vista moral e político. Em, SUNSTEIN, Cass. R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 53/54. Embora Sunstein cite as virtudes passivas de Alexander Bickel, e assim como ele, postule a conveniência do poder de decidir não decidir, o faz por razões diversas, pois compreende que do ponto de vista da legitimidade democrática, há decisões que cabem tão somente aos poderes eleitos.

<sup>465</sup> No mesmo sentido, Ana Laura Barbosa afirma que: “Assim, o poder do presidente não é só passivo – filtrar o que não será julgado, no que Mendes já denominou de inércia seletiva. O poder de pauta é também ativo – poder 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. Em BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 30.

<sup>466</sup> Carolina Ignacio Ponce produziu pesquisa empírica, cujo objetivo foi mapear ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face de emendas à constituição durante os governos FHC e Lula, com enfoque na formação da pauta do tribunal no julgamento destes casos. A autora concluiu, a partir da identificação do tempo de julgamento de determinados casos, que o “Tribunal utiliza o tempo como importante arma de estratégia decisória, escolhendo o melhor momento para intervir e, assim, podendo controlar o *timing* do impacto judicial na implementação da política, seja acelerando uma decisão, através do julgamento rápido da causa, seja protelando o julgamento, com o intuito de encontrar o melhor instante para decidir”. Em, PONCE, Carolina Ignácio. Definição de pauta no STF no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais nos governos

Pode-se cogitar ainda uma relação conflituosa entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, que de alguma forma estimularia a seleção de casos tendentes a anular atos proferidos pelos demais poderes. Nesses casos, sob um contexto político relevante, o Presidente lançaria mão de um comportamento estratégico na elaboração da pauta com vistas a tornar mais difícil a implementação de políticas públicas pelos agentes eleitos. O contrário também pode acontecer. Presidentes podem evitar incluir em pauta determinados assuntos que são desgastantes para o Poder Executivo, evitando-se assim um cenário de agravamento dos conflitos entre ambos.

Em sentido oposto, pode haver uma comunhão de esforços entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, oportunidade em que o Presidente da Corte fará o possível para pautar temas de interesse do governo, permitindo assim a execução de políticas públicas sem maiores percalços, ou ainda, destravando temas cujas soluções impactam positivamente na administração pública. Conforme já se viu, no passado recente, o Ministro Dias Toffoli e o O Ministro Luiz Fux, comprometeram-se com pautas positivas para o Governo Federal<sup>467</sup>.

Fatores legais também são capazes de orientar a seleção de casos a serem julgados pelo plenário. Com efeito, juízes orientados por valores ligados ao conjunto de normas proposto em dado ordenamento jurídico tenderão a privilegiar a seleção de casos que promovam a segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito. Por outro lado, juízes orientados por inclinações de políticas formadas a partir de suas experiências pessoais, profissionais, religiosas, acadêmicas e por que não, político-partidárias, podem ser guiados por tais influências ao selecionar os casos que serão submetidos a julgamento.

Com efeito, é possível afirmar que haverá casos que, se decididos em determinado momento, ensejarão resultados não desejados por ele Presidente, ou pelo grupo político que lhe indicou. Esse cálculo estratégico certamente o levará a priorizar outros casos, deixando para

---

FHC e Lula. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula, e; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 158–174, p.172.

<sup>467</sup> Segundo Luiz Fernando Gomes Esteves, o fato de o sistema político brasileiro ser caracterizado como um presidencialismo de coalização, exige do Presidente da República que forme maiorias governistas consistentes na Câmara e no Senado, o que se torna cada vez mais difícil em razão da ampla fragmentação partidária no Brasil. Ainda que superada a referida dificuldade, formando-se a maioria necessária, os mecanismos de acesso à corte são facilitados, o que termina por levar ao STF praticamente todos os temas importantes para o Governo Federal. Nesse contexto, “o apoio da presidência do STF é um grande ativo, pois o ocupante do cargo terá poderes especiais para colocar um assunto na pauta de julgamentos do plenário ou mesmo decidir individualmente um caso que sequer está sob sua relatoria. A presidência poderá funcionar como geradora solo de crises para o governo, caso não esteja a ele alinhada, ou como impulsionadora da agenda do Executivo”. Em, ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. *Onze Ilhas ou Uma Ilha e Dez Ithéus? a Presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal*. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 129–154, 2020, p. 145.

submeter casos específicos em momentos mais favoráveis, como em uma nova composição, por exemplo, ou ainda, após a mudança de entendimento de um dos Ministros.

Presidentes comprometidos com pautas econômicas, sociais, ambientais, criminais, tributárias, corporativas, dentre outras, podem selecionar casos atrelados a tais temas para fomentar o desenvolvimento de cada uma dessas áreas. Conforme já se viu, há fortes indícios, colhidas a partir de declarações dos Presidentes à imprensa, ou ainda, declarações em discursos de posse, que reforçam a compreensão de que a pauta de julgamentos da Corte é elaborada a partir de influências ligadas à sua percepção sobre as prioridades do momento histórico.

Percebe-se, portanto, que a elaboração da pauta, oferece uma oportunidade para a execução de um comportamento estratégico do Presidente, implementando pelo menos, objetivos legalistas, institucionais ou ideológicos. Aqui, o modelo estratégico se revela como um meio para se alcançar os fins almejados pelo Presidente. Reforça-se aqui a ideia exposta acima de que o modelo estratégico não consiste em modelo autônomo, mas sim em modelo instrumental, cujo objetivo é atingir objetivos específicos, seja do ponto de vista legalista, institucional ou ideológico.

Esse modelo de seleção da pauta de julgamento, cujo desenho é variável a partir do que dispõe o Regimento Interno, pode gerar riscos, pois colocar nas mãos de apenas um agente a possibilidade de influir no que será julgado pelo Tribunal pode abrir espaço para que haja um “enviesamento” da pauta, muitas vezes negativo, pois favorece o individualismo, admitindo que ações estratégicas sejam “individualmente pensadas e articuladas”<sup>468</sup>. Segundo Ana Laura Barbosa<sup>469</sup>:

Regras altamente flexíveis, sem qualquer forma de restrição à discricionariedade, tornam o funcionamento do Tribunal menos transparente, o que acaba, como reflexo prejudicial, tornando o STF uma Corte de pessoas, e não uma Corte de decisões.

Nas entrevistas realizadas por Virgílio Afonso da Silva, é possível identificar alguma insatisfação no plenário em relação à excessiva centralização de poderes na figura do presidente<sup>470</sup>:

---

<sup>468</sup> BARBOSA, Ana Laura Perera. **As estratégias na definição da pauta de julgamento**: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes. 2015. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2015, p. 30.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>470</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22–56, 2021, p. 36.

Eu diria que ela está ao arbítrio do presidente. Ele decide o que vai entrar e o que não vai entrar. A pauta tinha que ter uma lógica, tinha que ter um consenso. Deveria ter uma certa estabilidade e não tem. (Ministro I)

Eu penso que a maneira como a pauta é feita hoje não é democrática. Ela não é discutida coletivamente com os Ministros. Isso tem uma razão de ser: todo mundo ou foi ou vai ser um dia presidente. Então ninguém questiona o fato do presidente monopolizar a pauta, porque um dia ele vai ter esse monopólio de poder. [...] O maior poder que um tribunal pode ter é a sua pauta. (Ministro F)

Naturalmente, não se pode garantir que a orientação pretendida pelo Presidente será vencedora, considerando que, uma vez selecionado o caso, os julgamentos serão realizados colegiadamente. A despeito disso, Ana Laura Barbosa<sup>471</sup>, referindo-se à Corte de Gilmar Mendes, sustenta que o voto do Presidente se encontra predominantemente alinhado com a posição vencedora nos casos emblemáticos submetidos a julgamento, o que indica certa convergência entre o cálculo estratégico realizado por ele para submeter um caso e a maioria formada no julgamento. Ainda que assim não seja, o só fato de o caso ser submetido ao plenário já provoca reações na opinião pública, na imprensa e nos demais Poderes, podendo-se criar um cenário político que de alguma forma fortaleça uma determinada inclinação a um resultado específico.

Ao investigar o uso estratégico da pauta de julgamentos da Corte no período da Presidência do Ministro Gilmar Mendes, a autora buscou responder à seguinte indagação: “Como se operacionaliza, na prática, o uso estratégico em potencial existente na pauta de julgamentos durante a Corte Gilmar Mendes?”.

Adotando uma metodologia empírica preponderantemente quantitativa, a autora concluiu que embora o uso estratégico da pauta exista, ele não possui a extensa amplitude que poderia em tese possuir, haja vista que a alta carga de processos que o Tribunal recebe impõe ao Presidente a necessidade de pautar casos aptos a solucionar processos repetitivos, dado que a pressão pela eficiência, representada pelo número de julgamentos proferidos pela Corte é significativa. Nesses casos, a figura do “Presidente-Gestor” prepondera sobre a figura do “Presidente-Player”, e a pauta é dominada pela ampla demanda que se avoluma nos gabinetes dos Ministros.

Ocorre, entretanto, que a opção por uma gestão eficiente do ponto de vista numérico pode ser considerada como uma estratégia de gestão do Presidente, cujo objetivo pode ser, por

---

<sup>471</sup> BARBOSA, 2015, op. cit., p. 66.

exemplo, dar concretude ao princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Nesse aspecto, ainda que o presidente não escolha os casos por alguma inclinação ideológica, estará elegendo casos, estrategicamente, objetivando alcançar um fim específico, no caso um fim legalista, por permitir a implementação de um direito fundamental previsto na Constituição.

Diante do exposto, parece não haver dúvidas quanto ao potencial estratégico que o modelo de elaboração de pauta do STF fornece ao Presidente da Corte, que sozinho, tem a atribuição de selecionar os casos que serão submetidos ao plenário presencial, afastando dela casos inoportunos. Entretanto, as regras que compõem o Regimento Interno da Corte estabelecem uma disputa interna, que permite que os demais Ministros interfiram no poder do Presidente. É o que se verá no subitem a seguir.

#### 4.5.2.2. O uso estratégico das condicionantes regimentais pelos Ministros do STF

A competência para seleção de casos pelo Presidente, que revela um poder centralizado do tipo institucional, está submetida a condicionantes, haja vista que os regimentos internos do STF, historicamente, adotaram um modelo fragmentado e distribuído em níveis individuais distintos<sup>472</sup>. Com efeito, as regras regimentais atribuem ao Relator o poder individual descentralizado de liberar os casos para julgamento apenas quando lhe parecer conveniente. Somente a partir deste momento, o Presidente poderá selecionar o caso para julgamento<sup>473</sup>.

A liberação de um julgamento por parte do relator pode dar a ele a oportunidade de agir estrategicamente e liberar um caso apenas quando entender que a composição do tribunal é favorável à posição por ele sustentada, evitando-se que o seu voto seja vencido caso o processo seja submetido em um cenário desfavorável. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que debateu a possibilidade de interrupção da gestação no caso de gravidez de feto anencéfalo, ilustra como o comportamento estratégico do Ministro Relator neste caso

<sup>472</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 20.

<sup>473</sup> Para Ana Laura Barbosa, “A descrição do caminho percorrido pelos processos desde a autuação até o 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”. Em, BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 29.

foi eficaz para favorecer a sua posição ideologicamente preferida. O caso foi ajuizado em junho de 2004 e demorou longos oito anos entre a sua autuação e a liberação para julgamento pelo relator.

Em decisão liminar proferida em julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio reconheceu o direito das gestantes à antecipação terapêutica do parto, condicionada à existência de laudo médico comprovando o diagnóstico de anencefalia, determinando ainda o sobrestamento da tramitação dos processos sobre o tema. Após a submissão da liminar ao referendo do Plenário, a maioria decidiu por revogar a cautelar concedida, no trecho em que permitia a realização da interrupção da gestação. Compuseram a maioria os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim.

Durante o período em que o Ministro Marco Aurélio manteve o caso sob a sua relatoria sem submetê-lo ao plenário para julgamento de mérito da causa, a composição do STF alterou-se de forma significativa. Com efeito, aposentaram-se nesse período os Ministros Eros Grau, Nelson Jobim, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. A exceção do Ministro Sepúlveda, todos os demais compuseram a maioria de votos contra a interrupção da gestação.

O caso só foi novamente liberado para julgamento em fevereiro de 2011, seis anos após a concessão da medida cautelar. Desta feita, por maioria, em fevereiro de 2012, a Corte declarou a inconstitucionalidade da interpretação que propunha que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos é crime. No julgamento, o Ministro Fux, que sucedeu Eros Grau, a Ministra Cármen Lúcia, que sucedeu Nelson Jobim, e a Ministra Rosa Weber, que sucedeu Ellen Gracie, seguiram o relator e posicionaram-se pela interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de fetos anencéfalos não constitui crime.

Analisados os fatos, verifica-se que a estratégia do Ministro Marco Aurélio surtiu efeitos, pois, caso a ADPF tivesse sido submetida, no mérito, com a composição formada no momento da sua propositura, certamente o caso teria sido decidido de outra forma. Prevaleceu, estrategicamente, a orientação ideológica preferida pelo relator.

Associado aos poderes do relator, o Regimento Interno concede aos Ministros o direito de requerer vista dos autos, um poder individual descentralizado concomitante, visto que disponível a todos, incluindo o próprio presidente. Conforme visto nos itens acima, os pedidos de vista estão presentes desde a sua primeira redação, em 1891, embora suas características tenham variado com os sucessivos diplomas regimentais que foram editados desde então.

Visto de forma geral, os pedidos de vista<sup>474</sup>, na forma como encontram-se desenhados hoje, consistem em uma oportunidade concedida aos Ministros, para, a qualquer tempo, durante uma sessão de julgamentos, requererem tempo adicional para melhor analisar os fatos e argumentos discutidos em um caso. Uma vez solicitado, o julgamento do caso é interrompido e o processo segue para o Gabinete do solicitante, para que proceda à análise.

Entretanto, pesquisas empíricas demonstram que os pedidos de vista podem estar sendo utilizados com objetivos diversos, mais especificamente, o controle individual da agenda da Corte. Ao ser questionado sobre o retardamento no julgamento dos casos, causado pelos pedidos de vista, o Ministro Marco Aurélio asseverou que:

Na vida judicante sempre virei a página. Não fico remoendo situações concretas. O Regimento Interno prevê que, havendo pedido de vista, o vistor deve devolver o processo até a segunda sessão ordinária que se segue àquela do pedido. A previsão não vem acompanhada de sanção. E para que se tornasse concreta, de eficácia maior, teria que haver sanção, talvez a submissão do processo, pelo Presidente, na sessão subsequente. Tive situações concretas em que houve sustentação da tribuna pelo advogado da causa e ante pedido de vista, a sustentação caiu no vazio. É impossível o integrante do colegiado lembrar-se um mês, dois meses, três meses, quatro meses depois de todos os detalhes versados da tribuna pelo advogado. Foi o que disse, com a carga de processos, com a avalanche de processos, o julgador vai virando a página. Sempre fui um juiz à antiga, tanto que dizia que minha residência era sucursal do Supremo. Somente ia ao gabinete para as audiências com os advogados.

A bem da verdade, pedidos de vista constituem uma hipótese de bloqueio da pauta selecionada pelo Presidente, conferindo aos Ministros um poder de veto<sup>475</sup>. Para Arguelhes e Ribeiro<sup>476</sup>, dois argumentos, entretanto, poderiam afastar a desconfiança da utilização do pedido de vistas como uma oportunidade para controle individual da agenda.

---

<sup>474</sup> Além do Regimento Interno, o pedido de vista dos autos encontra previsão legal na Resolução n. 278 de 2003, alterada pela Resolução n. 322 de 2006, do Supremo Tribunal Federal, que determinam o seu prazo de duração, estabelecem uma renovação por 10 dias, sem no entanto, determinar qualquer providência caso os autos não sejam devolvidos. Por sua vez, o artigo 940 do Código de Processo Civil, assim dispõe, *verbis*: O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. Sobre o papel dos pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal, ver: ARVIGO, Maru. **Pedido de vista como um poder individual sobre a deliberação**: uma análise à luz dos constrangimentos impostos pela Resolução 278 do STF. 2016. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

<sup>475</sup> ARGUELHES, Diego; HARTMANN, Ivan. Pedido de vista é poder de veto. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 15 abr. 2015. Disponível em: <http://feeds.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/215974-pedido-de-vista-e-poder-de-veto.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2022.

<sup>476</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivan A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian supreme court's agenda. **Journal of Law and Courts**, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.



Em primeiro lugar, a existência de prazos que determinam a devolução dos autos em algumas semanas poderia retirar o seu impacto no processo decisório da Corte. Em segundo lugar, o excesso de prazos na devolução dos autos decorreria não de um comportamento estratégico, mas sim do excesso de processos que se acumulam no acervo do tribunal. Após uma análise quantitativa do número de pedidos de vistas realizados na Corte entre 1998 e 2013, verificou-se que ambos os argumentos acima elencados não são capazes de explicar o uso do pedido de vistas.

Com efeito, o atendimento dos prazos de devolução dos pedidos de vista são a exceção e não a regra. Embora pouco recorrentes, os pedidos de vista acontecem em situações nas quais os Ministros pretendem afastar os casos do plenário, por anos, às vezes décadas. Ademais, sustentam que não há correlação entre o volume de casos acumulados no estoque do Tribunal e o uso do pedido de vistas.

Concluem, em primeiro lugar que, diferentemente de outras supremas cortes nos Estados Unidos e na Europa Continental, o STF não precisa de um modelo, tal qual o *certiorari*, para recusar o julgamento de um caso, visto que pode simplesmente silenciar a respeito, e que o desenho institucional dos pedidos de vista permite a um Ministro impedir que a Corte decida um caso, o que significa que a definição da agenda na Suprema Corte brasileira é essencialmente individualizada.

Em suma, através do pedido de vista, aquele que o requereu pode retirar um caso “errado” da agenda ou prevenir que um caso “correto” seja julgado no momento “errado”, seja em face de preocupações institucionais, como por exemplo, a legitimidade da Corte para decidir sobre questões políticas sensíveis, de preocupações pessoais, quando teme que sua posição preferida tende a restar vencida, ou ainda, por uma combinação de ambas<sup>477</sup>. Nesse sentido, “Ministros do STF podem utilizar as vistas para suspender indefinidamente a deliberação de casos inconvenientes, sem nunca ter que anunciar ou admitir que estão o fazendo”<sup>478</sup>. Não havendo prazos peremptórios para a devolução do feito, passa o Ministro que pediu vistas a ter controle sobre a agenda, podendo inclusive postergar a retomada do julgamento do feito para uma nova gestão, retirando totalmente das mãos do Presidente o poder de controlar o momento do julgamento do caso.

---

<sup>477</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>478</sup> Tradução nossa. No original, “...STF Justices can use vistas to indefinitely suspend deliberation on unwanted cases, without ever having to announce or admit they are doing so”. Ibidem.

Um caso recente nos parece representativo da disputa em torno da agenda, estimulada pelo pedido de vista<sup>479</sup>. Tramitam perante o STF as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6119, 6139 e 6466, todas sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. O objeto das referidas ações consiste na discussão a respeito da interpretação que deve ser dada às regras que estabelecem direitos relacionados ao porte de armas de fogo.

Após a instrução do feito, o Relator determinou a inclusão em pauta no Plenário Virtual para a sessão de julgamento de 12.03.2021 a 19.03.2021. Importante registrar que não houve concessão de tutela cautelar monocraticamente pelo Relator, que o submeteu a apreciação do Plenário. Durante o período de julgamento virtual, houve pedido de vista da Ministra Rosa Weber, cuja devolução ocorreu em 16.04.2021. Em seguida, novo pedido de vista, desta feita do Ministro Alexandre de Moraes, que o devolveu em 17.09.2021, quando o Ministro Kassio Nunes pediu vistas dos autos. Desde então, passado quase um ano, o processo permanece com pedido de vista pendente, sem que o julgamento pudesse ser concluído.

De acordo com o que se sustentou até o momento, a hipótese se enquadra na utilização do pedido de vista como poder de veto, já que a omissão na devolução dos autos pelo Ministro Kassio Nunes termina por impedir a conclusão do julgamento, submetido ao plenário virtual pelo Ministro Edson Fachin. Diante da ineficiência dos instrumentos regimentais, que embora estabeleçam um prazo para a devolução da vista, são solenemente ignorados, a solução encontrada pelo Relator para retomar o controle da agenda foi conceder uma tutela cautelar monocrática durante o período de suspensão do julgamento pelo pedido de vistas.

Pois bem. A associação entre os poderes de pauta do presidente e a possibilidade dos pedidos de vista por tempo indeterminado permite à Corte sinalizar ao Parlamento as suas pretensões, para que acelere o processo legislativo sobre determinado assunto. Ana Laura Barbosa analisa dois casos concretos que provocaram a ação do Congresso para solucionar o problema, do ponto de vista legislativo.

O primeiro deles envolve o julgamento sobre o foro por prerrogativa de função para parlamentares, discutida em Questão de Ordem na Ação Penal n. 937. A movimentação no Supremo, com pedido de dia para julgamento do Ministro Roberto Barroso e a inclusão em

---

<sup>479</sup> Situação similar já havia ocorrido em 2015, na ADI 5326, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Neste caso, o início do julgamento se deu em 12 de agosto de 2015, no plenário presencial. Após os votos do Relator e do Ministro Edson Fachin, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Dias depois, 20 de agosto de 2015, o Ministro Relator concedeu a cautelar, monocraticamente. Os autos foram devolvidos pela Ministra Rosa Weber em 18 de dezembro de 2015 e, em 27 de setembro de 2018, a cautelar foi confirmada pelo plenário, por maioria de votos.

pauta pela Ministra Presidente, Cármen Lúcia, fez com que o Senado se movimentasse para acelerar a tramitação da PEC n. 10/2013, que extinguiu o foro por prerrogativa de função em crimes comuns. A PEC foi finalmente aprovada em dois turnos.

Em 31 de maio de 2017, mesma data em que o projeto foi aprovado em segundo turno pelo Senado Federal, foi iniciado no STF o julgamento da Questão de Ordem, na qual o Ministro Barroso propôs a fixação de tese segundo a qual (i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Após o voto, o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu o julgamento com pedido de vistas, o que não impediu que o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Rosa Weber, e a Ministra Cármen Lúcia, antecipassem seus votos para acompanhar o relator.

Os autos foram devolvidos para julgamento pelo Ministro Alexandre de Moraes e logo em seguida foram novamente pautados pela Ministra Cármen Lúcia. Na sessão de julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou em parte o voto do relator, e os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, acompanharam integralmente o Relator. A essa altura, a soma dos votos já formaria uma maioria suficiente para tornar vencedora a posição do Ministro relator. No entanto, o Ministro Dias Toffoli pediu nova vista dos autos, sustentando que o Congresso Nacional deveria deliberar sobre a matéria<sup>480</sup>.

A despeito da aceleração do processo legislativo no Senado, não se observou o mesmo na Câmara dos Deputados. A tramitação da PEC ficou parada, tempo suficiente para que o Ministro Dias Toffoli devolvesse os autos e o caso fosse reincluído em pauta, quando finalmente se concluiu o julgamento, restringindo-se o alcance do foro por prerrogativa de função.

Para a autora<sup>481</sup>:

---

<sup>480</sup> BETIM, Felipe. STF abre caminho para limitar foro privilegiado de deputados e senadores. *El País*. São Paulo, 23 nov. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/23/politica/1511464819\\_756831.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/23/politica/1511464819_756831.html). Acesso em: 04 fev. 2022.

<sup>481</sup> BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 38.

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.

Mais recentemente, o Presidente da Câmara dos Deputados acelerou a tramitação de projeto de Emenda à Constituição para aumentar a imunidade parlamentar, após decisão judicial do STF que confirmou a prisão do Deputado Federal Daniel Silveira<sup>482</sup>. A extrema sensibilidade do caso provou certo incômodo em parte dos Deputados. Após os esforços iniciais da Câmara dos Deputados e de alguns avanços, o Presidente da Casa não conseguiu apoio suficiente para colocar o projeto em votação<sup>483</sup>.

Esta estratégia já foi utilizada pelo Presidente Dias Toffoli, durante a sua gestão. Com efeito, matéria divulgada em O Globo<sup>484</sup> revela que:

Ao prever julgamentos com meses de antecedência inaugurou novo papel da Corte, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Dias Toffoli, inaugurou um novo papel da Corte. Se por um lado ele dá aos colegas tempo suficiente para estudar os processos; por outro, o Ministro alerta o Congresso Nacional e dá aos parlamentares a chance de legislar antes do julgamento.

De acordo com a publicação, esse fenômeno foi observado em duas ações pautadas para o primeiro semestre de 2019, a primeira sobre a criminalização da homofobia e a segunda sobre a descriminalização do uso da maconha. No caso da homofobia, que já havia sido pautada no ano de 2018, com a conclusão parcial de quatro votos favoráveis à criminalização, a inclusão do caso na pauta deu a oportunidade ao Congresso Nacional para se movimentar, o que efetivamente aconteceu.

Durante a tramitação dos processos no STF, o Senado Federal chegou a oficiar a Corte para informá-la que a Casa estava debatendo o tema, e que uma deliberação legislativa estava prestes a ser endereçada. Com efeito, em sessão realizada no dia 23 de maio de 2019, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, informou ao plenário que recebeu comunicação do Senado

<sup>482</sup> BRANT, Danielle; RESENDE, Thiago; TEIXEIRA, Matheus. Após caso Silveira, Lira acelera PEC para aumentar imunidade parlamentar e gera críticas por atropelo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/apos-caso-silveira-lira-acelera-pec-para-aumentar-imunidade-parlamentar-e-gera-criticas-por-atropelo.shtml>. Acesso em: 04 fev. 2022.

<sup>483</sup> BENITES Afonso. Em primeira derrota de Lira na Câmara, votação de PEC que dificulta prisão de parlamentares é adiada. **El País**. Brasília, 28 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-26/em-primeira-derrota-de-lira-na-camara-votacao-de-pec-que-dificulta-prisao-de-parlamentares-e-adiada.html>. Acesso em: 04 fev. 2022.

<sup>484</sup> BRÍGIDO, Carolina. Toffoli usa pauta do Supremo para acelerar debates no Congresso. **O Globo**. Rio de Janeiro, 28 maio 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-toffoli-usa-pauta-do-supremo-para-acelerar-debates-no-congresso-23699170>. Acesso em: 04 fev. 2022.

Federal informando que: (i) a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa (CCJ), em 22.5.2019, aprovou substitutivo do relator ao Projeto de Lei n. 672/2019, que aprimora a Lei n. 7.716/1989 para incluir os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. O substitutivo será submetido a turno suplementar, em apreciação terminativa; e (ii) na mesma reunião ordinária, a CCJ aprovou, em caráter terminativo, o Projeto de Lei n. 191/2017, que altera a redação do art. 2º da Lei n. 11.340/2006, para incluir, entre os valores protegidos pela Lei Maria da Penha, também a identidade de gênero, como forma de atender aos indivíduos transgêneros identificados com o sexo feminino. Informou ainda o Senado Federal que a matéria objeto de apreciação do STF estava sendo apreciada pela casa legislativa, no exercício de sua competência constitucional típica de aprimorar a legislação penal existente.

Apesar disso, o colegiado, por maioria, optou pela continuidade do procedimento. O argumento vencedor considerou que a instauração do processo legislativo não descaracterizaria a mora do legislativo no cumprimento de suas obrigações constitucionais. Com efeito, a partir do julgamento da ADI n. 3862, em maio de 2007, a Corte passou a entender que o estado de mora do poder legislativo se configura tanto na fase inicial do processo legislativo (*mora agendi*) quanto na fase final de deliberação (*mora deliberandi*), desde que comprovada a inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo, por meio da superação excessiva de prazo razoável. Nesse sentido, concluiu-se que a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>485</sup>. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (presidente), que propuseram a suspensão do julgamento para aguardar-se a conclusão processo legislativo no Congresso Nacional.

O outro caso envolve a discussão sobre o julgamento da descriminalização do uso da maconha. De acordo com a publicação, a data agendada para o julgamento do caso coincidiu com a retomada dos debates a respeito da criminalização da homofobia, o que provavelmente impossibilitaria a sua conclusão, dando mais tempo para que o Congresso Nacional deliberasse sobre o tema. Uma vez mais a estratégia funcionou, e o Poder Legislativo aprovou projeto de lei que facilitava a internação compulsória e aumentava a pena mínima para os comandantes de organizações criminosas, prevendo penas menores para quem fosse flagrado com pequenas quantidades de drogas.

---

<sup>485</sup> Informativo STF n. 941. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo941.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2022.

De todo modo, a despeito das tentativas do Ministro Toffoli, o avanço das pautas no Congresso Nacional não foi suficiente para evitar o pronunciamento da Corte no caso da homofobia. No caso da descriminalização das drogas, o início do julgamento aconteceu em 2015, quando 3 Ministros do Supremo apresentaram seus votos. O julgamento foi interrompido por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. Após assumir a relatoria do caso, o Ministro Alexandre de Moraes liberou o caso para pauta em novembro de 2018 e de lá para cá, não foi concluído, embora tenha sido incluído em pauta.

Quando os poderes regimentais referidos se encontram nas mãos do Presidente (sendo ele relator ou quando requer vista dos autos), cenário denominado por Ana Laura Pereira Barbosa de “cumulação positiva de instrumentos potencialmente estratégicos”, maximiza-se a possibilidade de utilização estratégica dos instrumentos. Para exemplificar a situação idealizada pela autora, basta imaginarmos uma situação em que o Presidente seleciona um caso para julgamento e no decorrer da sessão identifica que a sua posição tende a restar vencida, ou identifica a formação da maioria contra a sua posição. A alternativa do pedido de vistas interrompe o julgamento, e a sua conclusão fica duplamente condicionada a ação do presidente, que deverá produzir o seu voto e recolocá-lo em pauta (quando lhe convier).

Situação similar ocorreu no caso do julgamento da ADI n. 5.017, cujo objeto consistia na constitucionalidade da Emenda à Constituição n. 73, de 7 de junho de 2013, que criou os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª e 8ª Regiões. Embora o caso tenha sido distribuído inicialmente para a relatoria do Ministro Luiz Fux, a apreciação da medida cautelar foi feita pelo então Presidente, Ministro Joaquim Barbosa, visto que protocolada no período de recesso da Corte.

Ao apreciar o caso, o Ministro Joaquim Barbosa, monocraticamente, deferiu o pedido formulado, sujeito a referendo do Plenário, suspendendo os efeitos da EC n. 73. Desde então, o referendo da medida cautelar jamais foi pautado, nem pelo próprio Presidente Joaquim Barbosa, enquanto no exercício do cargo, nem pelos presidentes que o sucederam. Somente em maio de 2018, o Ministro Luiz Fux, relator originário, liberou o caso para julgamento de mérito. Em 06 de junho de 2018, o caso foi pautado, mas retirado do calendário de julgamento dois dias antes da data, a pedido do relator, sem qualquer justificativa.

O episódio acima narrado demonstra que a concessão da medida cautelar, que ao tempo da sua concessão, era possível e legal, tornou-se inconstitucional e ilegal, primeiro por retirar do plenário do STF, a competência para apreciar o pedido, e segundo, por desrespeitar a

provisoriamente inerente a uma medida cautelar e a subsequente e imprescindível submissão ao Plenário<sup>486</sup>. Para Miguel Godoy<sup>487</sup>:

A tramitação da ADI 5.017 mostra o controle do tempo e da agenda do STF através da manipulação que os Ministros fazem dos poderes individuais que possuem e como lançam mão deles para manejar esse tempo e a agenda do Tribunal. A despeito de seus pares e da própria instituição – já que ela é colegiada – convém sempre lembrar.

Por outro lado, quando os poderes regimentais citados repousam sobre as mãos dos demais membros do colegiado, situação denominada de “cumulação negativa de instrumentos potencialmente estratégicos”, relativiza-se o poder do Presidente. No caso de o poder repousar sobre as atribuições dos relatores<sup>488</sup>, há algumas oportunidades de desvirtuamento da pauta. O relator pode simplesmente se omitir quanto à deliberação a respeito de eventual tutela de urgência requerida pelas partes, e nunca submetê-la ao colegiado. Pode ainda, evitar que o caso chegue ao plenário, para julgamento, independentemente da existência de pedido de natureza antecipatória. Não há qualquer dispositivo regimental que lhe imponha, coercitivamente, a submissão de um caso dentro de um prazo.

Há ainda um caso mais grave, que ocorre quando o Relator aprecia a tutela de urgência requerida, deferindo-a ou não. Importante chamar atenção para o fato de que além de controlar individualmente a agenda da Corte, o Ministro Relator tem o poder de eternizar decisões monocráticas por ele proferidas, bloqueando a sua chegada ao Plenário. Com efeito, a utilização abusiva e autoritária dos dispositivos regimentais para impedir que decisões colegiadas prevaleçam na Corte viola diretamente o texto constitucional, pois o exercício da atividade jurisdicional da Corte deve ser exercido pela sua composição colegiada, e não a partir de condutas voluntaristas dos Ministros<sup>489</sup>. Esta postura abre espaço para utilização dos poderes individuais dos Ministros de forma estratégica.

A prática do STF, que hipertrofiou o poder individual de seus Ministros, se aproxima de um verdadeiro desmembramento constitucional judicial, sobretudo pela forma como cada Ministro, individualmente, se arvora na

<sup>486</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **STF e o Processo Constitucional**: caminhos possíveis entre a Ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes, 2021, p. 16.

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>488</sup> Sobre as repercussões do Código de Processo Civil no poder dos relatores, dentro do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, ver: SALGADO, Eneida Desiree; ARHEGAS, João Victor. O processo decisório no Supremo Tribunal Federal e o papel do Ministro relator: notas a partir da aplicação do novo Código de Processo Civil no controle abstrato de constitucionalidade. In: DIDIER Jr, Fredie (coord. geral.) CUNHA Jr, Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Repercussões do CPC no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 137–157.

<sup>489</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golfe de Estado jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 877–899, 2020, p. 896.

competência do colegiado e inova na ordem jurídica, muitas vezes divergindo da própria jurisprudência da Corte, de forma contrária à Constituição e à ordem democrática. Além disso, os Ministros do STF, ao aumentarem o seu próprio poder, fragmentaram o poder da Corte e alteraram a regra de reconhecimento e a norma básica, para fazer valer uma decisão monocrática que modifica o direito constitucional objetivo, de forma contrária à Constituição, e às leis que regem as ações do controle concentrado de constitucionalidade. Isso pode interessar a cada Ministro individualmente, mas não à instituição STF, tampouco à sociedade. Esse empoderamento individual, por essa prática de sistemática violação à Constituição e às leis, constitui verdadeiro golpe de estado jurídico<sup>490</sup>.

Internamente, há uma sensação de que o controle exercido pelo relator é exacerbado. Em entrevistas concedidas a Virgílio Afonso da Silva, os Ministros assim se manifestaram:

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

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

A omissão do relator em submeter o caso ao colegiado, seja para referendo da decisão proferida ou para submissão do recurso contra ela interposto, praticamente eterniza sua decisão individual, em prejuízo da deliberação colegiada da Corte. Há diversos casos emblemáticos que demonstram essa captura do colegiado pelas vontades individuais dos Ministros.

Recentemente, o Ministro Luiz Fux utilizou-se desse poder de forma estratégica para dar solução a um pleito corporativo da magistratura e do Ministério Público. Com efeito, na Ação Originária n. 1773/DF, atuando como relator, Fux concedeu liminar em setembro de 2014, determinando o pagamento de auxílio-moradia a todos os juízes federais. Em nova decisão, ampliou o benefício para os membros da justiça do trabalho, militar e juízes de direito, mais adiante, a membros do Ministério Público. No mês seguinte, o Conselho Nacional de Justiça editou resolução determinando o pagamento de auxílio-moradia a todos os juízes do País.

O caso nunca foi submetido ao Plenário da Corte e em 26 de novembro de 2018, após a concessão de reajuste pelo Poder Legislativo, o Ministro Luiz Fux revogou, com efeitos prospectivos, as tutelas antecipadas exaradas no passado, afastando-se qualquer pretensão de

---

<sup>490</sup> Ibidem, p. 897.



ressarcimento ao Erário. O custo anual da decisão proferida pelo Ministro Fux girou em torno de R\$ 863.000,000 (oitocentos e sessenta e três milhões de reais) por mês<sup>491</sup>.

Em outro caso de grande repercussão, o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar no Mandado de Segurança Coletivo n. 34.070, determinando a suspensão da nomeação do ex-Presidente Lula como Ministro-chefe da Casa Civil do governo da ex-presidente Dilma Rousseff. Para Joaquim Falcão e Diego Arguelhes<sup>492</sup>:

No mínimo, levariam duas semanas para que o plenário pudesse se manifestar – se o Ministro Mendes tivesse solicitado a inclusão imediata do processo em pauta. Não foi o caso. No período em que ficou fora da apreciação do plenário, a decisão manteve Lula sob a jurisdição de Sérgio Moro. Manteve Dilma sem os benefícios do que poderia ser um grande articulador em um momento crítico do seu processo de *impeachment*. Legitimou a liberação dos áudios, por Sérgio Moro, de conversas entre Lula e Dilma, mesmo após Moro ter perdido para o Supremo a autoridade sobre essas provas, diante da nomeação de Lula como Ministro. Ao longo do tempo, e com a confirmação da saída de Dilma. Tudo indica que jamais saberemos a posição do plenário quanto à constitucionalidade da indicação de Lula. A liminar de Mendes possibilitou um vácuo completo de manifestação institucional.

Um último exemplo trazido por Werneck e Arguelhes, diz respeito ao julgamento de três mandados de segurança impetrados contra atos que instituíram procedimentos específicos relativos ao processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff<sup>493</sup>. Apesar da relevância dos casos, e embora tenham sido proferidas decisões liminares monocráticas pelo Ministro Teori Zavascki, nenhuma delas teve o seu dia no plenário presencial do STF. Para os autores<sup>494</sup>:

Mesmo assumindo, realisticamente, que seria improvável que uma maioria no Supremo anulasse o julgamento após o Senado ter removido Dilma do cargo, o completo silêncio judicial transformou o que era improvável em princípio em impossível na prática. O silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os Ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo. E, no STF, o poder de impor esse silêncio está totalmente disseminado, de variadas maneiras, pelos onze Ministros.

<sup>491</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário. In: FALCAO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2016.

<sup>492</sup> Ibidem., p. 22.

<sup>493</sup> MS 34.193, MS 34.317, MS 34.441, todos impetrados em 2016.

<sup>494</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A, p. 21.

Nessas hipóteses, fica evidente a utilização estratégica do poder de decidir monocraticamente e de pautar, pelo relator, que gerencia o tempo do processo em seu favor, quando sabe que tem grandes chances de sua decisão ser revertida pelo plenário:

Assim, por exemplo, quando o Ministro relator acredita que não possui maioria no colegiado, pode simplesmente jamais pedir pauta para julgamento. Da mesma forma, se o Ministro relator entende que o STF não deve intervir na questão, porque ela deve ser resolvida pelo Legislativo ou pelo Executivo, ou simplesmente que a circunstância fática não deve ser modificada, pode, por exemplo, dizer que não há urgência, indeferir a liminar (por uma questão de forma), e jamais pautar o processo.<sup>495</sup>

No caso dos demais Ministros, fica aberta a possibilidade de pedido de vistas, cujo resultado é, na prática, a suspensão do julgamento e a transferência da responsabilidade pela agenda, que passa a ser do Ministro que solicitou a vista dos autos. Curiosamente, o Presidente da República Jair Bolsonaro assim se manifestou, no contexto do julgamento da ADO n. 26 e do MI n. 4733, oportunidade em que o STF entendeu por capitular como crime de racismo as condutas homofóbicas:

Acho completamente equivocado o que o Supremo fez ontem aqui, por isso falo do evangélico. O que é natural, poderia acontecer lá? O cara pede vista ao processo e senta em cima dele. Tem que ter um equilíbrio lá dentro. Não é misturar política com a Justiça ou religião<sup>496</sup>.

No julgamento da ADI n. 4.650, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que discutiu o financiamento eleitoral e de partidos políticos, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes requereu vista dos autos após a formação de maioria no julgamento do caso. Para Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro<sup>497</sup>, “o julgamento suspenso na ADI n. 4650 ilustra bem o que o pedido de vista representa na prática para um Ministro do STF: um poder de unilateralmente remover, da agenda da corte, um julgamento já iniciado”.

Em entrevista concedida à imprensa<sup>498</sup>, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, embora reconheça o papel “chato” quanto ao pedido de vistas, o fez com “consciência”, permitindo um

<sup>495</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 877–899, 2020, p. 887.

<sup>496</sup> BOLSONARO diz que decisão do STF sobre homofobia foi ‘completamente equivocada’. **G1**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/bolsonaro-disse-que-decisao-do-stf-sobre-homofobia-foi-completamente-equivocada.ghtml>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>497</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 46, p. 121–155, 2015, p. 135.

<sup>498</sup> VASCONCELLOS, Marcos de. Para Gilmar Mendes, pedido de vista amadureceu debate sobre financiamento. **CONJUR**. São Paulo, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/gilmar-mendes-pedido-vista-amadureceu-debate>. Acesso em: 26 jun. 2021.

amadurecimento maior sobre o tema. Concluem os autores que, embora não se possa apontar que os pedidos de vista são sempre ou apenas utilizados para remover indefinidamente da agenda processos que já estão em julgamento, as evidências empíricas revelam “a caracterização do pedido de vista como um poder individual de vetar a manifestação do tribunal sobre um determinado tema por quaisquer razões<sup>499</sup>”.

Essas circunstâncias, no entanto, não eliminam a ação estratégica futura do Presidente, que poderá bloquear o reingresso do caso na pauta, após a devolução do voto-vista. Com efeito, segundo o levantamento empírico realizado por Ana Laura Pereira Barbosa<sup>500</sup>, em pelo menos sete casos pesquisados, esta situação ocorreu, permitindo-lhe concluir que neles a pauta pode ter sido utilizada estrategicamente pelo Presidente para postergar uma decisão na qual se vislumbrou que seu posicionamento restaria vencido, embora ela própria reconheça a dificuldade de confirmar empiricamente a hipótese. Com efeito, a não ser que o Ministro Presidente efetivamente revele as suas razões, em especial em entrevistas concedidas à imprensa, como no caso do Ministro Gilmar Mendes, o máximo que se pode chegar é à apresentação de um conjunto de indícios que corroborem hipótese.

A autora conclui que:

Na análise de cada uma dessas conjugações demonstrou-se que a abertura regimental resulta na possibilidade da ocorrência concreta de usos estratégicos da pauta, por exemplo, quando feitos cujo julgamento foi iniciado e interrompido já tiveram vistas devolvidas, mas não foram novamente chamados a julgamento. Este fato mostra de modo concreto a possibilidade que o Regimento Interno confere de que se dê prioridade a determinados feitos, seletiva e estrategicamente, preterindo outros<sup>501</sup>.

A despeito das dificuldades existentes, a autora encontrou “pontuais indícios” de utilização da pauta estrategicamente em situações por ela denominadas de “ações intermitentes”, que seriam processos que se repetiram da pauta de julgamento por mais de uma sessão durante a presidência. Segundo ela, “nesse conjunto de feitos, verificou-se uma obstinação para a finalização do julgamento, denotando o que pode ser uma agenda de casos cuja conclusão era almejada no período da presidência”<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, op. cit., p. 137.

