

**COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ALTEROU SEU LUGAR NA ARENA POLÍTICA VIA
MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA**

Paulo Alkmin Costa Júnior
Doutor em Ciência Política – UFMG
pauloalkmincjr@gmail.com

Eixo Temático

Poder Judicial, Judicialización de la Política, Justicia Transicional

Paper preparado para apresentação no XI Congresso Latino-Americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-Americana de Ciência Política e a Associação Chilena de Ciência Política, Santiago, Chile, 21, 22 e 23 de julho de 2022

RESUMO: Embora as pesquisas em *judicial politics* tenham desde logo reconhecido a existência de um influente Supremo Tribunal Federal - STF, como consequência do generoso desenho institucional legado pelos constituintes originários de 1988, a passagem do tempo parece ter produzido uma corte cujo papel na vida política brasileira não mais se assemelha ao que inicialmente foi descrito como o de “fiéis servidores do regime”. A perspectiva desse trabalho é a de essa mudança não se explica apenas por fatores exógenos ao STF, mas também pela agência de atores motivados que, buscando espaços de interpretação das normas em conjunturas políticas favoráveis, conseguiram deslocar ao longo do tempo o lugar político da instituição a que pertencem, num claro processo de mudança institucional endógena. A partir do reconhecimento da existência de duas dimensões de compreensão do papel do STF, a macro institucional e a micro individual, procuramos articular um modelo teórico que demonstre como interagem o que denominamos como as Ilhas e o Continente. Neste modelo teórico jogam papel chave o uso estratégico de recursos institucionais postos à disposição dos Ministros, as características de diferentes composições da Corte ao longo do tempo e o modo como o que denominamos uma “retórica neoconstitucionalista” influencia o desempenho do STF no exercício do *judicial review*. As unidades de análise utilizadas foram entrevistas realizadas com Ministros do STF (na ativa e aposentados) e a apresentação de casos paradigmáticos com potencial explicativo do quanto articulado teoricamente.

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

Introdução - O Continente e as Ilhas

O objetivo deste texto, elaborado a partir da pesquisa que resultou na tese de doutorado do autor, é o de refletir sobre como o Supremo Tribunal Federal - STF, a partir da ação individual de alguns Ministros, atuou para reconfigurar seu

lugar na arena política brasileira, obtendo um protagonismo que mesmo o generoso desenho institucional de 1988 não permitia inicialmente prever.

Na primeira seção, fazemos uma breve reflexão sobre a importância de fatores exógenos e endógenos para estabelecer o lugar de uma instituição na arena política. Reconhecemos a importância de fatores exógenos para a trajetória das instituições, mas sublinhamos a necessidade de atentarmos para a importância da contribuição dada pela ação endógena de atores motivados para avançar suas agendas, seja internamente ou além das próprias instituições. Buscamos então apresentar como a literatura neoinstitucionalista aborda o processo de mudança institucional endógena. Por fim, discorreremos sobre o mecanismo usualmente adotado pelas cortes constitucionais na promoção de mudança institucional endógena, o *judicial review*¹. Na seção seguinte, procuramos demonstrar que o mero exercício do *judicial review* não é condição suficiente para a mudança institucional endógena, descrevendo como a exploração estratégica de variáveis como contexto político favorável, mudanças geracionais na composição da corte, opinião pública e a apropriação estratégica de uma teoria menos ortodoxa de interpretação constitucional auxiliaram Ministros do STF a aumentar a centralidade política da corte. Na seção seguinte, conferimos especial atenção para outra importante variável de promoção da mudança institucional endógena, a utilização estratégica dos recursos institucionais de que dispõem os Ministros do STF no exercício de sua competência jurisdicional. Analisamos a formação da agenda de julgamentos, o papel do Presidente da corte, do Ministro relator, dos demais Ministros, a interação entre estes e também destes com a sociedade via TV Justiça. Na conclusão, buscamos correlacionar os temas, de modo a demonstrar que a mudança institucional endógena de fato depende da conjunção de vários fatores para ocorrer, mas que, no caso brasileiro, joga um papel importante como fator explicativo para a centralidade política alcançada pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante notar que esta perspectiva de pesquisa demandou que pensemos constantemente o STF em duas dimensões, a macro institucional e a