<sup>500</sup> BARBOSA, Ana Laura Pereira. **As estratégias na definição da pauta de julgamento**: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes. 2015. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2015, p. 81.

<sup>501</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>502</sup> BARBOSA, Ana Laura Pereira. **As estratégias na definição da pauta de julgamento**: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes. 2015. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2015, p. 9.

Esta mesma circunstância não foi observada em outros casos em que o julgamento foi suspenso por pedido de vistas, após a devolução pelo Ministro relator. Os achados, quando interpretados de forma conjugada, revelam que a ação do Presidente se deu não apenas com o propósito de finalizar julgamentos pendentes de conclusão, mas sim selecionar casos não concluídos de acordo com a sua conveniência.

Na prática, portanto, o julgamento de uma causa pelo STF está condicionado a uma conjunção de vontades individuais, que se inicia com a liberação do caso pelo relator, seguida da inclusão em pauta pelo Presidente. Por fim, para que não haja frustração do julgamento, é preciso que não haja pedidos de vista. Todas essas vontades são executadas de forma essencialmente discricionária por cada um dos Ministros que ocupam cada uma das posições mencionadas, embora, possam ser limitadas por influências pessoais, internas da Corte ou mesmo externas, pela pressão da imprensa e da opinião pública<sup>503</sup>.

---

<sup>503</sup> No mesmo sentido: “Este desenho institucional é fragmentado em dois sentidos: i) em diversos atores e (ii) em distintas etapas no tempo de 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 dos poderes de agenda concentra o poder de não julgar em cada um dos onze Ministros que compõe um tribunal. Para que 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. Em, BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 31–32.

## 5. ANÁLISE DO CASO: O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Ao longo dos capítulos anteriores, apresentamos uma revisão legislativa que buscou demonstrar o modelo de elaboração de pauta instituído pelo STF durante a sua história. Após, trouxemos reflexões sobre o marco teórico desta tese, afirmando que fatores extrajurídicos influenciam o processo decisório das Cortes, e que a fase de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF, como parte integrante deste processo, também está sujeita às referidas influências.

Na sequência, apresentaram-se reflexões de direito comparado, que através de estudos empíricos, identificaram comportamentos estratégicos na fase de *certiorari* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. Embora os mecanismos de seleção de casos naquela Corte se diferenciem sensivelmente do modelo brasileiro, em especial por que ocorrem na fase de admissibilidade do caso e, por que são decididos colegiadamente, os achados foram capazes de oferecer ferramentas úteis para a reflexão sobre o comportamento estratégico na elaboração da pauta do plenário presencial do STF, pelo seu presidente.

Por fim, através de uma extensa coleta de dados, baseada na literatura especializada, em materiais jornalísticos e em entrevistas, pôde-se identificar evidências de comportamentos estratégicos pelos diversos ministros que ocuparam a posição de presidente do STF no exercício da atividade de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte. Neste esforço, foi possível apontar pelo menos três fatores determinantes na elaboração da pauta de julgamentos da Corte, quais sejam: i) fatores legalistas; ii) fatores institucionais<sup>504</sup>; iii) fatores ideológicos.

Neste capítulo, finalizaremos a análise do estudo de caso apresentado, identificando, por meio de evidências empíricas, que a competência para elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF foi utilizada estrategicamente pela Ministra Cármen Lúcia. Demonstraremos que fatores legais, institucionais e ideológicos influenciaram na sua decisão

---

<sup>504</sup> Importante reforçar que o fator institucional aqui tratado diz respeito a um elemento justificador de um comportamento estratégico, no qual se age, por exemplo, para preservar o capital político da Corte ou para evitar revides institucionais, conforme estabelecido no item 4.2.2 acima, de acordo com a construção de Epstein e Weinsall. Não há correspondência com o modelo institucional tratado como um gênero, conforme exposto por Patrícia Perrone Campos Mello, ou ainda com o ecossistema em que o juiz está inserido, constringendo-o a adoção de comportamentos não-sinceros.

de não pautar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, mas sim o *Habeas Corpus* n. 152.752/PR.

### 5.1. Evidências empíricas do comportamento estratégico da Presidente Cármen Lúcia

Retomamos a análise do caso, apresentado no Capítulo 2, a partir do dia 7 de dezembro de 2017, data na qual o Ministro Marco Aurélio concluiu o seu trabalho e liberou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 para inclusão em pauta<sup>505</sup>. Deste momento em diante, caberia à Presidente do STF, nos termos do artigo 13 do Regimento Interno da Corte, designar a data para a realização do julgamento.

Do ponto de vista cronológico, não havia razão para pautar o caso, tendo em vista que a pauta estava repleta de casos mais antigos aguardando data para julgamento. O critério cronológico era um dos elementos identificados como relevantes para a decisão quanto à designação da data de julgamento, segundo o já citado relatório de um ano de gestão da Presidente Cármen Lúcia. Entretanto, do ponto de vista da relevância do caso, outro critério identificado pela Presidente como importante para a seleção de casos, havia razões suficientes para que o caso fosse pautado, haja vista que o tema envolvia a proteção do direito fundamental à liberdade de ir e vir, prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Deve-se registrar de pronto que, embora a polêmica em torno do estudo de caso escolhido para a presente tese se desenvolva no entorno das investigações a respeito do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, não se deve ignorar que as consequências de uma nova decisão nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade teriam uma amplitude infinitamente maior. Os dados são imprecisos e divergentes, mas merecem ser expostos.

De acordo com a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli na Suspensão de Liminar n. 1.188, a cautelar proferida pelo Ministro Marco Aurélio na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54 teria o potencial de atingir aproximadamente 169 mil presos. As informações foram fornecidas pela Procuradoria-Geral da República, com base em dados extraídos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.

---

<sup>505</sup> Nesta data, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54 ainda não havia sido proposta.

Posteriormente, os dados foram analisados de forma mais detalhada, identificando-se que o universo seria muito menor. Com efeito, de acordo com o mesmo banco de dados, em 16 de outubro de 2019, havia 4.895 mandados de prisão expedidos em razão exclusivamente de decisão condenatória proferida em segunda instância<sup>506</sup>. Outra estimativa, elaborada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, identifica que algo em torno de 24,4 mil pessoas foram presas em razão da decisão proferida pelo STF<sup>507</sup>.

Quanto à relevância, portanto, pode-se afirmar que a então Presidente compreendia como um caso importante, tanto que no já citado relatório, elencou o julgamento da Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 como um dos 24 casos mais relevantes do seu primeiro ano de gestão. Regimentalmente, no entanto, não havia qualquer constrangimento para que o caso fosse pautado. Não havia liminar monocrática pendente de referendo. O caso não se enquadrava em qualquer prioridade regimental. O exercício da discricionariedade na designação de data para julgamento deste caso atinge o seu grau máximo.

Politicamente, o caso era altamente explosivo, e representava uma oportunidade para enfraquecer a operação Lava-Jato, que abalou as estruturas da política brasileira, ao desvendar um grande esquema de corrupção no setor público e na iniciativa privada. Com efeito, a possibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância foi um importante incentivo às colaborações premiadas, alicerce principal sobre o qual se construiu a investigação. A reversão do entendimento do Supremo, reduziria os incentivos às colaborações premiadas e portanto, fragilizaria a operação. Segundo Felipe Recondo e Luiz Weber<sup>508</sup>:

Por outro lado, quem defendia a execução antecipada da pena desconfiava que alguns ministros – sobretudo Mendes, Lewandowski e Toffoli – miravam o coração da Lava Jato. A prisão após julgamento em segunda instância mostrou o poder de coerção sobre os investigados. Antes, os alvos das operações de combate à corrupção apostavam na impunidade – essencialmente por algum erro processual cometido pelo Ministério Público ou pelos magistrados – ou, no mínimo, em anos de tramitação pelas quatro instâncias judiciais, incluindo o Supremo. Não colaboravam com a Justiça e obrigavam o MP a se desdobrar atrás de provas. Com a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, políticos e empresários passaram a confessar seus crimes e buscar acordos de delação para aliviar sua situação.

---

<sup>506</sup> PONTES, Felipe. Decisão do STF sobre 2ª instância pode afetar 4,9 mil presos, diz CNJ. **Agência Brasil**. Brasília, 16 out. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-10/decisao-do-stf-sobre-2a-instancia-pode-afetar-49-mil-presos-diz-cnj>. Acesso em: 10 nov. 2021.

<sup>507</sup> FALCÃO, Márcio. SP tem 24,4 mil presos condenados em 2ª instância, diz Defensoria Pública. **Jota**. São Paulo, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/sp-tem-244-mil-presos-apos-condenacao-em-2a-instancia-diz-defensoria-publica-23042019>. Acesso em: 10 nov. 2021.

<sup>508</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 320.

A visão externada acima foi reiterada na entrevista concedida por Felipe Recondo, conforme transcrição a seguir:

Mas o que nós víamos, o que me parece é, até determinado ponto das investigações da Lava-Jato, havia um interesse da maioria de que a investigação continuasse sem nenhum revés, também diante das forças políticas que estavam no governo. Execução provisória era algo importante? Era algo importante, servia de ameaça, à pessoa que não fizesse uma delação ou quem fosse condenado, se condenado em duas instâncias, e servia, porque nós víamos o nível de concordância do TRF da quarta região com as decisões do Moro, ela seria presa e até que, e não havia nenhuma perspectiva, ou nenhum indicativo ainda do STJ e do Supremo de reversão de algumas dessas decisões.

Para além de todo o cenário jurídico e criminal exposto, o processo eleitoral de 2018 se aproximava, e um dos personagens mais marcantes da política brasileira recente, Luiz Inácio Lula da Silva, envolvido em investigações no âmbito da operação Lava-Jato, poderia vir a ter a sua liberdade constrita, pois teve a sua condenação criminal confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em janeiro de 2018.

O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade repercutiria diretamente na situação do ex-presidente Lula, visto que uma alteração no entendimento fixado pelo STF tornaria inócua a confirmação de sua condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>509</sup> e garantiria a liberdade do ex-Presidente para influenciar diretamente na campanha eleitoral, seja numa improvável candidatura a Presidente da República, seja por meio de apoio ao candidato escolhido pelo seu partido. A respeito disso, asseverou o Ministro Marco Aurélio:

É difícil definir-se. Qualquer ato, comissivo ou omissivo do Supremo, repercute na vida nacional. E o que acabou ocorrendo foi isso. Talvez não se tenha julgado a matéria a tempo. Paciência, é a ordem jurídica, o arcabouço normativo existente. É muito difícil definir o que teria havido, se ocorrido esse julgamento. O que penso, estou convencido, é que para tornar prevacente a Constituição Federal, urge a manifestação do Supremo. A rigor, a rigor, o ex-presidente poderia até ter sido candidato. O candidato do partido foi o ex-prefeito de São Paulo, Haddad. O resultado seria o mesmo? Não sei. Mas o atual Presidente foi eleito com milhões de votos, foi diplomado, e está em curso o mandato que vem sendo exercido. Que se observe esse mandato, e que se dê, em 2022 a palavra aos eleitores.

Também Felipe Recondo se manifestou sobre o assunto:

---

<sup>509</sup> Curiosamente, cerca de um mês antes do julgamento, o Ministro Marco Aurélio libera o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 para julgamento. Segundo Recondo e Weber, o provável objetivo do Ministro era esvaziar o julgamento do TRF, pois com a alteração do entendimento pelo STF, o estado de liberdade do ex-Presidente Lula não se alteraria. Em, RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.



Então durante certo tempo foi interessante manter essa jurisprudência. E aí em determinado momento, político também, a coisa vai virando. E aí vai virando e a ministra Carmen Lúcia assistindo tudo aquilo muito pressionada pela opinião pública, e isso pouco aparece também, mas ouvindo assessores e ex-assessores e tal. Muitas conversas também com outros setores do Estado, como militares, por exemplo, muitos receosos de que uma decisão em favor, ou mudando a jurisprudência sobre execução provisória poderia deixar o ex-presidente participar da campanha política, não como candidato porque estava com ficha suja, mas que aquilo poderia gerar algum tumulto, alguma bagunça, alguma coisa do gênero. Isso nunca vai ser escrito, isso nunca vai ser colocado no papel, mas isso nós ouvíamos de dentro do gabinete, nós ouvíamos das forças políticas etc. Porque uma coisa é Lula preso, outra coisa é Lula no palanque. As pessoas chamam de encantador de serpente. Então era interessante para algumas forças políticas tirar essa capacidade dele do jogo. E a ministra Carmen Lúcia diante dessa mudança jurisprudencial também passou a dizer o seguinte: "Espera aí, estão querendo usar o tribunal para objetivos políticos." Então ficou uma parte do tribunal querendo mudar uma jurisprudência muito recente, e de uma forma um pouco biruta, biruta no sentido físico mesmo, muda o vento e muda a decisão. Ela argumentando que seria difícil explicar para a sociedade como é que o Supremo muda de ideia tão rápido. Ela também preocupada com a participação do Lula, tudo o que ela ouvia dessas outras forças de Lula participar das eleições, ela preocupada com a opinião pública também, e a opinião publicada.

A polêmica quanto à submissão ou não do caso ao plenário do STF teve grande repercussão na imprensa, o que mostra que a agenda da Corte é capaz de movimentar a mídia e pautar as discussões relevantes na sociedade, conforme prevê a hipótese de *agenda-setting*. Curioso notar que, neste caso, não se trata de movimentar a imprensa e a sociedade sobre um caso que a Corte irá julgar. Ao contrário, movimentam-se os atores políticos e a sociedade em torno de um caso que a Corte não irá julgar, por decisão da sua Presidente.

Diante de todas essas variáveis, a Presidente Cármen Lúcia optou por não designar data para o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Manifestou-se em algumas oportunidades no sentido de que a inclusão do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade na pauta do Supremo representaria um apequenamento da Corte. Para a Ministra Presidente, pautar a revisão da prisão de condenados em segunda instância diminuiria a importância institucional do Poder Judiciário<sup>510</sup>. Revelou não se submeter a pressões, e resistiu a incluir os casos para julgamento<sup>511</sup>.

<sup>510</sup> NETZEL, Mateus; KRUGER, Ana; BARBIÉRI, Luiz Felipe. STF se apequena se revisar prisão em 2ª Instância por Lula, diz Cármen Lúcia... **Poder 360**. Brasília, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stf-se-apequena-se-revisar-prisao-em-2a-instancia-por-lula-diz-carmen-lucia/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

<sup>511</sup> OSAKABE, Marcelo. 'Não me submeto à pressão' diz Cármen Lúcia sobre pautar prisão em 2ª instância **Estadão**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nao-me-submeto-a-pressao-diz-carmen-lucia-sobre-pautar-prisao-em-2-instancia,70002225218>. Acesso em: 06 jun. 2020.

Tratou diretamente sobre o tema em entrevista ao jornalista Marcos Losekann<sup>512</sup>:

Repórter – Ministra, vai começar mais um ano do Judiciário. Qual é a sua expectativa para 2018?

Cármen Lúcia – Em primeiro lugar, que a gente possa implementar cada vez mais a eficiência do STF de uma forma específica, que é o que o cidadão espera. Mais rapidez nos julgamentos, mais eficiência. Portanto, é este o empenho do STF especificamente para o ano de 2018.

Repórter – Ultimamente, tem se falado muito, ministra, da questão da segunda instância. A senhora, recentemente, num jantar, comentou essa questão. O Supremo está sob pressão para votar isso?

Cármen Lúcia – Em primeiro lugar, o Supremo não se submete a pressões para fazer pautas. Em segundo lugar, a questão foi decidida em 2016 e não há perspectiva de voltar a esse assunto.

Repórter – A senhora acha que não é o caso de voltar?

Cármen Lúcia – Não há pauta sobre isso neste momento. Portanto, não há o que se cogitar neste momento.

Repórter – E se um ministro trazer o assunto à mesa?

Cármen Lúcia – Direito do ministro. Mas aí é em mesa, não é em pauta.

Repórter – Quem decide a pauta é a senhora?

Cármen Lúcia – A pauta é da presidência. O que você coloca como processos em mesa é assunto que diz respeito a processos muitos específicos e, aí sim, que não são sujeitos à pauta.

Repórter – A senhora disse que apequenaria o Supremo. A senhora acha que trazer esse assunto agora seria casuístico?

Cármen Lúcia – Não há agora este assunto para ser pautado. Isso que eu disse. E, portanto, relativamente a um dado específico, não há do que se cogitar agora

A pressão para a inclusão dos casos em pauta aumentava, e um movimento dentro do STF se inicia, com o objetivo de convencer a Ministra Cármen Lúcia a designar a data para o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade<sup>513</sup>. No dia 14 de março de 2018,

<sup>512</sup> LOSEKANN, Marcos. Cármen Lúcia diz que prisão após condenação em segunda instância não voltará à pauta do STF. **G1**. Brasília, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-diz-que-prisao-apos-julgamento-em-segunda-instancia-nao-voltara-a-pauta-do-stf.ghtml>. Acesso em: 21 nov. 2021.

<sup>513</sup> Em matéria jornalística divulgada pela revista Isto É, revelam-se os movimentos dentro do Supremo Tribunal Federal para persuadir a Ministra Cármen Lúcia a pautar as ADCs. Segundo a revista: “Mas nada é tão obscuro e contrário aos valores republicanos que não possa descer ainda mais na escala da degradação institucional: segundo apurou ISTOÉ, há entre os togados do STF quem tenha cedido à estratégia de intimidação petista e até mudado de lado da trincheira. Convencidos a ajudar Lula durante os encontros camaradas, passaram a atuar no corpo-a-corpo junto a Cármen Lúcia para que ela coloque em pauta, o mais breve possível, a rediscussão sobre a prisão em segunda instância. O grande perigo por trás da análise sobre a prisão de Lula vem de uma combinação explosiva que pode deixar fora das grades não apenas ele, mas uma série de outros políticos e empresários envolvidos em casos de corrupção. E é por isso que Cármen Lúcia tem resistido ao máximo em levar o tema ao

reuniram-se no gabinete do Ministro Celso de Mello a então Presidente e o Ministro Luiz Fux. Os diálogos travados na citada reunião são reproduzidos por Felipe Recondo e Luiz Weber<sup>514</sup>:

Apesar de ter pedido a audiência, foi Mello quem iniciou a conversa. “Cármem, eu tenho a impressão de que amanhã você vai se defrontar com um problema em plenário”, ele disse. “Qual?”, perguntou Cármem Lúcia, surpresa. “O Marco Aurélio não conversou com você? disse o ministro. Não, ele ainda não havia procurado a Presidente.

Horas antes, terminado o intervalo da sessão de julgamento, Celso de Mello se dirigia para a porta de vidro que separa o plenário da sala de lanches quando viu Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandovski e Dias Toffoli conversando numa rodinha. O ministro caminhava lentamente em razão de seu problema no quadril apoiado em sua bengala; os colegas o detiveram e o avisaram de que no dia seguinte Marco Aurélio iria propor uma questão que mudaria os rumos da Corte e redefiniria a relação entre ministros e presidente.

Em jogo estavam “os poderes quase discricionários do tribunal sobre sua agenda” e “o poder que o presidente da Casa tem para colocar ou não um processo em pauta sem nenhum controle externo ou pelos pares”; “a judicialização das disputas que deveriam ser travadas na política – e, nesse caso específico, a judicialização do processo eleitoral<sup>515</sup>.”

Por trás da pressão exercida por diversos setores, estava a convicção de que um novo julgamento do caso levaria a uma nova alteração do entendimento fixado pelo STF em 2016. Com efeito, dois ministros seriam decisivos nesta alteração. O primeiro deles, Dias Toffoli, que já no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 964.246, em 2016, havia adotado um posicionamento intermediário, considerando ser necessária a confirmação da condenação pelo Superior Tribunal de Justiça. O segundo, Ministro Gilmar Mendes, que logo após o julgamento da repercussão geral, anunciava à imprensa a sua nova compreensão sobre o tema. Segundo esta nova compreensão, a execução da pena após a condenação em segunda instância seria possível, mas não obrigatória.

A questão de ordem a ser proposta pelo Ministro Marco Aurélio, mencionada na reunião, realizada no dia 14 de março de 2018, submeteria a Presidente a um constrangimento, visto que em nenhum momento do passado da Corte, o poder de comandar a pauta havia sido

---

plenário do Supremo, apesar da marcação cerrada que tem sofrido não somente de petistas e aliados do ex-presidente, mas também de alguns dos próprios colegas. No STF, há hoje uma forte sensação de que a Corte poderá alterar seu entendimento sobre a possibilidade de prisão em segunda instância, caso o tema volte à baila”. Em, *Isto É*. v. 41, n. 2515, p. 26-31, mar. 2018

<sup>514</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 317.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 318.

questionado. Pretendia o Ministro, com a questão de ordem, submeter a votação do Plenário a submissão dos casos a julgamento independentemente da vontade da Presidente. É certo, entretanto, que um impasse quanto a um pedido de inclusão em pauta por um dos ministros nunca havia ocorrido. Tendo tomado conhecimento da intenção do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello aconselhou: “Marco Aurélio, eu acho que você deveria comunicar antes a Cármen para evitar qualquer... Eu acho que ela precisa saber”. Marco Aurélio respondeu: “Eu vou fazer isso”<sup>516</sup>.

Na tentativa de solucionar o impasse institucional criado, o Ministro Celso Mello, na reunião do dia 14 de março, propõe:

Certamente ele vai conversar com você. Amanhã ele vai suscitar a seguinte questão: vai insistir na inclusão em pauta das duas ADCS, afinal ele liberou no dia 5 de dezembro do ano passado. E acho que é importante que você aprecie este aspecto. Eu sei que isso pode gerar um constrangimento muito grande. Não apenas pessoal para você, mas institucional. Se você me permitir, eu entraria em contato com Marco Aurélio e faria a sugestão de que ele adiasse pelo menos essa iniciativa até que nós, reunidos, em sessão informal, pudéssemos discutir essa questão. O que você acha?<sup>517</sup>

Com a concordância da Ministra Cármen e o aval do Ministro Luiz Fux, Celso Mello então telefona ao Ministro Marco Aurélio, para colocá-lo a par das discussões:

A Cármen esteve comigo agora e comentei com ela que você, amanhã, vai suscitar a questão de ordem. Eu lhe pergunto: você consideraria a possibilidade de adiar essa sua iniciativa para a semana que vem, para que antes tentássemos resolver internamente, domesticamente essa questão numa reunião informal?

Com a concordância do Ministro Marco Aurélio, uma reunião informal proposta pelo Ministro Celso de Mello foi pré-agendada para o dia 20 de março de 2018. Ocorreria após as sessões das Turmas, que costumavam se encerrar antes do início da sessão do Tribunal Superior Eleitoral, que começa às 19 horas. Ficou combinado entre os participantes da reunião que o convite seria encaminhado pelo gabinete da Presidente. Entretanto, até a véspera, dia 19 de março, nenhum dos ministros havia recebido o convite. Para piorar, em entrevista concedida ao canal Globonews, declarou a Ministra, “Não há nenhuma razão para que a matéria volte agora abstratamente para levar à mudança da jurisprudência. [...] Não cedo a que isto venha acontecer”<sup>518</sup>.

---

<sup>516</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 321.

<sup>517</sup> Ibidem.

<sup>518</sup> Ibidem, p. 323.

No dia seguinte, nenhum sinal da Ministra Cármen Lúcia. A reunião, que poderia apaziguar os ânimos internamente, e resolver o impasse quanto à data de julgamento das Ações Declaratórias n. 43 e 44, não se concretizou. Desconfortável com a situação, o Ministro Celso de Mello declarou à imprensa<sup>519</sup>:

Quem deveria fazer o convite para a reunião seria a presidente. Ela, pelo menos até agora, ainda não me convidou, não sei se convidou os demais ministros. O combinado era que ela, que aceitou a sugestão desse encontro informal, faria um convite ontem. Ontem e hoje não houve esse convite.

Constrangida, a Ministra Cármen Lúcia foi ao gabinete do Ministro Celso de Mello e ouviu o seguinte conselho<sup>520</sup>:

Olha, Cármen, eu acho que você deveria pautar previamente as ADCs, porque isso vai nos permitir julgar uma controvérsia jurídica em tese sem vinculação a uma situação individual, um caso concreto que envolve uma determina figura política. Vamos julgar em abstrato.

Os fatos narrados foram reiterados na entrevista concedida por Felipe Recondo, acrescidos de importantes detalhes:

Aí eu me recordo que ministro Marco Aurélio insistia nesse julgamento, a ministra Carmen resistia internamente com base em todos esses argumentos de que o Supremo já tinha decidido, não ia usar a presidência dela para ficar jogando em cima desse tema, não gostou da estratégia dos advogados e da pressão deles, que eles faziam pressão via imprensa, ela tinha preocupação com a opinião pública e tinha apoio de outros setores institucionais como o dos militares. Aí o ministro Celso entrou em jogo para tentar apaziguar o negócio, o ministro Celso que era desde sempre favorável a execução da pena só depois do trânsito em julgado. E aí começam aquelas reuniões que nós tentamos descrever no livro, que era um certo descontentamento em relação a ministra Carmen, uma certa desconfiança, cá para nós, de alguns ministros com argumentos dela, ou com a transparência no processo decisório dela. Juízes não confiavam muito, achavam, por exemplo, que ela pautava determinado processo e colocava por último, mas depois dizia: "você não pode reclamar comigo, porque eu pautei o seu processo". "Pautou, mas você não ia chamar." Então tinha uma desconfiança grande internamente em relação a isso.

(...)

Aí o ministro Celso tenta entrar para debelar esse problema e também fazer com que se pautasse o processo que ele achava importante. E aí chega naquele nível dos ministros cogitarem uma questão de ordem para falarem: "vamos colocar em julgamento aqui em votação, nós vamos pautar isso independentemente do presidente ou não."

<sup>519</sup> Ibidem.

<sup>520</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 324.

(...)

Mas ele tenta entrar para contornar esse problema. Ele sabia que a decisão institucional era grave, de bypassar o presidente no seu poder de pauta, mas a ministra Carmen Lúcia quebra o diálogo. E aí é quando o ministro Celso também se sente traído, traído talvez seja uma palavra meio pesada, mas enganado, qualquer coisa do gênero, pela ministra Carmen. Ela diz que vai levar a julgamento, que vai colocar, mas no final das contas ela coloca só o *Habeas Corpus*.

(...)

Mas todos os detalhes que estão contados no livro, e todos os detalhes que foram contados ali foram contados por eles, eles ministros que participaram das discussões. Ministro Celso falou inclusive, “Naquele dia eu nunca falei tanto ao telefone”. Ele teve que conversar com todo mundo, dialogar se seria possível aquela saída ou não, a ministra Carmen havia topado, e aí quando é para fazer essa reunião prévia para eles decidirem o caminho ela some. Ministra Cármen some, aí eles vão para o plenário ainda naquela dúvida se iam colocar em xeque a autoridade do presidente ou não. Aí o ministro Marco Aurélio naquele dia fala, confessa que até cogitou fazer uma questão de ordem, mas confiou na palavra da presidente. Depois de algum tempo ele falou para mim: "se arrependimento matasse eu já estava morto."

Paralelamente às Ações Declaratórias de Constitucionalidade, passa a tramitar perante o STF em 02 de fevereiro de 2018, o *Habeas Corpus* n. 152.752/PR, impetrado em favor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Na petição inicial, o impetrante requereu a direta submissão do pedido liminar à Segunda Turma do STF, para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado do processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. No mérito, pleiteou a “concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétrea prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República”. Subsidiariamente, requereu “a concessão da ordem para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado no *Habeas Corpus* n. 146815-MC/MG e HC n. 146818-MC/ES”.

Naturalmente, a apreciação do *Habeas Corpus*, naquele momento, tinha como fundamento a própria higidez do entendimento do STF sobre a possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância, fixada em repercussão geral no ano de 2016. Do ponto de vista processual, no entanto, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, por estarem inseridas no controle concentrado de constitucionalidade, teriam efeitos capazes de atingir a todos os réus que estivessem naquela condição. O *Habeas Corpus*, por sua vez, apenas

seria capaz de beneficiar o próprio impetrante, salvo se a Corte avançasse no sentido de conceder ao entendimento fixado no caso concreto efeitos gerais, compatíveis com a ideia de objetivação do controle difuso de constitucionalidade. De certa forma, embora na seara cível, o Código de Processo Civil permitiria essa compreensão, interpretando-se literalmente o artigo 927, V. Não se deve esquecer que a superação do entendimento fixado em 2009 se deu inicialmente em *Habeas Corpus*, relatado pelo Ministro Teori Zavascki.

Julgada a apelação e majorada a pena imposta ao ex-Presidente Lula, o início do cumprimento da sua pena era uma questão de tempo, salvo se o STF julgasse as ADCs e efetivamente revertisse a orientação até então vigente. Poderia a Corte ainda apreciar o seu *Habeas Corpus*, e nele, afastar o precedente fixado em repercussão geral, superando o entendimento quanto à possibilidade de cumprimento da pena após decisão proferida em segunda instância.

O *Habeas Corpus* do ex-Presidente Lula teve uma tramitação rápida na Corte, e diferentemente dos demais casos da mesma classe, que terminavam em decisões monocráticas nas turmas, teve seu destino selado no plenário da Corte. Chegou ao STF e em menos de uma semana, o seu relator, Ministro Edson Fachin, indeferiu a liminar e o submeteu ao plenário.

Do ponto de vista estratégico, Fachin também deu a sua contribuição ao submeter, nos termos do artigo 21 do Regimento Interno da Corte, o julgamento do *Habeas Corpus* do ex-presidente ao Plenário. O fez por saber que a Segunda Turma, à qual estava vinculado, vinha formando maioria no sentido da impossibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância<sup>521</sup>, embora em sua decisão, tenha fundamentado que o deslocamento justificava-se pela necessidade de prevenção de divergência entre as turmas quanto ao tema. Ao submeter o caso ao plenário, evitou o julgamento pela Segunda Turma, colocando nas mãos da Presidente a responsabilidade por escolher submeter a julgamento o *Habeas Corpus* ou as ADCs<sup>522</sup>. Essa estratégia não era nova para o Ministro Fachin, que também a utilizou com

---

<sup>521</sup> Em casos anteriores, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal formou, a despeito da orientação do plenário, maioria no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Um dos exemplos é a Rcl nº 30245, na qual formou-se uma maioria composta pelos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. No caso, foi concedida medida cautelar em *Habeas Corpus* de ofício em favor do ex-ministro José Dirceu.

<sup>522</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das Estratégias e o STF de Rosa Weber. **Jota**. Brasília, 06 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>. Acesso em: 19 nov. 2021.

sucesso, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 143.333/PR, cujo paciente era o ex-Ministro Antonio Palocci Filho<sup>523</sup>.

A estratégia adotada pelo Ministro Fachin não passou despercebida pelos atores envolvidos no caso. Para Luana Vargas:

Eu me lembro que a própria ministra Rosa Weber era contrária à execução provisória da pena e ela negava a liminares em HCs na primeira turma dizendo "Eu não vou passar por cima do colegiado. Então estou seguindo o precedente vinculante." E aí, o ministro Fachin sabia, eu sei que ele sabia, que alguns ministros da segunda turma estavam concedendo HCs em outros casos, descumprindo precedente da suprema corte de 2016. E aí, como alguns ministros da primeira turma, alguns ministros da segunda turma eram favoráveis, eram contrários à execução provisória da pena e outros ministros da primeira turma eram favoráveis, ele levou o caso para o Pleno.

Mantendo a sua posição, a Ministra Cármen Lúcia deixou de indicar dia para julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade e condicionou a designação de data para o julgamento do *Habeas Corpus* a uma solicitação pública do Relator<sup>524</sup>. Em encontro realizado com parlamentares do Partido dos Trabalhadores, no dia 14 de março de 2018, a Ministra afirmou que o julgamento do *Habeas Corpus* independeria de pauta, cabendo apenas ao Ministro Fachin levá-lo em mesa, sem agendamento prévio, na Segunda Turma ou no plenário. Para Felipe Recondo<sup>525</sup>:

Cármen Lúcia coordena a pauta de julgamentos do tribunal e sabe da tendência dos colegas de reverterem novamente a jurisprudência da Corte. Por ser contra este movimento, nega-se a pautar o assunto. Mas sabe da impossibilidade da não decisão do tribunal. Preferiu então jogar a responsabilidade para os colegas, especialmente para Edson Fachin.

Disse a ministra que, se Fachin quiser, que leve o *Habeas Corpus* de Lula a julgamento, mas fora da pauta. Ou seja, Cármen Lúcia quer jogar o problema na conta de Fachin. Ele que arque com o ônus de colocar o assunto novamente em discussão.

<sup>523</sup> BULLA, Beatriz; MOURA, Rafael Moraes; SERAPIÃO, Fábio; PIRES, Breno. Fachin manda Habeas de Palocci para plenário do Supremo. **Estadão**. Brasília, 03 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fachin-manda-habeas-de-palocci-para-plenario-do-supremo/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

<sup>524</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 324.

<sup>525</sup> RECONDO, Felipe. No STF, o resultado está nos meios, não nos fins. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2018, p. 132.



Com efeito, por se tratar de classe processual à qual o regimento atribui preferência para julgamento, independentemente da pauta, nos termos do art. 83, §1º, III, caberia ao Ministro Fachin levar a ação a julgamento independentemente de qualquer iniciativa da Presidente<sup>526</sup>.

Após a intensa pressão que se acumulava, a Ministra Cármen Lúcia resolveu seguir o conselho do Ministro Celso de Mello, e telefonou ao Ministro Fachin, para combinar a data de julgamento do *Habeas Corpus* para o dia 22 de março de 2018. Na abertura da sessão de julgamento do dia 21 de março de 2018, anuncia que, no dia seguinte, o HC seria pautado. Após o anúncio, o Ministro Marco Aurélio revela que estava pronto para suscitar questão de ordem para que o plenário decidisse sobre a submissão das ADCs, e uma vez mais cobra da presidência a designação de data para julgamento. Entretanto, “diante do anúncio de que caminharíamos para a entrega da prestação jurisdicional no dia de amanhã”<sup>527</sup>, informa que desistiu de assim proceder.

Prossegue o ministro:

Ao contrário do que veiculado, não é desejo meu ressuscitar a matéria, simplesmente cumprir o dever de, aparelhados os processos reveladores dessas duas ações diretas, liberá-las, confeccionando relatório e voto. Tarda, urge, a apreciação desses processos objetivos, e na tradição que o Tribunal sempre preferiu, já que não temos partes individualizadas, a apreciação dos processos objetivos.

No dia marcado, o tribunal, por maioria, conheceu do *Habeas Corpus*, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Em seguida, o julgamento foi suspenso pelo adiantado da hora, deferindo-se liminar para que fosse expedido salvo-conduto em favor do paciente até o julgamento definitivo do caso, cuja data se fixou em 04 de abril de 2018, vencidos os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Na data designada, o julgamento é retomado e, confirmando as previsões, o Ministro Gilmar Mendes altera mais uma vez a sua posição. Antes, porém, antecipando-se ao que poderia ocorrer no voto da Ministra Rosa Weber, tece considerações quanto à objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Seu objetivo claramente consistiu em persuadir os demais

---

<sup>526</sup> O Ministro Edson Fachin já havia feito o que estava sob a sua atribuição, nos termos do Regimento Interno, liberando o processo para julgamento e incluindo o caso na lista da pauta do plenário, desde o dia 9 de fevereiro de 2018. Entretanto, aguardou decisão da Presidente quanto à designação da data, o que efetivamente aconteceu dias depois.

<sup>527</sup> CÁRMEN Lúcia pauta HC de Lula para amanhã. **Migalhas**. Brasília, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276780/carmen-lucia-pauta-hc-de-lula-para-amanha>. Acesso em: 25 mar. 2022.

ministros, em especial a Ministra Rosa Weber, para que não se sentissem obrigados a votar de acordo com a tese fixada inicialmente no HC 126.292 e depois no ARE com repercussão geral nº 964.246, tendo em vista que uma nova manifestação do plenário da Corte, à luz da objetivação do controle difuso, seria capaz de afastar um precedente fixado em repercussão geral. À medida em que avança o voto do Ministro Gilmar Mendes, a discussão sobre a estratégia na gestão da pauta adotada pela Ministra Cármen Lúcia surge no debate.

Realçou o Ministro Gilmar Mendes que:

Portanto, a mim me parece, com todas as vênias de estilo, Presidente, absolutamente irrelevante que, por uma decisão de Vossa Excelência – sempre sábia –, se colocou em pauta o *Habeas Corpus* de Lula da Silva, e não a ADC. Estamos decidindo o caso, com certeza, mas estamos decidindo o tema, e estamos decidindo do Plenário. Não há outro espaço para argumentação em termos de processo constitucional.

Não há por que denegar o *Habeas Corpus* e conceder a ADC, não faz nenhum sentido. Não faz nenhum sentido por quê? Porque é o tema que estamos decidindo. É o Plenário do Supremo, por sua completude, por sua unanimidade, que está a deliberar sobre o tema. Há muito se vindicava a necessidade desse debate e essa questão, portanto, agora se pôs.

Por acidentalidade do destino, se põe em sede de *Habeas Corpus*. Que venha, portanto, o *Habeas Corpus*, e que se decidamos o *Habeas Corpus* com a inteireza que estamos a decidir um processo de feição objetiva. Até porque, como sabemos muito bem, é assim que funciona nos sistemas de jurisdição constitucional; as ações vão ganhando esse papel<sup>528</sup>.

Em aparte concedido, o Ministro Marco Aurélio reforça a possibilidade de revisão do tema em sede de *Habeas Corpus*:

A rigor, a rigor, por isso ou por aquilo, apreciando este *Habeas Corpus*, estaremos apreciando as ações declaratórias de constitucionalidade. O colegiado será o mesmo quanto à decisão que proferirá nas duas ações – de n. 43 e 44. E causará estranheza se avançar-se agora – não sei qual será a conclusão do colegiado – para o indeferimento da ordem neste *habeas* e depois acolher-se os pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade. Ou seja, estamos julgando em definitivo – e precisamos ter presente que processo não tem capa, tem conteúdo estritamente – a questão de ser ou não possível, ante a cláusula do principal rol das garantias constitucionais, o do artigo 5º, alusiva ao princípio da não culpabilidade – pelo Pacto de São José da Costa Rica, princípio da inocência –, a execução da pena, portanto, sanção implementada antes do trânsito em julgado<sup>529</sup>.

<sup>528</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 04/04/2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 abr. 2018, p. 99.

<sup>529</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 04/04/2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 abr. 2018, p. 100

Mais adiante, em novo aparte, o Ministro Marco Aurélio começa a revelar publicamente o que pensa sobre o comportamento estratégico adotado pela Ministra Presidente. Para ele, “em termos de desgaste, a estratégia não podia ser pior”<sup>530</sup>. Prossegue o Ministro afirmando: “É que Vossa Excelência anunciou, ao grande público, que colocar as declaratórias em pauta dirigida, com data designada, seria apequenar o Tribunal. Não penso dessa forma”<sup>531</sup>.

A Ministra Cármen Lúcia então se defende e alega:

Não, não foi isso! Como dito fica fora de contexto. E não foi nesse contexto que foi dito isso. E continuo dizendo que o Supremo, quando julga, julga exatamente as questões postas e, por isso mesmo, não se apequena diante deste ou daquele caso.

O que, portanto, veio a julgamento sem pauta, como manda o art. 83, Ministro, foi o *Habeas Corpus*, porque se trata de um direito subjetivo - ainda que se discuta uma tese; o Ministro Gilmar aqui realça esse ponto -, é o caso de uma pessoa, e todo ser humano tem direito, todo cidadão tem o direito a este julgamento.

Apenas para verificar porque esse teve essa preferência. E isso foi, aliás, exposto a Vossas Excelências e a todo mundo no início da seção de quarta-feira. Apenas para elucidar, com todo respeito<sup>532</sup>.

Prosseguido no seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o entendimento firmado em 2016 pelo STF havia sido mal compreendido pelos tribunais, que passaram a determinar a execução da sentença penal condenatória de forma automática. Segundo o Ministro, a aplicação da pena nesse estágio processual seria tão somente uma possibilidade jurídica, e não uma obrigação. Assim, passa a aderir ao posicionamento fixado pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que a pena poderia ser iniciada após a sua confirmação pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, exerce um papel decisivo no julgamento do caso<sup>533</sup>. De acordo com os fundamentos utilizados por sua Excelência, a mudança de composição do tribunal não seria um fato suficiente para tornar legítima a alteração da jurisprudência. Tampouco reflexões pragmáticas ou conjunturais seriam capazes de justificar um novo posicionamento da Corte sobre o tema. Ademais, ainda segundo seu voto proferido, a Ministra

---

<sup>530</sup> Ibidem, p. 103

<sup>531</sup> Ibidem, p. 104

<sup>532</sup> Ibidem, p. 104

<sup>533</sup> Antes mesmo do início do julgamento, já se sabia que o destino do ex-presidente Lula e da jurisprudência da Corte sobre a prisão em segunda instância seria definida pelo voto da Ministra Rosa Weber. Em, RECONDO, Felipe; ARGUELHES, Diego Werneck. Na moderação de Rosa Weber está o destino da execução provisória. **Jota**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/na-moderacao-de-rosa-weber-esta-o-destino-da-execucao-provisoria-22032018>. Acesso em: 21 nov. 2021.

Rosa Weber privilegiou o princípio da colegialidade em detrimento de suas convicções pessoais. Para a Ministra, a justificação das decisões judiciais não deveria se ater ao raciocínio jurídico de apenas um juiz, mas sim, a partir da opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo. Seu voto, nesse sentido, representa um comportamento que reforçaria a credibilidade institucional do STF<sup>534</sup>.

A partir dos fundamentos expostos, considera inadequado reputar ilegal, abusivo ou teratológico o acórdão impugnado no *Habeas Corpus*, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, visto que reflete justamente a posição do STF, fixada em regime de repercussão geral. Assim conclui pelo indeferimento da ordem de *Habeas Corpus*, ressaltando o seu ponto de vista pessoal e registrando que, embora o plenário seja o *locus* adequado para a discussão da matéria, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, que, em controle concentrado de constitucionalidade, seriam capazes de rever a decisão anteriormente proferida<sup>535</sup>.

Após o seu voto, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski insistem quanto à possibilidade de alteração do entendimento fixado em 2016, ainda que em um caso concreto. Pretendem convencer a Ministra Rosa Weber a posicionar-se em estrita obediência ao seu entendimento pessoal, dado que a matéria estava sob exame no Plenário, como dito, o *locus* adequado para a solução de temas relevantes na Suprema Corte. As tentativas são rechaçadas pela Ministra Rosa, que defende a coerência do seu posicionamento com a horizontalidade da aplicação dos precedentes da Corte.

Após a finalização do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, o Ministro Marco Aurélio decreta:

Em síntese, Presidente, e que isto fique nos anais do Tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade. Esta é a conclusão<sup>536</sup>.

A discussão que se segue na mesma assentada deixa clara toda a negociação interna a respeito da elaboração da pauta de julgamentos. Transcrevo, a seguir, trechos do acórdão

<sup>534</sup> FALCÃO, J. Supremo: o tempo do processo é o ovo da serpente. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe. Organizadores. **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019, p. 24.

<sup>535</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 04/04/2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 abr. 2018, p. 206

<sup>536</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 04/04/2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 abr. 2018, p. 219

publicado pelo STF, elucidativos do que pretende se expor como evidência empírica do comportamento estratégico da Ministra Cármen Lúcia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, volto à colocação que fiz: se estivéssemos a decidir, hoje, o pedido de concessão de medida acauteladora nas duas declaratórias, ante a evolução do ministro Gilmar Mendes e também, já agora, a ressalva de entendimento, no Plenário, da ministra Rosa Weber, que votara, lá atrás, vencida, haveria o implemento das liminares. Vencido na primeira parte, no que condiciono a execução ao trânsito em julgado do título condenatório, acolho o pleito de aguardar-se – não se julgando este processo pela capa. Vossa Excelência, sei bem, é toda-poderosa, no tocante à feitura da pauta dirigida!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) Não, não sou toda-poderosa, sou apenas a Presidente, que tenho a pauta, Ministro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A definição da colocação das duas declaratórias na pauta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Isso foi objeto de consideração, foi considerado, foi até pedido da tribuna também, por um advogado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, mas não foi objeto de consideração de julgamento, de apreciação por parte deste Plenário. O que nós decidimos foi só o sobrestamento da ordem de prisão até o julgamento deste *Habeas Corpus*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Os Ministros conheceram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me perdoe, devo dar um testemunho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se arrependimento matasse, seria hoje um homem morto. Estava preparado para suscitar a questão de ordem. Anunciei-a inclusive, na quarta-feira, dia 22, mas recuei quanto à proposta que faria, porque Vossa Excelência sinalizou....

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Eu coloquei o *Habeas Corpus*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ...sinalizou o julgamento deste *habeas*, e presumi o que normalmente ocorre, não o extraordinário: que cada qual dos integrantes se pronunciaria de acordo com o convencimento formado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso não levantei, para preservar não Vossa Excelência, mas essa cadeira que Vossa Excelência ocupa, a de Presidente. Porque a questão de ordem era para colocar, em votação, a inserção, a designação de dia para julgamento das duas declaratórias, julgamento que já tarda, tendo em conta as implicações da

apreciação deste *habeas*. E nos defrontamos com quadro conflitante. O Tribunal indeferirá a ordem neste *habeas* para, posteriormente – por maioria escassa, é certo, considerados os dois votos, do ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber –, julgar no sentido da constitucionalidade, pelo menos parcial, do artigo 283 do Código Processo Penal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então passa-se a julgar o *Habeas Corpus* pela capa, não pelo conteúdo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, como eu disse, na quarta-feira, quinze dias atrás...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O único risco é acharem que sou petista!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)- ...quando o Ministro-Relator, na sexta-feira, dia 19, liberou, eu dei cumprimento tanto ao Regimento quanto à legislação no sentido da preferencialidade e urgência. Naquela ocasião, afirmei aqui, telefonei ao Ministro-Relator se queria que colocasse, como manda o art. 83, na primeira sessão, que seria na quarta, e resolvemos que seria na quinta; levamos em consideração que era um caso subjetivo, como tem sido julgado no Brasil inteiro, inclusive nas Turmas, e que nós tínhamos, como aqui já foi repetido, mais de uma vez, o *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado nesta matéria, as cautelares. E temos hoje, na pauta, liberados duzentos e onze casos de ações diretas com liminares, até em matéria penal, e o Recurso Extraordinário 964.246, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, com repercussão geral reconhecida e que estava sendo aplicada na Turma. E, por isso, exatamente, dando cumprimento à Constituição, é que foi trazida, na forma exposta pelo Ministro-Relator, e que foi julgada e votada pelos Senhores Ministros.

Após a discussão e o voto dos demais ministros, o Tribunal, por maioria, vencidos em menor extensão os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, denegou a ordem. Assim, manteve-se intacto o posicionamento fixado em 2016, permitindo-se o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. Delineado o quadro, o ex-Presidente Lula foi efetivamente em preso em 07 de abril de 2018.

O resultado do julgamento chama atenção para o fato de que as coisas poderiam ter se passado de forma diversa caso as Ações Declaratórias de Constitucionalidade tivessem sido pautadas, como disse o Ministro Marco Aurélio. Este fato foi notado pela literatura. Para Ana Laura Barbosa, os eventos ocorridos no julgamento do *Habeas Corpus* demonstram que a seleção de casos pode gerar uma inconsistência nos julgamentos proferidos pela Corte, quando

a mesma questão jurídica pende de discussão em controle concentrado e em controle difuso de constitucionalidade, de forma simultânea. Para a autora<sup>537</sup>:

Se o caso citado como exemplo tivesse sido julgado em sede de controle abstrato, a questão constitucional teria sido diretamente enfrentada, independentemente de peculiaridades do caso concreto. Consequentemente, o resultado teria sido outro. Isso não significa que o novo resultado teria sido mais correto do que aquele ao qual o tribunal chegou. Não é uma questão de qual teria sido a mais acertada. O caso tão somente ressalta que uma regra regimental – a seleção de casos -, e não a deliberação do colegiado, foi responsável pela conclusão de um julgamento.

Uma das possíveis soluções para o problema identificado pela autora passaria pela adoção do denominado meta-voto. Numa primeira hipótese, a votação recairia sobre o próprio protocolo de votação, destrinchando as questões específicas de cada um dos casos evitando-se assim que o resultado do julgamento fosse contaminado por alguma incoerência. Numa segunda hipótese, o meta-voto seria a própria escolha do caso a ser selecionado. Aqui, os ministros seriam instados a se posicionar sobre qual caso seria submetido a julgamento, evitando-se que as peculiaridades do caso concreto implicassem em solução diversa daquela a ser atribuída ao caso abstrato.

Pensamos que a solução é mais simples do que o modelo acima proposto. A bem da verdade, o problema está na gestão da agenda do STF e não na duplicidade de ações diferentes sobre a mesma questão jurídica. O ponto principal reside na disputa individual sobre o controle do que será julgado. O caso ora estudado é o exemplo mais emblemático desta disputa, porém não é o único. As possíveis soluções serão endereçadas no capítulo a seguir. Deve-se adiantar, apenas, que soluções engenhosas são desnecessárias, bastando para tanto que a deliberação sobre a pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte seja construída coletivamente, para todos os casos, e que a possibilidade de interferências individuais seja minimizada. Uma apreciação colegiada sobre o caso a ser submetido certamente permitiria que a Corte discutisse sobre a conveniência de pautar o julgamento em abstrato.

Prosseguindo, após a conclusão do julgamento do *Habeas Corpus*, e com o ex-Presidente preso, intensifica-se a pressão em cima da Presidente Cármen Lúcia para que designe data para julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. O que antes se sabia por entrevistas a jornalistas, agora se sabe por votos efetivamente proferidos no Plenário do STF. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade tinha potencial de reverter, por

---

<sup>537</sup> BARBOSA, Ana Laura Pereira. Meta-voto: solução para a pauta de julgamentos do STF? **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print. Rio de Janeiro, 2021, p. 18.

maioria, considerados os votos dos Ministro Gilmar Mendes, Dias Toffoli e da Ministra Rosa Weber, o entendimento fixado em 2016, submetendo o início do cumprimento da pena ao esgotamento da instância recursal extraordinária.

A estratégia adotada pela Ministra Cármen Lúcia foi duramente criticada em editorial divulgado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais<sup>538</sup>. Segundo o instituto, a decisão trouxe dois graves prejuízos à imagem do STF. O primeiro deles, é a sinalização de que casos de casos de personalidades públicas podem ser privilegiados em detrimento de casos de cidadãos comuns. Para o IBCCRIM, a submissão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade alcançaria não só o ex-presidente Lula como também todos aqueles que estivessem condenados criminalmente por decisão proferida em segunda instância.

O segundo prejuízo, mais grave, consiste na suspeita de que a submissão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade foi propositalmente evitada por receio de que a tese defendida pela Ministra Cármen Lúcia fosse vencida, visto que a ministra Rosa Weber já dava sinais de que votaria de acordo com a posição fixada em 2016, embora pessoalmente tivesse outro posicionamento. Segundo o IBCCRIM, usar o poder de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial para impedir que se julgassem as ações acerca da presunção de inocência impediu que o Tribunal decidisse a respeito.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54, o Ministro Relator chega a proferir decisão<sup>539</sup> revelando, a partir da citada mudança de entendimento no Ministro Gilmar Mendes, a necessidade de nova avaliação pelo Plenário da Suprema Corte, remetendo-a para ciência da Ministra Presidente. Pela relevância, transcrevo trecho da decisão:

2. Na sessão plenária de 5 de outubro de 2016, foram indeferidas as medidas acauteladoras postuladas nas ações declaratórias de constitucionalidade n. 43 e n. 44, de minha relatoria. Presente fato novo – a evolução, no entendimento, do Ministro Gilmar Mendes, na esteira do julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752, relator ministro Edson Fachin –, a indicar a revisão da óptica então assentada, mostra-se justificado o exame, pelo Supremo, do pedido de concessão de liminar formulado na inicial desta ação. 3. Observado o disposto no artigo 21 da Lei n. 9.868/1999, libero o processo para inserção na pauta dirigida do Pleno.

Nesse momento, a pergunta que surge é: sabendo-se que há uma nova orientação da Corte sobre o tema, qual a razão para não incluir imediatamente o julgamento das Ações

---

<sup>538</sup> Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim306.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>539</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 77, 20 abr. 2018.



Declaratórias de Constitucionalidade em pauta e deliberar definitivamente sobre ele, preservando direito fundamental caríssimo ao cidadão, qual seja, a liberdade? Não teria esse tema prioridade suficiente para ser imediatamente submetido ao Plenário? Relembre-se que não está em jogo apenas a liberdade do ex-presidente Lula, definida no *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Está em discussão a liberdade de milhares de brasileiros, privados de seu direito de ir e vir em razão de uma decisão unilateral da Presidente do STF, que, responsável pela elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte, recusava-se a pautar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que certamente retrocederiam ao entendimento da Corte fixado em 2009.

O tema ganha a mídia; a relevância da atribuição do Presidente da Corte em fixar o calendário de julgamentos torna-se evidente e é judicializada. Em matéria divulgada no sítio eletrônico CONJUR<sup>540</sup>, noticia-se a propositura, perante o STF, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 531, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Comunista do Brasil, cujo objeto consistia na lesão a preceito fundamental contido no artigo 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição da República, resultante de ato omissivo da Presidência do STF, o qual obsta o requerimento de concessão de medida cautelar nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54, ou o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44.

Argumentaram os arguentes que, embora o STF tenha adotado posicionamento que autorizou a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o superveniente julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752/PR possibilitou a formação de uma nova maioria. Com efeito, a alteração de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes e a ressalva de posição pessoal da Ministra Rosa Weber teriam revertido o entendimento e, a partir de então, a Corte teria maioria contrária à execução provisória da pena. Informam ainda que a insistência em não pautar o caso dizia respeito diretamente à liberdade de milhares de indivíduos, cerca de 14 mil, somente no Estado de São Paulo, segundo informações colhidas pela Defensoria Pública daquele Estado.

Os arguentes alegaram, ainda, que as ações constitucionais não constam no rol dos processos que o Regimento Interno da Corte autoriza que sejam apresentados em mesa, razão pela qual demandam liberação por parte do Relator, o que naquela altura já havia sido feito.

---

<sup>540</sup> POMPEU. Ana. PT e PCdoB acusam Cármen de omissão ao não pautar execução antecipada. **CONJUR**. Brasília, 28 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-28/pt-pcdob-acusam-carmen-omissao-nao-pautar-prisao-antecipada>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Restaria, portanto, apenas a decisão administrativa da presidência da Corte, nos termos do artigo 13, inciso III do RISTF. Chamavam atenção os autores para o fato de que um dos escopos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria a própria revisão da regra regimental, que deixa a decisão a respeito da pauta de julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade a cargo da “vontade momentânea” da Presidente, “em prejuízo da missão constitucional do Tribunal de tutela das garantias fundamentais e da liberdade dos cidadãos brasileiros”.

Nesse sentido, pleitearam:

[...] a realização de interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung), para restrição do poder discricionário de formação da pauta de julgamento da Corte, previsto no art. 13, inc. III, do RISTF. Ou seja, esse dispositivo do RISTF somente é constitucional se for interpretado no sentido de que uma ação constitucional (qualquer ação constitucional – como é o caso de ADC) não dependa de pauta a ser estabelecida por ato discricionário da Presidência do Tribunal.

O caso foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, que em decisão monocrática proferida no dia 29 de junho de 2018, indeferiu a petição inicial. Para o Ministro, embora não seja tarefa fácil estabelecer, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão grave o suficiente a justificar a admissão da arguição de preceito fundamental, o ato do Poder Público submetido a controle pela ADPF, nem ao menos em tese, seria capaz de lesar um preceito fundamental, visto que a presidência do STF tem poder de organizar a ordem dos processos a serem julgados.

Em conclusão, definiu o relator que ainda que o caso não tenha sido submetido a julgamento pelo Plenário da Corte, o tema nele debatido já ocupou o Pleno do STF por diversas oportunidades e está entregue à jurisdição ordinária. Nesse sentido, a despeito da relevância da ação pendente, não haveria, nem ao menos em tese, omissão grave e relevante da Presidência do STF, ensejando ameaça a preceitos fundamentais<sup>541</sup>.

O julgamento do caso revela preocupações institucionais que se inserem no âmago das reflexões empreendidas pelos Ministros quando do julgamento de um caso. Em jogo, estava a afirmação de uma atribuição institucional antiga, que vinha sendo exercida regularmente pelos sucessivos ministros que ocuparam a cadeira de presidente da Corte pelo menos desde o

---

<sup>541</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 531. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 153, 31 jul. 2018.

Ministro Nelson Jobim, quer este exercício tenha sido guiado por comportamento estratégicos ou não.

Conforme visto, o Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF, tinha razões que justificariam uma postura intrusiva, haja vista que no julgamento do *Habeas Corpus*, posicionou-se, juntamente com a nova maioria anunciada, pela alteração do entendimento até então vigente. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade seria uma oportunidade para fazer prevalecer o seu entendimento. A despeito disso, manteve-se fiel ao posicionamento histórico, deixando intacto o poder do Presidente de dirigir a pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte.

Curioso notar que, em outro contexto, mais recente, a pauta do Superior Tribunal de Justiça foi judicializada e, por decisão da Ministra Cármen Lúcia, determinou-se a inclusão de um caso em julgamento naquele Tribunal. Com efeito, no *Habeas Corpus* n. 206.675/PE, impetrado em 17 de setembro de 2021, os impetrantes alegaram a demora injustificada no julgamento do *Habeas Corpus* n. 585.874/PE, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, conclusos ao relator desde 9 de setembro de 2020.

Em decisão proferida em 5 de outubro de 2021, sob o fundamento da necessidade de observância do princípio da duração razoável do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, a relatora, em face da ausência de justificativa plausível para a demora no julgamento, não respaldada em razões objetivas e claras, concedeu a ordem para determinar à autoridade coatora, Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, proceda à imediata inclusão, em pauta de julgamento, do *Habeas Corpus*, submetendo-o à apreciação do colegiado até a segunda sessão subsequente à comunicação de sua decisão.

Retornando à análise do caso, em diversas oportunidades, o Ministro Marco Aurélio cobrou publicamente<sup>542</sup> a inclusão do caso para julgamento pela Presidente Cármen Lúcia. Em entrevista ao *Jornal do Brasil*,<sup>543</sup> o Ministro Relator afirmou que “A presidente está retendo esses processos, não designa data para julgar. Eu liberei as duas declaratórias de inconstitucionalidade em dezembro do ano passado”. Prossegue, afirmando que “A presidente,

---

<sup>542</sup> MENEZES, Dyelle. Marco Aurélio pressiona Cármen Lúcia a pautar ações sobre 2ª instância. **Poder 360**. Brasília, 05 abr. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/marco-aurelio-pressiona-carmen-lucia-a-pautar-aco-es-sobre-2a-instancia/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

<sup>543</sup> MARTINS, Felipe. “Muito Poderosa”: Marco Aurélio critica Cármen Lúcia por não pautar prisão em 2ª instância. **Fórum**. Brasília, 24 jun. 2018. Disponível em <https://revistaforum.com.br/politica/muito-poderosa-marco-aurelio-critica-carmem-lucia-por-nao-pautar-prisao-em-2a-instancia/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

muito poderosa, não designa dia, e ficamos por isso mesmo. Cabe, evidentemente, à parte da ação provocar. Não sou representante da parte para brigar com a presidente”. Sobre o poder do Presidente de gerenciar a pauta, afirma que “Não pode uma única pessoa ficar pinçando a dedo o que vai colocar ou não na pauta”. Em nova entrevista, concedida ao Jornal O Globo, dispara: “a ministra Cármen Lúcia, que define a data para julgamento, está com a palavra. Sem dúvida alguma, tempos estranhos. Estou aqui há 28 anos, e nunca vi manipulação da pauta como esta”<sup>544</sup>.

Em sua entrevista, concedida no âmbito desta tese, quando perguntado sobre a omissão da Presidente em pautar o tema, o Ministro Marco Aurélio assim se pronunciou:

A atuação que se espera é do profissional da advocacia que patrocina a causa. O relator fica aguardando, após liberar o processo para inserção em pauta. Não tem interesse em cobrar essa inserção. Deve manifestar-se, se for o caso, e ressaltar junto ao Presidente, a importância da matéria. Caso concreto: execução da pena após o pronunciamento de segunda instância. Desde que cheguei ao Tribunal, tive presente o princípio constitucional da não culpabilidade. Sempre votei no sentido de que não é possível a execução provisória da pena. Por que? Porque, no cível, há a possibilidade de, reformar a decisão voltar-se a situação anterior. A liberdade do homem ninguém a devolve, uma vez perdida. O princípio da não culpabilidade está em bom vernáculo, em bom português, no principal rol das garantias constitucionais. É potencializado ao apontar-se que só se tem a culpabilidade depois que não couber recurso contra decisão condenatória. Prevaleceu a tese de que a Constituição não é um documento lírico, um documento romântico. Precisa ser amada por todos e guardada pelo Supremo. Sob a minha relatoria, o processo foi incluído em pauta e decidiu-se. O que temos é competência muito alargada do Supremo que acaba prejudicando, como se fosse uma quarta instância, a entrega da prestação jurisdicional. Acredito muito no taco do colega que está na pedreira da magistratura, na primeira instância. E observo, acima de tudo, sempre observei, os ditames da Constituição Federal. Quando o Supremo varia nas decisões que profere, gera perplexidade muito grande, não só na academia, na área jurídica, com também junto a sociedade como um grande todo.

A recalcitrância na inclusão do caso para julgamento gerou uma grave reação do relator, que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54, deferiu medida cautelar em 19 de dezembro de 2018 (após a finalização do processo eleitoral), véspera do recesso judiciário, determinando a suspensão de execução de pena em momento anterior ao seu trânsito em julgado, permitindo a libertação daqueles que tenham sido presos, salvo se houver razões para

---

<sup>544</sup> MARCO Aurélio critica ‘manipulação da pauta’ no STF: tempos estranhos. **O Globo**. Rio de Janeiro, 06 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/marco-aurelio-critica-manipulacao-da-pauta-no-stf-tempos-estranhos-22827300>. Acesso em: 14 mar. 2022.

a manutenção da prisão nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>545</sup>. Imediatamente, o Ministro Dias Toffoli, já na presidência da Corte, acolheu pediu de suspensão de liminar<sup>546</sup> proposto pela Procuradoria Geral da República e suspendeu a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio.

Nesse contexto, em outra entrevista, concedida ao Estadão, Marco Aurélio asseverou “depois de 40 anos de toga não posso conviver com a manipulação da pauta”. Ainda segundo a publicação, o ministro afirmou que “antigamente”, quando um ministro liberava uma ação para julgamento do mérito, ela era imediatamente incluída na pauta do Plenário. Agora, disse ele, as ações que tratam da constitucionalidade da prisão após a condenação em segunda instância estão, desde abril, liberadas, sem, no entanto, serem pautadas, inicialmente pela Ministra Cármen Lúcia e, posteriormente, pelo Ministro Dias Toffoli<sup>547</sup>.

Assim como o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes já havia cobrado publicamente, em sessão do pleno realizada no dia 21 de março de 2018, mais transparência na elaboração da pauta de julgamentos, por parte da Ministra Cármen Lúcia. Os diálogos a seguir transcritos, extraídos do julgamento da ADI n. 5394, que nada tinha a ver com prisão em segunda instância, demonstram a gravidade da situação e o acirramento na Corte a respeito do tema:

Ministro Gilmar Mendes: Presidente, começo cumprimentando Vossa Excelência pelo anúncio feito e por pautar esse processo, esse *Habeas Corpus*. Também entendo que deveríamos ter já discutido as ações declaratórias de constitucionalidade. Acho que é um processo objetivo, que já estava com pauta solicitada pelo eminente relator. Acho que estamos vivenciando, no Brasil, falsas questões. Acompanho o Supremo, como todos sabem, há muitos anos. Aqui estou há quinze anos e nunca vi problema para pautar qualquer processo.

<sup>545</sup> Para Diego Werneck, a decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio neste caso atravessa as fronteiras da Supremocracia, projetando institucionalmente para fora do tribunal a sua recusa individual em aceitar uma decisão já proferida pelo plenário do STF. Para o autor, ao tentar impor ao país a sua posição em vez da decisão existente, o Ministro Marco Aurélio “vai além da discordância substantiva e se insurge contra a autoridade do plenário”. Em, ARGUELHES, Diego Werneck. A liminar de Marco Aurélio: da monocratização à insurreição? *In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). O Supremo e o Processo Eleitoral*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019. p. 111.

<sup>546</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 1188. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 19, 31 jan. 2019.

<sup>547</sup> NÃO POSSO viver com manipulação da pauta da Corte. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 20 dez. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/554508/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 mar. 2022.

(...) Portanto, precisamos discutir, em sessão administrativa, sobre o que se concebe como pauta, porque tenho ouvido falar tanta coisa sobre a pauta que parece ser de um outro Supremo.

Ministro Marco Aurélio: Precisamos, Presidente, voltar a uma prática antiga. Em primeiro lugar, reconhecer a figura do relator, e nele acreditar; em segundo lugar, os vogais votarem não como se fossem revisores, mas como vogais, de improviso, no gogó.

(...)

Ministra Cármen Lúcia: E mais do que isso, Ministro, passei a fazer pautas mensais a pedido de alguns dos Ministros, porque as pautas tinham, às vezes, dezoito processos, estudávamos e chegávamos aqui e não conseguíamos dar conta; e a pedido dos advogados, muitos dos quais de fora. Foi essa a razão.

Mas eu ordeno apenas os trabalhos na condição de Presidente, inteiramente aberta, que se tiver que mudar, se tiver que mudar o Regimento, em cujo art. 13 diga isso, que seja discutido na sede própria; não há qualquer dificuldade.

(...)

Ministro Gilmar Mendes: Só quer dizer: ou a pauta é extremamente rígida e tem as suas flexibilidades, o é extremamente flexível; quer dizer, até para isso tem de ter prazo. Então, vamos assentar isso de maneira clara.

Gosto muito das coisas muito claras, assim, por ter jeito de bobo, posso até babar na gravata, mas respeitem a minha inteligência. Então, não façamos coisas desse... É preciso que essas coisas sejam feitas. Então, vamos reorganizar o hábito de fazermos a pauta com um mínimo de veracidade.

Mas passo ao voto, Presidente. Era só para fazer esse registro.

Ministra Cármen Lúcia: Ministro, se Vossa Excelência me permite, já que falou da pauta e, como, na condição de Presidente atualmente, eu é que a tenho preparado. Ela tem sido preparada dentro de algumas balizas objetivas que são: temáticas, número de processos que dê para nós julgarmos - e temos julgado, com muita frequência, toda a pauta -, e, principalmente, quando eu mudo, como dei o exemplo da semana passada, o faço porque o Relator indica algo que tenha importância... Vossa Excelência se lembra quando foi Presidente, e vários aqui foram Presidentes, todos experimentaram as dificuldades de se fazer uma pauta...

Ministro Gilmar Mendes: Não estou dizendo nada de Vossa Excelência, estou dizendo que ou ela é hiper-rígida, ou ela não pode ser hiperflexível, só isso.

Ministra Cármen Lúcia: Ela não é, no meu caso, nem hiper-rígida nem flexível. Ela tem sido cumprida e, pelas estatísticas que tenho da nossa AGE, ela tem sido cumprida em 85% dos casos, o que é um índice alto e, a meu ver, muito bom.

A polêmica também gerou reações na classe política. Partidos de apoio ao ex-Presidente Lula, interessados no julgamento do caso, agiram para requerer ao STF, mais especificamente à Presidente Cármen Lúcia, a designação da data para julgamento das Ações Declaratórias de

Constitucionalidade<sup>548</sup>. A pressão da comunidade jurídica, da opinião pública e da classe política, no entanto, não foi capaz de demover a Presidente de sua decisão. Com efeito, ao final o seu mandato, em setembro de 2018, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nunca foram pautadas.

## 5.2. A estratégia propriamente dita

Apresentados os fatos, é possível identificar um comportamento estratégico preponderante e, no fim das contas, vencedor, da Ministra Cármen Lúcia. Estava claro para os ministros do STF, para a imprensa, para a sociedade e para a comunidade jurídica, que a Presidente não designaria data para o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. No entanto, a pressão dos seus pares representada pela maioria formada em sentido contrário ao entendimento fixado em 2016, da imprensa, dos agentes políticos e da opinião pública, a convenceram de que uma “segunda” estratégia deveria ser adotada.

O julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752/PR, foco principal da pressão que sobre ela repousava, representava uma oportunidade para que o caso do ex-Presidente Lula fosse resolvido sem que o tema da prisão em segunda instância fosse novamente debatido em tese. O fato de o regimento interno determinar que o julgamento desta classe processual fosse realizado independentemente de pauta não retira da Presidente a responsabilidade pelo julgamento do caso. Conforme se viu, o Ministro Fachin aguardou a iniciativa da Presidente, que de fato lhe telefonou para combinar a data de julgamento, seguindo conselho do Ministro Celso de Mello.

Fica claro que a Ministra Cármen Lúcia, ao não pautar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, mas sim o *Habeas Corpus* do ex-presidente, age de maneira estratégica, optando por uma *second best decision*. Por ser um caso concreto e deveras polêmico, esperava que os Ministros se pautassem pela decisão abstrata fixada pela Corte em momento anterior e não superassem, em um caso concreto, o entendimento fixado abstratamente em 2016. O resultado do julgamento do *Habeas Corpus* mostrou que a estratégia da Ministra Cármen Lúcia foi bem-sucedida, conforme dito pelo Ministro Marco Aurélio, ao menos quanto a postergar o julgamento. Embora o colegiado tenha sinalizado a formação da nova maioria, o julgamento do

---

<sup>548</sup> CURY, Teo. Parlamentares petistas pedem que STF paute ações sobre prisão após condenação em 2ª instância. **Estadão**. Brasília, 07 ago. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/parlamentares-petistas-pedem-que-stf-paute-acoes-sobre-prisao-apos-condenacao-em-2-a-instancia/>. Acesso em: 27 out. 2021.

*Habeas Corpus* não foi capaz de desconstituir o entendimento em tese fixado na Repercussão Geral em 2016.

Para Felipe Recondo<sup>549</sup>:

Cármen Lúcia fez a conta de chegada – de olho no decisivo voto da ministra Rosa Weber. Em vez de levar a ADC a plenário, preferiu dar nome e sobrenome ao julgamento. Por quê? Se levasse a julgamento a ADC, o STF poderia reverter sua interpretação da Constituição, e, por consequência, garantiria a liberdade de Lula. Mas, ao pautar o *Habeas Corpus* impetrado por Lula contra sua prisão, Cármen Lúcia praticamente definiu o destino do petista, mudou o quadro eleitoral e adiou para 2019 qualquer tentativa de reversão da jurisprudência.

Para Diego Arguelhes e Thomaz Pereira, ao se referir a uma estratégia vencedora, o Ministro Marco Aurélio referia-se especificamente:

[...] ao fato de Cármen Lúcia, ciente dessa nova maioria, usou suas prerrogativas de presidente para pautar o *Habeas Corpus* de Lula, em vez das ADCs 43 e 44. Ao fazer isso em vez de recolocar a questão geral diante do plenário, a ministra fez o tema voltar como uma questão de fundo em um caso concreto – e justo nesse caso concreto<sup>550</sup>.

Segundo Felipe Recondo e Luiz Weber<sup>551</sup>:

Ficou claro para todos que, se o tribunal tivesse julgado as ações declaratórias de constitucionalidade, Lula estaria solto, pois a tese da prisão em segunda instância teria sido alterada. Mas Cármen Lúcia forçou o julgamento do *Habeas Corpus*, isto é, de um caso individual e de um personagem que dividia paixões – e aí o resultado foi outro. Rosa Weber revelou que, se estivesse em julgamento a tese, votaria contra a prisão em segunda instância. Como o que estava sendo decidido era o caso Lula, apenas seguiu a tendência do tribunal.

Em entrevista concedida posteriormente ao julgamento do HC, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que<sup>552</sup>:

Acredito que isso (a divisão da pauta) se deveu a uma certa estratégia da presidência para evitar o problema e se manifestar nesse contexto, só que o

<sup>549</sup> RECONDO, Felipe. Cármen Lúcia: as turbulências e um ensaio de gestão. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019.

<sup>550</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das Estratégias e o STF de Rosa Weber. **Jota**. Brasília, 06 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>. Acesso em: 19 nov. 2021.

<sup>551</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 325.

<sup>552</sup> FROUFE, Cecília. Nos fingimos de expertos e criamos um grave problema, diz Gilmar Mendes sobre decisão do Supremo. **Estadão**. São Paulo, 05 abr. 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: 21 mar. 2022.



problema cresceu, e, diante da condenação do Lula, desse *Habeas Corpus*, muito provavelmente vamos ter um recrudescimento.

(...)

É muito caótico, difícil de explicar. Nos amarramos a detalhes, nos fingimos de expertos e criamos um grave problema. Não foi bom.

Sobre a estratégia adotada pela Ministra Cármen Lúcia, eis a opinião de Felipe Recondo, quando perguntado se a inclusão do HC em pauta foi um movimento estratégico para manter a jurisprudência vinculante da Corte:

Sim, tanto que a ministra Rosa no voto dela pergunta: "presidente, o que estamos julgando?" Ela faz isso exatamente para deixar claro que no HC, teria uma decisão e na ADC teria outra. E ela diz, tanto que o voto dela, todo mundo fala, você pega o voto dela até determinada página, serve para qualquer coisa, depois, aí ela faz essa pergunta: "Que que nós estamos julgando?" Aí no HC ela fala: "no HC vamos respeitar a jurisprudência." Não vou entrar no mérito, quem sou eu, mas o Supremo mudou a jurisprudência em HC. Duas vezes. Mas enfim, mas de fato, e aí nunca vai se saber, o que nós ouvíamos dos ministros é que a ministra Rosa já tinha falado isso para a ministra Carmen. Ela teria um pouco dessa segurança, e acho, por tudo que eu ouvi na época, e aí também nunca coloquei no papel, que os ministros vinham procurando, conversando com a ministra Rosa para saber para onde ela ia. Repare, e eu não sei se você reparou, que o ministro Barroso no começo do voto da ministra Rosa dá-lhe uma patada, você reparou isso? Porque ele não tinha certeza, eu lembro que eu perguntava para os ministros: "Para onde vai?" Todos eles: "Não sei." A ministra Rosa manteve o segredo. Então quando o ministro Barroso dá uma patada, nós pensamos: "Ela vai votar pela reversão da jurisprudência" e acho que ele também pensava. Ali foi todo mundo forçando a barra em cima do voto dela, só que ninguém sabia exatamente para onde ela ia, talvez só a ministra Carmen soubesse.

Mas não foi apenas a Ministra Cármen Lúcia que se comportou estrategicamente. Há uma série de comportamentos estratégicos de diversos ministros nesse caso. Ao submeter o *Habeas Corpus* ao plenário, o Ministro Edson Fachin justifica a necessidade de manifestação do plenário sobre o tema, citando a pendência de julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. No fundo, o deslocamento da competência se principalmente em razão de derrotas anteriores na 2ª Turma.

Por sua vez, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade só permaneceram vivas após o julgamento do referendo da medida cautelar em setembro de 2016, pela resistência do Ministro Marco Aurélio de convertê-las em julgamento de mérito. Com efeito, na ocasião, o relator rejeitou proposta formulada pela própria Ministra Cármen e pelo Ministro Gilmar Mendes, à época favorável à execução da pena após a decisão em segunda instância. Por fim, o voto decisivo da Ministra Rosa Weber pode também ter envolvido um cálculo estratégico, na

medida em que se recusa a se envolver nos jogos estratégicos dos demais Ministros e de suas manipulações de pauta, seguindo a jurisprudência e livrando-se de qualquer responsabilidade pela solução do caso

O componente estratégico, na verdade, está impregnado no *modus operandi* do STF, e não é exagero dizer que vencer ou perder um caso emblemático atualmente depende muito mais de estratégias do que das determinações legais. E esta percepção pode se tornar uma ameaça para a legitimidade e autoridade do tribunal. Naturalmente, os comportamentos estratégicos não deixaram de existir. Entretanto, eles não podem representar uma oportunidade para a sobreposição da vontade de um Ministro em detrimento da vontade do colegiado.

Enfim, os achados coletados a partir de declarações dos ministros à imprensa, em especial da própria Ministra Presidente, do Ministro Marco Aurélio, os debates na sessão de julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752/PR, da ADI n. 5394, e as entrevistas colhidas nesta tese, fornecem evidências suficientes para sustentar que a Ministra Cármen Lúcia agiu estrategicamente, de forma deliberada, para excluir da pauta do STF o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, a despeito da importância do bem jurídico tutelado, o direito à liberdade de ir e vir, e da maioria formada na Corte para impedir a execução da pena após condenação em segunda instância. Os motivos pelos quais ela assim agiu serão expostos no item a seguir

### 5.3. Fatores de influência

Sustenta-se a ideia de que o modelo estratégico de comportamento judicial está a serviço de um objetivo, daí porque se defende o seu caráter acessório, instrumental. Se isso é verdade, então o comportamento adotado pela Ministra Cármen Lúcia foi uma estratégia para atingir um objetivo que lhe era pessoalmente caro. Para Felipe Recondo, quando perguntado sobre as possíveis influências que levaram a Ministra a decidir por não pautar o caso:

Eu acho que você tem mistura, o argumento oficial fazia muito sentido. Eu lembro de textos publicados no JOTA dizendo, procurando a responsabilidade por aquele cenário. E pouca gente cobrava do ministro Gilmar a responsabilidade por isso, e ele era um dos principais responsáveis, quando ele dá um voto, anuncia depois que vai mudar, e nós sabemos, ministro Gilmar não é um bobo, não é um tolo, muito pelo contrário, então fica naquela dúvida, o ministro que está declarando antecipadamente que está mudando de voto seria o principal responsável por isso ou não? Ou seria a ministra Carmen? A ministra Carmen tinha um argumento muito bom, que era: "Nós decidimos isso agora, nós vamos mudar de novo?" Esse era o argumento oficial que nós

podemos colocar aí em uma percentagem alta de verossimilhança. Por outro lado, tinha toda essa pressão em relação a Lula voltar ou não voltar, que falava muito ao ouvido dela. Lembrando, naquela época nós estávamos naquela, tudo era contra a Lava-Jato ou a favor da Lava-Jato, revisitar essa jurisprudência era contra a Lava-Jato, portanto nós podíamos pegar vários setores da imprensa que desciam a caneta no Supremo por conta dessa possibilidade. Setores da imprensa que elogiavam muito a presidência da ministra Carmen Lúcia, com quem ela tinha um certo alinhamento, então eu acho que você vai ter essa mistura de fatores, tem o fator ideológico, mas também tem o fator legalista e estratégico, e também de imagem, ela não queria ser a presidente que iria fazer isso

Por sua vez, para Luana Vargas:

Olhando de fora, ao meu ver, foi integridade. Foi integridade, foi sentimento do que é correto e do que não é correto.

(...)

Eu acho que foi pensando nisso que a Ministra Cármen Lúcia, mesmo levando grito, pressão da maioria masculina do tribunal, ficou muito firme. Pressão de mídia, pressão de apoiadores do ex-presidente. Ela se manteve firme, no entendimento de que não estão presentes os critérios, nenhum critério, para voltar a julgar. O fato de o ministro mudar de ideia não é critério. E, além disso, não havia, como não há até hoje, nenhum estudo dizendo que depois de 2016, como a situação penitenciária... Ou melhor, como a situação penitenciária piorou de uma forma dramática. As penitenciárias do Brasil sempre foram povoadas por pessoas pretas e pobres. Não teve nenhum precedente, nenhum estudo mostrando que a execução provisória da pena agravou essa desigualdade.

Então não teve nenhum estudo, e nem deu tempo, porque foi tão rápido tudo, que mostrasse que o impacto da decisão de 2016, foi um impacto negativo. Não teve, entendeu? Então, a Ministra Carmem entendeu que não era a ocasião. Que seria desprestigiar a própria suprema corte levar tão pouco tempo depois um julgamento novamente ao Pleno.

Para o jurista tradicional, apenas reflexões jurídicas podem interferir em processos decisórios do Poder Judiciário. Sendo assim, a atividade de elaboração da pauta de julgamentos de uma Corte deveria levar em consideração apenas as normas jurídicas. Na vida real, entretanto, fatores extrajurídicos entram em cena, e os cálculos estratégicos elaborados na tomada de decisão os levam em consideração. Tais fatores foram determinantes para a decisão da Ministra. É possível afirmar que, para além de fundamentos jurídicos, preocupações institucionais e motivações ideológicas conduziram o seu comportamento. Há evidências empíricas, extraídas direta ou implicitamente das suas declarações, que sustentam algumas delas. Outras, embora fortemente verossímeis, permanecerão no campo da cogitação, dada a dificuldade metodológica de confirmá-las.

Do ponto de vista legal, a Constituição Federal atribui ao STF a competência para a elaboração de súmulas vinculantes, que após aprovadas, nos termos do artigo 103-A, terão efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal estadual e municipal. No que se refere ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, criou a repercussão geral, requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, cujo objetivo é filtrar o acesso à Corte, atribuindo-lhe competência para selecionar casos que discutam questões relevantes do ponto de vista econômico, político social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do caso. No controle concentrado, estabeleceu que suas decisões produzirão eficácia contra todos e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgão do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Por força do Código de Processo Civil de 2015, em especial do artigo 926, cabe aos tribunais uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Por sua vez, o art. 927, incisos II e III, determinam que os enunciados de súmula vinculante e as decisões proferidas pelo STF em recursos extraordinários repetitivos sejam obrigatoriamente observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

A interpretação que deve ser conferida aos referidos dispositivos autoriza a conclusão de que a preservação dos precedentes do STF é uma obrigação a ele atribuída por força da Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. Naturalmente, não se quer com isso defender a imutabilidade dos entendimentos fixados pela Corte. Entretanto, espera-se previsibilidade e estabilidade, em benefício da segurança jurídica, tão cara a qualquer sistema jurídico.

É possível afirmar que a histórica insegurança jurídica causada pela constante oscilação de jurisprudência do STF em relação ao tema da prisão em segunda instância contribuiu fortemente para a decisão da Ministra Cármen Lúcia. Após o julgamento do *Habeas Corpus* do ex-presidente Lula, confirmou-se uma iminente nova alteração do entendimento. A bem da verdade, a alteração de entendimento da Corte, conforme já visto, se pronunciava antes mesmo da sessão que finalizou o julgamento do *Habeas Corpus*. Na visão da Presidente, uma nova mudança de entendimento da Corte, provocada principalmente pela nova orientação dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, não seria um motivo idôneo a justificar o novo julgamento do caso.

A escolha pela submissão do *Habeas Corpus* ao plenário presencial levou em consideração reflexões baseadas no sistema de precedentes e no papel do STF na sua preservação. A expectativa da Ministra Presidente era que a submissão de um caso concreto, no qual a discussão sobre a tese era a matéria de fundo, e não a questão principal, seria suficiente para garantir a preservação da autoridade do entendimento fixado em repercussão geral de 2016. Ao final, a motivação jurídica consistente na preservação dos precedentes da Corte se mostrou evidente, não apenas através das manifestações públicas da Ministra, mas também através do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, determinante para o julgamento do *Habeas Corpus* e a consequente manutenção da jurisprudência da Corte sobre o tema. Presente, portanto, componente legalista na decisão de não submeter o caso ao plenário presencial do STF.

Do ponto de vista institucional, atribuir à Corte o poder para decidir os casos que irá decidir, denominado por Davi Fontana de “*docket control*”, constitui fator determinante para o seu sucesso, permitindo a ela deliberar sobre as questões corretas no momento adequado. O controle da agenda permite que a Corte evite que determinadas questões sejam submetidas a julgamento quando se percebe que não há um cenário suficientemente amadurecido para discuti-lo. A manipulação adequada do referido poder contribui com a construção e a manutenção da legitimidade da Corte.

No STF, decidir não decidir um caso é uma atribuição que está à disposição de todos os ministros, o que revela que o poder de agenda da Corte é difuso e individualizado, em níveis distintos. Cabe ao relator iniciar o *iter* procedimental que leva a um julgamento colegiado, produzindo seu voto e liberando para julgamento. Caso não seja do seu interesse julgar a questão, basta omitir-se, não havendo qualquer mecanismo que o obrigue a submeter um caso em um prazo improrrogável.

Uma vez liberado, cabe à presidência elaborar a pauta de julgamentos do Plenário Presencial da Corte. Até a generalização dos julgamentos no Plenário Virtual, a sua decisão era definitiva, não havendo qualquer mecanismo que permitisse a qualquer outro ministro se sobrepor à sua vontade e submeter um caso a julgamento da composição colegiada da Corte. Nem mesmo uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme visto, foi capaz de forçar a submissão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, mantendo-se hígido o poder do presidente de elaboração da pauta de julgamentos do Tribunal Pleno.

Uma vez escolhido pela Presidência um caso e efetivamente iniciado o julgamento, podem os demais ministros pedir vista dos autos, interrompendo a sessão de julgamento.

Através do pedido de vistas, o ministro que o solicitou interfere no poder de agenda da presidência, bloqueando-o, e atraindo para si a prerrogativa de recolocá-lo na agenda.

Não há dúvidas de que o *docket control* foi utilizado pela Ministra Cármen Lúcia. Suas declarações à imprensa fornecem evidências suficientes para se chegar a essa conclusão. Em primeiro lugar, considerou que o “*timing*” para julgar o caso não era adequado, haja visto que a Corte, há cerca de dois anos, já havia se pronunciado em repercussão geral confirmando a possibilidade de execução provisória da pena e, também rejeitando a medida cautelar nas mesmas ADCs. Não havia, segundo ela, razão alguma para que a Corte julgasse o tema novamente. Ademais, o caso era altamente polarizante, repercutiria em grandes investigações criminais em curso e tinha um grande potencial para interferir no processo eleitoral de 2018.