¹ *Judicial review* é a expressão em inglês usualmente utilizada para designar a atividade de interpretação da Constituição pelas cortes constitucionais.

micro individual. Por isso a menção, no título da introdução, às Ilhas, expressão que nos últimos anos se popularizou na imprensa especializada para designar os Ministros e seu modo por vezes pouco colegiado de atuar, mas que advém de uma representação imagética por vezes usada pelos próprios membros da corte: a de que o STF seria composto por Onze Ilhas que, sob ataque, se transformam num Continente.

1. A mudança institucional endógena e as cortes constitucionais

1.1A importância de fatores exógenos para o desempenho institucional do STF e sua apropriação pela ação endógena de seus Ministros

Não discordamos da perspectiva pela qual fatores exógenos têm um papel explicativo importante para que possamos entender a centralidade política atingida pelo STF. Afinal, o custo de acesso à corte é baixo para inúmeros atores políticos, que por isso têm muitos incentivos para promover sua mobilização. Também a fragmentação partidária que marca o quadro político brasileiro costuma ser descrita como um fator que dificulta a reação do Legislativo e do Executivo quando o STF eventualmente avança sobre competências que lhes seriam típicas. Convém ainda assinalar que esta perspectiva exógena tem acolhida em literatura de *judicial politics* sobre o tema no Brasil (COUTO e ARANTES, 2006; TAYLOR e DA ROS, 2008; BARBOSA, 2015) e no exterior, quando se abordam fatores explicativos do aumento do poder das cortes constitucionais (FEREJOHN, 2002; GINSBURG 2003; FEREJOHN, ROSENBLUTH, SHIPAN, 2007; FINKEL 2008; HIRSCHL, 2009; BRINKS, 2011)

Não se questiona, portanto, que a ação exógena do constituinte de 1988 resultou num desenho de uma corte dotada de importantes recursos institucionais. Esse desenho foi inclusive reforçado posteriormente a 1988, via emendamento constitucional ou legislação ordinária². Típica mudança institucional exógena provocada pelo interesse do Executivo (e de suas

² Como exemplo podemos citar a Emenda Constitucional 03/93 e a Lei 9868/99, que permitiu ao STF fixar o marco temporal a partir do qual uma lei passaria eventualmente a ser considerada (in) constitucional (art. 27), ou se valer do mecanismo da interpretação conforme a Constituição (art. 28).

lideranças no Legislativo) em dotar o STF de novos recursos institucionais para controlar as instâncias inferiores da magistratura, à época muito acionadas por atores políticos que buscavam atuar nos moldes descritos por TAYLOR (2008)³.

Com o passar do tempo, porém, esses recursos passaram a ser mobilizados pelos Ministros de maneiras possivelmente imprevistas (e certamente não desejadas) pela elite política que os concedera. É sobre esse fenômeno que buscamos centrar nossa atenção.

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

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

³ O autor buscou demonstrar que o STF, dado o seu desenho institucional, tem a natureza de um *veto point*, o que torna relevante saber quem tem a habilidade de mobilizar a corte, em quais circunstâncias e em quais assuntos. Conclui que este acionamento atende, via de regra, a quatro possíveis objetivos: a) declarar oposição a uma política pública; b) retardar sua implementação; c) desacreditá-la; d) impedir sua implementação.

HALL e TAYLOR (2003) destacam ainda dois outros pontos caros aos neo-institucionalistas históricos: a) a idéia de que as instituições “... conferem a certos grupos ou interesses um acesso desproporcional ao processo de decisão”, e as conseqüências que disto decorrem em termos de benefícios e prejuízos aos atores envolvidos; b) a defesa “... de uma causalidade social dependente da trajetória percorrida, “*path dependent*”, a qual rejeita a idéia de que os mesmos resultados institucionais podem ser obtidos em todo lugar se adotados certos desenhos institucionais “... em favor de uma concepção segundo a qual estas forças são modificadas pelas propriedades de cada contexto local, propriedades essas herdadas do passado”.