Em segundo lugar, um novo julgamento do tema atingiria diretamente a legitimidade da Corte, diminuiria a sua importância institucional e, segundo a Presidente, apequenaria o tribunal. Em suma, o tempo era inadequado e o resultado repercutiria fortemente no prestígio institucional da Corte. Nesse sentido, não há dúvidas que preocupações institucionais relacionadas com a legitimidade da Corte foram determinantes para a Ministra Cármen Lúcia decidir não decidir as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Por fim, do ponto de vista ideológico, há fortes indícios de que a sua posição pessoal sobre o tema tenha a levado a agir como agiu. Em primeiro lugar, o modelo *forward thinking* considera que ao tomar uma decisão, os juízes procuram antecipar os acontecimentos futuros, buscando assim garantir que a sua posição pessoal seja a vencedora em determinado caso. Como se sabe, a Ministra Cármen Lúcia sempre se posicionou em favor da execução da pena após a prisão em segunda instância. Incluir o caso em pauta para novo julgamento colocaria em risco a posição vencedora, da qual fazia parte. A princípio, antes do julgamento do *Habeas Corpus*, havia apenas uma desconfiança, considerando as declarações à imprensa do Ministro Gilmar Mendes. Após o julgamento do caso, uma certeza. Portanto, a posição pessoal da Ministra Cármen Lúcia e o seu interesse em mantê-la vencedora nos parecem determinantes para justificar, do ponto de vista ideológico, a não inclusão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade na pauta do plenário presencial.

Em segundo lugar, a possibilidade de início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância foi uma ferramenta fundamental para o sucesso da operação Lava Jato. A possibilidade real de prisão dos envolvidos funcionou como uma espécie de incentivo aos acordos de colaboração premiada com o Ministério Público Federal e com a Polícia Federal.

Durante a investigação, o STF dividiu-se entre uma ala favorável e outra contrária à investigação Lava Jato. Dentre os ministros integrantes da ala favorável, estava a Ministra Cármen Lúcia. A derrota da Lava Jato seria, por tabela, uma derrota de sua ala. A não inclusão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade em pauta poderia retardar o enfraquecimento da operação, que naquele momento, era uma questão de tempo.

Naturalmente, nenhuma das razões ideológicas acima elencadas foi expressamente utilizada pela Ministra para justificar a sua decisão. Entretanto, o contexto do caso e suas posições pessoais fornecem robustos indícios, suficientemente capazes de permitir a conclusão de que foram determinantes para afastar as ADCs do plenário presencial.

Por fim, do ponto de vista eleitoral, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade poderia influenciar fortemente o cenário das eleições de 2018, tendo em vista que a manutenção da prisão do ex-presidente Lula enfraqueceria a candidatura do Partido dos Trabalhadores. Para Felipe Recondo e Luiz Weber, as negociações internas e a discussão que se seguiu no julgamento do *Habeas Corpus* revelariam<sup>553</sup> os interesses que motivaram a Ministra Cármen Lúcia a manipular a pauta de julgamentos:

Cármen Lúcia, como senhora da pauta de julgamentos, assumiu a responsabilidade de impedir a virada de jurisprudência e, por consequência, de manter Lula preso e fora das eleições de 2018. O ex-presidente não poderia ser candidato, tampouco atuar livremente como cabo eleitoral.

Em sua entrevista, Felipe Recondo se manifesta novamente sobre o ponto:

Mas aí objetivamente no ponto de vista eleitoral nenhuma dúvida de que essa decisão interferiu diretamente. Você tirou o presidente do jogo, tirou completamente o ex-presidente, melhor dizendo, do jogo eleitoral, e ainda manteve essa pressão da Lava-Jato, essa pressão da Lava-Jato sobre os investigados. Mas essa era, inclusive, o ministro Celso dizia, vou cometer uma inconfidência aqui, eu lembro que quando eu fui conversar com ele depois de toda essa crise com a ministra Carmen, ele se revoltava em ser tratado como um defensor do PT. O Antagonista vira e mexe publicava, eu lembro do ministro Celso nessa conversa me mostrando: "Olha aqui, Felipe, o que escrevem de mim, que eu, justamente eu defendendo o PT."

Luana Vargas também se pronunciou a respeito das repercussões do caso nas eleições;

Feita essa introdução, é claro que a decisão da Ministra Cármen de não pautar teve uma série de consequências. Para a vida pessoal dela, para a vida pessoal do ex-presidente Lula. E teve, sim, consequências para o ex-presidente Lula, porque naquele ano ele não pode concorrer. Da mesma forma, se ela tivesse pautado, ela também teria influenciado de forma completamente decisiva,

<sup>553</sup> RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 320.

aquele pleito. Sendo que se ela tivesse pautado, provavelmente ela só teria feito, porque era o presidente Lula. Porque a convicção dela era de que tinha um precedente vinculante super recente, não é porque os ministros mudaram de ideia, que eu vou pautar. Essa era a convicção dela. Se ela tivesse pautado, era porque era o presidente Lula, entendeu? Então, a decisão dela influenciou, se tivesse sido exatamente no sentido oposto, teria influenciado igualmente.

A despeito das evidentes consequências da não submissão dos casos para a participação do ex-Presidente no processo eleitoral, não foram encontrados indícios que corroborem a hipótese de que a Ministra Cármen Lúcia agiu de forma deliberada para interferir diretamente no processo eleitoral e beneficiar qualquer candidatura.

Em suma, diante dos achados expostos, fica claro que a Ministra Cármen Lúcia agiu estrategicamente<sup>554</sup> ao não incluir as Ações Declaratórias de Constitucionalidade em pauta. Razões legalistas, baseadas na necessidade de preservação da higidez da jurisprudência da Corte, institucionais, baseadas na preocupação com um suposto “apequenamento” da Corte, e ideológicas, baseadas em suas compreensões pessoais sobre o tema, atuaram simultaneamente, e justificaram o seu comportamento.

#### 5.4. O desfecho do caso

O comportamento estratégico adotado pela Ministra Cármen Lúcia foi seguido pelo Ministro Dias Toffoli, que ao assumir a presidência da Corte, recusou-se a pautar o tema, frustrando as expectativas do Ministro Marco Aurélio, dos demais Ministros contrários à execução em segunda instância, da classe política e claro, dos réus presos. Com efeito, ao assumir o cargo de Presidente, publicou a pauta de julgamentos até o final do ano de 2018, não contemplando as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que viriam a ser incluídas em pauta apenas para o mês de abril de 2019, após a finalização do processo eleitoral.

---

<sup>554</sup> O ex-Ministro Nelson Jobim, em entrevista concedida à Radio Guaíba, considerou um erro a estratégia adotada pela Ministra Cármen Lúcia. Em, RIVAS, Lucas. Carmen Lúcia errou ao não pautar prisão em 2ª instância, diz Nelson Jobim. **Estadão**. Porto Alegre, 21 set. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,carmen-lucia-errou-ao-nao-pautar-prisao-em-2-instancia-diz-nelson-jobim,70002513248>. Acesso em: 27 out. 2021. Para o Ministro Celso de Melo, “Ela [Cármen Lúcia], realmente politizou a agenda do STF”. Em, RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 326. Para Gilmar Mendes: “foi uma não-decisão porque o tribunal nega o *Habeas Corpus*, mas a ministra Rosa Weber anuncia que vai manter sua posição em relação à questão da segunda instância. Portanto, da exigência do trânsito em julgado nas ADC”. Ainda segundo o Ministro, “(...) foi mais uma confusão nesse ambiente em que estamos vivendo. Não foi uma decisão feliz, portanto, da presidente, a de não pautar - talvez tenha sido até essa a sua intenção, pelo menos isso foi dito ontem”. Em, MARCELINO, Ueslei. Gilmar Mendes critica Cármen Lúcia e diz que resultado foi uma não decisão. **Exame**. São Paulo, 05 abr. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/nao-pautar-adcs-foi-decisao-infeliz-de-carmen-lucia-diz-gilmar-mendes/>. Acesso em: 16 mar. 2022.



A antecipação da pauta, para além de todos os benefícios já mencionados, serve também como uma proteção ao presidente. Diante de pressões de diversos setores para inclusão de casos dos mais variados, a publicação prévia de seis meses permite que se livre das pressões, ao argumento que o semestre já está planejado e de que novos casos somente terão espaço na pauta no semestre seguinte, salvo situações excepcionais, que exijam atuação imediata da Corte.

Mais uma vez, a imprensa, atenta aos movimentos estratégicos da Presidência do STF, revelou que Toffoli teria avisado aos demais membros da Corte que a discussão apenas retornaria ao Plenário após o mês de março<sup>555</sup>. Segundo a publicação, seria uma estratégia para evitar acusações de casuísmo, dado o seu histórico de relacionamento com o PT e com o próprio ex-presidente Lula.

A expectativa não se concretizou e o caso foi retirado de pauta, a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil. Finalmente, em outubro 2019, o caso retorna à pauta e após duas sessões de julgamento, o STF mais uma vez supera o seu entendimento, desta feita impossibilitando a execução da pena antes do trânsito em julgado. Como consequência, a prisão do ex-presidente Lula foi revogada e ele foi posto em liberdade em 08 de novembro de 2019.

Os efeitos da reversão do entendimento da constitucionalidade da prisão em segunda instância repercutiram fortemente na própria operação Lava-Jato, conforme lembrou Luana Vargas:

A partir de então, foi só ladeira abaixo. Acho que foi sim. Foi um duro golpe a todo um combate à criminalidade econômica no País. E a Lava Jato, claro, foi um dos grandes exemplos de esforço concentrado para combater a criminalidade econômica no País. Uma pena mesmo, porque eu particularmente tenho uma crença que se não tivesse sido um caso envolvendo o ex-presidente Lula, talvez ele teria esse precedente até hoje.

(...)

Eu tenho para mim que se não fosse as circunstâncias específicas daquele momento, de ter um ex-presidente envolvido, talvez esse precedente de todo o ano de 2016, que ele foi formado, ele teria se mantido até hoje e sinceramente ele vale muito mais do que o presidente Lula, está solto ou está preso.

(...)

---

<sup>555</sup> CASADO, Leticia; TUROLLO Jr, Reinaldo. Toffoli quer dar guinada interna no Supremo ao assumir Presidência. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 10 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/toffoli-quer-dar-guinada-interna-no-supremo-ao-assumir-presidencia.shtml>. Acesso em: 07 jul. 2020.

Esse precedente de 2019, impactou muito a Lava Jato, como todas as operações, ou tentativas de combater a criminalidade dos ricos e poderosos. Me impactou bastante, e depois disso foi ladeira abaixo, não é? Muitos precedentes ruins, do supremo, e alguns precedentes do supremo atingiram pontos estruturais, no combate ao crime, como o precedente que mandou para a Justiça Eleitoral, processos que tratam de crime eleitoral, com anexos a crimes de corrupção, por exemplo.

Encerrada a análise quanto aos motivos pelos quais a Ministra Cármen Lúcia optou por deixar de incluir em pauta o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, cumpre-nos no capítulo a seguir, discutir sobre o futuro da pauta do plenário presencial do Supremo Tribunal Federal.

## 6. A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE UM NOVO DESIGN INSTITUCIONAL PARA O CONTROLE DA AGENDA DO PLENÁRIO PRESENCIAL DO STF

O problema da definição de agenda da Suprema Corte se faz mais ou menos intenso a depender do estoque de casos pendentes de julgamento, que variaram durante toda a história da Corte. Como é intuitivo, quanto maior for o estoque de casos a serem decididos presencialmente pela composição colegiada do tribunal, mais relevante se torna o papel seletivo do Presidente do Tribunal na definição da agenda.

Sendo o estoque módico, reduz-se o poder do Presidente, que por consequência deixa de influenciar decisivamente nos rumos que a Corte irá trilhar. Nesse sentido, percebe-se que as preocupações regimentais com o estabelecimento de prioridades entre as classes processuais e com a inclusão do critério cronológico vão se intensificando na medida em que o tribunal vai se consolidando no cenário político e jurídico nacional.

Após a análise de todos os regimentos internos elaborados pelo STF, foi possível concluir que a centralização e a discricionariedade<sup>556</sup> sobre a definição da pauta de julgamentos, atribuída ao Presidente da Corte, variou radicalmente em diferentes períodos históricos. É possível, no entanto, identificar pontos em comum, como por exemplo, o estabelecimento de classes processuais prioritárias, que ingressam na pauta de julgamentos independentemente da vontade do Presidente da Corte.

Para além disso, todos os regimentos internos permitiram aos Ministros de alguma forma influenciarem na definição da agenda. Tal influência se exerce através da inexistência de prazos para a elaboração dos votos, ou, quando definidos os prazos, pela ausência de consequências pelo seu descumprimento ou através da dinâmica dos pedidos de vista, que embora tenham prazo para devolução, terminam nunca sendo observados.

Para proceder à análise do quão centralizador e discricionário foram os regimentos, Ranieri Lima Resende e José Ribas Vieira<sup>557</sup> estipularam dois fatores: i) adoção de critérios

---

<sup>556</sup> Fato é, que na imensa maioria das circunstâncias, sem qualquer critério cronológico ou de matéria, o Presidente delibera, livremente, sobre como será composta a pauta. Em geral, é ele, solitariamente, ou atendendo no máximo e eventualmente ao pedido de outro colega, que decide o que será julgado. A questão que gira em torno disso é a avaliação de quais critérios ocultos seriam esses que seriam utilizados pelo Presidente da Corte, ou das Turmas, para pautar um recurso ou ação. Em, SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **Como o STF decide?** a reputação judicial do Supremo Tribunal Federal e seus mecanismos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 211.

<sup>557</sup> THE AGENDA-Setting Crisis in the Brazilian Supreme Court. **I-CONnect**. 10 abr. 2018. Disponível em: <http://www.iconectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

cronológicos para submissão a julgamento pelo colegiado; ii) compartilhamento da competência para decisão a respeito da pauta de julgamentos ou ainda para definir exceções às prioridades estabelecidas.

O período de 1891 a 1909 é marcado pela ausência de regras a respeito da composição da pauta, de forma que não é possível classificá-lo a partir dos critérios mencionados. No período de 1909 a 1937, prevaleceu um modelo discricionário muito baixo (*very low discretion model*), que associa um regimento interno com fortes critérios de seleção de casos (*strong criterion*), em especial, o critério cronológico (*mandatory temporal precedent order*) e com poderes compartilhados (*shared power*), que proporciona uma deliberação colegiada para definição de exceções (*with collegiate deliberation for defining exceptions*).

No período de 1937 a 1940, prevaleceu um modelo discricionário intermediário (*intermediate discretion model*), que associa um regimento interno com critérios de seleção de casos fraco (*weak criterion*), sequer o critério cronológico (*non-mandatory precedent order*) e com poderes compartilhados (*shared power*), que proporciona deliberação colegiada para definição de exceções (*with collegiate deliberation for exceptions*).

No período de 1940 a 1970, prevaleceu um modelo discricionário baixo (*low discretion model*), que associa um regimento interno com fortes critérios de seleção de casos (*strong criterion*), em especial, o critério cronológico (*mandatory temporal precedent order*) e com poderes exclusivos (*exclusive power*) que não proporciona deliberações colegiadas (*without any collegiate deliberation*).

No período de 1970 a 2018, o último avaliado pelos autores, que pode ser estendido até março de 2020, prevaleceu um modelo altamente discricionário (*high discretion model*), que associa um regimento interno com critérios de seleção de casos fraco (*weak criterion*), sequer o critério cronológico (*non-mandatory precedent order*), com poderes exclusivos do Presidente (*exclusive power*), que não proporciona deliberações colegiadas (*without collegiate deliberation*).

Por fim, com o advento do plenário virtual, seguindo o modelo e a terminologia adotados até aqui, podemos acrescentar o período de março de 2020 até o presente momento, no qual prevalece um modelo super discricionário (*super discretion model*), que associa um regimento interno com critérios de seleção de casos fraco (*weak criterion*), sequer o critério cronológico (*non-mandatory precedent order*), com poderes descentralizados (*descentralized power*), que

proporciona a iniciativa própria de cada relator para submissão dos casos ao julgamento colegiado, independentemente da vontade do presidente e de quaisquer dos demais integrantes da Corte (*with private initiative*)<sup>558</sup>.

Parece fora de dúvidas a influência econômica, política, social e jurídica que a pauta do STF exerce na sociedade. Naturalmente, como um ator institucional importante, a Corte é da mesma forma influenciada pela sociedade. É mais evidente ainda que a ausência de critérios objetivos para elaboração da pauta centraliza enorme poder nas mãos do Presidente. Para o Ministro Marco Aurélio:

A concentração conflita com o princípio regedor do colegiado. O Presidente acaba pinçando e definindo os casos que devem ser julgados. Claro que precisamos presumir postura digna do Presidente. O erro é um erro inicial, tendo em conta a abrangência maior da competência do Supremo. Teríamos um passo largo se passássemos a admitir a participação do relator na confecção da pauta, talvez até mesmo prevendo-se, imediatamente regra regimental, que cada qual dos integrantes indique pelo menos um processo por semana, a ser inserido na pauta. O relator conta com o domínio dos parâmetros do processo, inclusive quanto às repercussões de decisão neste ou naquele sentido. Ninguém melhor do que ele para ser ouvido na confecção da pauta. Entre o individual e o coletivo, e hoje tem-se potencialização do primeiro pela confecção das pautas pelo Presidente, devemos optar pelo coletivo - uma cabeça pensa bem, mas várias cabeças pensam melhor ainda. Não posso dizer: o julgamento será feito pelo colegiado, mas a oportunidade desse julgamento, é ação individual, não do relator, mas daquele que coordena - o Presidente é um simples coordenador dos trabalhos - a sessão julgante. É algo para se repensar e se chegar a um denominador comum. A pandemia teve esse lado bom que foi a possibilidade de o próprio relator dar o pontapé inicial em termos de julgamento do processo, inserindo-o na pauta da sessão virtual. Mas surgiu o denominado destaque. Surgiu também a possibilidade de pedido de vista, que acaba se tornando, às vezes, em perdido de vista, e não se procede, de forma célere à entrega da prestação jurisdicional. Já diziam os antigos que a virtude está no meio termo. Precisamos busca-lo, conciliando, como disse, avalanche de processos com a possibilidade de julgamento em tempo razoável.

Em outro trecho da entrevista, reitera o Ministro Marco Aurélio que:

É um poder muito grande dado ao Presidente, não há a menor dúvida, e que não se coaduna com o que se visa, ou seja, a atuação do colegiado. Indaga-se: o Presidente pode limitar a atuação do colegiado? A resposta é desenganadamente negativa: Não pode. Ele preside os trabalhos. Ou seja, ele é algodão entre cristais, os integrantes do colegiado, e deve coordenar a sessão. Chegar à sessão não pode depender, quanto este ou aquele caso, unicamente do Presidente. Isso não se coaduna com a organicidade do Direito.

---

<sup>558</sup> As últimas duas categorias não são descritas por Ranieri Lima Rezende e José Ribas Vieira, tendo sido idealizadas a partir da nova composição de competências, a partir da descentralização de poder instituída pelo plenário virtual.

Por fim, arremata:

Sempre trabalhei, visando alcançar o melhor. Devemos esquematizar, a inserção de processos em pauta, afastando a definição pelo Presidente do Tribunal, que passa a ser o todo poderoso quanto à definição dos temas que devem ou não ser apreciados pelo colegiado.

Uma nova regulação da dinâmica de elaboração da pauta de julgamentos do STF e da própria regulação da agenda como um todo é necessária, para permitir que a sua elaboração seja feita de maneira difusa, evitando-se a concentração de poder, transparente, viabilizando a crítica e o controle por parte da sociedade<sup>559</sup>, e harmoniosa, evitando-se a disputa entre os ministros pelo seu controle. Para Thiago Costa<sup>560</sup>:

Assim, uma confecção difusa parece mais acertada em termos de transparência e dissolução de poder entre os agentes para agendar os processos do Plenário, sem que a observância do critério cronológico obstaculize a adoção célere das medidas necessárias, conforme as exigências do caso. Havendo a pretensão de assentar premissas ao debate da agenda, é possível aferir a inexistência de critérios minimamente objetivos quanto ao exercício dos poderes de pauta por quaisquer de seus agentes, o que potencializa a individualização no Supremo a níveis contraproducentes de desgaste institucional em relação aos beneficiários da prestação jurisdicional.

Em entrevista concedida ao grupo “Os Constitucionalistas”<sup>561</sup>, Conrado Hubner Mendes manifestou-se sobre o tema. Ao ser perguntado sobre sua visão a respeito do modo pelo qual o STF administra o tempo de suas decisões, respondeu:

Um primeiro problema, já bem conhecido, está na definição da pauta. O presidente do STF tem poder absoluto de agenda. Pode pinçar qualquer caso engavetado na Corte e, na sexta-feira, colocá-lo na pauta da sessão de julgamento da quarta-feira da semana seguinte. Não me parece um jogo leal com as partes interessadas ou com os outros ministros do Tribunal, que têm que se preparar, em poucos dias, para deliberar sobre casos que às vezes sequer conheciam. Não é um jogo leal nem com a esfera pública democrática. Um bom exemplo disso é o caso sobre o parlamentarismo (MS 22.972, impetrado em 1997), abruptamente colocado na pauta de julgamento semanas atrás, que acabou não sendo julgado, mas que forçou a maioria dos gabinetes a correr contra o tempo para conhecer em poucos dias um caso de que sequer tinham notícia. Não foi mera coincidência que o tema do parlamentarismo estivesse sendo aventado por Renan Calheiros como possível saída para a crise do governo Dilma. Um episódio misterioso, um caso tirado da cartola. Há que

<sup>559</sup> MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF - uma proposta modesta. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 221-251, p. 242.

<sup>560</sup> COSTA, Thiago Bolelli. **O Supremo regimental: análise da construção histórica do poder de pauta no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p. 37.

<sup>561</sup> MENDES, Conrado Hubner: O STF é refém dos caprichos dos seus ministros. **Justificando**. 08 jun. 2016. Disponível em: <https://www.justificando.com/2016/06/08/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros/>. Acesso em: 21 set. 2021.

se buscar critérios mais transparentes, racionais e menos arbitrários para a definição da pauta do STF. Em segundo lugar, há que se buscar disciplinar o poder individual de obstrução de cada ministro por meio do absoluto desrespeito a prazos regimentais. Que um pedido de vista ou uma liminar monocrática possam demorar anos para voltar a Plenário, que ministros não se sintam constrangidos a prestar contas a ninguém sobre a demora, que ninguém saiba se um caso será decidido em um mês ou em quinze anos, faz apenas reduzir a isenção e a imparcialidade que um tribunal precisa ter. Se o STF quer contribuir para a democracia, precisa levar a sério esses problemas. Mas continua indiferente a eles, acomodado na inércia do *status quo*.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi<sup>562</sup> asseveram que “quem possui o poder de determinar a ordem de julgamento de ações de crucial importância influencia a vida do país”. Prosseguem, “a possibilidade do relator de retardar o julgamento e a possibilidade de a presidência não incluir um processo na pauta são mecanismos de seletividade política” e “Isso é problemático em um Estado de Direito e prejudica muitos pedidos”. Arrematam afirmando que “No STF, muitas decisões são postergadas quando a medida impugnada gera controvérsias sociais ou envolve grandes interesses políticos e econômicos”.

Para Oscar Vieira Vilhena<sup>563</sup> a falta de transparência na elaboração da agenda coloca em risco a própria autoridade do tribunal, razão pela qual é urgente a construção de um novo modelo que a favoreça. No mesmo sentido, Miguel Godoy<sup>564</sup> afirma que “esse poder exclusivo e discricionário sobre a pauta e o calendário de julgamento do Presidente do STF é que precisa ser colocado em xeque”.

Para Lênio Streck<sup>565</sup>, a discricionariedade conferida ao Presidente do STF para incluir processos em pauta, em situações que envolvem direitos fundamentais é perigosa e maléfica. Sua constitucionalidade estaria condicionada, segundo o autor, à existência de um recurso ao Plenário. Em entrevista concedida ao jornal *El País*, o professor da USP Maurício Dieter asseverou<sup>566</sup>:

<sup>562</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. **Os Constitucionalistas**. 27 abr. 2012. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>563</sup> VILHENA, Oscar Vieira. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>564</sup> GODOY, Miguel Gualano. Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Ahead of print, p. 1–36, 2020, p. 25.

<sup>565</sup> STRECK, Lenio Luiz. ADCs, a Ministra Cármen e o paradoxo do discricionarismo – a solução sistêmica. **CONJUR**. São Paulo, 11 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-11/streck-adcs-ministra-carmen-paradoxo-discricionarismo>. Acesso em: 27 out. 2021.

<sup>566</sup> BETIM, Felipe. O Controle da pauta é o que há de mais autoritário no Supremo. **El País**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934\\_564924.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934_564924.html). Acesso em: 28 mar. 2022.

O controle da pauta no STF é o que há de mais autoritário na Corte. Autoritário exatamente no sentido de discricionariedade sem limite. Isso mostra, entre outras coisas, a enorme distância que existe entre os ministros, incapazes de definirem uma agenda consensual para os julgamentos mais importantes do país, subordinando esses assuntos a critérios pessoais, de mera conveniência. É o tipo de disputa de micropoder local, que alguém nunca esperaria em uma Corte que, em tese, deveria ser formada por pessoas com notório saber e reputação ilibada. A pior manifestação do STF nesses casos é o silêncio provocado pelo adiamento, a renúncia em julgar diz muito sobre o lugar que, infelizmente, o STF ocupa hoje. Quanto aos motivos, só resta a especulação. E o que vem à mente não é bom, não dignifica a Corte, porque a única razão desse adiamento passa a ser o receio de não ter as próprias decisões respeitadas.

Por fim, para Diego Arguelhes<sup>567</sup>, reconhece-se em escala nacional, e para fora da comunidade jurídica, que o STF decide o que quer, quando quer, sem prazos, e que seu alto estoque de processo não impede – senão facilita – que os ministros escolham livremente quais temas priorizarão e quais deixarão provisoriamente na gaveta. Segundo o autor, “o preço dessa liberdade é a eterna desconfiança pública quanto aos cálculos e estratégias por trás da formação da pauta. O Supremo é, hoje, suspeito quando corre, e suspeito quando freia”.

Em suma, reconhece-se que o excessivo volume de processos em trâmite no STF impõe a atividade seletiva na elaboração da pauta e que o poder decidir o que será decidido é um instrumento capaz de contribuir para o sucesso e a legitimidade das atividades prestadas pelas Cortes Constitucionais. O controle da agenda permite que Cortes tomem decisões em momento oportuno ou simplesmente atribuam a responsabilidade ao parlamento. Pode ainda permitir que a Corte influencie a opinião pública, para que a decisão seja recepcionada de forma menos traumática. Por fim, pode maximizar a sua própria performance deliberativa<sup>568</sup>. De algum modo, portanto, é preciso conviver com o a seleção de casos e com os mecanismos de controle de agenda de julgamentos.

---

<sup>567</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer: o preço da liberdade de pauta do STF é a eterna desconfiança. **Jota**. Brasília, 07 maio 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-cunha-quem-decide-quando-quer-ouve-o-que-nao-quer-07052016>. Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>568</sup> Segundo Conrado Hübner Mendes, o poder de uma Corte deliberar sobre a sua agenda favorece a sua própria *performance* deliberativa. Para o autor, através dos mecanismos de definição do tempo de julgamento dos casos salientes, as Cortes Constitucionais são capazes de dosar o ritmo e a intensidade através dos quais as decisões serão proferidas e o debate público será estabelecido. Nesse sentido, questões não suficientemente debatidas na esfera pública poderão ser adiadas até estejam amadurecidas o suficiente para serem julgadas. Ao invés de simplesmente negar acesso ao caso, a Corte pode incorporá-lo ao seu acervo e decidir quando entender mais conveniente, no seu ritmo. Para além disso, o *agenda-setting* permite à Corte estabelecer as suas prioridades de julgamento, incrementando a qualidade e a relevância do seu papel no debate público. Em, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Cambridge: Oxford University Press, 2013, p. 161.



Nesse cenário, devem-se buscar alternativas, com vistas a minorar os efeitos negativos provocados pelo *design* institucional vigente. É preciso ter clareza, portanto, das características mais evidentes e dos problemas principais do modelo escolhido pelo regimento interno do STF, para que as propostas de solução sejam adequadas aos problemas encontrados.

Nesse sentido, é preciso reiterar que a principal característica do modelo de elaboração da pauta de julgamentos é a excessiva centralização na figura do presidente do STF e a ampla discricionariedade a ele conferida para escolher os casos que serão levados a julgamento pelo plenário presencial da Corte. Para além disso, observa-se que as condicionantes regimentais dispersam o poder de controle da agenda entre os diversos atores que compõem a Corte, o que gera uma verdadeira disputa interna entre os ministros.

Com efeito, todos os integrantes da Corte são capazes de, individualmente, controlar o tempo de julgamento dos casos, seja evitando-se que ele chegue ao plenário, através de uma postura omissiva dos relatores ou do Presidente da Corte, ou impedindo que o julgamento tenha prosseguimento, através dos pedidos de vista, ou ainda, da omissão do Presidente da Corte em pautá-lo novamente para conclusão de julgamento. Ademais, ministros relatores, individualmente, podem eternizar suas decisões monocráticas, sem a devida submissão ao colegiado.

Todas as ações acima identificadas permitem a sobreposição da vontade de um ministro sobre os demais, em prejuízo, como dito, da colegialidade. Deve-se registrar que tais comportamentos são insusceptíveis de controle, dado que não há recursos disponíveis para questionar cada um deles. Nem mesmo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como visto, foi capaz de enfrentar o problema da omissão do presidente.

Assim, é essencial por um lado, encontrar mecanismos que impeçam que a prestação jurisdicional do STF seja afetada pelos mecanismos de manipulação da agenda, e por outro lado, permitam, quando necessário, que os meios de controle da agenda sejam exercidos colegiadamente, evitando-se que os ministros se engajem em uma disputa individual pelo seu controle. A chave do problema, portanto, nos parece ser a excessiva individualidade dos mecanismos de elaboração da pauta e controle da agenda<sup>569</sup>.

---

<sup>569</sup> Para aferir a conveniência da manutenção do modelo de controle de agenda do Supremo Tribunal Federal, Ana Laura Barbosa desenvolve o que chama de “teste de legitimidade em duas etapas”, no qual avalia inicialmente se as ferramentas atingem o objetivo de não decidir – teste de efetividade, e se esse processo viola valores essenciais para a legitimidade democrática da Corte. Sua conclusão caminha no sentido de que o desenho

Do ponto de vista legislativo, Fabiana Luci Oliveira e Luciana Gross Cunha<sup>570</sup> dedicaram-se a estudar as propostas de emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional, que tinham por objetivo alterar as regras relativas ao STF. O foco principal residiu na investigação quanto à correspondência entre as alterações pretendidas pelo Congresso Nacional e o diagnóstico realizado pela academia a respeito dos principais problemas encontrados. Embora tenha citado como um deles a ausência de transparência na elaboração da agenda, não identificou qualquer iniciativa legislativa cujo objetivo fosse dar tratamento diverso ao tema.

A conclusão foi no sentido de que existe um descompasso entre o diagnóstico e as sugestões produzidas pela academia e as pretensões do Congresso Nacional, que se concentram no controle *ex ante*, isto é, no modelo de indicação e nomeação dos ministros, enquanto que a literatura especializada pontua a necessidade de um controle *ex post*, para que o tribunal se torne mais “responsivo e transparente”. Com efeito, no decorrer da pesquisa, não foram encontradas iniciativas formais na Corte ou fora dela para enfrentar o problema, a despeito da grande repercussão do controle da pauta exercido pela Ministra Cármen Lúcia no caso das ADCs n. 43, 44 e 54. A única exceção foi a tentativa de regulamentação pelo Código de Processo Civil quanto à ordem cronológica de julgamentos, abandonada ainda na sua *vacatio legis*.

Por outro lado, é possível encontrar na literatura algumas propostas. Diego Arguelhes propõe que a liberdade dos relatores e do presidente para a formação da pauta sejam reduzidas, estabelecendo-se de forma clara os prazos que devem ser atendidos, citando como exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, que embora selecione de forma amplamente discricionária

---

institucional dos poderes de agenda no STF reprovava no teste. Em, BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 135. Para ela, “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”. Ibidem, p. 179. Além disso, o desenho institucional potencializa a omissão do tribunal em decidir os casos submetidos à sua apreciação, traz riscos à imparcialidade, facilitando a captura da corte e fragiliza a *performance* deliberativa, na medida em que permite a captura do colegiado pela vontade individual dos ministros.

<sup>570</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross . Reformar o STF? **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 1–20, 2020.

o que irá julgar, decide todos os casos admitidos dentro do ano judicial<sup>571</sup>. Dimitri e Lunardi<sup>572</sup>, caminham no mesmo sentido, sugerindo a adoção de prazos rígidos e instituição de preferências taxativas para o julgamento de processos constitucionais. Tais iniciativas, para os autores, reduziria a possibilidade de que a Corte se utilizasse do fator tempo como ferramenta de poder.

Miguel Godoy propõe uma interpretação alternativa do dispositivo regimental, para contemplar a possibilidade de compreendê-lo como uma atividade de liderança e coordenação, compartilhada com os demais ministros, através de uma discussão prévia e coletiva sobre a pauta. Arremata, “entre uma definição discricionária e exclusiva da pauta pelo Presidente do STF, e uma definição apenas coletiva, existe uma gama de possibilidades na definição do calendário de julgamento do Plenário do STF”<sup>573</sup>.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, propõe que seja limitada a admissão de recursos extraordinários ao que seja possível julgar em um ano, considerando-se que o Plenário da Corte tem a capacidade máxima de julgar cerca de 200 processos nesse período<sup>574</sup>. Aliado a esse movimento, defende Barroso que admitido o recurso extraordinário, pelo reconhecimento da repercussão geral ao caso, seja imediatamente marcada a data para julgamento, saltando-se um semestre, o que segundo ele, garantiria que todos os recursos extraordinários a serem julgados teriam a data designada entre 6 e 9 meses após a sua admissão.

Por fim, os relatores deveriam distribuir aos demais ministros, algumas semanas antes do julgamento, ao menos a ementa do voto. Assim, ficariam solucionados os problemas relativos ao excesso de processos, à monocratização, ao poder de agenda e aos pedidos de vista, pois, diante da antecedência da pauta e da prévia circulação dos votos, haveria pouco espaço para o pedido de vista. Havendo pedido de vistas, o regimento interno determinaria o retorno automático à pauta de julgamentos.

A solução engendrada por Barroso soluciona o problema apenas parcialmente, sendo portanto, insuficiente. De fato, os recursos extraordinários respondem por grande parte do

---

<sup>571</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer: o preço da liberdade de pauta do STF é a eterna desconfiança. **Jota**. Brasília, 07 maio 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-cunha-quem-decide-quando-quer-ouve-o-que-nao-quer-07052016>. Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>572</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. Os Constitucionalistas. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf>. Acesso em 29 jul. 2021.

<sup>573</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **STF e o processo constitucional**: caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes, 2021, p. 20.

<sup>574</sup> BARROSO, Luís Roberto. Nós, o Supremo. **Migalhas**. Brasília, 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/275095/nos--o-supremo>. Acesso em: 21 jul. 2021.

acervo do STF, e o modelo impactaria positivamente, por um lado, na redução do acervo, e por outro lado, na previsibilidade da data de julgamento. Além disso, retirar-se-ia a discricionariedade do presidente e do relator para submeterem os casos ao plenário. Ocorre que, como se sabe, as sessões da Corte são imprevisíveis, os votos se alongam, as sustentações orais se multiplicam, os debates muitas vezes cansam, e não há qualquer segurança de que o calendário será cumprido. Além disso, a própria dinâmica da sociedade brasileira impõe urgências no meio do caminho, o que fatalmente afetaria o calendário de julgamentos.

Para além disso, não há qualquer solução para as diversas outras classes processuais que tramitam perante a Suprema Corte, classes representativas de grandes embates na sociedade brasileira, em especial as ações de controle abstrato de constitucionalidade, as ações criminais e as ações de competência originária. Nelas, permaneceria intacto o poder centralizado de definição da agenda pelo Presidente, e do Relator para liberação da pauta. Por fim, quanto aos pedidos, de vista, a reinclusão automática de fato enfraqueceria o poder de veto por ela veiculado. No entanto, este elemento novamente desorganizaria o cronograma de julgamentos, prejudicando a própria solução encontrada.

Oscar Vieira Vilhena<sup>575</sup> propõe um modelo que de certa forma complementaria o modelo proposto por Barroso. Para o autor, a deliberação no STF deveria ser realizada em pelo menos 3 etapas. Apenas a primeira delas se refere à construção da pauta de julgamentos. Inicialmente seriam selecionados os casos de jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário (aqui há uma convergência com a proposta de Barroso), ao passo que os casos de jurisdição concentrada seriam julgados pelo plenário pela ordem de chegada (aqui há uma complementação, visto que Barroso somente apresenta a solução para controle difuso). As demais etapas envolveriam o espaço de debates, com audiências públicas e sustentações orais, sendo a presença dos ministros obrigatória. Por fim, a sessão de discussões e julgamento, ficando o líder da posição majoritária responsável pela elaboração do acórdão. Trata-se de proposta ousada, visto que pretende alterar não apenas o modelo de elaboração da pauta e controle de agenda, mas o próprio modelo de deliberação da Corte. Difícil, portanto, sua implementação, no curto prazo.

Há outras propostas interessantes, algumas delas, porém, altamente complexas e de difícil aplicação na prática, sintetizadas por Cristiana Mello, que começa por rechaçar o critério

---

<sup>575</sup> VILHENA, Oscar Vieira. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

cronológico, rotulando-o como “irracional”<sup>576</sup>, devendo apenas ser considerado de modo parcial. Propõe que seja adotada uma cota de processos a serem julgadas por bimestre, que observem o referido critério, o que prestigiaria o princípio da celeridade processual.

Conforme já avaliado em item anterior, o projeto do Código de Processo Civil de 2015, embora tenha proposto originariamente a observância obrigatória da ordem cronológica, teve sua redação alterada durante o processo legislativo para, no seu artigo 12, instituir que os juízes e tribunais atenderão, preferencialmente, a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. Conforme já se viu, a Ministra Cármen Lúcia declarou em relatórios de gestão, ter utilizado a ordem cronológica dos processos como um dos critérios de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial. Nesse aspecto, acresça-se que no plenário virtual, os casos são submetidos a julgamento pela ordem cronológica, após a liberação pelo relator.

Naturalmente, considerando-se a dinâmica do STF e a velocidade com que a política brasileira tem se desenvolvido, não se pode esperar que o único critério seja o cronológico. Com efeito, “A corte não pode simplesmente ignorar temas que demandam solução premente”, e, para otimizar os trabalhos desenvolvidos pelo Tribunal, “é necessário adotar algumas medidas incompatíveis com a observância pura e simples do critério cronológico, tal como a reunião de processos que versem sobre matéria similar”<sup>577</sup>.

A esse respeito, o Ministro Marco Aurélio asseverou:

Não pode vingar a subjetividade. Há de prevalecer dado objetivo: a data da liberação do processo. Há outros aspectos que precisam ser considerados. Situações concretas que reclamam manifestação imediata. E ninguém melhor para defini-las do que o relator. O que digo a você? A pauta acaba sendo confeccionada pela Secretaria do Pleno. O melhor seria, como ocorre hoje nas sessões virtuais, a definição exata da data para pregão do processo.

Para o Ministro Fux:

Em alguma medida, sim. É importante que se respeite a duração razoável do processo, até mesmo porquanto pode haver perda de objeto de demandas demasiadamente “antigas” ou pode haver um ambiente de insegurança jurídica na ausência de decisão definitiva sobre o tema. Entretanto, como já dito, há certas controvérsias que surgem de acordo com os acontecimentos políticos, culturais, econômicos e sociais do país. A pauta do Supremo

<sup>576</sup> MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF - uma proposta modesta. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 221-251, p. 243.

<sup>577</sup> *Ibidem*, p. 243.

Tribunal Federal precisa estar atenta ao interesse público e à urgência desses casos.

Em suma, o fator tempo é relevante, e deve ser levado em consideração, ao menos como critério parcial, conforme defendido por Oscar Vieira Vilhena.

Propõe ainda, Cristina Mello, a necessidade de que a divulgação da agenda da Corte seja feita bimestralmente, com o objetivo de conferir transparência à atuação do tribunal. Permitir-se-ia, assim, que a sociedade efetivamente participasse do processo decisório da Corte desde o seu início, se engajasse no debate e possibilitaria que partes, advogados e os próprios magistrados se programassem nas suas atividades profissionais. Conforme já se verificou, desde a gestão da Ministra Carmen Lucia, a presidência do STF têm se comprometido com a divulgação prévia da pauta de julgamentos, que no primeiro momento, passou a ser mensal. Os presidentes seguintes, Ministro Dias Toffoli e Ministro Luiz Fux, intensificaram a prática, promovendo a publicação da pauta para o semestre. Para o Ministro Fux:

Acredito que temos avançado consideravelmente nesse tema. Pautas temáticas são interessantes para a Corte. Além disso, a divulgação prévia com certa antecedência dos processos é importante para conferir maior previsibilidade aos julgadores e às partes do processo.

Relativamente ao exercício da competência para a escolha dos casos que serão pautados, Cristiana Mello defende a necessidade de participação dos demais ministros. A dinâmica se daria não com a reunião do colegiado para definição dos temas que entrariam no calendário de julgamento, pois segundo pensa, isso tomaria um tempo precioso do colegiado e provocaria ainda mais morosidade.

Propõe então que cada Ministro relator tivesse a prerrogativa de indicar 2 processos por bimestre, para submissão à pauta de julgamentos, estabelecendo-se um critério misto de relevância e cronologia, cuja observância poderia ser feita de forma alternada. Ao presidente, caberia a indicação de 8 processos. Por fim, processos com prioridade regimental, como o *Habeas Corpus*, entrariam na pauta necessariamente.

Ao ser perguntado sobre a excessiva concentração da competência na figura do Presidente, o Ministro Fux respondeu:

Acredito que atualmente há um equilíbrio saudável entre a possibilidade de inserção de feitos perante o Plenário Virtual por todo e qualquer Ministro/a Relator/a, porém é necessário algum grau de discricionariedade e de deferência institucional àquele ou àquela que esteja ocupando a Presidência da Corte. Além disso, o Presidente da Corte costuma ouvir e consultar seus

pares durante o processo de elaboração da pauta – seja no plenário, seja nas turmas do STF.

Sobre os casos prioritários e o compartilhamento de competências, há, ainda, modelos, no Direito Comparado, que podem fornecer inspiração para a criação de um modelo brasileiro. Com efeito, embora o regimento interno da Suprema Corte da Colômbia<sup>578</sup>, no artigo 26, estabeleça a competência do Presidente para fixar a ordem do dia, tal como o regimento interno do STF, o Capítulo XI, estabelece o programa de trabalho e distribuição da Corte.

De acordo com o artigo 39 do referido ato normativo, a Corte aprovará, na Sala Plena<sup>579</sup>, o programa de trabalho e distribuição dos assuntos constitucionais submetidos a sua consideração, que terá vigência no respectivo mês<sup>580</sup>, em conformidade com o estabelecido no artigo 3º do Decreto n. 2067, de 1991, e deverá incluir outros casos como conflitos de competência, incidentes de nulidades e demais assuntos que sejam de competência da Sala Plena.

Por sua vez, o artigo 41 estabelece que o programa mensal de trabalho e distribuição conterà, com indicação das datas de distribuição, a lista dos assuntos que devem submeter-se à sua tramitação. As distribuições correspondentes serão efetuadas durante as reuniões ordinárias da Sala Plena que ocorram durante o período.

O art. 42 determina que, em regra, os assuntos constitucionais se incluirão no programa de trabalho de acordo com a ordem de recebimento pela Corte. Aqui, o regimento interno da Corte opta pelo critério cronológico como balizador principal da formação da agenda da Sala Plena. Estabelece, no entanto, exceções, como demandas previstas nos itens 1, 2, 3, 6, 7, 8, 10

---

<sup>578</sup> Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma\\_Reglamento-19.pdf](https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma_Reglamento-19.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>579</sup> De acordo com o artigo 1º do Regimento Interno, a Sala Plena da Corte Constitucional Colombiana é formada pela reunião de todos os Magistrados que compõem tribunal. Os requisitos para acesso ao cargo de Magistrado da Corte estão previstos no artigo 232 da Constituição da República da Colômbia. São eles: i) ser colombiano de nascimento e estar em exercício dos direitos de cidadão; ii) ser advogado; iii) não haver sido condenado por sentença judicial a pena privativa de liberdade, exceto por delitos políticos ou culposos, e; iv) ter desempenhado, pelo período de 15 anos, cargos no Poder Judiciário ou no Ministério Público, ou ter exercido, com bom crédito, pelo mesmo tempo, a profissão de advogado ou a cátedra universitária em disciplinas jurídicas de estabelecimentos de ensino oficialmente reconhecidos. De acordo com o artigo 234, c/c o artigo 239, os Magistrados da Corte Constitucional serão eleitos pelo Senado Federal, para um período de 8 anos, vedada a reeleição, e permanecerão no exercício do cargo enquanto observem boa conduta, tenham desempenho satisfatório e não tenham atingido a idade de aposentadoria compulsória. O número de membros, segundo o artigo 239 do texto constitucional, será ímpar, e deverá ser definido em lei. Segundo o artigo 44 da Lei 270 de 1996, a Corte deverá ser composta por 9 magistrados.

<sup>580</sup> De acordo com o artigo 40, os assuntos de constitucionalidade e outros submetidos ao conhecimento da Sala Plena, que sejam recebidos após a aprovação do plano de trabalho e distribuição, permanecerão na Secretaria da Corte, para serem classificados conforme o disposto no regimento, a fim de que sejam incluídos no programa que correspondam.

e 11 do artigo 241 da Constituição Colombiana<sup>581</sup> e as demandas de inconstitucionalidade que se refiram a assuntos qualificados como urgência nacional, a juízo da Sala Plena da Corte, que deverá pronunciar-se por maioria absoluta e os incidentes de nulidade ou de esclarecimento.

Por fim, estabelecem os artigos 44 e 45, respectivamente, que o programa de trabalho e distribuição poderá ser modificado pela Sala Plena por razões de urgência, qualificada pela maioria absoluta, e que ele deverá ser devidamente atualizado e permanecerá na Secretaria Geral para consulta dos cidadãos. É possível perceber, portanto, que o modelo Colombiano reduz a concentração de poder observada no modelo adotado pelo STF, promovendo, de maneira prévia e abstrata, as prioridades e compartilhando a competência com os demais integrantes da Corte.

De acordo com Thiago Costa<sup>582</sup>:

O tipo de estruturação abraçado pela Corte Constitucional colombiana consiste em um modelo exemplificativo para o caso brasileiro, tendo em vista que, dessa maneira, há potencial redução do agir estratégico individual diante da valorização do posicionamento do Plenário. Assim, por mais que, administrativamente, o Presidente da parelha colombiana também possua poder de agendamento, o dever de análise pertence, em última instância, ao Colegiado.

Em uma nova proposta, Cristiana Mello sugere a necessidade de atribuição de prioridade aos recursos extraordinários sob o regime de repercussão geral. Para a autora, considerando a relevância desta classe processual e os efeitos em cascata que a fixação do entendimento gera

---

<sup>581</sup> Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

<sup>582</sup> COSTA, Thiago Bolelli. **O Supremo regimental**: análise da construção histórica do poder de pauta no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p. 37.



para os processos sobrestados, dado que a eficácia oriunda de tais julgamentos é vinculante, nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil, deveriam ser fixadas cotas mínimas de processos a serem julgados por bimestre. Ainda em relação à atribuição de prioridades, propõe que devem ser prestigiados os feitos cujo julgamento tenha sido interrompido com pedido de vista. Propõe, então, a criação de uma cota mínima de 8 processos por bimestre, cuja seleção deveria observar, alternadamente, o critério de cronologia e relevância.

Para além das propostas acima mencionadas, é fundamental que sejam instituídos mecanismos regimentais que imponham a inclusão imediata em pauta de feitos com pedido de vista. De um lado, a providência retiraria do Presidente a possibilidade de manipular individualmente a agenda, impedindo a conclusão do julgamento quando há a percepção de que ficará vencido no caso. Por outro lado, retiraria do Ministro que solicitou a vista dos autos a possibilidade de manipular o tempo de julgamento do processo, omitindo-se na devolução dos autos com seu voto.

Também a monocratização da Suprema Corte expõe um critério evidente. Com efeito, o excesso de decisões monocráticas no STF tem sido motivo de preocupação da comunidade jurídica brasileira. A um só tempo, as decisões monocráticas distorcem o papel do colegiado, subtraindo assim o caráter dialógico inerente à jurisdição constitucional e, de certa maneira, relativizam o protagonismo do presidente da Corte na direção dos trabalhos do Plenário, ao antecipar um provimento que, a princípio, demandaria análise colegiada. Segundo Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro, as decisões monocráticas “podem ajudar cada Ministro a fazer avançar a sua própria agenda jurisprudencial, com efeitos inclusive fora do tribunal, mesmo sem submeter essas posições ao crivo do processo colegiado, refletindo assim um exercício individual de poder”<sup>583</sup>.

À vista de todo o exposto, é preciso refletir para aperfeiçoar o modelo de elaboração da pauta e de controle do tempo dos julgamentos, reforçando a colegialidade na deliberação da Corte. Parece oportuno que o STF, através de sua comissão regimental, se debruce sobre o tema e apresente à sociedade uma proposta para debate. Como já se viu, o próprio Supremo, no passado, previu a adoção de critérios cronológicos e compartilhou a competência entre os demais ministros da Corte. A discricionariedade e a concentração de poder atribuída ao

---

<sup>583</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 46, p. 121–155, 2015, p. 139.

Presidente, associada aos mecanismos de controle individual da agenda pelos demais Ministros leva a um cenário inseguro, imprevisível e excessivamente politizado.

O quadro a seguir sintetiza, a partir do que se colheu na literatura e das impressões pessoais do autor, propostas de fácil implementação, via alteração do Regimento Interno do STF, que enfrentariam os principais problemas elencados, no que se refere à disputa da agenda. Naturalmente, não há solução para todos os problemas encontrados. O tema merece reflexão constante, e a agenda de pesquisa sobre a pauta de julgamentos do STF precisa ingressar no centro das preocupações dos pesquisadores do processo decisório da Corte. Para o momento, é urgente a imposição de mecanismos de compartilhamento da competência para a definição da agenda de julgamentos da Corte e o enfrentamento da disputa individual sobre a agenda da Corte.

Tabela 2 – Identificação de problemas e possíveis soluções

Item	Problema	Possível Solução
Elaboração da Pauta	Centralização no Presidente do STF e ampla discricionariedade na escolha dos casos que serão submetidos a julgamento pelo plenário presencial da Corte.	Deliberação colegiada para formação das pautas de julgamento do plenário presencial do STF, com periodicidade de pelo menos seis meses, em Plenário Virtual Administrativo <sup>584</sup>
Liberação pelo Relator	Ausência de critérios temporais para a submissão dos casos ao plenário presencial ou virtual do STF.	Submissão de questão de ordem em Plenário Virtual, para início de julgamento, com novo sorteio de relatoria
Pedidos de Vista	Manipulação do tempo de julgamento	Devolução automática, independentemente do voto do vistor, e inclusão automática no Plenário Virtual

<sup>584</sup> Estrutura a ser criada pelo Regimento Interno do STF para aceleração das deliberações administrativas.

Monocratização	Substituição da vontade colegiada pela vontade individual	Submissão automática de cautelares ao Plenário Virtual
----------------	---	--

## 7. CONCLUSÃO

Pretendeu-se, a partir de uma metodologia empírica de pesquisa, cuja coleta de dados se deu através de pesquisas documentais em i) atos normativos, ii) decisões judiciais proferidas pelo STF, iii) revisão bibliográfica, e; iv) material jornalístico, bem como através de entrevistas com atores relevantes, identificar se a competência para a elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do Supremo Tribunal Federal oferece ao Presidente uma oportunidade para engajar-se em comportamentos estratégicos.

A hipótese inicial era de que o *design* institucional criado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal fornecia ao Presidente a possibilidade de se utilizar da pauta para agir estrategicamente. Para testar a hipótese e identificar se de fato o exercício da referida competência seria capaz de oferecer essa oportunidade, optou-se pela elaboração de um estudo de caso. O escolhido foi o imbróglio criado em torno da inclusão em pauta do plenário presencial do Supremo Tribunal Federal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, durante a gestão da Ministra Cármen Lúcia.

Após uma profunda reflexão a partir da literatura especializada na matéria, foi possível chegar a algumas conclusões teóricas, expostas a seguir. Uma pesquisa de cunho histórico-legislativo resgatou os regimentos internos da Corte desde a sua criação, buscando-se identificar o *design* institucional criado para o controle da agenda do STF, em especial, para a elaboração da pauta de julgamentos. Concluiu-se que as sucessivas normas oscilaram durante todo o período histórico pesquisado, ora configurando um modelo mais rígido, com a necessidade de observância da ordem cronológica, e com o compartilhamento de competências entre os ministros, ora configurando um modelo mais flexível, sem a necessidade da observância de ordem cronológica e com a competência centralizada tão somente na figura do presidente.

Prevaleceu, até o ano de 2020, um modelo centralizado e discricionário, no qual o presidente tem total autonomia para selecionar os casos que serão submetidos a julgamento. A evolução do processo decisório na Corte, entretanto, reequilibrou o jogo de forças entre os ministros, com a equiparação entre o plenário presencial e o plenário virtual. Com a nova arena decisória tão ampla quanto a antiga em termos de competência, o poder de pauta concentrado na figura do Presidente foi parcialmente esvaziado, especialmente no que se denominou agenda passiva, na medida em que todos os Ministros passaram a controlar não apenas o momento em que os casos estariam disponíveis para julgamento, mas também o momento em que

efetivamente seriam submetidos a julgamento, independentemente de qualquer aval da presidência da Corte.

Naturalmente, o Presidente não perde a sua relevância, visto que mesmo na dinâmica do plenário virtual, ele é capaz de retomar o protagonismo no controle da agenda, especialmente através dos pedidos de vista ou pedidos de destaque. Entretanto, concluiu-se que o desgaste político para retirada de casos do plenário virtual e direcionamento ao plenário presencial é consideravelmente alto. Além disso, os demais ministros possuem prerrogativas semelhantes, o que de certa forma reduz a relevância do papel da presidência no controle da agenda.

Dialogando com o estudo de caso mencionado, o referencial teórico adotado no trabalho demonstrou que o processo decisório nas Cortes Constitucionais e Supremas Cortes é influenciado por fatores externos, diferentemente do que defendia a comunidade jurídica tradicional. Nesse aspecto, refletiu-se sobre os diversos modelos de processo decisório, identificados especialmente por pesquisadores da ciência política.

Segundo o referido marco teórico, não apenas o modelo legalista, mas também os modelos ideológico e estratégico são capazes de explicar o processo decisório das Cortes. Concluiu-se, diferentemente do que sustenta parte dos autores que se dedicam ao tema, que os modelos convivem simultaneamente, não havendo sobreposição permanente entre eles, que poderão preponderar momentaneamente, a depender dos elementos jurídicos e políticos identificados no caso concreto. Nesse sentido, o modelo multifatorial é mais adequado para explicar o processo decisório no Supremo Tribunal Federal. Identificou-se ainda que o modelo estratégico, na verdade, é um instrumento voltado a consecução de determinados fins, a saber: legalistas, institucionais, ideológicos e pessoais. Por fim, foi possível concluir que o comportamento estratégico pode ser aferido por meio de pesquisas empíricas, quantitativas ou qualitativas, sendo certo que os achados empíricos deste trabalho foram obtidos por meio de uma análise qualitativa.

A agenda do plenário presencial do Supremo Tribunal Federal é construída a partir de dispositivos regimentais que atribuem ao presidente a responsabilidade pela sua elaboração, que o exerce de forma centralizada e discricionária. Entretanto, a referida competência é submetida a condicionantes regimentais, que atribuem ao relator completa discricionariedade para escolher o momento em que liberará seus casos para julgamento, e que permitem a qualquer Ministro interromper um julgamento já iniciado por um pedido de vista, sem que haja qualquer constrangimento para que o caso seja devolvido e o julgamento seja concluído. Nesse

sentido, concluiu-se que o controle da agenda da Corte é fragmentado e individualizado, sendo certo que os dispositivos regimentais alimentam uma disputa interna entre os ministros por ele.

A dinâmica de controle da agenda, no geral, e a seleção dos casos que serão julgados pelo plenário presencial do Supremo Tribunal Federal em específico, integram o seu processo decisório, e assim como a decisão na fase de mérito, estão sujeitos a influências externas. Concluiu-se, nesse sentido, que a agenda da Corte pode ser manipulada através de comportamentos estratégicos, caracterizados pela instrumentalidade e ausência de autonomia, na medida em que se constituem em uma ferramenta à disposição dos Ministros para atingirem seus objetivos, inspirados em ideais legalistas, institucionais, ideológicos ou pessoais.

O estudo sobre a agenda da Corte foi capaz ainda de identificar o efeito *agenda-setting*. Oriundo de estudos na área de comunicação, o *agenda-setting* propõe, primordialmente, que a imprensa tem o poder de influenciar na saliência dos assuntos discutidos pela sociedade. Nesse aspecto, considerando a importância dos temas submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a cobertura da imprensa, concluiu-se, a partir de estudos empíricos, que a elaboração da pauta de julgamentos confere ao Presidente o poder de determinar os assuntos mais salientes para a sociedade em dado momento histórico.

A partir da coleta de dados, em especial matérias jornalísticas e entrevistas com atores envolvidos no caso estudado, concluiu-se que a hipótese inicialmente cogitada se confirmou, isto é, o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do Supremo Tribunal Federal oferece ao Presidente da Corte o poder de lançar mão de comportamentos estratégicos, capazes de implementar objetivos legalistas, ideológicos, institucionais e pessoais. No particular, tratando do caso escolhido, concluiu-se que a não inclusão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, que debateram a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, e a submissão a julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752/PR (*second best decision*), foram movimentos estratégicos da Ministra Cármen Lúcia, motivado por fatores legalistas, institucionais e ideológicos.

Do ponto de vista legal, a matéria já havia sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, inicialmente em *Habeas Corpus* e posteriormente em regime de Repercussão Geral. Para a Ministra, submeter novamente o caso a julgamento provocaria insegurança jurídica e enfraqueceria o papel da Corte na preservação dos seus próprios precedentes. Historicamente, a Corte já havia alterado sua posição em pelo menos duas oportunidades. Uma nova submissão do tema, provocada por uma anunciada nova alteração de posição da Corte,

vulneraria o papel dos precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral.

Do ponto de vista institucional, o caso estava inserido em um contexto político altamente sensível. Com efeito, a possibilidade da prisão após a condenação em segunda instância foi uma das ferramentas mais eficientes para o sucesso da Operação Lava-Jato. Impedir a execução da pena retiraria um dos grandes incentivos para os acordos de colaboração premiada, que foram a principal fonte de provas da investigação. Para além disso, a pressão político-eleitoral era grande, em razão da prisão do ex-presidente Lula. Diante de tal cenário, no intuito de preservar a Corte do acirramento político, a ex-presidente optou por afastar do plenário as ADCs, sob pena de, nas suas palavras, apequenar o tribunal.

Por fim, do ponto de vista ideológico, a Ministra Cármen Lúcia sempre se posicionou no sentido de permitir a execução da pena após a condenação em segunda instância. Ciente de que uma nova submissão do caso ao plenário presencial seria capaz de alterar o posicionamento da Corte, após o novo posicionamento do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Dias Toffoli, a Ministra manteve-se firme em não designar data para julgamento das ADCs. Em seu lugar, optou por uma *second best decision*, submetendo um caso concreto, o *Habeas Corpus*, que a seu juízo, ofereceria um risco menor de alteração do entendimento.

Não foi possível concluir que qualquer influência político-eleitoral tenha motivado a ex-Presidente Cármen Lúcia a não pautar o caso. De um lado, é evidente que a sua decisão teve consequências eleitorais, haja vista que afastou do processo eleitoral de 2018 um político que já se mostrara capaz de liderar pelo menos quatro campanhas vencedoras, sendo o candidato em duas delas. Entretanto, não há elementos empíricos, sequer indícios, que corroborem a conclusão de que a Ministra Cármen Lúcia tenha agido com esse propósito específico.

No final, conforme revelado publicamente pelo Ministro Marco Aurélio, a estratégia da Ministra Cármen Lúcia venceu. As ADCs não foram pautadas durante a sua gestão e o *Habeas Corpus* foi indeferido, mantendo-se hígido o precedente fixado em repercussão geral no ano de 2016. O voto decisivo foi da Ministra Rosa Weber, que optou por seguir o entendimento consolidado no tribunal, apesar de fazer a sua ressalva pessoal, que somente poderia ser implementada, segundo ela, no controle concentrado de constitucionalidade, *locus* adequado para o debate sobre o tema, isto é, nas ADCs.

Para além das conclusões a respeito do caso examinado, buscou-se refletir criticamente sobre o modelo de definição da pauta previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se que o controle sobre a sua própria agenda é um mecanismo essencial para a sobrevivência do prestígio institucional da Corte e não pode ser descartado. Entretanto, o modelo atual incentiva uma verdadeira disputa entre os ministros pelo controle sobre a agenda, o que é incompatível com o caráter colegiado inerente ao órgão.

Urge, nesse sentido, que os ministros se debrucem sobre o tema, e proponham uma nova dinâmica para o controle da agenda da Corte. Apesar da complexidade do tema, há caminhos relativamente simples que podem consertar, a nosso ver, o principal problema, a fragmentação e individualidade. Assim, propõe-se que, doravante, os problemas identificados sejam solucionados da forma que segue: 1) *elaboração da pauta*; propõe-se como solução a deliberação colegiada para formação das pautas de julgamento do plenário presencial do STF, com periodicidade de pelo menos seis meses, em Plenário Virtual Administrativo; 2) *liberação pelo relator*; propõe-se como solução a possibilidade de os Ministros submeterem questão de ordem em Plenário Virtual, para início de julgamento, com sorteio de nova relatoria; 3) *pedidos de vista*; propõe-se como solução a devolução automática, independentemente do voto do vistor, e inclusão automática no Plenário Virtual, e; 4) *monocratização*; propõe-se como solução submissão automática de cautelares ao Plenário Virtual.

Acreditamos que a implementação das alterações acima identificadas será capaz de minimizar disputa dos Ministros em torno da agenda do Supremo Tribunal Federal, tornando o processo de seleção de casos democrático e transparente. Assim, verifica-se que haverá uma sensível redução de espaço para a sobreposição das vontades individuais do Ministros em face do colegiado, como ocorreu no caso estudado. A adoção das medidas sugeridas mantém hígida a capacidade da Corte, na sua composição colegiada, de refletir criticamente a respeito dos casos que serão submetidos a julgamento, proporcionando um ambiente favorável à manutenção da sua credibilidade institucional e evitando o julgamento de temas excessivamente polêmicos ou relativamente imaturos para determinado momento político.

Por fim, do ponto de vista macro, percebe-se que o grande responsável pelo acúmulo de processos na pauta da Corte, a origem do problema, é a ampla jurisdição Supremo Tribunal Federal. O volume é de tal ordem avassalador, que impede que a Corte seja capaz de programar o seu ano de trabalho, dando azo a condutas estratégicas na elaboração da pauta. Conforme afirmado pelo Minsitro Marco Aurélio em sua entrevista, é preciso rever a função do Supremo



Tribunal Federal, atribuindo a ele uma função compatível com uma Corte Constitucional, o que implica em delegar às demais Cortes competências originárias e recursais.

## 8. REFERÊNCIAS

A PAUTA do Supremo. Revista Jurídica **Consulex**, Ano XII, n. 268, mar. 2008.

AGUIAR, Plínio. Bolsonaro: “Enviamos ao STF um homem terrivelmente evangélico”. **R7**. Brasília, 02.12.2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-enviamos-ao-stf-um-homem-terrivelmente-evangelico-02122021>. Acesso em: 25 dez. 2021.

ALARIE, Benjamin.; GREEN, Andrew. J. **Commitment and Cooperation on High Courts: a cross-country examination of institutional constraints on Judges**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? **El País**. São Paulo. 17.07.2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620\\_578341.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html). Acesso em: 19 jul. 2021.

ANDRADE, Louise Dantas de. **Agenda-Setting**: análise do comportamento do STF no controle de constitucionalidade concreto. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck. A liminar de Marco Aurélio: da monocratização à insurreição? *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. A pauta da Presidente Cármen Lúcia. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017b. p. 60–63.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no STF pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25–45, jan./jun. 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck. STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer: o preço da liberdade de pauta do STF é a eterna desconfiança. **Jota**. Brasília, 07 maio

2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-cunha-quem-decide-quando-quer-ouve-o-que-nao-quer-07052016>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer: o preço da liberdade de pauta do STF é a eterna desconfiança. **Jota**. Brasília, 07 maio 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-cunha-quem-decide-quando-quer-ouve-o-que-nao-quer-07052016>. Acesso em: 28 jun. 2021.

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

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das Estratégias e o STF de Rosa Weber. **Jota**. Brasília, 06 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>. Acesso em: 19 nov. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, p. 60–63, 2017-A.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o STF e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 255, set./dez. 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13–32, jan./abr. 2018-A.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 46, p. 121–155, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Ribeiro. “The Court, it is I”? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. **Global Constitutionalism**, Cambridge, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018-B.

ARGUELHES, Diego; HARTMANN, Ivan. Pedido de vista é poder de veto. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 15 abr. 2015. Disponível em: <http://feeds.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/215974-pedido-de-vista-e-poder-de-veto.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2022.

ARVIGO, Maru. **Pedido de vista como um poder individual sobre a deliberação**: uma análise à luz dos constrangimentos impostos pela Resolução 278 do STF. 2016. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 135–156, 2018.

BARBOSA, Ana Laura Pereira. **As estratégias na definição da pauta de julgamento**: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes. 2015. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2015.

BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: instrumentos de influência na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

BARBOSA, Ana Laura Pereira. Meta-voto: solução para a pauta de julgamentos do STF? **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print. Rio de Janeiro, 2021.

BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agenda-presidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020>. Acesso em: 29 maio 2021.

BARBOSA, Ana Laura Perera. **As estratégias na definição da pauta de julgamento: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes**. 2015. Monografia - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do STF**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23–50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Nós, o Supremo. **Migalhas**. Brasília, 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/275095/nos--o-supremo>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial. *In*: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (org.). **Perspectivas do Discurso Jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura**. Porto Alegre: DM, 2016.

BASILE, Juliano.; BORGES, Laryssa. Pauta Lotada atrasa análises de grandes casos no STF. **Valor Econômico**. Brasília, 12.04.2012. Disponível em:

<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2012/04/12/pauta-lotada-atrasa-analise-de-grandes-casos-no-stf.ghhtml>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BAUM, Lawrence. **Judges and Their Audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

BAUM, Lawrence. Policy Goals in Judicial Gatekeeping: a proximity model of discretionary jurisdiction. **American Journal of Political Science**, v. 21, n. 1, 1977.

BAUM, Lawrence. Review: Case Selection and Decisionmaking in the U. S. Supreme Court. **Law & Society Review**, v. 27, n. 2, p. 443–459, 1993.

BENESH, Sara C.; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. Aggressive Grants by Affirm-Minded Justices. **American Politics Research**, v. 30, n. 3, p. 219–234, 2002, p. 220.

BENITES Afonso. Em primeira derrota de Lira na Câmara, votação de PEC que dificulta prisão de parlamentares é adiada. **El País**. Brasília, 28 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-26/em-primeira-derrota-de-lira-na-camara-votacao-de-pec-que-dificulta-prisao-de-parlamentares-e-adiada.html>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BETIM, Felipe. O Controle da pauta é o que há de mais autoritário no Supremo. **El País**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934\\_564924.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934_564924.html). Acesso em: 28 mar. 2022.

BETIM, Felipe. STF abre caminho para limitar foro privilegiado de deputados e senadores. **El País**. São Paulo, 23 nov. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/23/politica/1511464819\\_756831.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/23/politica/1511464819_756831.html). Acesso em: 04 fev. 2022.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. Yale University Press, 1986.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. Solicitor General Influence and Agenda Setting on the U.S. Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Utah, v. 64, n. 4, p. 765–778, 2011.

BOLSONARO diz que decisão do STF sobre homofobia foi ‘completamente equivocada’. **G1**. Brasília, 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/bolsonaro-disse-que-decisao-do-stf-sobre-homofobia-foi-completamente-equivocada.ghtml>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRANT, Danielle; RESENDE, Thiago; TEIXEIRA, Matheus. Após caso Silveira, Lira acelera PEC para aumentar imunidade parlamentar e gera críticas por atropelo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 24 fev. 2021. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/apos-caso-silveira-lira-acelera-pec-para-aumentar-imunidade-parlamentar-e-gera-criticas-por-atropelo.shtml>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.105. Relator: Ministro Paulo Brossard, julgada em 03/08/1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 abr. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário Virtual). Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 11/11/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 2016. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgada em 06/10/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello, julgado em 09/02/2017. Brasília, **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 mai. de 2016. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 04/04/2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília 20 nov. 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=71186>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Mandado de Segurança n. 28.447. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 25/08/2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/10/2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 out. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 77, 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 531. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 153, 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Alto Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **O plenário virtual na pandemia da COVID-19** [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa\\_Plenario\\_Virtual.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf). Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 1188. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 19, 31 jan. 2019.



BRENNER, Saul. Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies. **Law Library Journal**, v. 92, n. 2, p. 193–202, 2000.

BRENNER, Saul. The New Certiorari Game. **The journal of Politics**, v. 41, n. 2, p. 649-655, 1979.

BREWER CARIAS, Allan R. **Constitutional Courts as positive legislators: a comparative law study**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BRÍGIDO, Carolina. No STF, pauta reflete apoio de Dias Toffoli à política econômica de Bolsonaro. **O Globo**. Rio de Janeiro, 12.02.2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/analitico/no-stf-pauta-reflete-apoio-de-dias-toffoli-politica-economica-de-bolsonaro-1-24243394>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRÍGIDO, Carolina. Toffoli usa pauta do Supremo para acelerar debates no Congresso. **O Globo**. Rio de Janeiro, 28 maio 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-toffoli-usa-pauta-do-supremo-para-acelerar-debates-no-congresso-23699170>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BULLA, Beatriz. STF terá pauta com temas polêmicos em 2014. **Estadão**. Brasília, 01.01.2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-tribunal-federal-tera-pauta-com-temas-polemicos-em-2014,1114120>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BULLA, Beatriz; MOURA, Rafael Moraes; SERAPIÃO, Fábio; PIRES, Breno. Fachin manda Habeas de Palocci para plenário do Supremo. **Estadão**. Brasília, 03 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fachin-manda-habeas-de-palocci-para-plenario-do-supremo/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JR, Fredie; FUX, Luiz; MIRANDA, Pedro, NUNES, Dierle; MEDINA, José Garcia; FREIRE, Alexandre; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DANTAS, Bruno. (org.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. The Discuss List: agenda building in the Supreme Court. **Law & Society Review**, v. 24, n. 3, 1990.

CALDEIRA, Gregory. A.; WRIGHT, John. R. Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 82, n. 4, p. 1109–1127, 1988.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R.; ZORN, Christopher J. W. Sophisticated Voting and Gate-Keeping in the Supreme Court. **Oxford Journals**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 549–572, 1999.

CANÁRIO, Pedro. Conheça os planos do ministro Dias Toffoli para o Supremo e para o CNJ. **CONJUR**. Brasília, 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/conheca-planos-ministro-toffoli-supremo-cnj>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt; BRASIL, Felipe Gonçalves; ALVES, Renan do Prado. Agenda-setting: mídia e opinião pública na dinâmica de políticas públicas. **Cosmpolítica**, v. 8, n. 1, p. 123–146, 2018.

CAPPI, Ricardo. A teorização fundamentada nos dados. In: MACHADO, Maíra Rocha. (org.). **Pesquisar Empiricamente o Direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021, p. 391 - 422.

CÁRMEN Lúcia pauta HC de Lula para amanhã. **Migalhas**. Brasília, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276780/carmen-lucia-pauta-hc-de-lula-para-amanha>. Acesso em: 25 mar. 2022.

CASADO, Leticia; TUROLLO Jr, Reinaldo. Toffoli quer dar guinada interna no Supremo ao assumir Presidência. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 10 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/toffoli-quer-dar-guinada-interna-no-supremo-ao-assumir-presidencia.shtml>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CASTRO, Alexandre Samy. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. Organizadora. **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

CASTRO, Davi de. Agenda-setting: hipótese ou teoria? análise da trajetória do modelo de agendamento ancorada nos conceitos de Imre Lakatos. **Intexto**, Porto Alegre, n. 31, p. 197–214, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CNJ autoriza tribunais a fazerem sessão eletrônica não presencial. **CONJUR**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-13/cnj-autoriza-tribunais-realizarem-sessao-eletronica-nao-presencial>. Acesso em: 18 jan. 2020.

CODO, Nathália Ferreira dos Santos. A mudança de posicionamento do STF em relação à prisão depois da condenação em segunda instância. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, n. 107, p. 373–397, 2018.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. Art. 12 do CPC - Ordem cronológica de julgamento dos processo. **MIGALHAS**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/301326/art--12-do-cpc---ordem-cronologica-de-julgamento-dos-processos>. Acesso em: 29 maio 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books. 2016.

CORDRAY, Margaret Meriwether; CORDRAY, Richard. The Calendar of the Justices: how the Supreme Court's timing affects its decisionmaking. **Arizona State Law Journal**, v. 36, p. 183, 2004.

COSTA, Thiago Bolelli. **O Supremo regimental**: análise da construção histórica do poder de pauta no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CRESWELL, John W. **Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**, 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CRETILLA JR, José. **Comentários á Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CROSS, Frank. B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. **Northwestern University Law Review**, v. 92, n. 1, p. 251–326, 199.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2014.

CURY, Teo. Parlamentares petistas pedem que STF pautar ações sobre prisão após condenação em 2ª instância. **Estadão**. Brasília, 07 ago. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/parlamentares-petistas-pedem-que-stf-paute-acoes-sobre-prisao-apos-condenacao-em-2-a-instancia/>. Acesso em: 27 out. 2021.

DESIDERI, Leonardo. Como pensa Fux, presidente do STF, sobre 6 pautas de costumes. **Gazeta do Povo**. Brasília, 08.08.2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/como-pensa-fux-presidente-stf-pautas-costumes/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; BOINA, André Felipe de Araújo. Ampliação dos Julgamentos Virtuais no STF: uma abordagem da virtualização procedimental em tempos de COVID-19. In: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Questões Jurídicas decorrentes da Covid - 19: processo, tribunais e tratamento de conflitos**. v. 342. Curitiba: Juruá, 2020.

DIMOULIS, Dimitri.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no STF: reflexões sobre um caso de configuração autocriativa do processo objetivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 878, p. 11–28, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da Pauta no STF e (Auto)Criação do processo objetivo. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Brasília. **Anais**[...] Brasília: Conpedi, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EM ENCONTRO com Bolsonaro, Fux diz que STF vai priorizar temas econômicos em 2021. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/12/23/em-encontro-com-bolsonaro-fux-diz-que-stf-vai-priorizar-temas-economicos-em-2021.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2021.

EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997.

EPSTEIN, Lee.; SEGAL, Jeffrey A.; VICTOR, Jennifer Nicoll. Dynamic agenda-setting on the United States Supreme Court: an empirical assessment. **Harvard Journal on Legislation**, v. 39, n. 2, p. 395–433, 2002.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito: as regras da inferência**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 29 nov. 2021.

EPSTEIN, Lee; WEINSHALL, Karen. **The strategic analysis of judicial decisions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

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.

FAGUNDES, Murilo. Bolsonaro comemora chegada do “terrivelmente evangélico” Mendonça ao STF. **Poder 360**. Brasília, 01.12.2021, Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-comemora-chegada-do-terrivelmente-evangelico-mendonca-ao-stf/>. Acesso em: 25 dez. 2021.

FALCÃO, J. Supremo: o tempo do processo é o ovo da serpente. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe. Organizadores. **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019.

FALCÃO, Joaquim. Direito, mídia e opinião pública. *In*: FALCÃO, Joaquim (org.). **Diário de um Julgamento. Supremo, Mídia e Opinião Pública**. Mensalão. São Paulo: Campus, 2013.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário. *In*: FALCAO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2016.

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

FALCÃO, Márcio. SP tem 24,4 mil presos condenados em 2ª instância, diz Defensoria Pública. **Jota**. São Paulo, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/sp-tem-244-mil-presos-apos-condenacao-em-2a-instancia-diz-defensoria-publica-23042019>. Acesso em: 10 nov. 2021.

FERRAZ, Diogo. Julgamentos virtuais e a Matrix – parte 1. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opinioe-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020>. Acesso em: 13 dez. 2021.

FERREIRA, Emanuel de Melo. O STF e os vícios passivos: como controlar as omissões da Corte? **Constituição e Democracia**. Fortaleza, 18 jun. 2014. Disponível em: <https://constituicaoedemocracia.com/2014/06/18/stf-e-os-vicios-passivos-como-controlar-as-omissoes-judiciais-da-corte/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

FERREIRA, Pedro Fernando Almeida; MUELLER, Bernardo. How Judges Think in the Brazilian Supreme Court: estimating ideal points and identifying dimensions. **Economia**, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 275–293, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.econ.2014.07.004>.

FONTAINHA, Fernando de Castro, et al. **História Oral do Supremo** (1988 - 2013), v. 9: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 195.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo** (1988-2013), v. 3, Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. **Comparative Constitutional Law**, Northampton, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no STF. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, n. 67, p. 263–289, 2017.

FRIEDMAN, B. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, Austin, v. 84, n. 2, p. 257–337, 2005.

FROUFE, Cecília. Nos fingimos de expertos e criamos um grave problema, diz Gilmar Mendes sobre decisão do Supremo. **Estadão**. São Paulo, 05 abr. 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: 21 mar. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. O julgamento dos processos em ordem cronológica no novo CPC. **MIGALHAS**, Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/184582/o-julgamento-dos-processos-em-ordem-cronologica-no-novo-cpc>. Acesso em: 29 maio 2021.

Global Access to Justice. **Impactos do COVID-19 nos Sistemas de Justiça**. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em: 19 fev. 2021.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; TRIGUEIRO, Victor Guedes. O Juiz e o progresso: a salvação iluminista - uma análise crítica ao julgamento do STF que transformou em crime a homofobia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 24, n. 47, 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. **STF e o Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

GODOY, Miguel Gualano. Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Ahead of print, p. 1–36, 2020.

GOLDMAN, Brian T. The Switch In Time That Saved Nine : A Study of Justice Owen Roberts's Vote. *In: West Coast Hotel Co . v . Parrish The Switch In Time That Saved Nine : A Study of Justice Owen Roberts's*. **College Undergraduate Research Electronic Journal**, Filadélfia, jan. 2012.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como decidem os juízes? comparando os modelos formais explicativos do comportamento judicial. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 228–255, 2020.

GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e Comportamento Judicial no STF: os ministros confiam menos em relatoras mulheres. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 854–876, 2018.

GOMES, Julio Cesar Vieira. Dias Toffoli presidente do STF, a virada das pautas governistas para as pautas sociais? **Justificando**. Brasília, 21 ago. 2018. Disponível em:

<http://www.justificando.com/2018/08/21/dias-toffoli-presidente-do-stf-a-virada-das-pautas-governistas-para-as-pautas-sociais/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Plenário Virtual do STF. *In*: FUX, Luiz.; BODART, Bruno.; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). **A Constituição da República segundo Ministros, Juízes auxiliares e Assessores do STF**. Salvador:

Juspodivm, 2019, p. 221–230.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

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.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HUTCHESON JUNIOR, Joseph C. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**. Ithaca, v. 14, n. 3, 1929.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha.

(org.). **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em:

<https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

**ISTO É**. v. 41, n. 2515, p. 26-31, mar. 2018

**ISTO É**. v. 42, n. 2599, p. 22-26, 23 out. 2019.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do STF: uma análise empírica. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 170–187, jan./jun. 2011.



JEFFREY, A. Segal; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

JOLLS, Christine.; SUNSTEIN, Cass. R.; THALER, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. Stanford Law Review, Stanford, v. 50, n. 5, 1998.

KAUFFMANN, Rodrigo de Oliveira. A pauta de julgamentos do STF e a política judiciária. **CONJUR**. Brasília, 04 jan. 2021. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2021-set-04/observatorio-constitucional-pauta-julgamentos-stf-politica-judiciaria?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.conjur.com.br/2021-set-04/observatorio-constitucional-pauta-julgamentos-stf-politica-judiciaria?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter). Acesso em: 16 set. 2021.

LACAVA, Nelson. Prisão decorrente de acórdão condenatório na 2ª instância: Ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência ou satisfação dos fins preventivos gerais e especiais da pena? *In*: **REVISTA DOS TRIBUNAIS**. Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LAW.COM. **Unlike Gorsuch, Kavanaugh jumps into SCOTUS cert pool**. 2018. Disponível em: <https://www.law.com/nationallawjournal/2018/10/11/unlike-gorsuch-kavanaugh-jumps-into-scotus-cert-pool/?sreturn=20210829140323>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

LEAL, Fernando. A dança da pauta de julgamentos do Supremo. *In*: FALCÃO, Joaquim.; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2016.

LEONI, Eduardo L; RAMOS, Antonio P. **Judicial Preferences and Judicial Independence in New Democracies** : The Case of the Brazilian Supreme Court. Annual Meeting of the Midwest Political Science Association. 2006.

LIMA, Wilson. Novo favorito para o STF é vitória do Centrão e derrota da ala ideológica do governo. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 01.10.2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/kassio-nunes-marques-vitoria-do-centrao-e-derrota-de-ala-ideologica/>. Acesso em: 25 dez. 2021.

LOPES, Felipe de Mendonça. **Independência do Judiciário: mensurando o viés político das cortes brasileiras**. Escola de Economia de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2013.

LOPES, Felipe; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Government Appointment Discretion and Judicial Independence: preference and opportunistic effects on brazilian courts. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 84–106, mai./ago. 2018.

LOSEKANN, Marcos. Cármen Lúcia diz que prisão após condenação em segunda instância não voltará à pauta do STF. **G1**. Brasília, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-diz-que-prisao-apos-julgamento-em-segunda-instancia-nao-voltara-a-pauta-do-stf.ghtml>. Acesso em: 21 nov. 2021.

LOYOLA, Heloisa Menegaz. Influências ideológicas e as decisões judiciais. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 189, n. 44, p. 155–169, 2018.

LUNA, Paulo Sergio Freitas de. **O STF e a sua relação com os meios de comunicação em massa**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito público e evolução social) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2016.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 877–899, 2020.

MACCALÓZ, Salete Maria Polita. **O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MACHADO, Maíra Rocha. O Estudo de Caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. (org.). **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

MALAFAIA, Evie Nogueira e; ROSSI, Julio Cesar. Julgamentos Virtuais: de como a excepcionalidade tornou-se regra e essa ganhou viés arbitrário. **Empório do Direito**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/29-julgamentos-virtuais-de-como-a-excepcionalidade-tornou-se-regra-e-essa-ganhou-vies-arbitrario>. Brasília, 2020. Acesso em: 13 dez. 2021.

MANZINI, Eduardo José. Considerações sobre a transcrição de entrevistas. In: MANZINI, Eduardo José. **A Entrevista na Pesquisa em Educação e Educação Especial: uso e processo**

de análise. Texto apresentado para obtenção do título de livre-docência em Educação. Faculdade de Filosofia e Ciências - UNESP Marília. Observatório Nacional de Educação Especial (ONEESP), 2008. Disponível em: [https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto\\_orientacao\\_transcricao\\_entrevista.pdf](https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto_orientacao_transcricao_entrevista.pdf). Acesso em: 08 jun. 2021.

MARCELINO, Ueslei. Gilmar Mendes critica Cármen Lúcia e diz que resultado foi uma não decisão. **Exame**. São Paulo, 05 abr. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/nao-pautar-adcs-foi-decisao-infeliz-de-carmen-lucia-diz-gilmar-mendes/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

MARCO Aurélio critica ‘manipulação da pauta’ no STF: tempos estranhos. **O Globo**. Rio de Janeiro, 06 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/marco-aurelio-critica-manipulacao-da-pauta-no-stf-tempos-estranhos-22827300>. Acesso em: 14 mar. 2022.

MARONEY, Terry. A. The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion. **California Law Review**, Berkeley, v. 99, n. 2, p. 628–682, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Milenium, 2000.

MARQUES, José. Frederico. **A reforma do Poder Judiciário**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARTÍ, Silas. Operação-abafa contra Lava Jato agora mira prisão em 2º grau, diz Barroso. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/operacao-abafa-contralava-jato-agora-mira-prisao-em-2o-grau-diz-barroso.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2021.

MARTINS, Felipe. “Muito Poderosa”: Marco Aurélio critica Cármen Lúcia por não pautar prisão em 2ª instância. **Fórum**. Brasília, 24 jun. 2018. Disponível em <https://revistaforum.com.br/politica/muito-poderosa-marco-aurelio-critica-carmem-lucia-por-nao-pautar-prisao-em-2a-instancia/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

MARTINS, Rodrigo. **Pontos de Divergência: STF e comportamento judicial**. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. The agenda-setting function of mass media. **Public Opinion Quarterly**, v. 36, n. 2, p. 176–187.

MCCOMBS, Maxwell. **Setting the Agenda: the mass media and public opinion**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2014. Ebook.

MEDINA, Damares. A repercussão geral e as mudanças estruturais do processo decisório no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 327–334, 2015.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. No novo CPC, a ordem cronológica de julgamentos não é inflexível. **CONJUR**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>. Acesso em: 29 maio 2021.

MELLO, Cristiana. A regulamentação da agenda do STF - uma proposta modesta. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Patricia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688–718, 2018.

MELLO, Patricia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no STF. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273–310.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, p. 139–146, 2006.

MENDES, Conrado Hüber. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MENDES, Conrado Hubner: O STF é refém dos caprichos dos seus ministros. **Justificando**. 08 jun. 2016. Disponível em: <https://www.justificando.com/2016/06/08/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros/>. Acesso em: 21 set. 2021.

MENEZES, Dyelle. Marco Aurélio pressiona Cármen Lúcia a pautar ações sobre 2ª instância. **Poder 360**. Brasília, 05 abr. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/marco-aurelio-pressiona-carmen-lucia-a-pautar-acoes-sobre-2a-instancia/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

MINISTRO Ricardo Lewandowski encerra gestão no STF com 49,3 mil decisões. **CONJUR**. Brasília, 11 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-11/ministro-ricardo-lewandowski-encerra-gestao-493-mil-decisoes>. Acesso em: 19 jul. 2021.

MINISTROS defendem prisão em 2ª instância. **Correio Braziliense**, Brasília, 17 out. 2019. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/10/17/interna\\_politica,798357/ministros-defendem-prisao-em-2-instancia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/10/17/interna_politica,798357/ministros-defendem-prisao-em-2-instancia.shtml). Acesso em: 08 dez. 2021.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stella Tanure. Julgamento de causas em ordem cronológica e incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil: um caldo imprevisível. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natercia Sampaio Siqueira; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. (coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 2. Arts. 37 - 128. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

MORTARI, Marcos. Como a pauta do STF pode impactar o desempenho da economia em 2020? **Infomoney**. São Paulo, 04.02.2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/como-a-pauta-do-stf-pode-impactar-o-desempenho-da-economia-em-2020/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

MORTARI, Marcos. Luiz Fux assume presidência do Supremo: veja o que esperar em 5 pontos. **Infomoney**. Brasília, 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/luiz-fux-assume-presidencia-do-supremo-veja-o-que-esperar-em-5-pontos/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

MUNIZ, Mariana. “Terrivelmente evangélico”, André Mendonça chega ao STF com culto de posse e Bolsonaro testado para Covid-19. **O Globo**. Rio de Janeiro, 16.12.2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/terrivelmente-evangelico-andre-mendonca-chega-ao-stf-com-culto-de-posse-bolsonaro-testado-para-covid-19-25320980>. Acesso em: 25 dez. 2021.

NÃO POSSO viver com manipulação da pauta da Corte. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 20 dez. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/554508/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 mar. 2022.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle e Constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NETO, Roberto Grassi. Da prisão por força de acórdão condenatório emanado de órgão colegiado de segundo grau de jurisdição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 427, ano. 114, p. 219–235, 2018.

NETZEL, Mateus; KRUGER, Ana; BARBIÉRI, Luiz Felipe. STF se apequena se revisar prisão em 2ª Instância por Lula, diz Cármen Lúcia... **Poder 360**. Brasília, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stf-se-apequena-se-revisar-prisao-em-2a-instancia-por-lula-diz-carmen-lucia/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Processo e Tecnologia : do processo eletrônico ao Plenário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 87–110, 2017.

NOJIRI, Sergio. Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre os modelos de decisão judicial. *In*: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da. (org.). **Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF.**

Salvador: Juspodivm, 2021.

O PODER de quem define a pauta do STF. **Os Constitucionalistas**. 27 abr. 2012. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

O'BRIAN, Davi. M. Deciding what to do. *In*: O'BRIAN, Davi (org.). **Storm Center: the Supreme Court in american politics**. New York: W.W. Norton & Company, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no STF: coalizões e “panelinhas”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 139–153, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross . Reformar o STF? **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 1–20, 2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; FALAVINHA, Diego H. S.; BRAGHIN, Simone. Processo decisório no STF e o caso da Reforma do Judiciário. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, 2015.

OLIVEIRA, Germano. Tenho esperança de que o STF não irá rever a prisão em segunda instância. **ISTO É**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/tenho-esperanca-de-que-o-stf-nao-ira-rever-a-prisao-em-segunda-instancia/amp/>. Acesso em: 08 dez. 2021.

OLIVEIRA, Paulo. Mendes. **Regimentos Internos como Fonte de Normas Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Práticas decisórias e possibilidades do plenário virtual no Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 20.

OSAKABE, Marcelo. ‘Não me submeto à pressão’ diz Cármen Lúcia sobre pautar prisão em 2ª instância. **Estadão**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nao-me-submeto-a-pressao-diz-carmen-lucia-sobre-pautar-prisao-em-2-instancia,70002225218>.

Acesso em: 06 jun. 2020.

OSTINI, Taísa Magro. **A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência**: um estudo de caso sobre o processo decisório do STF. 2020. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Campus Ribeirão Preto, 2020.

OWENS, Ryan J. The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting. **American Journal of Political Science**, Bloomington, v. 54, n. 2, p. 412–427, 2010.

PACELLE JR, Richard. L. **The transformation of The Supreme Court's Agenda: from the New Deal to the Reagan Administration**. Abingdon: Routledge, 2019.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 50, p. 207–232, 2017.

PAUTA temática no Supremo Tribunal Federal. **Gazeta Mercantil**, 25 mai. 2005.

PELUSO tentou organizar julgamentos do plenário. **Valor Econômico**. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2012/04/12/peluso-tentou-organizar-julgamentos-do-plenario.ghml>. Acesso em: 21 jan. 2022.

PEREIRA. Paula Pessoa. Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais. **JOTA**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em: 29 maio 2021.

PERRY JR, H. W. **Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1994, ebook.

PETER, Cristine. Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do futuro. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>. Acesso em: 10 jan. 2021.

PINTO Junior, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27–48, jan./abr 2018.



POMPEU. Ana. PT e PCdoB acusam Cármen de omissão ao não pautar execução antecipada. **CONJUR**. Brasília, 28 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-28/pt-pcdob-acusam-carmen-omissao-nao-pautar-prisao-antecipada>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PONCE, Carolina Ignácio. Definição de pauta no STF no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais nos governos FHC e Lula. *In*: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula, e; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 158–174.

PONTES, Felipe. Decisão do STF sobre 2ª instância pode afetar 4,9 mil presos, diz CNJ. **Agência Brasil**. Brasília, 16 out. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-10/decisao-do-stf-sobre-2a-instancia-pode-afetar-49-mil-presos-diz-cnj>. Acesso em: 10 nov. 2021.

POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. **A. How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRINZ, Jesse. **The emotional basis of moral judgments**. *Philosophical Explorations*. Londres, v. 9, n. 1, p. 29-43, 2006.

PRITCHETT, C. Herman. **Congress Versus The Supreme Court**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1961.

PROVINE, Doris Marie. **Case Selection in the United States Supreme Court**. University of Chicago Press: Chicago, 1980.

PUSCHEL, Flavia Portella; GEBARA, Ana Elvira Luciano. O Ministro convencido? estratégia argumentativa das mudanças de posição do Min. Gilmar Mendes sobre prisão após condenação em 2ª instância. *In*: CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; BUENO, Francisco de Godoy (org.). **Direito e Linguagem: A Constituição de 1988**. Londrina: Toth, 2019. v. 4.

RAMALHO, Renan. Cármen Lúcia estreia no comando do STF com ações trabalhistas e sociais. **G1**, Brasília, 12 set. 2016. Disponível em:

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/carmen-lucia-estreia-no-comando-do-stf-com-aco-es-trabalhistas-e-sociais.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

RECONDO, F.; WEBER, L. **Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RECONDO, Felipe. Cármen Lúcia: as turbulências e um ensaio de gestão. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019.

RECONDO, Felipe. No STF, o resultado está nos meios, não nos fins. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2018.

RECONDO, Felipe. O perfil negociador de Toffoli pode prejudicar o Supremo? *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; RECONDO, Felipe (org.). **O Supremo e o Processo Eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2019.

RECONDO, Felipe; ARGUELHES, Diego Werneck. Na moderação de Rosa Weber está o destino da execução provisória. **Jota**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/na-moderacao-de-rosa-weber-esta-o-destino-da-execucao-provisoria-22032018>. Acesso em: 21 nov. 2021.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Máira Rocha. Organizadora. **Pesquisar Empiricamente o direito**. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

REIS, Wanderlei José dos. Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: o STF e a estabilidade jurídica no país. **Conectonline**, Várzea Grande, v. 22, p. 17–37, jul. 2020. p. 23.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. The Agenda-Setting Crisis in the Brazilian Supreme Court. **International Journal of Constitutional Law Blog**, 2018. Disponível em:

<http://www.iconnectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court/>. Acesso em: 14 mai. 2021.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 35–54, 2013.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIVAS, Lucas. Carmen Lúcia errou ao não pautar prisão em 2ª instância, diz Nelson Jobim. **Estadão**. Porto Alegre, 21 set. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,carmen-lucia-errou-ao-nao-pautar-prisao-em-2-instancia-diz-nelson-jobim,70002513248>. Acesso em: 27 out. 2021.

RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a Presunção de Inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21–54, 2020.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do STF: defesa das liberdades civis**. Tomo I. 1891 - 1898. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

ROEMER, Andres. **Introducción al análisis económico del derecho**. Cidade do México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994.

ROSSETTO, Graça Penha Nascimento; SILVA, Alberto Marques. Agenda-setting e Framing: detalhes de uma mesma teoria? **Intexto**, Porto Alegre, n. 26, p. 98–114, 2012.

SAID, Flavia. Em sabatina, nome de Kássio é defendido pelo Centrão e pela oposição. **UOL**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/judiciario/em-sabatina-nome-de-kassio-e-defendido-pelo-centrao-e-pela-oposicao/>. Acesso em: 25 dez. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência : a perspectiva de Richard Posner**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/). Acesso em: 15 dez. 2021.

SALGADO, Eneida Desiree; ARHEGAS, João Victor. O processo decisório no Supremo Tribunal Federal e o papel do ministro relator: notas a partir da aplicação do novo Código de Processo Civil no controle abstrato de constitucionalidade. *In*: DIDIER Jr, Fredie (coord. geral.) CUNHA Jr, Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Repercussões do CPC no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2019.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Maria Del Pilar Baptista, **Metodologia da Pesquisa**. 5 ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SANTOS, João Vitor Antunes dos. Pedido de destaque no plenário virtual do STF é deliberação ou veto?. **CONJUR**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-11/joao-santos-pedido-destaque-plenario-virtual-stf>. Acesso em: 21 out. 2021.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **Como o STF decide? A reputação judicial do Supremo Tribunal Federal e seus mecanismos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

SCHREIBER, Mariana. Ministro do STF diz que Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real. **BBC News**. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_ms](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms). Acesso em: 12 jan. 2022.

SEIFERT, Priscila Leal; NETTO, Fernando Gama Miranda. A Justiça está online: os tribunais superiores e os julgamentos por videoconferência no Brasil e na Espanha. *In*: **IV Congresso Internacional de Globalização, Ética e Direito**, 2020, Madrid. Libro de Actas del IV CIGED. v. IV. Madrid, 2020.

SEIFERT, Priscila Leal; NETTO, Fernando Gama Miranda. Supremo Tribunal Federal ou Supremo Tribunal Virtual? Algumas reflexões sobre o uso da tecnologia pela justiça. *In: 9º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito: Não-Humanos e Desumanos*, 2020, Niterói. Anais [...], 2020. v. IX, p. 678-697.

SELIGMAN, Felipe.; BASILE, Juliano. STF: Uma Corte que pauta e é pautada pela imprensa. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, 2021.

SMITH, Kevin H. Certiorari and the Supreme Court Agenda: an empirical analysis. *Oklahoma Law Review*, v. 54, n. 4, p. 727–773, 200.

SOLIMINE, Michael E., GELY, Rafael. **The Supreme Court and the DIG: an empirical and institutional analysis**. Winsconsin: Winsconsin Law Review, 2005.

SOLIMINE, Michael E., GELY, Rafael. The Supreme court and the Sophisticated use of DIGs. *Supreme Court Economic Review*. Chicago, v. 18, 2010.

SOTOMAYOR, Sonia. **Confirmation Hearing on the nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of The Supreme Court of The United States**. Washington: U.S. Government Printing Office, 2010, p. 70.

SOUSA, Andréia Carvalho de; LEITÃO, Macell Cunha. Da mutação constitucional ao ativismo judicial: uma análise do entendimento do STF sobre a prisão em segunda instância. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, Ijuí, v. 29, n. 53, p. 232–245, 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. Prisão em segunda instância e presunção de inocência. *In: REVISTA DOS TRIBUNAIS*. Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

STERNBERG, Jhonatan. Deciding Not to Decide: the Judiciary Act of 1925 and the discretionary court. **Journal of Supreme Court History**, v. 33, n. 1, p. 1–16, 2008.

STF. Brasília, 2020. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457420&ori=1#:~:text=Em%202020%2C%20o%20Supremo%20Tribunal,em%20todas%20as%20inst%C3%A2ncias%20judiciais>. Acesso em: 15 jan. 2021.

STF. Brasília, 2020. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457499&ori=1>. Acesso em: 19 fev. 2021.

STF. Brasília, 2020. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursodeEncerramentodo10Semestrede2020.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. ADCs, a Ministra Cármen e o paradoxo do discricionarismo – a solução sistêmica. **CONJUR**. São Paulo, 11 jun. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-jun-11/streck-adcs-ministra-carmen-paradoxo-discricionarismo>. Acesso em: 27 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz.; BREDÁ, Juliano. A insurgência contra o HC 126.292. *In: STRECK, Lenio Luiz, BREDÁ, Juliano. (coord.). O Dia em que a Constituição foi julgada: A História das ADC's 43, 44, 54 (livro eletrônico)*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SUNSTEIN, C. R. et al. **Are Judges Political? an empirical analysis of the federal judiciary**. Washington: Brookings Institutions Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TANENHAUS, Joseph, SCHICK, Matthew Marvin; ROSEN, Daniel. The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: Cue Theory. In: SCHUBERT, Glendon. (org.). *Judicial Decision-Making*. New York: Free Press, 1963.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal, VALLINDER, Torbjorn (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1997, p. 28.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229–257, 2007.

TEÓFILO, Sarah; SOUZA, Renato. Indicação de Kássio Nunes para o Supremo teve a participação do Centrão. *Correio Braziliense*. Brasília, 01.10.2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2020/10/4879169-indicacao-costurada-pelo-centrao.html>; Acesso em: 25 dez. 2021.

THE AGENDA-Setting Crisis in the Brazilian Supreme Court. I-CONnect. 10 abr. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. New York: Knopf, 1945.

TOFFOLI reafirma pautas do STF como cruciais para o desenvolvimento econômico. *CONJUR*. Brasília, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-10/toffoli-reafirma-pautas-stf-cruciais-desenvolvimento>. Acesso em: 19 jul. 2021.

TOSCHI, Aline Seabra. Combate à corrupção e normatividade constitucional na prisão em segunda instância e na limitação da prerrogativa de foro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 324, 2019.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos : reflexões à luz da análise econômica do direito. *Revista da PGBC*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 135–149, 2018.

TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 27-74, jan./abr. 2009.

TYLER, Amanda. L. Setting the supreme court's agenda: is there a place for certification? *George Washington Law Review*, v. 78, n. 6, p. 1310–1328, 2010.

ULMER, Sidney, HINTZE, William; KIRKLOSKY, Louise. The decision to grant certiorari: further consideration of Cue Theory. *Law & Society Review*, v. 6, n. 4, p. 637–644, 1972.

VALENTE, Rubens. Ministro do STF diz que eleições impedem reanálise da prisão em segunda instância. Folha de S. Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/ministro-do-stf-diz-que-eleicoes-impedem-reanalise-da-prisao-em-segunda-instancia.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2021.

VASCONCELLOS, Marcos de. CONJUR. AGU tem mais presença na imprensa do que o STJ. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-fev-01/stf-presenca-imprensa-advocacia-geral-uniao>. Acesso em: 30 nov. 2021.

VASCONCELLOS, Marcos de. Para Gilmar Mendes, pedido de vista amadureceu debate sobre financiamento. CONJUR. São Paulo, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/gilmar-mendes-pedido-vista-amadureceu-debate>. Acesso em: 26 jun. 2021.

VASCONCELOS, Abner de. O regimento interno do STF em face da Constituição Federal. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, v. CXX, 1956.

VIEIRA, Isabelle Almeida; PICCININI, Pedro Ricardo Licietto. A inconstitucionalidade da “vaquejada” segundo o STF e o posterior efeito backlash no Congresso Nacional. *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 241–265, 2020.

VIEIRA, Oscar Vieira. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008.

VILHENA, Oscar Vieira. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: MACHADO, Maíra Rocha. Organizadora. *Pesquisar Empiricamente o direito*. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 29 nov. 2021.



YIN, Robert K. Estudo de Caso: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. Estructuras judiciales. Buenos Aires: Ediar, 1994.

## APÊNDICE 1 – Entrevista com o Ministro Marco Aurélio

**Diretriz inicial:** Dentre as relevantes competências atribuídas ao presidente do Supremo Tribunal Federal está aquela que atribui a ele a responsabilidade pela elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte. Como V.Exa enxerga o exercício dessa competência do ponto de vista da dinâmica interna do Tribunal, entre os ministros, e a dinâmica externa com a imprensa, opinião pública, e os demais poderes da República?

**Resposta:** O Presidente acaba enfeixando um poder maior, não há a menor dúvida. E há de ter-se presente a avalanche de processos. Na Turma não há o problema da pauta, porque os processos liberados pelo relator são julgados. Mas no Plenário, convivíamos, até a sessão virtual principalmente, com afunilamento muito grande. O espaço para inserção de processos, embora realizando o Supremo duas sessões por semana. A sessão ordinária, às quartas, e a extraordinária, que há muito tempo deixou de ser, porque toda semana realiza-se, às quintas-feiras. Eu próprio cheguei a ter no Plenário cerca de 160 processos liberados para julgamento, com confecção, porque funcionava como relator, de relatório, fundamentação e parte dispositiva do voto, e não havia espaço para o pregão. Tudo dependia do Presidente do Tribunal. Isso veio causando, aos próprios integrantes do tribunal, certa perplexidade. E já estávamos estudando meio de chegar-se a um denominador comum quando surgiu a pandemia. Eu por exemplo sempre fui contrário ao julgamento, em colegiado, mediante sessão virtual porque não há troca de ideias. E no colegiado se tem somatório de forças distintas, A troca de ideias é importantíssima. Acabei inserindo os processos, retirando do Pleno físico, na sessão virtual. Mas o círculo vicioso se fez presente, porque alguns colegas começaram a pedir destaque. Como bom carioca, apenas conheço um destaque, que é o do sambódromo, da escola de samba. E com o destaque, se retirava da sessão virtual para a sessão de videoconferência, e se passava a depender também, na sessão por videoconferência, da inserção do processo em pauta pelo Presidente. Não conseguimos conciliar celeridade e conteúdo. Quando cheguei ao Supremo encontrei certa prática. O relator sempre levou o voto estruturado. Mas, os outros integrantes votavam de improviso. Hoje em dia ninguém vota mais de improviso, praticamente ninguém, com raras exceções. Levam voto estruturado como se fossem relatores, e aí perde o colegiado, porque se deixa de ter a troca de ideias, a antecipar a prolação de voto pelo vogal. É preciso reestudar-se o sistema, e reestudando, temos também que chegar, eles têm que chegar, porque

não estou mais no ofício de julgador, a alguma composição em que o relator possa ter influência na confecção da pauta, mas isso passa pelo enxugamento da competência do Supremo, para diminuir-se o número de processos. Mesmo adotando-se a sessão por videoconferência, não se conseguiu julgar, numa sessão, os casos necessários para fazer frente a avalanche de processos. A concentração na definição dos casos que serão inseridos na pauta para a sessão física ou para a sessão por videoconferência, não é salutar, não é positiva. Não é o melhor critério para definir-se as questões que devem ser julgadas. Muito embora presumo procedimento digno, por parte do Presidente, presumo que os olhos do presidente estejam voltados para a prevalência da Constituição federal, e a uma sadia política institucional, é algo para se repensar. Cumprimento pela escolha do tópico.

**Pergunta:** Quando o senhor exerceu a presidência, tem recordação de como era gerida a pauta na sua gestão? Havia alguma espécie de consulta aos demais ministros? Como é que o senhor exercia essa atribuição?

**Resposta:** Havia o gargalo, porque o número de processos liberados pelos relatores era muito maior que a possibilidade de julgamento na semana. O que sempre observei? Em primeiro lugar as preferências legais. Presentes os idosos, presentes os pedidos de implemento de tutela de urgência, e de liminar. Em segundo lugar, sempre estive aberto a ponderação de um par. Quando um colega chegava e dizia: tenho esse caso e é importante julgarmos na frente de outros processos. Aquiescia e procedia à inserção do processo em pauta. O resultado não era o esperado, de ter-se, nas sessões subsequentes, a apreciação, porque o resíduo sempre foi muito grande, mas se buscava, dentro desse contexto, penso que a solução passa pelo enxugamento da competência dos Supremo, a conciliação de valores. O tema é delicado e precisa ser enfrentado pelo Supremo.

**Pergunta:** Há uma excessiva concentração dos poderes nas mãos do Presidente. E essa competência se exerce de forma pelo menos parcialmente discricionária porque o Regimento Interno estabelece alguns critérios prioritários. Essa discricionabilidade e essa excessiva concentração, na visão do senhor, permitiria que o Presidente se comportasse estrategicamente para privilegiar processos que discutam temas cuja preferência dele esteja mais evidente ou processos que na visão dele sejam mais relevantes para aquele momento político?

**Resposta:** A concentração conflita com o princípio regedor do colegiado. O Presidente acaba pinçando e definindo os casos que devem ser julgados. Claro que precisamos presumir postura

digna do Presidente. O erro é um erro inicial, tendo em conta a abrangência maior da competência do Supremo. Teríamos um passo largo se passássemos a admitir a participação do relator na confecção da pauta, talvez até mesmo prevendo-se, imediatamente regra regimental, que cada qual dos integrantes indique pelo menos um processo por semana, a ser inserido na pauta. O relator conta com o domínio dos parâmetros do processo, inclusive quanto às repercussões de decisão neste ou naquele sentido. Ninguém melhor do que ele para ser ouvido na confecção da pauta. Entre o individual e o coletivo, e hoje tem-se potencialização do primeiro pela confecção das pautas pelo Presidente, devemos optar pelo coletivo - uma cabeça pensa bem, mas várias cabeças pensam melhor ainda. Não posso dizer: o julgamento será feito pelo colegiado, mas a oportunidade desse julgamento, é ação individual, não do relator, mas daquele que coordena - o Presidente é um simples coordenador dos trabalhos - a sessão judicante. É algo para se repensar e se chegar a um denominador comum. A pandemia teve esse lado bom que foi a possibilidade de o próprio relator dar o pontapé inicial em termos de julgamento do processo, inserindo-o na pauta da sessão virtual. Mas surgiu o denominado destaque. Surgiu também a possibilidade de pedido de vista, que acaba se tornando, às vezes, em perdido de vista, e não se procede, de forma célere à entrega da prestação jurisdicional. Já diziam os antigos que a virtude está no meio termo. Precisamos busca-lo, conciliando, como disse, avalanche de processos com a possibilidade de julgamento em tempo razoável.

**Pergunta:** A possibilidade que o relator tem de liberar o processo para julgamento quando entender conveniente e a possibilidade de pedidos de vista sem que haja um controle rígido do prazo de devolução relativizam o poder do Presidente?

**Resposta:** O relator se declara habilitado a votar. O processo fica liberado para inserção em pauta. Quando se tem o revisor, quem o faz é o revisor, mas são situações raríssimas, como por exemplo a ação rescisória. É um poder muito grande dado ao Presidente, não há a menor dúvida, e que não se coaduna com o que se visa, ou seja, a atuação do colegiado. Indaga-se: o Presidente pode limitar a atuação do colegiado? A resposta é desenganadamente negativa: Não pode. Ele preside os trabalhos. Ou seja, ele é algodão entre cristais, os integrantes do colegiado, e deve coordenar a sessão. Chegar à sessão não pode depender, quanto este ou aquele caso, unicamente do Presidente. Isso não se coaduna com a organicidade do Direito.

**Pergunta:** Nos casos dos pedidos de vista, o senhor se recorda de casos em que pedido de vistas foram feitos e os casos demoraram muitos anos para serem reincluídos em pauta?

**Resposta:** Na vida judicante sempre virei a página. Não fico remoendo situações concretas. O Regimento Interno prevê que, havendo pedido de vista, o vistor deve devolver o processo até a segunda sessão ordinária que se segue àquela do pedido. A previsão não vem acompanhada de sanção. E para que se tornasse concreta, de eficácia maior, teria que haver sanção, talvez a submissão do processo, pelo Presidente, na sessão subsequente. Tive situações concretas em que houve sustentação da tribuna pelo advogado da causa e ante pedido de vista, a sustentação caiu no vazio. É impossível o integrante do colegiado lembrar-se um mês, dois meses, três meses, quatro meses depois de todos os detalhes versados da tribuna pelo advogado. Foi o que disse, com a carga de processos, com a avalanche de processos, o julgador vai virando a página. Sempre fui um juiz à antiga, tanto que dizia que minha residência era sucursal do Supremo. Somente ia ao gabinete para as audiências com os advogados. Sempre trabalhei, visando alcançar o melhor. Devemos esquematizar, a inserção de processos em pauta, afastando a definição pelo Presidente do Tribunal, que passa a ser o todo poderoso quanto à definição dos temas que devem ou não ser apreciados pelo colegiado

**Pergunta:** Houve em alguns períodos do regimento interno do STF a previsão de que o critério cronológico fosse mandatório para efeito de inclusão em pauta. Ele é um critério pertinente?

**Resposta:** Não pode vingar a subjetividade. Há de prevalecer dado objetivo: a data da liberação do processo. Há outros aspectos que precisam ser considerados. Situações concretas que reclamam manifestação imediata. E ninguém melhor para defini-las do que o relator. O que digo a você? A pauta acaba sendo confeccionada pela Secretaria do Pleno. O melhor seria, como ocorre hoje nas sessões virtuais, a definição exata da data para pregão do processo. Tudo passa pelo enxugamento da competência do Supremo. Veio a Emenda Constitucional 45, criando a repercussão geral. É um filtro. Decide-se, no incidente, se há ou não repercussão e o processo é liberado. Mas não adianta ser liberado, se não há a possibilidade de imaginar-se a data em que será apreciado. O advogado deve peticionar e pedindo preferência. Nem sempre é possível acolher o pedido. Sustento que o Supremo deve ser transformado em Corte estritamente constitucional. Passaria a haver apenas o controle de constitucionalidade pelo Supremo, acabando o difuso, que pode ser implementado por qualquer órgão investido de jurisdição. Quando surgisse conflito entre uma lei e a Constituição Federal haveria o deslocamento. Hoje o Supremo Federal é clínica geral, em termos de matérias que chegam para serem equacionados.

**Pergunta:** O seu leque de competências do STF leva a ele a solução dos grandes casos do país, tanto do ponto de vista social, econômico, jurídico e político principalmente. Isso gera uma certa atenção ao que Supremo julgará. E, mais uma vez, essa competência está concentrada no presidente. O senhor enxerga que o exercício dessa competência atrai pressão de corporações, da imprensa, da sociedade civil, para que em contato com a presidência do Supremo, de alguma forma, não é pressionado, mas é de alguma forma o dirija a escolher esses casos que são de fato relevante para cada uma dessas desses segmentos da sociedade?

**Resposta:** Claro que se acompanha o que veiculado pela imprensa, o sentimento popular. Devemos estar sensíveis ao que é veiculado. A repercussão é positiva. Normalmente há pedido de preferência, ou considerada a idade de parte acima de 60 anos. Devemos estar abertos a enfrentá-los. Mas na dinâmica do dia a dia, o Presidente acaba tendo pouquíssimo tempo para fazer essa triagem. Ele tem tempo para verificar quais são os temas versados em cada processo? Acredito que não tenha. Então tudo passa, vou reafirmar, pelo enxugamento da competência do Supremo. Não é razoável que se continue julgando o que se julga na Suprema Corte brasileira. Enquanto a Americana, por exemplo, com colegiado de nove integrantes, julga, quando muito, cem processos por ano, julgamos isso por semana. Tem alguma coisa errada. O sistema acaba não fechando.

**Pergunta:** O senhor foi relator das ADCs 43 44 54, que no ano de 2017 e 2018 geraram uma repercussão grande em razão da não designação de data para julgamento. A Ministra Carmén Lúcia era Presidente, e havia por parte de Vossa Excelência um interesse imediato de inclusão em pauta, em razão da relevância do tema e do próprio valor envolvido, direito à liberdade. Por outro lado, havia uma compreensão da presidência no sentido de que, como o Supremo já havia definido abstratamente esse tema num passado recente, não se enxergaria a necessidade de pautar-se novamente o tema, embora se tivesse conhecimento de que a composição da Corte havia sido alterada e o resultado talvez pudesse ser diferente, Como o senhor gerenciou essa questão da não inclusão em pauta desses casos? Houve alguma espécie de tentativa de negociação interna para que o caso fosse julgado?

**Resposta:** A atuação que se espera é do profissional da advocacia que patrocina a causa. O relator fica aguardando, após liberar o processo para inserção em pauta. Não tem interesse em cobrar essa inserção. Deve manifestar-se, se for o caso, e ressaltar junto ao Presidente, a importância da matéria. Caso concreto: execução da pena após o pronunciamento de segunda instância. Desde que cheguei ao Tribunal, tive presente o princípio constitucional da não

culpabilidade. Sempre votei no sentido de que não é possível a execução provisória da pena. Por que? Porque, no cível, há a possibilidade de, reformar a decisão voltar-se a situação anterior. A liberdade do homem ninguém a devolve, uma vez perdida. O princípio da não culpabilidade está em bom vernáculo, em bom português, no principal rol das garantias constitucionais. É potencializado ao apontar-se que só se tem a culpabilidade depois que não couber recurso contra decisão condenatória. Prevaleceu a tese de que a Constituição não é um documento lírico, um documento romântico. Precisa ser amada por todos e guardada pelo Supremo. Sob a minha relatoria, o processo foi incluído em pauta e decidiu-se. O que temos é competência muito alargada do Supremo que acaba prejudicando, como se fosse uma quarta instância, a entrega da prestação jurisdicional. Acredito muito no taco do colega que está na pedreira da magistratura, na primeira instância. E observo, acima de tudo, sempre observei, os ditames da Constituição Federal. Quando o Supremo varia nas decisões que profere, gera perplexidade muito grande, não só na academia, na área jurídica, com também junto a sociedade como um grande todo.

**Pergunta:** Dentro dessa discussão da prisão em segunda instância, nesse período específico de 2018, havia um processo criminal que envolveu o ex-presidente Lula que era, de alguma forma, não que seja mais relevante do que a liberdade outras pessoas, mas que atrair a atenção de forma mais evidente do que em outros casos, e esse processo que foi o HC 152752, ele terminou sendo pautado pela ministra Cármen Lúcia durante a sua gestão, preferencialmente às ADCs, que teriam como consequência a atribuição deste direito à liberdade a todos, e não a um caso. Não é usual que o HC, o habeas corpus, fosse deliberado pelo plenário. O senhor tem alguma compreensão sobre porque que esse caso foi privilegiado em detrimento das ADCs? Houve alguma razão aparente que justificasse a inclusão desse caso para deliberação sobre uma situação específica e não uma decisão que pudesse alcançar a todos?

**Resposta:** Teria que colocar a presidente no divã, para perceber porque se decidiu colocar os casos em pauta. Vivemos, no Brasil, tempos estranhos. Os três ou quatro processos crime envolvendo o ex-presidente Lula chegaram ao final, depois de passarem pelo Regional Federal e também pelo STJ. No Supremo, não se abriu o embrulho, porque não versava tema constitucional. Posteriormente, em Habeas Corpus, em penada única, decidindo o relator individualmente, deu-se o dito pelo não dito, e o Colegiado acabou, assentando a incompetência relativa, que precluiu, da Décima Terceira Vara Criminal do Paraná. Com isso ressuscitou-se, politicamente o ex-presidente Lula. Com que efeito? Ter-se em 2022 a polarização. O atual Presidente da República, se candidato à reeleição, competindo com o PT e mais especificamente com o ex-presidente Lula. Não posso imaginar que tenha sido esse o alvo. A consequência foi

essa, o que gera perplexidade muito grande, insegurança jurídica muito grande. Aprendemos, desde cedo, que incompetência absoluta não preclui, mas a relativa, em razão do território, preclui, e no caso concreto se concluiu que a competência seria da Justiça Federal no Distrito Federal, voltando-se à estaca zero. Avançou-se culturalmente? A meu ver, não. Mas foi a decisão da maioria e precisa ser respeitada.

**Pergunta:** O cenário de 2018 era um cenário que já indicava um acirramento, uma polarização, como o senhor mencionou. E considerando a nova maioria que se anunciava já em 2018 com a indicação de alteração de voto pelo Ministro Gilmar, uma submissão do caso que vossa excelência era o relator, as ADCs, poderia gerar, ainda no processo eleitoral de 2018, uma reviravolta. Essa decisão por não incluir essas ADCs naquele momento que poderia eventualmente gerar essa alteração de entendimento, pode ter influenciado nas eleições, seja no que se refere à campanha eleitoral, seja no que se refere aos resultados da eleição. A decisão do Supremo, e a decisão da Ministra Presidente de não pautar esse caso teve essa repercussão?

**Resposta:** É difícil definir-se. Qualquer ato, comissivo ou omissivo do Supremo, repercute na vida nacional. E o que acabou ocorrendo foi isso. Talvez não se tenha julgado a matéria a tempo. Paciência, é a ordem jurídica, o arcabouço normativo existente. É muito difícil definir o que teria havido, se ocorrido esse julgamento. O que penso, estou convencido, é que para tornar prevacente a Constituição Federal, urge a manifestação do Supremo. A rigor, a rigor, o ex-presidente poderia até ter sido candidato. O candidato do partido foi o ex-prefeito de São Paulo, Haddad. O resultado seria o mesmo? Não sei. Mas o atual Presidente foi eleito com milhões de votos, foi diplomado, e está em curso o mandato que vem sendo exercido. Que se observe esse mandato, e que se dê, em 2022 a palavra aos eleitores.



## APÊNDICE 2 – Entrevista com o jornalista Felipe Recondo

**Diretriz inicial:** Dentre as relevantes competências atribuídas ao presidente do Supremo Tribunal Federal está aquela que atribui a ele a responsabilidade pela elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte. Como você enxerga o exercício dessa competência do ponto de vista da dinâmica interna do Tribunal, entre os ministros, e a dinâmica externa com a imprensa, opinião pública, e os demais poderes da República?

**Resposta:** Primeiro, eu acho que a gente tem que distinguir. Você não faz um recorte, na sua pergunta, temporal para mim. Você faz um recorte mais amplo. Então quando eu comecei a cobrir o Supremo, como setorista em 2007, mas já ia para algumas coberturas, nós já percebíamos que a escolha da pauta lá no começo, e você sabe que eu pesquisei o tribunal para antes, mas a pauta do Supremo era muito mais democrática. Revendo, por exemplo, algumas sessões antigas, nós percebemos como aquilo era quase um acerto na hora. Os ministros levavam seus processos, chegavam na sessão e pediam ao presidente: "Presidente, tem como pautar esse processo aqui?" Aí o Tomimatsu pegava na listinha dele os processos que já estavam liberados para julgamento no plenário. E ele falava: "Presidente, é esse aqui que o ministro Moreira Alves está pedindo," "Está bom, já chamo, ou chamo depois daquele." Era uma construção um pouco mais ampla, com a participação de todos eles e, aparentemente, você podia ter na pauta um julgamento que alguém quisesse usar para pautar a imprensa. Então esse primeiro julgamento televisionado pela TV Justiça foi uma escolha do Ministro Marco Aurélio. O primeiro julgamento televisionado, eu até escrevi uma coluna sobre isso depois, foi sobre uma extradição. Não tinha nada previsto, não tinha nada demais nela. O segundo foi o recebimento de uma denúncia contra um parlamentar, também nada demais. O que tinha impacto e o que ficou para a história, se você procurar na página do Supremo você vai ver, é o primeiro caso julgado pelo Supremo na TV Justiça foi a intervenção federal "X" no Estado de São Paulo. O ministro Marco Aurélio, que era o presidente, quis transmitir a primeira sessão ao vivo do tribunal e levou um julgamento que era histórico. Intervenção Federal no Estado de São Paulo pelo não pagamento de precatórios. E ele usou isso. Então nós já percebemos uma utilização da TV Justiça, da mídia e da pauta do Supremo para pautar a imprensa como um todo. Vou até dizer o seguinte, não funcionou bem. É claro que os jornais cobriram o julgamento e tal, mas teve um pedido de vista meio anticlimático. O voto dele, para variar, ficou vencido, e a imprensa nem citou o fato de ter sido transmitido vivo pela primeira vez. Fizeram a matéria porque tem que fazer, intervenção em São Paulo, era o governador Geraldo Alckmin na época,

mas nem funcionou direito, mas ficou marcado na história. E já ali você vê uma tentativa de pautar a imprensa. Só que naquela época, naquela sessão, você percebe também como era a pauta. Acontece isso: o ministro Moreira Alves fala: "Presidente, tem como pautar esse processo aqui?" Aí o Tomimatsu vai lá, pega o processo e depois eles julgam. Não tinha uma organização do começo ao fim, uma coisa temática, uma coisa combinada com o momento político, com a conjuntura política do país ou econômica. Parecia mais que tinha que liberar, uma coisa mais burocrática. Quando o ministro Jobim entra, e essa história quem conta é o professor Joaquim Falcão, eles conversando falaram "a pauta é feita por uma secretaria do Supremo". Nada contra ela, mas olha o poder que ela tem de pautar o país ou de definir o trabalho do Supremo com base em um gabinete, um gabinete qualquer. Então a ideia inicial do professor Joaquim com o Ministro Jobim era ter uma pauta, primeiro para facilitar a vida dos ministros, que era para dar uma organização. Nessa semana nós vamos julgar vários processos de tema tributário, para que eles tivessem um foco melhor e usar isso também para falar: "Vamos organizar a pauta para o Supremo mandar algumas mensagens." Até acho que essa mensagem mais assim que o Supremo queria passar, de pautar, não estava muito na cabeça do Jobim, acho que ele pensa ainda mais do ponto de vista interno. Até porque, lembrando, o Jobim era um cara de governo, um ministro pró-governabilidade, então ele não ia usar a pauta do Supremo para dar uma resposta para o governo, para isso, para aquilo. Ele até poderia usar como uma defesa: "Não, essa semana nós vamos julgar só processos criminais," aí cuida só do criminal. Mas isso facilitava de fato a vida dos ministros e ele mesmo afirmava que quando chegou, quando era a bucha de canhão, tinha uma certa dificuldade porque poderia aparecer qualquer julgamento, qualquer processo sobre qualquer coisa. É difícil, você não está preparado para isso. Aí também vai uma percepção. No passado os ministros eram o "se vira nos 30". Pega o processo, ouve o relator, ouve os argumentos, vota na hora de improviso, confia no relator, tem esse ponto também, confia no relator, e vida que segue. Ninguém chegava com voto escrito, gigantesco, a não ser um caso ou outro. Isso também foi mudando, até acho que essa mudança de pauta serviu para organizar a cabeça dos ministros, mas também ajudou a transformar o Supremo no que ele é hoje que é aquela grande leitura de votos escritos e tal. A partir daí teve ministros que lidaram melhor ou usaram melhor ou não a pauta de julgamentos. Teve ministro que usou a pauta claramente em certos momentos para mandar recado para o governo, teve um ministro que concentrava mais a pauta. Nós ouvíamos críticas de ministros, inclusive dizendo: "Esse presidente não quer pautar processo meu". Então nós víamos bastante disso, mas variava muito de pessoa para pessoa. Foi a ministra Cármen que deu um pouco mais de previsibilidade ao botar o mês. Depois o ministro Toffoli também seis meses, que também

serve, repito, duplamente. Serve para dizer: "Já liberei a pauta de um mês, não vou furar a fila por conta de um processo". Serve para isso também. E a ministra Carmen usou claramente para isso. O ministro Toffoli quis dar mais previsibilidade e isso ele expôs para nós. A Daiane expôs isso muito claramente para nós e o ministro Toffoli dizendo: "Estamos liberando os processos com seis meses de antecedência para vocês imprensa discutirem os processos antes de decidirmos". Inclusive ela falou: "Só vocês no JOTA têm feito isso." E, de fato, nós pegávamos um processo e era uma boa desculpa para fazermos um *webinar*, chamando os advogados e falando: "Vamos falar desse processo, vamos gerar discussão". O ministro Gilmar fez isso também conosco, quando ele liberou o processo de descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Eu lembro dele me mandando uma mensagem dizendo: "Vou liberar o processo" aí ele só escreveu o seguinte: "Discutam". Ou seja, o Supremo também gostaria que essa pauta gerasse um debate na sociedade para que o Supremo pudesse decidir de uma forma, como é que eu diria? Mais digerida, ou socialmente mais palatável, quando a sociedade já discute o assunto, está preparada para qualquer decisão. Então eu acho interessante esse uso da pauta. O ministro Fux também tem mantido essa pauta de seis em seis meses, mas muito mais flexível, até pelas mudanças que houve no tribunal, com julgamento virtual e por aí vai. Mas eu acho que o ministro Fux chegou num ponto mais ótimo nessa história, de ir adaptando algumas coisas e não barrando, embarreirando a pauta de julgamento, até porque ele tem um poder menor. Nós escrevemos sobre isso, acho que logo no começo nós fizemos uma discussão no "Sem Precedentes" sobre isso. O plenário virtual tirava um poder do presidente do Supremo. E o presidente do Supremo vai ter que lidar com essa realidade, e eu acho que o Fux está lidando super bem. Tipo, julgamento sobre autonomia do Banco Central. O Fux não previu para esse semestre. Não estava previsto, e ele disse, "Não quero botar, não quero estressar mais mercado, governo". Ninguém sabia mais ou menos o que ia dar. Aí o Lewandowski insistiu e botou em lista no plenário. Aí o Fux não tem o que fazer. Então talvez nós voltaremos a um período em que a pauta fica mais democrática, porque o presidente não vai poder fazer aquilo que os ministros estavam criticando: "Está segurando meu processo, não chama". Mas ao mesmo tempo perca um pouco, ou melhor dizendo, vai perdendo um pouco esse *agenda-setting*, esse agendamento, porque se depende de cada ministro, se o ministro pode colocar no virtual, pode colocar em lista livremente, esse poder que o presidente tinha a partir do Jobim vai se diluindo. Então hoje o ministro Lewandowski é muito mais agressivo, ou mais contundente. Eu não sei qual é a melhor palavra, mas muito mais agressivo na utilização do agendamento para, por exemplo, fazer uma contenção ao governo Bolsonaro, ao contrário de outros. Então ele, por exemplo, colocou agora o processo, aquele agravo regimental no mandado de injunção do Kim

Kataguiri, para apuração ou para deliberação sobre *impeachment* do presidente da República. Aí vai lá o ministro Lewandowski, tira do plenário virtual joga no plenário físico para dar uma forçada. Então isso nós temos visto mais, uma democratização desse processo, o que pode gerar lá na frente, mas aí nem sem se tem a ver com a sua pesquisa, mas o que pode gerar lá na frente um acordo de cavalheiros, não mexe como meu que eu não mexo com o seu, porque senão vai virar... A pauta fica sem dono, do Supremo, então você leva no virtual o seu colega destaca, depois você destaca o dele, e aí fica tudo da dependência do plenário físico. E aí a dúvida é, empodera de novo o presidente? Se é plenário físico ele é o dono, ou você pode botar em lista furando a barreira dele, então assim, eu acho que é interessante o momento que nós estamos assistindo o fenômeno, nós estamos assistindo uma redefinição do poder de pauta pelo presidente do Supremo. Mas assim, no passado acho que quem melhor utilizou isso, ou fez de um jeito um pouco mais organizado talvez tenha sido o ministro Gilmar. O ministro Gilmar acho que usou isso de forma bem discreta. Mas eu acho que ele usou isso de um jeito, esse poder todo que tinha, de uma forma um pouco mais tranquila, e olha que ele tinha também as suas visões de governo.

**Pergunta:** Você compreende que hoje há uma excessiva concentração e discricionariedade na figura do presidente, a despeito da equiparação entre o plenário virtual e o presencial?

**Resposta:** Eu acho, mas aí depende do perfil do presidente, o ministro Fux é de um perfil mais parlamentarista. Ele ainda é daquela visão de o presidente ser um ator entre iguais, ele não embarreira, ele pode até ponderar, vamos julgar isso agora, aquele jeitão carioca dele, mas você não vai vê-lo embarreirando as coisas. Eu acho que no passado existia sim esse poder quase discricionário, havia pouco constrangimento inclusive para o presidente, e acho que o tribunal passou por um momento também de divisão interna que impedia esse diálogo melhor entre os ministros. Então como eu disse, eu ouvi de vários ministros dizendo: "Presidente não quer colocar esse processo para julgar." E os ministros ficavam agastados com isso, com esse excessivo poder de concentração. Isso para mim aponta, o maior exemplo disso é o caso de execução provisória, que chega quase a rebelião interna e uma tentativa de tirar, uma cogitação de se tirar esse poder do presidente. Havia um limite. Essa interação entre os ministros é fantástica e infelizmente pouco transparente, que os presidentes mandavam ofício para o gabinete, estou liberando esse processo, pedindo pauta, e havia esse diálogo entre os chefes de gabinete com o secretário geral. Aí a função do secretário geral é mega importante também, daí você tem bons secretários gerais e secretários gerais que pouco conhecem o gabinete, pouco tem de interlocução. Mas essa interação acontecia, e o presidente ia acomodando as pautas.

Aquela provocação que eu te fiz, eu não sei se no tempo nós vamos ver um percentual igualzinho para cada ministro de espaço na pauta, provavelmente, eu não lembro qual é a época, mas eu lembro que teve um ministro que falou: "Esse presidente não quer botar nada meu," e de fato, quando você olhar a pauta tinha pouca coisa. Era um momento de tribunal dividido, em que não tinha muito desse diálogo. Hoje nós vemos isso acontecer com mais tranquilidade dentro do tribunal. Mas é um momento diferente. Mas nessa época que havia um grande poder de concentração e pouco diálogo interno, os ministros ficavam na dependência do presidente, e sem esses outros escapes, como o plenário virtual e por aí vai. O que acontecia às vezes? O ministro dava uma liminar monocrática, ou ele ficava sendo cobrado pela imprensa e não tinha muito o que fazer. Eu lembro até que um ministro falou: "Hoje nós nem pedimos mais vistas dos processos porque depois ele não volta para a pauta e as partes vão reclamar comigo". "Eu já liberei, estou pedindo, o presidente que não colocava". Talvez a situação do passado seja muito parecida com o que nós temos na turma hoje, vira e mexe assinante nosso pergunta: "Quando que vai ser pautado o processo x?" Aí fala: "Agora com o ministro Y só quando ele quiser". Calma lá, a pauta na turma não é do presidente, a pauta é do ministro, o ministro chega e fala: "Eu quero colocar esse processo" ele entra, ele entra imediatamente, pode não dar tempo de julgar, mas ele entra. Nas turmas não tem, ainda não chegou, o presidencialismo ainda não chegou nas turmas. Não tem TV Justiça e tem mais, agora o presidente é rotativo, então todo mundo vai ser presidente em algum momento. Não é aquele grande poder que você tem e você exerce, você vai ser presidente mais de uma vez, sem problema nenhum, então pode ter um monte de explicação. Mas pelo o que me parece, ouvindo os ministros do passado, a pauta no passado era mais parecida com a pauta das turmas. Você chegava, e se você tivesse algum processo você pedia, o julgamento era mais rápido, e você ia desovando os negócios. O Tomimatsu que funcionava como o secretário do plenário, para ir ajeitando as coisas, ou até falava com o presidente antes: "Presidente, tem um processo aqui que vai ser rápido". E eles gostavam de fazer número, que como só tinha plenário físico, turmas poucas monocráticas, o plenário tinha que servir para desovar, então muito do que o secretário fazia, e eu lembro de conversar com o secretário dizendo isso é, esse julgamento vai ser rápido, então pode botar. E aí ia fazendo estatística e limpando a pauta. Aí quem não fez isso bem, nós podemos citar aqui, na época do ministro Lewandowski. Vários pedidos de vista, vários problemas, uma produção menor. Justamente porque o secretário não fazia a conta, não vai dar para colocar esse aqui porque vai ter um pedido de vista acola. Por alguns momentos nós ficamos cobrindo o Supremo sem julgamento, sem resultado de julgamento, simplesmente com discussão e sem resultado.

**Pergunta:** A utilização da pauta pode servir ou ter servido a interesses estratégicos dos presidentes, seja para beneficiar ou prejudicar o governo de alguma forma, ou ainda, para avançar pautas de interesse do próprio presidente? Trata-se de um instrumento que pode ser utilizado estrategicamente?

**Resposta:** Claro. Eu lembro, por exemplo, da grande força que o ministro Ayres Brito fez para liberar o julgamento do mensalão. Inclusive um debate interno dele com o ministro Lewandowski, dizendo: "Você vai usar a sua presidência inteira para julgar só esse processo?" E o ministro Ayres Brito no final das contas pontuou a sua presidência com o julgamento desse processo. Ele insistiu, insistiu pesadamente para julgá-lo. E aí tem outro sem dúvida, outros tantos temas que foram utilizados. Até mesmo o ministro Lewandowski em determinado momento pautou alguma coisa que era problemática para o governo em uma discussão sobre o aumento salarial da magistratura, ou em uma disputa por orçamento, coisa do gênero. Então de fato utilizou-se para isso. O que nós vemos agora mais é o oposto no governo Bolsonaro. É evitar grandes rugas, grandes problemas com o governo. Aí você tem a pauta e depois um pedido de vista ou destaque, por aí vai, mas não tenho a menor dúvida de que foi usado estrategicamente, seja na relação com o governo, seja na relação com o congresso, seja na ocupação de espaço na opinião pública. Agora mesmo nesse caso, nessa disputa política ou nessa crise política com o governo Bolsonaro, conversando com o pessoal do Supremo eles falavam: "O Supremo tem que mudar um pouco na opinião pública a sua participação." Por conta da crise política o Supremo só aparece discutindo assuntos que causem problema no governo ou resolvam problemas para o governo, quanto tem um monte de outros assuntos. Aí eles começaram a falar: "Nós podemos usar a pauta para mudar a percepção ou a participação do Supremo no debate público." Então poderia sacar alguns processos, tipo processo de reforma trabalhista que não tem nada a ver necessariamente com este governo. Reforma do passado, inclusive, ou alguns processos sobre costumes, alguma coisa de repercussão geral, distribuição de medicamento. O Supremo pode facilmente se inserir no debate público a partir da sua pauta, e ele tem que escolher e saber escolher isso, quando escolhe pautar. Por exemplo, quando o ministro Toffoli escolheu pautar aquele caso de patente recente, foi para fazer essa atuação pesada no debate público e resolver um problema objetivo. Mas aí o Supremo aparece resolvendo uma grande questão. Então serve além da relação com os poderes, servem também como uma estratégia de comunicação institucional.

**Pergunta:** A imprensa busca traçar perfis dos ministros que assumem a presidência da Corte a partir do que se espera que esse ministro pautar nos próximos dois anos?

**Resposta:** Exatamente. Nós já tentamos inclusive aqui no JOTA em algum momento traçar ou fazer um perfil da presidência de um ministro tal perguntando quais processos ele considerava mais importantes que fossem pautados no curto prazo, isso vira e mexe acontece. Vira e mexe se pergunta para um presidente nas suas primeiras entrevistas o que ele considera importante pautar. E na verdade é uma pergunta, tudo bem, faz sentido se você pensar que todo o presidente vai exercer esse poder de pauta da mesma forma, porque um presidente pode dizer: "Olha, dos meus processos, eu quero pautar tais que estão prontos, mas outros podem querer exercer esse grande poder de pauta e tal." Mas a imprensa faz essa pergunta como se todo mundo tratasse esse poder da mesma maneira. E eu nem sei se é correto. Quer dizer, eu tenho certeza de que não é correto, mas eu não sei se essa pergunta faz muito sentido, se você pega na lista de processos em pautas tem sei lá quantos agora, 600, 800. Isso significa que o presidente já de antemão vai dizer quais são os processos importantes? Não sei. E mais, aí eu atribuo também a um déficit nosso da imprensa. Quando um ministro chega, você já conheceu o cara, você já sabe o que ele pensa, como ele atua, qual a relação que ele tem, você já pode inferir muita coisa. E tem outras que aí nós não consideramos, como essa de interação entre os ministros em processos que são urgentes para serem pautados por qualquer presidência. Posso citar esse da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, que tem muita gente sendo presa ainda hoje pelo mesmo assunto, e o Supremo já deu um indicativo que não vai ser assim. Mas quem é que se interessa? Se não tem pressão do relator, não tem pressão do ministro revisor, não tem pressão de ninguém, o presidente pode tirar isso: "Eu acho importante, eu vou pautar". Não, ele também precisa da deliberação, e eu acho ainda que o processo pode estar liberado, mas se o ministro não faz o pedido, se o chefe de gabinete, ou se o ministro diretamente com o presidente fala: "Queria julgar esse processo porque eu acho importante." O ministro presidente não necessariamente vai ver a pauta: "Esse é importante porque é do Fachin." Não vai fazer isso, então ainda tem essa interação entre eles, interação que nós não vemos, interação que seria interessante se nós tivéssemos acesso as correspondências, eu sei que tem ministro que manda ofício pelo gabinete pedindo, mas isso não está claro para nós, isso não aparece para nós. Eu sei que alguns gabinetes fazem, tipo do ministro Fachin faz, o do ministro Toffoli faz esses pedidos, que daí de repente dá para mapear um pouco algumas coisas. Mas outras, Gilmar, imagine se o Gilmar, o Gilmar manda pelo zap.

**Pergunta:** As ADCs 43, 44 e 54, que foram relatadas pelo ministro Marco Aurélio, geraram uma grande repercussão. Como se deram as conversas internas, enfim, qual é a sua experiência

como repórter ou como pesquisador da imprensa especializada no Supremo em relação a esse assunto?

**Resposta:** Acho que nós temos que lembrar também, a recalcitrância do próprio tema. Primeiro foi em 2008 a primeira decisão virando a jurisprudência, HC. Aí veio depois uma outra decisão, e o tribunal de lá para cá, de cá para lá, com base também em interesses políticos. Nós vimos um ministro mudando de voto em curtíssimo espaço de tempo, o ministro Toffoli mudou um posicionamento, o ministro Gilmar votou de um jeito e depois anunciou já que votaria de outro jeito, e tudo isso óbvio que cai sobre a cabeça da ministra Carmen Lúcia. Mas com ela também achando bastante estranho o jogo político que estava sendo jogado. Claro que ela não é uma observadora, óbvio que não. Ela é a atriz principal nesse negócio. Mas o que nós víamos, o que me parece é, até determinado ponto das investigações da Lava-Jato, havia um interesse da maioria de que a investigação continuasse sem nenhum revés, também diante das forças políticas que estavam no governo. Execução provisória era algo importante? Era algo importante, servia de ameaça, a pessoa que não fizesse uma delação ou quem fosse condenado, se condenado em duas instâncias, e seria, porque nós víamos o nível de concordância do TRF da quarta região com as decisões do Moro, ela seria presa e até que, e não havia nenhuma perspectiva, ou nenhum indicativo ainda do STJ e do Supremo de reversão de algumas dessas decisões. No passado com segurança nós diríamos: "Não, espera," "O quê?" "STJ e Supremo vão decantar um pouco essas decisões da Lava-Jato, vão começar a corrigir alguns erros." Isso nunca aparecia, ou estava aparecendo muito longe no mapa, tanto que alguns HCs, eu lembro até hoje do doutor Nabor Bulhões indo defender o HC do Marcelo Odebrecht na turma, chegou com toda a confiança, com base em toda a jurisprudência no Supremo, e saiu atônito com a decisão da turma falando: "Agora nós não temos para onde correr." Aquele Supremo do passado parecia que não existir mais. Então durante certo tempo foi interessante manter essa jurisprudência. E aí em determinado momento, político também, a coisa vai virando. E aí vai virando e a ministra Carmen Lúcia assistindo tudo aquilo muito pressionada pela opinião pública, e isso pouco aparece também, mas ouvindo assessores e ex-assessores e tal. Muitas conversas também com outros setores do Estado, como militares, por exemplo, muitos receosos de que uma decisão em favor, ou mudando a jurisprudência sobre execução provisória poderia deixar o ex-presidente participar da campanha política, não como candidato porque estava com ficha suja, mas que aquilo poderia gerar algum tumulto, alguma bagunça, alguma coisa do gênero. Isso nunca vai ser escrito, isso nunca vai ser colocado no papel, mas isso nós ouvíamos de dentro do gabinete, nós ouvíamos das forças políticas etc. Porque uma coisa é Lula preso,



outra coisa é Lula no palanque. As pessoas chamam de encantador de serpente. Então era interessante para algumas forças políticas tirar essa capacidade dele do jogo. E a ministra Carmen Lúcia diante dessa mudança jurisprudencial também passou a dizer o seguinte: "Espera aí, estão querendo usar o tribunal para objetivos políticos." Então ficou uma parte do tribunal querendo mudar uma jurisprudência muito recente, e de uma forma um pouco biruta, biruta no sentido físico mesmo, muda o vento e muda a decisão. Ela argumentando que seria difícil explicar para a sociedade como é que o Supremo muda de ideia tão rápido. Ela também preocupada com a participação do Lula, tudo o que ela ouvia dessas outras forças de Lula participar das eleições, ela preocupada com a opinião pública também, e a opinião publicada. E por fim tinha um outro ponto que eu queria mencionar para você que era, mas aí teria mais a ver com a classe processual no final das contas, mas enfim, também eu acho que entrou aí uma certa indisposição com a tentativa das defesas ou dos advogados de pegarem o precedente e "bypassarem" o precedente com outra classe processual. Que você tinha o HC, foi decidido em HC, aí com base da decisão do HC você entra com uma ADC para tentar virar o julgamento do habeas-corpus. E foi uma estratégia bem pensada, mas que na cabeça dela não funcionava nada bem e ela não queria ser a presidente que ia pautar e ter que explicar para a opinião pública como um tribunal muda tão rápido de ideia, e, um tema tão sensível para a Lava-Jato, tão sensível politicamente. Aí eu me recordo que ministro Marco Aurélio insistia nesse julgamento, a ministra Carmen resistia internamente com base em todos esses argumentos de que o Supremo já tinha decidido, não ia usar a presidência dela para ficar jogando em cima desse tema, não gostou da estratégia dos advogados e da pressão deles, que eles faziam pressão via imprensa, ela tinha preocupação com a opinião pública e tinha apoio de outros setores institucionais como o dos militares. Aí o ministro Celso entrou em jogo para tentar apaziguar o negócio, o ministro Celso que era desde sempre favorável a execução da pena só depois do trânsito em julgado. E aí começam aquelas reuniões que nós tentamos descrever no livro, que era um certo descontentamento em relação a ministra Carmen, uma certa desconfiança, cá para nós, de alguns ministros com argumentos dela, ou com a transparência no processo decisório dela. Juízes não confiavam muito, achavam, por exemplo, que ela pautava determinado processo e colocava por último, mas depois dizia: "você não pode reclamar comigo, porque eu pautei o seu processo". "Pautou, mas você não ia chamar." Então tinha uma desconfiança grande internamente em relação a isso. Aí o ministro Celso tenta entrar para debelar esse problema e também fazer com que se pautasse o processo que ele achava importante. E aí chega naquele nível dos ministros cogitarem uma questão de ordem para falarem: "vamos colocar em julgamento aqui em votação, nós vamos pautar isso independentemente do presidente ou não."

E aí o ministro Celso serve como decano que é, e com a proximidade que tinha com a ministra Carmen, a ministra Carmen vira e mexe vai ao gabinete dele, pela garagem inclusive às vezes para despistar a imprensa. Mas ele tenta entrar para contornar esse problema. Ele sabia que a decisão institucional era grave, de bypassar o presidente no seu poder de pauta, mas a ministra Carmen Lúcia quebra o diálogo. E aí é quando o ministro Celso também se sente traído, traído talvez seja uma palavra meio pesada, mas enganado, qualquer coisa do gênero, pela ministra Carmen. Ela diz que vai levar a julgamento, que vai colocar, mas no final das contas ela coloca só o *Habeas Corpus*. E aí vai ficar sempre aquela dúvida em relação a ministra Rosa Weber, se teria sido diferente, se não teria sido diferente e tal. Mas todos os detalhes que estão contados no livro, e todos os detalhes que foram contados ali foram contados por eles, eles ministros que participaram das discussões. Ministro Celso falou inclusive, "Naquele dia eu nunca falei tanto ao telefone". Ele teve que conversar com todo mundo, dialogar se seria possível aquela saída ou não, a ministra Carmen havia topado, e aí quando é para fazer essa reunião prévia para eles decidirem o caminho ela some. Ministra Cármen some, aí eles vão para o plenário ainda naquela dúvida se iam colocar em xeque a autoridade do presidente ou não. Aí o ministro Marco Aurélio naquele dia fala, confessa que até cogitou fazer uma questão de ordem, mas confiou na palavra da presidente. Depois de algum tempo ele falou para mim: "se arrependimento matasse eu já estava morto."

**Pergunta:** Na visão da ministra Carmen Lúcia, pautar as ADCs demonstraria uma falta de compromisso do Supremo com a sua própria jurisprudência? Colocar em seu lugar o julgamento do *Habeas Corpus* pode ter sido uma estratégia para manter a jurisprudência?

**Resposta:** Sim, tanto que a ministra Rosa no voto dela pergunta: "presidente, o que estamos julgando?" Ela faz isso exatamente para deixar claro que no HC, teria uma decisão e na ADC teria outra. E ela diz, tanto que o voto dela, todo mundo fala, você pega o voto dela até determinada página, serve para qualquer coisa, depois, aí ela faz essa pergunta: "Que que nós estamos julgando?" Aí no HC ela fala: "no HC vamos respeitar a jurisprudência." Não vou entrar no mérito, quem sou eu, mas o Supremo mudou a jurisprudência em HC. Duas vezes. Mas enfim, mas de fato, e aí nunca vai se saber, o que nós ouvíamos dos ministros é que a ministra Rosa já tinha falado isso para a ministra Carmen. Ela teria um pouco dessa segurança, e acho, por tudo que eu ouvi na época, e aí também nunca coloquei no papel, que os ministros vinham procurando, conversando com a ministra Rosa para saber para onde ela ia. Repare, e eu não sei se você reparou, que o ministro Barroso no começo do voto da ministra Rosa dá-lhe uma patada, você reparou isso? Porque ele não tinha certeza, eu lembro que eu perguntava para

os ministros: "Para onde vai?" Todos eles: "Não sei." A ministra Rosa manteve o segredo. Então quando o ministro Barroso dá uma patada, nós pensamos: "Ela vai votar pela reversão da jurisprudência" e acho que ele também pensava. Ali foi todo mundo forçando a barra em cima do voto dela, só que ninguém sabia exatamente para onde ela ia, talvez só a ministra Carmen soubesse.

**Pergunta:** As decisões, ou as potenciais decisões do Supremo causam um impacto enorme no que a imprensa discute?

Resposta: Claro. Eu tenho até um outro ponto que eu ia lembrar. Você sabe que fazendo a pesquisa para o podcast, eu me deparei o seguinte. Tudo bem, o ministro Jobim fez lá a pauta, organizou a pauta, passou a divulgar, mas sabe aquele espelho que existe hoje no site, se você entrar lá bota o calendário. Tem uma pessoa que fez aquilo, uma pessoa sugeriu ao tribunal fazer o seguinte: como a imprensa não sabe o que são os processos, vamos escrever tudo que está no processo para ajudar a imprensa a saber o que vai ser pautado, essa pessoa está lá ainda hoje no Supremo, é assessora, mas foi justamente para que a pauta tivesse mais inteligibilidade pela imprensa. Então foi uma estratégia de comunicação deles também descreverem quais eram os processos, qual era a importância de cada um, para a imprensa poder prestar atenção, então era algo de agendamento. E aí os jornalistas passaram a acompanhar e falaram, se preparar para o julgamento, ou falaram, na semana que vem tem julgamento tal, nós passávamos a ter que escrever sobre o processo antecipadamente, não esperar o julgamento, então de fato essa decisão que parece burocrática é mega importante quando se trata de relação com a imprensa. Imagina, jornais só tinham uma pessoa para cobrir o Supremo, ninguém fazia matéria sobre pauta, em determinado momento nós começamos a fazer, em outro determinado momento nós paramos de fazer, por quê? Os ministros levavam o processo para pauta e sempre tinha pedido de vista, então o jornal falava: "Então não vamos fazer mais matéria." Mas eu acho que essa é uma decisão burocrática, mas que nessa pesquisa eu me deparei, falei: "Cara, essa decisão é importante," essa decisão simples de descrever o processo para cada um entender é fundamental. Olha lá no STJ, se você não sabe o que que é cada processo você está ferrado, a assessoria começou agora a fazer isso para nós, ano passado, a assessoria do STJ, para também que nós pudéssemos cobrir melhor o STJ. Mas aí objetivamente no ponto de vista eleitoral nenhuma dúvida de que essa decisão interferiu diretamente. Você tirou o presidente do jogo, tirou completamente o ex-presidente, melhor dizendo, do jogo eleitoral, e ainda manteve essa pressão da Lava-Jato, essa pressão da Lava-Jato sobre os investigados. Mas essa era, inclusive, o ministro Celso dizia, vou cometer uma inconfidência aqui, eu lembro que quando eu fui

conversar com ele depois de toda essa crise com a ministra Carmen, ele se revoltava em ser tratado como um defensor do PT. O Antagonista vira e mexe publicava, eu lembro do ministro Celso nessa conversa me mostrando: "Olha aqui, Felipe, o que escrevem de mim, que eu, justamente eu defendendo o PT." Ele que é um grande crítico do PT, todo mundo sabia. No mensalão ficou mais claro ainda, sendo colocado como o cara que defendia o PT. Então a imprensa olhou os ministros que decidiam por tal ou tal caminho como em favor de uma candidatura ou não, então ainda gerou esse... E acho que também foi usado indevidamente por alguns setores, justamente por esse argumento, de quem era a favor do Lula votava assim, quem era contra votava assado, tinha essa consequência, mas não era necessariamente o que estava em jogo, acho que era muito maior do que isso.

**Pergunta:** Quais os fatores que podem ter influenciado a Ministra Cármen Lúcia a não pautar as ADCs 43, 44 3 54, mas sim o HC?

**Resposta:** Eu acho que você tem mistura, o argumento oficial fazia muito sentido. Eu lembro de textos publicados no JOTA dizendo, procurando a responsabilidade por aquele cenário. E pouca gente cobrava do ministro Gilmar a responsabilidade por isso, e ele era um dos principais responsáveis, quando ele dá um voto, anuncia depois que vai mudar, e nós sabemos, ministro Gilmar não é um bobo, não é um tolo, muito pelo contrário, então fica naquela dúvida, o ministro que está declarando antecipadamente que está mudando de voto seria o principal responsável por isso ou não? Ou seria a ministra Carmen? A ministra Carmen tinha um argumento muito bom, que era: "Nós decidimos isso agora, nós vamos mudar de novo?" Esse era o argumento oficial que nós podemos colocar aí em uma percentagem alta de verossimilhança. Por outro lado, tinha toda essa pressão em relação a Lula voltar ou não voltar, que falava muito ao ouvido dela. Lembrando, naquela época nós estávamos naquela, tudo era contra a Lava-Jato ou a favor da Lava-Jato, revisar essa jurisprudência era contra a Lava-Jato, portanto nós podíamos pegar vários setores da imprensa que desciam a caneta no Supremo por conta dessa possibilidade. Setores da imprensa que elogiavam muito a presidência da ministra Carmen Lúcia, com quem ela tinha um certo alinhamento, então eu acho que você vai ter essa mistura de fatores, tem o fator ideológico, mas também tem o fator legalista e estratégico, e também de imagem, ela não queria ser a presidente que iria fazer isso. O Ministro Celso achava que preservar o tribunal era colocar em julgamento. A ministra Carmen não. E acho que ela usou tal qual, vou fazer a comparação aqui, o Davi Alcolumbre com o André Mendonça, ela usa uma realidade para esticar a corda até certo ponto que fica inviável. E aí se a ministra Rosa Weber desse o voto em outra direção, a estratégia dela teria dado errado, mas a estratégia dela

funcionou perfeitamente. E acho que com bons argumentos, sinceramente? Acho que com argumentos inclusive palatáveis, não só políticos, mas jurídicos também. Só que aí nós entramos nessa discussão, o que que era pior?

### APÊNDICE 3 – Entrevista com o Ministro Luiz Fux

**Diretriz inicial:** Dentre as relevantes competências atribuídas ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, está aquela que atribui a ele a responsabilidade pela elaboração da pauta de julgamentos do Plenário Presencial da Corte. Como o senhor enxerga o exercício desta competência, do ponto de vista da dinâmica interna do Tribunal e externa com a imprensa, opinião pública e demais poderes da República?

**Pergunta:** Quais critérios V. Exa. utiliza para elaborar a pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte?

**Resposta:** Há diversos fatores envolvidos. O mais importante é a relevância do tema de fundo sob o ângulo da segurança jurídica, do impacto socioeconômico etc. Porém, há também demandas judiciais cujo pedido é urgente, sendo necessário um desfecho célere. Por isso, a pauta pode ser alterada com certa constância, de acordo com as necessidades do país e o interesse público envolvido. Além disso, também escuto muito os meus pares. Nesse sentido, os Ministros e as Ministras podem indicar a necessidade de pautar processos de suas relatorias e – de acordo com a conveniência e oportunidade – esses são efetivamente agendados.

**Pergunta:** Há uma excessiva concentração e discricionariedade de poder nas mãos do Presidente?

**Resposta:** Não. A ampliação institucional do Plenário Virtual mitigou o poder de agenda do Presidente na pauta do Supremo Tribunal Federal, tornando-a mais plural e democrática. Salvo nos casos de pedido de destaque ou de pedido de inclusão de pauta presencial, é possível que qualquer Ministro/a inclua seus feitos para deliberação colegiada.

**Pergunta:** É possível que o poder de elaborar a pauta de julgamentos seja utilizado estrategicamente pelo Presidente, para incluir ou excluir processo da pauta de acordo com as circunstâncias do momento político?

Ausência de resposta.

**Pergunta:** As condicionantes regimentais que atribuem poderes ao relator para liberar os casos para julgamento e aos demais Ministros para interromper o julgamento, após pedido de vista, ampliam as oportunidades de comportamentos estratégicos entre todos os ministros, criando uma disputa em torno da agenda de julgamentos da corte?

Ausência de resposta.

**Pergunta:** Seria adequada a observância de um critério cronológico para a elaboração da pauta?

Em alguma medida, sim. É importante que se respeite a duração razoável do processo, até mesmo porquanto pode haver perda de objeto de demandas demasiadamente “antigas” ou pode haver um ambiente de insegurança jurídica na ausência de decisão definitiva sobre o tema. Entretanto, como já dito, há certas controvérsias que surgem de acordo com os acontecimentos políticos, culturais, econômicos e sociais do país. A pauta do Supremo Tribunal Federal precisa estar atenta ao interesse público e à urgência desses casos.

**Resposta:** A competência para a elaboração da pauta deveria ser exercida colegiadamente?

**Resposta:** Acredito que atualmente há um equilíbrio saudável entre a possibilidade de inserção de feitos perante o Plenário Virtual por todo e qualquer Ministro/a Relator/a, porém é necessário algum grau de discricionariedade e de deferência institucional àquele ou àquela que esteja ocupando a Presidência da Corte. Além disso, o Presidente da Corte costuma ouvir e consultar seus pares durante o processo de elaboração da pauta – seja no plenário, seja nas turmas do STF.

**Pergunta:** Quais outros critérios poderiam ser utilizados para aperfeiçoar o modelo de construção da pauta de julgamentos da Corte?

**Resposta:** Acredito que temos avançado consideravelmente nesse tema. Pautas temáticas são interessantes para a Corte. Além disso, a divulgação prévia com certa antecedência dos processos é importante para conferir maior previsibilidade aos julgadores e às partes do processo.

**Pergunta:** Fatores extrajurídicos como a pressão da imprensa, da opinião pública, das corporações, da política, influenciam a elaboração da pauta pelo Presidente?

Ausência de resposta.

**Pergunta:** A partir de 2020, o Plenário Virtual passou a ser utilizado para o julgamento de qualquer classe processual, a critério do relator. Essa nova realidade esvazia os poderes do Presidente?

**Resposta:** A palavra correta não é “esvaziar”. Como dito anteriormente, o Plenário Virtual pluraliza e democratiza o processo deliberativo da Corte, além de torna-lo mais célere. Isso porque permite com que os processos tramitem de maneira mais eficiente e que qualquer feito seja analisado colegiadamente de acordo com o juízo de conveniência e de oportunidade do/a Relator/a. A pauta e o tempo da Corte são escassos, o Plenário Virtual auxilia a mitigar esses “problemas”.

**Pergunta:** Em algum momento durante a trajetória de V. Exa. na Corte, a inclusão em pauta de processos específicos gerou algum tipo de controvérsia entre os ministros?

Ausência de resposta.



#### APÊNDICE 4 – Entrevista com a Procuradora da República Luana Vargas Macedo

Entrevista: Luana Macedo Vargas

Aplicativo Zoom

Victor Trigueiro: Doutora Luana, boa noite. Muito obrigado inicialmente pela oportunidade de poder entrevistá-la, meu nome é Vitor Trigueiro, eu sou pesquisador do UniCeub. Eu estou na fase de conclusão da minha tese de doutorado em Direito, cujo tema é: O JOGO DA PAUTA NO STF: decidindo não decidir as ADC 43, 44 e 54. Nós vamos iniciar a entrevista e eu vou começar pela leitura da diretriz inicial e você fica à vontade para expor seus pensamentos em relação a esse tema. No momento subsequente eu passo a fazer algumas perguntas que foram direcionadas especificamente de acordo com a sua experiência em relação a esse assunto, e você fica à vontade para expor a sua opinião. Se você não tiver as informações você simplesmente pode afirmar que não tem conhecimento, você fica totalmente livre para dar essas informações, tudo bem? Então, a diretriz inicial é a seguinte: Dentre as relevantes competências atribuídas ao presidente do Supremo, está aquela que atribui a ele a responsabilidade da elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial da Corte. Como a senhora enxerga o exercício dessa competência do ponto de vista da dinâmica interna do tribunal e externa, com a imprensa, opinião pública e demais instituições do estado brasileiro?

Luana Vargas: Repete um pouquinho o final, ficou um pouquinho baixo, não peguei.

Victor Trigueiro: A última linha. Como a senhora enxerga o exercício dessa competência do ponto de vista da dinâmica interna do tribunal e externa, com a imprensa, opinião pública e demais instituições do estado brasileiro?

Luana Vargas: A competência de definir a pauta do pleno?

Victor Trigueiro: Isso.

Luana Vargas: Victor, primeiramente muito obrigada pelo convite, é sempre bom poder expor o ponto de vista de quem trabalhou por algum tempo lá no Supremo, justamente nessa fase de virada jurisprudencial, quanto a execução provisória da pena. E é claro que como eu trabalhava, trabalho no Ministério Público Federal, e trabalhava atuando em defesa da posição da PGR, que era, e continuou sendo pela constitucionalidade da execução provisória da pena, é claro que a

minha visão é uma visão parcial, uma visão que tem um lado, e que por mais que eu tente observar de forma neutra os acontecimentos, a leitura que eu faço deles é impossível que seja neutra. Então é uma leitura que é muito influenciada por aquilo que eu e o time com o qual eu trabalhava defendíamos. Dito isso, é só um parênteses mesmo, mas dito isso, Victor, sobre essa competência, que é uma competência exclusiva, pelo o que eu saiba até o momento continua sendo, eu sai de lá faz dois anos, uma competência exclusiva do presidente do Supremo de definir a pauta do pleno, é um grande poder, principalmente quando existe polarizações quanto ao entendimento de ministros do STF, quando o tema é um tema que tem muita repercussão na opinião pública, na imprensa, por vários motivos, e esse tema que tem essa repercussão, sabidamente ele não comporta uma convergência de entendimentos, o poder de pautar determinados casos que abrangem esse tema se torna, claro, importantíssimo. E eu confesso que eu não estudei, eu nunca estudei, talvez provavelmente você sabe as origens dos artigos que devem ser do regimento, imagino, do STF que conferem a atribuição exclusiva, privativa, do presidente do Supremo, para elaborar a pauta. Não sei as razões pelas quais se conferiu esse poder a uma pessoa só, mas assim, me parece que é muito poder para uma pessoa só e acaba que a depender da matéria, a depender da formação, da composição do tribunal em determinada época, os ministros que imaginam que podem ganhar no pleno, e não na sua turma, mandam para o pleno. E o contrário acontece também, os ministros que imaginam que podem ganhar na turma e não no pleno, deixam os casos na turma, eu sempre imaginei assim, antes de vivenciar o dia-a-dia do julgamento do STF, eu como uma operadora do direito e que tentava seguir... que tinha uma opinião baseada naqueles meus senso de justiça, princípios gerais de um colegiado, eu imaginava que eram submetidos ao pleno, ou melhor, seriam julgados, não só pelo pleno, mas seriam julgados pelo pleno e colocados em pauta aqueles casos que precisassem de uma posição, casos que tivessem uma repercussão muito grande, que fosse muito premente a necessidade de resolver aquilo ali para a sociedade, e aí um dos ministros, ou as partes fariam esse pedido para o presidente, e o presidente avaliaria a luz desses critérios, do critério da importância do tema para a sociedade, de resolver aquilo, a luz desse critério, ou então de um outro critério que eu não falei aqui, que é de tornar homogênea a jurisprudência divergente entre turmas, entre a primeira e segunda turma. Então assim, eu imaginei que sempre que tivesse divergência jurisprudencial relevante entre as duas turmas, iria para o pleno, e uma vez observado, não ficaria muito na conveniência e oportunidade do presidente, seria uma coisa quase que obrigatória, ele seria só um homologador do que tem que ser, se tivesse essa questão da jurisprudência divergente, ou então uma premência social, para que o Supremo dê a sua última palavra sobre um tema. Então eu sempre imaginei que isso eram requisitos, e que esses

requisitos, uma vez presentes, o presidente teria que colocar em pauta mesmo não estando ali escrito no regimento que era obrigatório, eu imaginei que por uma questão de consciência ele colocaria, mas nem sempre acontece dessa forma.

Victor Trigueiro: Nessa sua primeira abordagem, você já encenou algumas questões relacionadas ao primeiro e ao segundo item, então eu já vou avançar para lhe perguntar sobre a importância do julgamento proferido pelo Supremo, que considerou constitucional o início da execução da pena após a condenação em segunda instância para o sucesso da Lava-jato, isso é, o estabelecimento, a pacificação do entendimento pelo Supremo de que a prisão em segunda instância era constitucional favoreceu de alguma forma a investigação que foi levada a cabo pelo Ministério Público Federal, qual a sua percepção em relação a isso?

Luana Vargas: Vou responder, talvez você saiba melhor do que eu, você lembra quando foi a data, qual foi ano exato de início da Lava-Jato?

Victor Trigueiro: Não.

Luana Vargas: Posso olhar aqui agora.

Victor Trigueiro: 2014 talvez.

Luana Vargas: Acho que 2014, 2015, vamos ver aqui.

Victor Trigueiro: 2014, março de 2014.

Luana Vargas: É. Bem, assim, em boa parte do tempo, Trigueiro, eu entrei na Lava-Jato em 2017, atuando no Supremo, então pegando casos que, ou eram originários do Supremo, ações penais contra pessoas com foro, ou lidando com os recursos, HC e petições, vindas das unidades que trabalhavam com Lava-Jato para o Supremo. Então só em 2017, no final de 2017 na verdade, com a entrada da doutora Raquel Dodge na PGR. Quando eu entrei, já estava em vigor a jurisprudência, já estava em vigor a jurisprudência do STF que permitia, considerava constitucional a execução provisória da pena. Ela foi de 2016, você deve saber melhor do que eu, fevereiro de 2016, o HC, não me lembro o número, 126.292, alguma coisa assim. Eu acho que foi o primeiro, foi a virada, pelo o que eu lembro de 2009 a 2016, na verdade entre 88 e 2009 era jurisprudência majoritária do Supremo era pela constitucionalidade, em 2009 foi pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, ficou assim até 2016, em fevereiro de 2016.

Victor Trigueiro: HC 126 292 e depois confirmada pela repercussão geral 964.246.

Luana Vargas: É. Então durante o ano de 2016 aconteceram três julgamentos importantes que representaram a virada, do seu conjunto, jurisprudencial do julgamento de 2009. Então 2016 veio essa virada no sentido de ser possível a execução provisória da pena, esses três julgamentos. Um foi esse HC que você falou, 126.292, teve a repercussão geral, o ARE, aquele ARE no plenário virtual e tudo, e teve também as liminares da própria ADC.

Victor Trigueiro: Cautelar.

Luana Vargas: É, as cautelares da própria ADC.

Victor Trigueiro: Isso.

Luana Vargas: É porque dias depois de ser confirmado o HC através do ARE, repercussão geral, eu acho que dias depois um partido, que eu não me lembro qual, entrou com as ADC, a 43 44, e depois a 54. E a relatoria das ADC já eram do ministro Marco Aurélio, e assim, na mesma hora ele já submeteu, então salvo engano ainda em 2016 ele submeteu ao pleno, e o pleno negou as cautelares.

Victor Trigueiro: Isso.

Luana Vargas: Então quando eu entrei na Lava-Jato no final de 2017, eu peguei um cenário em que era possível a execução provisória da pena, então o meu mundo era esse, até então eu não vivia muito, confesso, o mundo das execuções provisórias da pena, para falar a verdade, eu antes trabalhei um tempo, três anos, com combate a corrupção, eu nunca tive na minha vida pré-Lava-Jato nenhum réu que eu denunciei, já tive alguns que foram condenados, mas eu nunca tive nenhum que foi preso, nunca. Todos eles foram, isso antes da Lava-Jato, no meu período pré-Lava-Jato na verdade eu viajei, passei um tempo fora também fazendo mestrado, então nesse meu período no Tocantins, no Pará, não tinha ainda a jurisprudência, ainda era proibida a execução provisória da pena, só que eu nem pensava nisso, porque na verdade nem tinha, eram pouquíssimas as vezes que eu ouvia falar de haver risco de prisão para essas pessoas. Então aí eu fui morar fora, quando eu voltei já entrei na Lava-Jato, na Lava-Jato sim, era uma confusão de prisão, o tempo todo nós recebíamos HC de réus ou investigados da Lava-Jato de Curitiba e do Rio de Janeiro, eles interpunham os HC, muitas vezes diretamente para o Supremo, o que ofendia a súmula 691, que é uma súmula que barra talvez 70%, eu não sei o número, mas deve barrar um grande universo de HC, o STF sequer conhece. No entanto, para

os réus da Lava-Jato, muitos, inúmeros, conseguiam driblar a súmula 691, e conseguiam fazer chegar diretamente na mão de ministros os seus HC. Então, eu não sei dizer, Trigueiro, de forma organizada, o quanto o precedente de 2016 que tornou possível a execução provisória da pena, eu não sei dizer de modo organizado o quanto esse precedente ajudou o sucesso ou não naquele período da Lava-Jato, até porque sucesso nós só aferimos depois de um longo, e que hoje eu poderia dizer que é uma operação que não teve tanto sucesso assim, lá atrás eu diria que teve sucesso, enfim. Eu não consigo dizer o quanto essa circunstância desse precedente de 2016 foi determinante ou não para o sucesso daquele momento. O que eu sei é que de fato, depois que eu entrei na Lava-Jato no Supremo em 2017, acontecia volta e meia execuções provisórias, pessoas que tinham a sua sentença confirmada no tribunal sendo presas. Mas eu vou te dizer uma coisa, empiricamente, só de observação, eu me lembro mais, na minha experiência, de HC resultantes de prisões preventivas, cautelares, portanto, durante esse meu tempo lá, eu lembro mais de prisões preventivas do que prisões decorrentes da execução de um acordão, mesmo tempo em que era possível. A minha lembrança remete mais as prisões provisórias, ou melhor, essas prisões cautelares, até por isso eu não consigo metrificar o quanto ajudou, o quanto não ajudou.

Victor Trigueiro: Deixa-me fazer uma pergunta inicial, aí nós vamos para a segunda chamada, porque já vai dar 40 minutos. Eu vou fazer essa pergunta e você pode responder na volta. Na sua recordação talvez não esteja muito claro isso, mas perguntando de uma outra forma, o risco concreto de condenação após um acordão pode ter sido um elemento de persuasão para colaborações premiadas, por exemplo.

Luana Vargas: Claro, com certeza. Na verdade, o risco de ser pego e o risco de ser preso são variáveis importantíssimas no processo decisório de um agente que pratica um crime, no processo decisório de praticar em primeiro lugar, em segundo lugar, de continuar praticando, e em terceiro lugar eventualmente de colaborar com as investigações. Isso aí eu não preciso de números, eu não preciso de nada para poder afirmar com base mesmo na teoria geral do efeito deterrence, no efeito de suasão, para as pessoas não praticarem crimes, ou praticarem, só com base na teoria mesmo, eu posso dizer que um agente, principalmente agentes que praticam os crimes que a Lava-Jato investiga, que são crimes econômicos, e que, portanto, são agentes que raciocinam conforme vantagens econômicas, vantagens custo-benefício. Então eu acho que o investigado da Lava-Jato, o réu da Lava-Jato se aproxima do momento racional assim, se algum sujeito pode se aproximar do homem racional, para fins da teoria do crime, para avaliação de custo-benefício em praticar um crime. Está acabando.

Victor Trigueiro: Vamos fechar, aí você continua o raciocínio na próxima, pode ser? Já te mando, só um segundinho.

Luana Vargas: Então na minha cabeça é claro assim que ele avalia se ele tem chance de ser pego, de ser detectado pelas autoridades, e uma vez detectado qual é a chance de ele ser efetivamente condenado e depois de ser preso. Na verdade, sem a execução provisória da pena é virtualmente impossível. Para quem tem dinheiro, para quem tem recursos financeiros para recorrer, para usar toda a gama de recursos que o processo permite. Não só recursos, mas incidentes processuais, nulidades, quem pode interromper, suspender constantemente esse trâmite processual com liminares no STF, no STJ, nos tribunais. Quem tem realmente condições de arcar com os custos de ter um advogado. É virtualmente impossível a pessoa ser presa. Hoje em dia eu não consigo imaginar como um criminoso. Uma pessoa que cometa um crime contra a administração pública, por exemplo, já é super difícil provar. Ainda que a gente consiga várias provas, elas são sempre contestáveis. Porque, realmente, é muito difícil a gente chegar a... Certas coisas acontecem entre quatro paredes, como se fala, conluio, propina... Hoje em dia, até mesmo quem oferece propina não fala esse nome. Ninguém diz "Olha, faz tal coisa prefeito... faz tal coisa presidente, porque em troca vou te dar uma joia". Não é assim que as coisas acontecem. Se utiliza de todo tipo de subterfúgio para não ficar claro o que está acontecendo ali. Então, o que eu quero dizer é que é muito difícil provar esse tipo de crime. Então, às vezes a gente consegue reunir muitos indícios que juntos demonstram uma prática criminosa. Aí denuncia. Durante o curso do processo tem uma série de incidentes, nulidades, discussão sobre competência sem fim. Muitas vezes vai para o STF e o STF diz que é competência de um tribunal. Cinco anos depois, o mesmo STF diz que não era deste tribunal. E às vezes chegou ao ponto até de processar, de mandar para o CNJ, para o juiz que cumpriu a jurisprudência com a constante alteração de jurisprudência do STF a respeito de várias situações que impactam o processo penal. Enfim, se você tiver dinheiro para recorrer e paciência para esperar o processo acabar, você não vai ser preso. Então se você sabe que você não vai ser preso, inclusive porque pode atingir a... A quantidade de recursos faz com que demore tanto o processo que você consegue atingir uma prescrição sucessiva ou intercorrente. Então se você sabe que não vai ser preso, por que você vai colaborar com investigação, fazer colaboração premiada? Por amor à justiça? Para ajudar o Ministério Público? Por amor ao país? Não. Então, a execução provisória da pena era a única chance de certos criminosos que têm muito poder, inclusive o poder judiciário sob o poder legislativo, era a única chance de eventualmente essas pessoas pensarem duas vezes antes de praticar o crime. E, uma vez praticado, colaborar com a

justiça. Agora, sem a execução provisória da pena, a situação do Brasil é a pior possível. Então sim, nesse aspecto, um pouco que a Lava Jato conseguiu, em termos... As colaborações premiadas que levaram à recuperação de bilhões de reais, elas têm como uma causa remota o precedente de 2016.

Victor Trigueiro: Em 2018 houve um confronto inclusive entre ministros. Uns de um lado com o entendimento pressionando para que as ADCs fossem pautadas. Gilmar Mendes é um exemplo. Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs, outro exemplo. E por outro lado ministros que defendiam, como a própria ministra Cármen presidente, de que essas ADCs não deveriam retornar à pauta a despeito dos pedidos do seu relator, Ministro Marco Aurélio, porque o Supremo havia visitado essa matéria recentemente em 2016. Qual a percepção do Ministério Público Federal naquele momento? E nesse momento você estava na Lava Jato, se eu não me engano. Acho que sim, em 2018. Então qual foi a percepção do Ministério Público dessa resistência da Ministra Carmen em pautar esses casos?

Luana Vargas: Nesse momento eu realmente estava participando ativamente. Na verdade, eu participei dessa parte... Eu não participei de 2016 porque eu não estava. A virada a nosso favor eu não participei, em 2016. Mas em 2017 eu entrei e rapidamente eu recebi para fazer os pareceres da PGR nas ADCs. Então fiz os pareceres da PGR sobre o mérito das ADCs. E tudo que tinha a ver, tudo que chegava lá na PGR, principalmente quando a discussão sobre a execução provisória da pena envolvia investigados ou réus da lava jato, quem fazia os pareceres nos HCs, porque chovia HCs sobre isso. Então desde 2017 eu que fiz até 2019 quando houve a reversão.

Victor Trigueiro: Isso.

Luana Vargas: Então, o que acontece. Só dando a minha impressão, o meu depoimento sobre o que acontecia sobre esse tema no STF nesse período pós 2016 até a chegada de 2019 com a reversão do entendimento. Assim, eu entrei em 2017. Já em 2017 tinham muitos HCs. Veja que em 2016 aconteceram três julgamentos que sedimentaram, pelo pleno, sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena. Julgamentos muito relevantes. No primeiro HC, salvo engano no 126.292, teve *amicus curiae*. Eu não sei se foi no HC... Um desses três: ou no HC, ou no ARE ou nas cautelares da ADC. Eu acho que foi no HC. Mesmo sem um processo individual, ou seja, não sendo um processo de controle consolidado, mas esse HC acabou tendo uma feição objetiva, uma feição própria de controle de constitucionalidade, né.

Ele foi parte de um movimento de concentração no controle de fuso no sentido de que foi dado a ele... No sentido de que diante do fato de que o HC 126.292, diante do fato que ele discutia uma questão em tese, que era constitucionalidade da execução provisória da pena, ele recebeu um tratamento como se fosse uma ADI na época. O fato é que em 2016 houveram esses três julgamentos com ampla discussão com a sociedade. O STF entendeu ser condicional a execução provisória da pena. Dias depois, não sei qual partido, dois entraram pelas ADCs. Caiu para o Marco Aurélio. O Marco Aurélio sempre foi bastante contrário à execução provisória da pena. Ele ficou vencido nos três julgamentos de 2016. E, salvo engano, eu não estava nem no Brasil, mas eu acho que ele ficou vencido de forma consternada. E ele me parecia um ministro muito envolvido com o tema e bastante apaixonado pela posição no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. De fato, esse tema, não é um tema... Assim, muita gente pode dizer que é claro que execução provisória da pena é inconstitucional, diante do artigo quinto. Eu não acho isso, mas também não acho que seja claramente constitucional nem inconstitucional. Acho que é uma questão bem... Uma questão difícil mesmo. Uma questão dura. E provocava muitas paixões. Então em 2016 as ADCs foram protocoladas. O ministro Marco Aurélio levou ao pleno e perdeu. Ele foi vencido. Em 2017, quando cheguei no STF, volta e meia eu via ministros, de forma monocrática, nas turmas. Ministros que ficaram vencidos durante 2016 dando liminares contrárias ao precedente. Alguns se davam ao trabalho de tentar fazer um *distinguish*. Assim ... A sentença que foi confirmada após acordo, às vezes dizia assim "Execute-se, prenda-se após o trânsito julgado". Só que eram sentenças antigas, antes do precedente. Então, com base nisso os ministros, que eram contrários à execução provisória da pena, davam decisões monocráticas contra o colegiado do pleno dizendo "Ah, esse caso aqui é distinto do precedente vinculante". Porque era um precedente vinculante, julgado em repercussão geral. Então esse caso aqui é distinto porque a própria sentença diz que só pode ser executada após o trânsito julgado. Então eles, sinceramente, ao meu ver, eram subterfúgios para se descumprir o precedente do pleno. E não sei dizer exatamente quais eram os ministros, mas eu me lembro também até de alguns ministros de forma mais... Como vou dizer... Sem subterfúgios... no sentido.... Não eram subterfúgios ilegais. Eram subterfúgios processuais para se justificar não seguir o precedente vinculante. E outros ministros, nem subterfúgios... Mais para o final, mais para perto de 2019 alguns ministros frontalmente, praticamente se diziam assim como se realmente o precedente de 2016 fosse uma anomalia, um descumprimento da constituição e que, portanto, o ministro não ia cumprir e mandava soltar. Já aconteceu assim de mandar soltar. Eu acho até que uma vez o Ministro Marco Aurélio mandou soltar. Deu uma liminar em HC coletivo para soltar todo mundo. Nós recebíamos



isso.... Eu, Luana, recebia isso e achava assim... Acho que aí que meu castelo de areia sobre o que o STF ficou um pouco estremecido, começou a desmoronar. Porque, poxa, respeitar o próprio precedente sempre me pareceu o mínimo que uma constitucional deve fazer, uma corte suprema deve fazer. Respeitar precedente para dar segurança jurídica para o país. Sempre me pareceu assim... É isso, na minha cabeça sempre foi assim. Poxa, o direito é muito vasto, o direito é muito complexo e é muito difícil assegurar que a decisão seja justa. Mas o mínimo que a gente deve fazer, que os tribunais devem fazer é seguir em procedimentos que confirmam segurança jurídica às partes. E essa prática, de ministros monocraticamente descumprindo precedentes do pleno, realmente assim, me calou fundo, assim. Eu fiquei bastante decepcionada, enfim. E aí, cada vez mais a coisa começou a tomar uma proporção grande porque começou a ficar uma coisa meio que loteria. Se caísse para certos ministros do HC, o preso provisório com dupla condenação conseguiria ser libertado. Já houveram casos de traficante, PCC, ser libertado por ministro. Traficantes duplamente condenados, em que a discussão levada pelo HC era apenas de direitos e não de fatos. Porque quanto a fatos, o STF não tinha como entrar. Ele não pode ficar revisando fatos. Então, uma pessoa completamente... que teve julgamento por duas instâncias dos seus fatos julgados, certos ministros descumpriram o precedente com base nos argumentos que eu falei agora e soltavam. E aí aconteceu de vir o HC do ex-presidente Lula. Não me lembro se foi em 2017, se foi em 2018.

Victor Trigueiro: Foi em 2018 já.

Luana Vargas: Foi em 2018. Então... Quando veio o HC do ex-presidente Lula, obviamente a coisa ficou ainda mais inflamada, assim... Se eu não me engano, é o ministro Fachin que era o relator do HC do presidente Lula, que negou a liminar simplesmente com base no precedente de 2016. No precedente vinculante. E aí você vai saber mais do que eu porque eu já esqueci de alguns detalhes. Eu lembro que o ministro, se eu não me engano, negou. Houve agravo.

Victor Trigueiro: Em vez de submeter a turma ele pediu... ele afetou ao plenário.

Luana Vargas: Isso. Em vez de submeter a turma, ele afetou ao plenário. Houve agravo do presidente Lula. Quando o ministro Fachin negou, ele negou com base... Ele negava todas, absolutamente todas as liminares em HCs que pediam a soltura em razão da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. De outras pessoas, de outros réus, ele negava. Primeiro porque ele respeitava o precedente. Segundo, era opinião inclusive do pessoal dele. Ele ficou na maioria vencedora lá em... Não, eu não sei se ele ficou na maioria vencedora.

Porque eu não lembro se ele estava. Eu sei que foi o ministro Teori que morreu. Enfim, me parece que a opinião... Me parece não, com certeza a opinião do ministro Fachin de mérito sobre a execução provisória da pena é a favor da execução provisória da pena. Mas, de todo modo, ele negou a liminar do ex-presidente Lula seguindo o precedente, assim como vários ministros. Eu me lembro que a própria ministra Rosa Weber era contrária à execução provisória da pena e ela negava a liminares em HCs na primeira turma dizendo " Eu não vou passar por cima do colegiado. Então estou seguindo o precedente vinculante." E aí, o ministro Fachin sabia, eu sei que ele sabia, que alguns ministros da segunda turma estavam concedendo HCs em outros casos, descumprindo precedente da suprema corte de 2016. E aí, como alguns ministros da primeira turma, alguns ministros da segunda turma eram favoráveis, eram contrários à execução provisória da pena e outros ministros da primeira turma eram favoráveis, ele levou o caso para o Pleno. Eu, sinceramente, sou parcial porque eu defendi um lado nessa época. Eu fiz o parecer contra o HC, esse HC do Lula, tanto pelo não conhecimento das questões da execução provisória da pena, tanto dizendo que isso já estava decidido, meu parecer era nesse sentido, quanto... Na verdade era só isso. A gente abordava só isso. Então, eu tenho um lado. Eu defendo que esse tema não deveria ter sido revisto. Mas tentando me aproximar de alguma neutralidade, eu não vejo que foi absurdo o ministro Fachin ter levado para o Pleno, como muita gente na época falou. " Ah, tá querendo tirar da segunda turma". Sim, ele estava querendo era uma questão que estava sendo discutida. Ela sabia que na segunda turma os ministros estavam descumprindo o precedente. Ele levou para o Pleno para o Pleno mais uma vez dizer "Olha, o que se faz aqui?" E o Pleno, em 2018, como voto decisivo da ministra Rosa Weber, que talvez tenha sido o voto mais honroso que eu já tive notícia, o voto dela nesse HC do Lula contrariou a posição de mérito dela e acolheu os argumentos da PGR no seguinte sentido: "Olha, temos diante de nós um precedente vinculante que foi formado em 2016, mediante amplo debate. Não existe no Brasil, na época, nem em legislação e nem jurisprudência que diga quais são os requisitos para que no precedente vinculante seja julgado novamente. Para que haja o "*overruling*". Na época, o que argumentamos foi isso: não há nem legislação, nem jurisprudência, até porque é uma coisa meio inédita que diga "olha, suprema corte, você tem o precedente vinculante". Esse precedente vinculante se diferencia dos outros precedentes de eficácia persuasiva e não vinculante. Esse precedente vinculante se diferencia por dois fatores, dois atributos. O primeiro atributo é que ele é vinculante. Ele vincula todos, inclusive o próprio Supremo. O segundo atributo é que, para ele ser revisto, ele não pode ser revisto como outro precedente qualquer. Um precedente que não tenha sido submetido aquele procedimento próprio para se tornar vinculante. Ele não pode. Porque se ele puder ser revisto a qualquer

momento, por qualquer motivo... "Ah, mudou o ministro. Ah, vamos julgar de novo." "Ah, o ministro acordou hoje achando que foi injusto". Assim, o ministro julgou ontem de um jeito e hoje mudou de ideia. Vamos rever. O precedente vinculante perderia totalmente a credibilidade se, por qualquer motivo, como qualquer outro precedente, se ele pudesse ser revisto. Se é assim, isso significa que é necessário haver um procedimento especial com requisitos especiais para se rever um precedente vinculante. Aí nós falamos. Só que no Brasil não tem esse procedimento. Não se sabe. Não estava no CPC na época. A jurisprudência do STF também nunca falou sobre isso. Até porque ela nunca se deparou com isso, em rever precedentes vinculantes dela mesma. E aí a gente colocou alguns critérios baseados na jurisprudência estrangeira, em outros países que têm a tradição, como nos EUA por exemplo. E aí, de acordo com a literatura, para que precedentes vinculantes sejam revistos, além de todo um procedimento diferenciado, ser submetido ao Pleno, ter *amicus curiae*, etc... Coisa que a ADC por exemplo poderia vir a ter, tem que haver dois... Tem que haver um requisito substancial que é, aquele precedente tem que ser obsoleto. Ele não pode mais representar aquilo que a sociedade espera ou quer. Ou ele tem que ter estudos, enfim. Tem que ser demonstrado que ele não se coaduna mais com a realidade social, ou então que ele se mostrou muito maléfico para as instituições, causou danos, enfim... Tem lá uma... Com base... Eu posso até mostrar aqui, a doutrina, mostrando na verdade que não... Assim, em uma palavra, ele tem que ser obsoleto. Não representar mais o sentimento daquela sociedade, etc. e tal. E o precedente da execução provisória da pena, formado em 2016, ou seja, a menos de dois anos, dois anos e meio. Porque foi postergando... Enfim, formado a pouco tempo, ele não obedecia, ao nosso ver, os requisitos que as cortes que adotam os precedentes obrigatórios usam para poder rever seus próprios precedentes. O que mais se fala nos livros, na jurisprudência da suprema corte americana, sobre revisão de precedentes obrigatórios, é que não é o fato de mudança de ministros... Assim, o simples fato de haver uma nova composição de ministros, ou de ministros mudarem de ideia, não pode justificar mudança de precedente obrigatório sob pena de ruir toda a lógica de um precedente obrigatório. E era isso que a gente colocava nas nossas defesas. A PGR fez inúmeros memoriais. Todos os tipos de memoriais, apresentamos ministros por ministros. E a própria ministra Rosa Weber. Entregamos... Porque a gente sabia, na época do HC do Lula, quando foi para o Pleno, a gente sabia que a ministra Rosa seria o fiel da balança e a gente sabia que a posição de mérito dela era pela... ela era contra a execução provisória da pena. Mas a gente tinha esperança, até mesmo por conta de outros precedentes da ministra Rosa Weber em que ela mesma falava da importância de se seguir precedente. Da importância da instituição do Supremo. E de fato, no julgamento do HC, ela, baseada nesse tipo de pensamento de que dois anos, dois anos e meio

depois, não tinha razão para você rever o precedente de 2016. Eu estou falando e nem sei mais qual é a pergunta.

Victor Trigueiro: A pergunta é: Qual é a sua percepção... Deixa-me só retomar aqui, só para encaminhar. Então, no julgamento do HC cujo réu era o presidente Lula, se formou uma convicção ali, com alteração do voto do Ministro Gilmar, do Ministro Dias Toffoli, e a apresentação de voto da Ministra Rosa, a maioria se formou ali anunciada no sentido de que, se a ADC fosse colocada em pauta, certamente o entendimento seria alterado. E do HC... Da conclusão de julgamento do HC para frente, para a Ministra Cármen, até o final da sua gestão, não pautou os casos. A percepção do ministério público em relação a este fato... O que pode ter influenciado a Ministra Cármen para, ciente de que havia uma maioria nova no Supremo já anunciada em plenário, o que pode ter levado ela a resistir e não incluir os casos de julgamento considerando o valor liberdade que estava em jogo. E aqui não era só a liberdade do ex-presidente Lula, mas a liberdade de todas as pessoas que estavam recolhidas...

Luana Vargas: Pode ter certeza que a grande maioria eram criminosos de colarinho branco. Porque gente pobre vai à prisão por outros motivos. É previsão preventiva, é... Primeiro que começa em flagrante. Aí vai para a preventiva e nunca mais sai. Mas enfim, posso responder sobre a Ministra Carmen?

Victor Trigueiro: Claro, claro.

Luana Vargas: Olha, não sei. A Ministra Carmen é uma ministra muito fechada. Na verdade, tive contato com ela anos depois, dois anos depois por causa de um outro julgamento, quando fui apresentar o memorial lá junto com o... Enfim, meu chefe na época. Mas nessa época da execução provisória da pena eu não tinha contato nenhum com a Ministra Carmen. Ela era muito fechada. Os assessores da Ministra Carmen não recebem... Só quem recebe parte, seja algum outro órgão público, alguma outra instituição que defende órgão público ou partes privadas, só quem recebe é a própria Ministra. Nós não temos acesso aos assessores dela. Ela é muito rígida. Então não tenho nenhuma informação sobre o que se passou pela cabeça dela. Olhando de fora, ao meu ver, foi integridade. Foi integridade, foi sentimento do que é correto e do que não é correto. Como eu disse, naquele momento, dois anos depois, três anos depois... Eu falo dois e três por que? Na verdade, mesmo depois do julgamento de 2016, alguns ministros vencidos já se rebelaram contra o precedente obrigatório. Algum tempo depois, um ano e meio depois, por alguns motivos, já se sabia mais ou menos que o Ministro Dias Toffoli poderia

mudar de posição, que o Ministro Gilmar também. Eles deixavam nas entrelinhas. O Ministro Toffoli tinha uma posição intermediária no STJ, enfim. O que eu quero dizer é que o precedente de 2016, que foi tomado por uma maioria, obedeceu a todos os requisitos para se tornar vinculante. E, se for pensar apenas no fato de que " Ah, agora temos uma maioria que pensa diferente". Meses depois ele já teria sido revisto. Só que não é esse o critério, segundo cortes dos países que têm uma tradição de precedente obrigatório, que tentamos introduzir. Porque depois desse caso da execução provisória da pena, eu acho que não existe mais respeito a precedente obrigatório no país. Mas, enfim, a tradição desses países que o Brasil estava tentando seguir, dizia que não era circunstância de ministro mudarem de ideia, que foi o que aconteceu com Gilmar e Toffoli, que foi suficiente para levar a julgamento de novo, para discutir tudo de novo, para que esses dois ministros deem sua opinião diferente. Então, um país sério jamais faria isso. Um país que respeita, um tribunal sério não faz isso. Eu acho que foi pensando nisso que a Ministra Cármen Lúcia, mesmo levando grito, pressão da maioria masculina do tribunal, ficou muito firme. Pressão de mídia, pressão de apoiadores do ex-presidente. Ela se manteve firme, no entendimento de que não estão presentes os critérios, nenhum critério, para voltar a julgar. O fato de o ministro mudar de ideia não é critério. E, além disso, não havia, como não há até hoje, nenhum estudo dizendo que depois de 2016, como a situação penitenciária... Ou melhor, como a situação penitenciária piorou de uma forma dramática. As penitenciárias do Brasil sempre foram povoadas por pessoas pretas e pobres. Não teve nenhum precedente, nenhum estudo mostrando que a execução provisória da pena agravou essa desigualdade. Isso é uma desigualdade, né. Porque, é claro que não são só pessoas pretas e pobres que cometem crimes. Provavelmente nem cometem os mais graves. Tem pessoas, uma grande parcela da população comete crimes bem mais graves, e por conta da sua classe social e outras coisas, não é presa. Então não teve nenhum estudo, e nem deu tempo, porque foi tão rápido tudo, que mostrasse que o impacto da decisão de 2016, foi um impacto negativo. Não teve, entendeu? Então, a Ministra Carmem entendeu que não era a ocasião. Que seria desprestigiar a própria suprema corte levar tão pouco tempo depois um julgamento novamente ao Pleno.

Victor Trigueiro: Legal. Eu vou te fazer, Luana, uma última pergunta e se, por um acaso não der tempo nesses últimos cinco minutos finais a gente abre uma última conferência só para finalizar. Você mesma recordou que o contexto, um dos grandes contextos dessa discussão, era exatamente a prisão do ex-presidente Lula. E você também disse que a postura da Ministra Carmém de preservar a integridade desse precedente, foi determinante para que esse entendimento se mantivesse. E em se mantendo esse entendimento...

Luana Vargas: Primeiro... rapidinho

Victor Trigueiro: Hum

Luana Vargas: Deu uma cortada.

Victor Trigueiro: Tá. Deixa-me repetir. Retomando o raciocínio. O contexto dessa discussão toda envolvia a prisão do ex-presidente Lula, né? E a manutenção desse entendimento, é que naquele ano de 2018 se deveu, como você também identificou, à postura da Ministra Cármem que, ao preservar a integridade do precedente da corte, não submeteu esse caso a julgamento, embora já houvesse uma nova maioria anunciada. Considerando esses fatos, é possível concluir, ou faria sentido se concluir que, a decisão sobre a inclusão ou não desses casos na pauta do Supremo, ela repercute para além do processo judicial e afeta diretamente o processo eleitoral de 2018?

Luana Vargas: De 2018?

Victor Trigueiro: Isso.

Luana Vargas: Eu não... Defina "afeta".

Victor Trigueiro: Veja só. Havia um ex-presidente preso, em 2018. Um presidente que já havia se mostrado, em outro momento, muito capaz de fazer transferência de votos aos seus candidatos. E esse presidente, então, estava preso por uma condenação em segunda instância e essa prisão foi mantida pela não submissão dessas ADCs. Porque se elas tivessem sido submetidas, muito provavelmente o entendimento seria revertido. Então, de uma forma direta ou indireta, esse entendimento permaneceu... A manutenção desse entendimento de alguma forma manteve o ex-presidente Lula cumprindo prisão após condenação à segunda instância. Então esta decisão de não pautar esse caso do plenário no Supremo, de alguma forma, pode ter influenciado o processo eleitoral? A pergunta é mais estrita, vendo esse exemplo, mas poderíamos ampliá-la para verificar se a decisão de pautar um processo repercute de forma grave a sociedade de diversas formas. Seja por uma discussão de prisão em segunda instância ou por qualquer outro tema que o Supremo Tribunal Federal venha a se pronunciar. E um presidente que tem competência para decidir se pauta ou não, decide ou não por pautar esse caso.

Luana Vargas: Ih, vai acabar. A gente vai ter que...

Victor Trigueiro: Tá. Eu vou abrir a próxima e finalizamos, está bom?

Luana Vargas: Eu já posso, já vou responder. Retomando aqui, Trigueiro, antes de eu responder se a decisão de não pautar as ADCs influenciou as eleições de 2018, inevitavelmente, Trigueiro, os casos que o sistema de justiça recebe, qualquer tipo de caso, que o sistema recebe, mas ainda mais os penais, os que tem a ver com o crime, quando envolve pessoas públicas, no caso políticos, que têm pretensões de cargos, ou de se candidatar, ou de serem nomeados para algum cargo, as decisões tomadas pelos atores nesse sistema de justiça, elas não ficam circunscritas ao processo no qual elas foram tomadas. O processo retrata um conflito da vida e esse conflito da vida, acontece na vida real. Isso tem consequências em toda a esfera, em várias esferas. Às vezes por conta de uma decisão de um procurador, de denunciar alguém. Essa pessoa perde o emprego, a esposa se separa, perde uma eleição. Por outro lado, por conta da decisão do Ministério Público de não denunciar alguém que poderia ser denunciado, mas, na cabeça do Ministério Público não tem provas, e não foi denunciado, e por conta disso, o seu opositor que ganharia a eleição, não vai ganhar. O que eu quero dizer é que: várias decisões tomadas pelos atores que atuam no sistema de justiça, repercutem na vida real, e quando se trata de político, ainda mais políticos como o ex-presidente Lula. Políticos que têm uma longa história de vida pública, já tinha sido presidente duas vezes. O político mais famoso brasileiro no mundo, é claro que as decisões tomadas pelo sistema de justiça, a respeito do ex-presidente Lula, vão repercutir de milhões de formas. Mas falando por mim, eu posso dizer que na grande maioria das vezes, no meu caso, 100% das vezes, e eu imagino que no caso de colegas também na maioria das vezes, você toma uma decisão, que você não tem nem condição de fazer a projeção das consequências, projetar futuras consequências daquela decisão. Ainda que você possa fazer um exercício de projetar consequência, muitas vezes dependendo de quem toma decisão, e isso depende da linha de pensamento, da forma de ver o mundo desse ator, ele tenta ao máximo decidir com base nas suas convicções, como se você não estivesse vendo quem é a pessoa que está ali. Entende o que eu estou querendo dizer? Muitas vezes esse sujeito que atua no sistema de Justiça, ele tenta decidir sem se influenciar pelo personagem envolvido. Ele tenta decidir como ele decidiria em relação a qualquer outra pessoa, e de acordo com as suas convicções de origem, morais, sobre o que você acha certo ou errado? Deixa só eu fechar aqui a porta, rapidinho. Feita essa introdução, é claro que a decisão da Ministra Cármen de não pautar teve uma série de consequências. Para a vida pessoal dela, para a vida pessoal do ex-presidente Lula. E teve, sim, consequências para o ex-presidente Lula, porque naquele ano ele não pode concorrer. Da mesma forma, se ela tivesse pautado, ela também teria influenciado de forma

completamente decisiva, aquele pleito. Sendo que se ela tivesse pautado, provavelmente ela só teria feito, porque era o presidente Lula. Porque a convicção dela era de que tinha um precedente vinculante super recente, não é porque os ministros mudaram de ideia, que eu vou pautar. Essa era a convicção dela. Se ela tivesse pautado, era porque era o presidente Lula, entendeu? Então, a decisão dela influenciou, se estivesse sido exatamente no sentido oposto, teria influenciado igualmente. Na minha opinião pessoal, é claro que eu sou parcial. Se ela tivesse pautado, ela teria agido de forma a passar por cima de um presidente vinculante, por cima das convicções dela, sobre o respeito que deve-se ter aos presidentes vinculantes, para influenciar na vida eleitoral de uma pessoa. E eu acho que ela teria incorrido em algo que não se espera de um jogador.

Victor Trigueiro: Ótimo. Uma última pergunta agora para finalizar. A reversão do entendimento em 2019, na sua percepção, na percepção do Ministério Público, foi um dos elementos que enfraqueceu a Lava Jato?

Luana Vargas: A partir de então, foi só ladeira abaixo. Acho que foi sim. Foi um duro golpe a todo um combate à criminalidade econômica no País. E a Lava Jato, claro, foi um dos grandes exemplos de esforço concentrado para combater a criminalidade econômica no País. Uma pena mesmo, porque eu particularmente tenho uma crença que se não tivesse sido um caso envolvendo o ex-presidente Lula, talvez ele teria esse precedente até hoje. É porque não é tão comum ministros em tão pouco tempo depois mudarem de opinião e muito menos temas serem levados novamente pelo pleno rapidamente, sem um motivo maior, é meio que inédito. Eu não sei de outro caso, de precedente vinculante recente que dois, três anos depois tenha sido alterado pela Suprema Corte. Eu tenho para mim que se não fosse as circunstâncias específicas daquele momento, de ter um ex-presidente envolvido, talvez esse precedente de todo o ano de 2016, que ele foi formado, ele teria se mantido até hoje e sinceramente ele vale muito mais do que o presidente Lula, está solto ou está preso. Na minha opinião. Ele era muito importante para o País. Para o País se manter minimamente no rumo de uma política criminal, um pouco menos desigual. É só olhar a teoria do homem racional. Esse povo todo, que você vê que, sem esse precedente é muito complicado você esperar que certos criminosos, que tem uma certeza em impunidade. E se elas querem maximizar seus ganhos, muitas delas vão acabar entrando na criminalidade econômica porque o custo benefício vale. Enquanto isso nós temos desde a década de 70, que é a estatística mais antiga que eu conheço, não conheço a anterior. Ou melhor, desde a década de 70 não. Desde o início do século XX. Uma população carcerária, que de 77%, é formada por pretos ou pardos, pobres, sem escolaridade, enquanto os criminosos, talvez

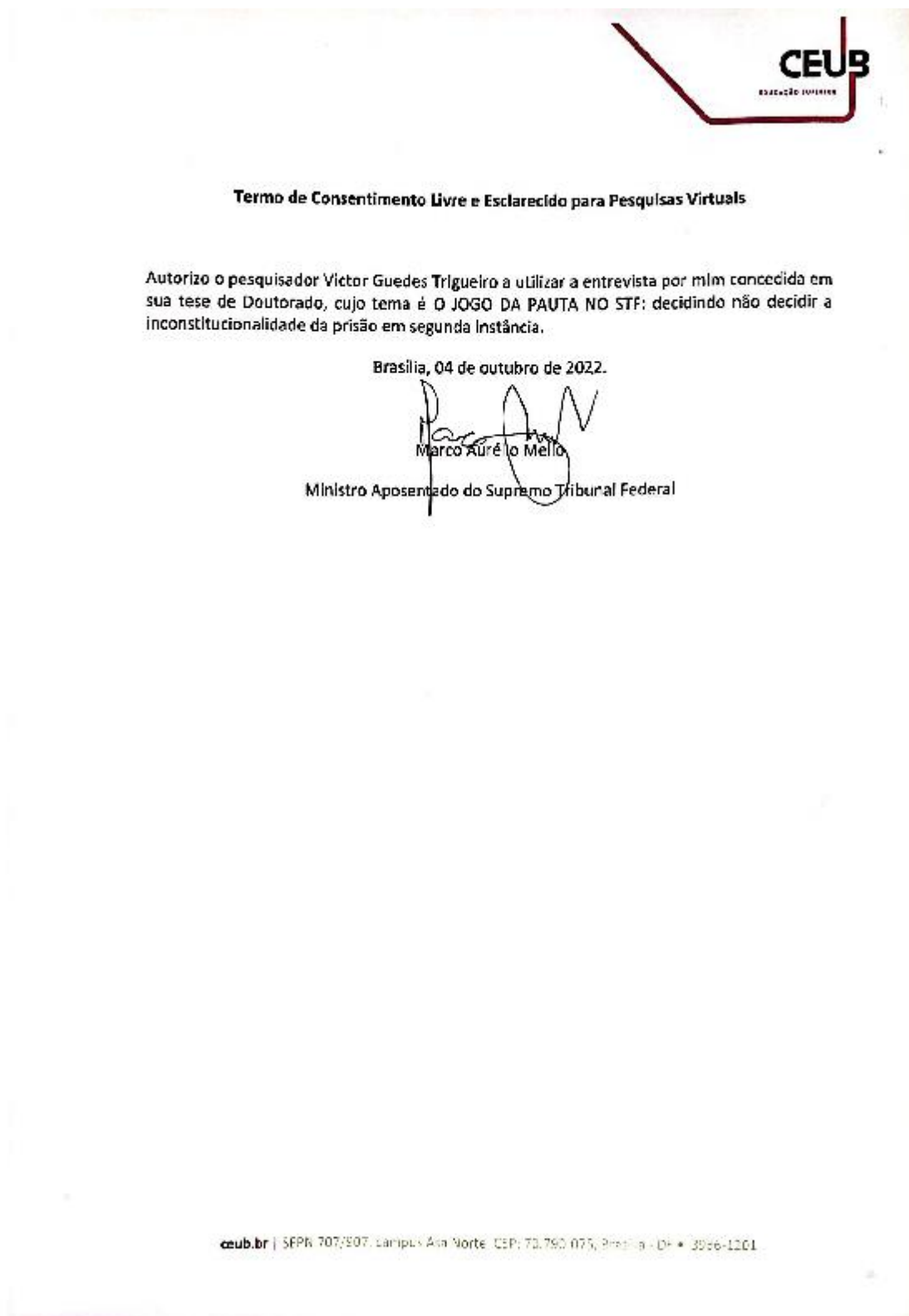


os mais perigosos, sempre conseguem escapar do sistema de justiça penal. Ou seja: é um País desigual em todos os aspectos. Se a nossa sociedade é desigual economicamente, isso se reflete no sistema de justiça que trata muito desigual, os seus criminosos. Não consigo imaginar como isso pode ser mudado, enquanto você precisar esgotar todas as instâncias, que está no STF, uma sentença condenatória. E ao mesmo tempo o sistema permitir como permite: um número ilimitado de recursos, e a prescrição correndo até o final. Essa combinação de fatores, torna virtualmente impossível, algumas pessoas serem presas no País. Basicamente quem tiver dinheiro para pagar. Vai apelar para um bom advogado. Esse precedente de 2019, impactou muito a Lava Jato, como todas as operações, ou tentativas de combater a criminalidade dos ricos e poderosos. Me impactou bastante, e depois disso foi ladeira abaixo, não é? Muitos precedentes ruins, do supremo, e alguns precedentes do supremo atingiram pontos estruturais, no combate ao crime, como o precedente que mandou para a Justiça Eleitoral, processos que tratam de crime eleitoral, com anexos a crimes de corrupção, por exemplo. Esse precedente foi pouco tempo depois, nem sei se foi depois. Esse precedente foi muito ruim, mas o que eu quero dizer é que tiveram precedentes estruturalmente ruins, depois desse das ADCs e outros precedentes pontualmente ruins, que livraram da prisão, ou anularam processos de A, B, C, D, ou E, ao meu ver, só porque eram A, B, C, D, E, ou seja: realmente eu acho que depois desse precedente, ele foi só o início do fim.

Victor Trigueiro: Luana, eu encerro aqui as minhas perguntas. Te agradeço mais uma vez, pelo seu tempo, sua disponibilidade, eu vou encerrar aqui a gravação e falamos mais dois minutinhos. Muito obrigado.

Luana Vargas: Agradeço muito. Boa sorte.

## APÊNDICE A



## APÊNDICE B



### **Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para Pesquisas Virtuais**

Você está sendo convidado(a) a participar como voluntário(a) do estudo O JODO DA PAUTA NO STF: decidindo não decidir as ADCs 43, 44 e 54, DESENVOLVIDO POR UM PESQUISADOR DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. O nome deste documento que você está lendo é Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que visa assegurar seus direitos como participante.

Sua colaboração neste estudo será de muita importância para mim, mas se desistir a qualquer momento, isso não lhe causará prejuízo. Antes de decidir se deseja participar (de livre e espontânea vontade) você deverá ler e compreender todo o conteúdo.

A pesquisa tem como objetivo identificar se o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF oferece ao seu presidente a oportunidade de se engajar em comportamentos estratégicos. Através de um estudo de caso, busca-se refletir sobre os fatores extrajurídicos que provocaram a não inclusão em pauta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal.

Sua participação consiste em conceder uma ENTREVISTA, na qual o entrevistado terá a oportunidade de apresentar a sua visão sobre o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF.

Com sua participação nesta pesquisa você poderá descrever os benefícios ou malefícios da concentração da competência para elaboração da pauta de julgamentos no Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sua participação é voluntária. Você não terá nenhum prejuízo se não quiser participar. Você poderá se retirar desta pesquisa a qualquer momento, bastando para isso entrar em contato com o pesquisador responsável. Também deverá ser esclarecido quanto ao direito do

participante de responder qualquer pergunta.

Conforme previsto pelas normas brasileiras de pesquisa com a participação de seres humanos, você não receberá nenhum tipo de compensação financeira pela sua participação neste estudo.

Seus dados serão manuseados somente pelos pesquisadores e não será permitido o acesso a outras pessoas. Os dados e instrumentos utilizados (por exemplo, fitas, entrevistas, questionários) ficarão guardados sob a responsabilidade de VICTOR GUEDES TRIGUEIRO, com a garantia de manutenção do sigilo e confidencialidade, e arquivados por um período de 5 anos; após esse tempo serão destruídos. Os resultados deste trabalho poderão ser apresentados em encontros ou revistas científicas.

Se houver alguma dúvida referente aos objetivos, procedimentos e métodos utilizados nesta pesquisa, entre em contato com os pesquisadores responsáveis: VICTOR GUEDES TRIGUEIRO, [VGTRIGUEIRO@GMAIL.COM](mailto:VGTRIGUEIRO@GMAIL.COM), 71 991038831. Também, se houver alguma consideração ou dúvida referente aos aspectos éticos da pesquisa, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário de Brasília (CEP-UniCEUB), que aprovou esta pesquisa, pelo

[ceub.br](http://ceub.br) | SEPN 707/907, campus Asa Norte, CEP: 70.790-075, Brasília - DF • 3966-1201

**CEUB**  
EDUCAÇÃO SUPERIOR

telefone **3966-1511** ou pelo e-mail [cep.uniceub@uniceub.br](mailto:cep.uniceub@uniceub.br). Também entre em contato para informar ocorrências irregulares ou danosas durante a sua participação no estudo.

Brasília, 6 de junho de 2022

De acordo com os termos da entrevista.

  
Felipe Recondo



## APÊNDICE C



### Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para Pesquisas Virtuais

Você está sendo convidado(a) a participar como voluntário(a) do estudo O JOGO DA PAUTA NO STF: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, DESENVOLVIDO POR UM PESQUISADOR DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. O nome deste documento que você está lendo é Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que visa assegurar seus direitos como participante.

Sua colaboração neste estudo será de muita importância para mim, mas se desistir a qualquer momento, isso não lhe causará prejuízo. Antes de decidir se deseja participar (de livre e espontânea vontade) você deverá ler e compreender todo o conteúdo.

A pesquisa tem como objetivo identificar se o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF oferece ao seu presidente a oportunidade de se engajar em comportamentos estratégicos. Através de um estudo de caso, busca-se refletir sobre os fatores extrajurídicos que provocaram a não inclusão em pauta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal.

Sua participação consiste em conceder uma ENTREVISTA, na qual o entrevistado terá a oportunidade de apresentar a sua visão sobre o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF.

Com sua participação nesta pesquisa você poderá descrever os benefícios ou malefícios da concentração da competência para elaboração da pauta de julgamentos no Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sua participação é voluntária. Você não terá nenhum prejuízo se não quiser participar. Você poderá se retirar desta pesquisa a qualquer momento, bastando para isso entrar em contato com o pesquisador responsável. Também deverá ser esclarecido quanto ao direito do participante de responder qualquer pergunta.

Conforme previsto pelas normas brasileiras de pesquisa com a participação de seres humanos, você não receberá nenhum tipo de compensação financeira pela sua participação neste estudo.

Seus dados serão manuseados somente pelos pesquisadores e não será permitido o acesso a outras pessoas. Os dados e instrumentos utilizados (por exemplo, fitas, entrevistas, questionários) ficarão guardados sob a responsabilidade de VICTOR GUEDES TRIGUEIRO, com a garantia de manutenção do sigilo e confidencialidade, e arquivados por um período de 5 anos; após esse tempo serão destruídos. Os resultados deste trabalho poderão ser apresentados em encontros ou revistas científicas.

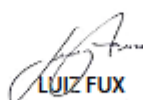
Se houver alguma dúvida referente aos objetivos, procedimentos e métodos utilizados nesta pesquisa, entre em contato com os pesquisadores responsáveis: VICTOR GUEDES TRIGUEIRO, [VGTRIGUEIRO@GMAIL.COM](mailto:VGTRIGUEIRO@GMAIL.COM), 71 991038831. Também, se houver alguma consideração ou dúvida referente aos aspectos éticos da pesquisa, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário de Brasília (CEP-UniCEUB), que aprovou esta pesquisa, pelo



telefone 3966-1511 ou pelo e-mail [cep.uniceub@uniceub.br](mailto:cep.uniceub@uniceub.br). Também entre em contato para informar ocorrências irregulares ou danosas durante a sua participação no estudo.

Brasília, de julho de 2022.

De acordo com os termos da entrevista.



LUÍZ FUX

Presidente do Supremo Tribunal Federal

## APÊNDICE D



### **Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para Pesquisas Virtuais**

Você está sendo convidado(a) a participar como voluntário(a) do estudo O JODO DA PAUTA NO STF: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, DESENVOLVIDO POR UM PESQUISADOR DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. O nome deste documento que você está lendo é Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que visa assegurar seus direitos como participante.

Sua colaboração neste estudo será de muita importância para mim, mas se desistir a qualquer momento, isso não lhe causará prejuízo. Antes de decidir se deseja participar (de livre e espontânea vontade) você deverá ler e compreender todo o conteúdo.

A pesquisa tem como objetivo identificar se o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF oferece ao seu presidente a oportunidade de se engajar em comportamentos estratégicos. Através de um estudo de caso, busca-se refletir sobre os fatores extrajurídicos que provocaram a não inclusão em pauta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal.

Sua participação consiste em conceder uma ENTREVISTA, na qual o entrevistado terá a oportunidade de apresentar a sua visão sobre o modelo de elaboração da pauta de julgamentos do plenário presencial do STF.

Com sua participação nesta pesquisa você poderá descrever os benefícios ou malefícios da concentração da competência para elaboração da pauta de julgamentos no Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sua participação é voluntária. Você não terá nenhum prejuízo se não quiser participar. Você poderá se retirar desta pesquisa a qualquer momento, bastando para isso entrar em contato com o pesquisador responsável. Também deverá ser esclarecido quanto ao direito do participante de responder qualquer pergunta.

Conforme previsto pelas normas brasileiras de pesquisa com a participação de seres humanos, você não receberá nenhum tipo de compensação financeira pela sua participação neste estudo.

Seus dados serão manuseados somente pelos pesquisadores e não será permitido o acesso a outras pessoas. Os dados e instrumentos utilizados (por exemplo, fitas, entrevistas, questionários) ficarão guardados sob a responsabilidade de VICTOR GUEDES TRIGUEIRO, com a garantia de manutenção do sigilo e confidencialidade, e arquivados por um período de 5 anos; após esse tempo serão destruídos. Os resultados deste trabalho poderão ser apresentados em encontros ou revistas científicas.

Se houver alguma dúvida referente aos objetivos, procedimentos e métodos utilizados nesta pesquisa, entre em contato com os pesquisadores responsáveis: VICTOR GUEDES TRIGUEIRO, [VGTRIGUEIRO@GMAIL.COM](mailto:VGTRIGUEIRO@GMAIL.COM), 71 991038831. Também, se houver alguma consideração ou dúvida referente aos aspectos éticos da pesquisa, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário de Brasília (CEP-UniCEUB), que aprovou esta pesquisa, pelo



telefone **3966-1511** ou pelo e-mail **cep.uniceub@uniceub.br**. Também entre em contato para informar ocorrências irregulares ou danosas durante a sua participação no estudo.

Brasília, 12 de setembro de 2022.

De acordo com os termos da entrevista.

*Luana Vargas Macedo*  
Luana Vargas Macedo

Procuradora da República