De outro lado, os neoinstitucionalistas da escolha racional passaram a levar em conta as instituições quando se depararam com um importante dilema de ação coletiva (HALL e TAYLOR, 2003; ROTHSTEIN, 2000): se os postulados da escolha racional estavam corretos, a conduta dos atores no sentido de maximizar suas preferências deveria dificultar a formação de maiorias estáveis no Congresso norte-americano, mas os dados colhidos mostravam o contrário. A explicação encontrada foi o papel desempenhado pelas instituições, entendidas como aquelas que forneciam as regras do jogo e, assim, impunham constrangimentos ao arco de escolhas estratégicas dos atores políticos, ordenando suas preferências; as instituições são vistas como fatores exógenos pelos neoinstitucionalistas da escolha racional, e ordenam as preferências dos agentes ao fornecer meios de melhor calcular os custos para o alcance de suas escolhas prioritárias. Estas, por sua vez, são consideradas como previamente dadas, de modo que o foco analítico, segundo PERES (2007), é “... exclusivamente circunscrito ao processo de tomada de decisão, num contexto em que as preferências já estão estruturadas e que são restringidas por um certo tipo de arranjo institucional”.

Embora tenha inegável valor metodológico, o neoinstitucionalismo, especialmente em sua importante vertente histórica, tem sido objeto de críticas por conta do excessivo foco em fatores exógenos como indutores da mudança institucional no tempo. A crença de que a trajetória dependente induzida pelo desenho inicial tenderia a gerar uma lógica de auto-reforço em determinados padrões de desempenho institucional, os quais teriam pouco espaço para alterações ao longo do tempo (essas ocorreriam notadamente em situações de

conjuntura crítica derivadas de fatores externos, ou pela interação entre instituições), tem sido objetada pela necessidade de se reconhecer que a percepção de mudança institucional no tempo pode demandar horizontes temporais mais longos para ser corretamente identificada (PIERSON, 2004), e pode ser também provocada por fatores endógenos às instituições, ao contrário dos pressupostos teóricos da primeira geração de estudos neoinstitucionalistas.

Note-se, porém, que não se está a negar que fatores exógenos possam contribuir para a mudança institucional, seja de modo incremental, seja em momentos de maior instabilidade institucional; no que diz respeito ao Poder Judiciário, pensamos que fatores exógenos e endógenos podem se combinar para a produção de mudança institucional. As lições de PIERSON (2004) sobre a importância que o momento e a sequência de determinadas ocorrências têm para o desenvolvimento institucional posterior (acontecimentos nos estágios iniciais de uma nova realidade institucional podem gerar uma rota que torne difícil, ou até mesmo impossibilite, a adoção de alguns padrões posteriores de desenvolvimento institucional) devem ser levadas em conta; elas apenas não podem ser consideradas fatores impeditivos da possibilidade de que, em determinadas conjunturas, atores políticos hábeis usem seu poder para produzir mudanças substantivas nas instituições a que pertencem em relação àquela trajetória inicialmente estabelecida.

As instituições não são um obstáculo à agência dos atores, e tampouco determinam rigidamente seu comportamento em direção a uma trajetória específica de desenvolvimento institucional; os que elas fazem é apresentar um conjunto de recursos para atores estratégicos e reflexivos operarem dentro do arco de possibilidades que elas delimitam (MAHONEY e SNYDER). MAHONEY e THELEN (2010), por sua vez, destacam que esse efeito de *path-dependency/lock-in* que muitos neoinstitucionalistas atribuem às instituições é um fenômeno raro, dado que as instituições podem ter um processo evolutivo por várias vias incrementais, as quais somente num intervalo temporal maior podem ser adequadamente percebidas.

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

"A estabilidade não ocorre de modo natural, automático, espontâneo, como sugerem as teorias tradicionais, mas está diretamente ligada aos processos de disputa estratégica dos agentes por recursos e, portanto, sujeita a flutuações de poder."

(...)

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

Como alertam MAHONEY e THELEN (2010), a mudança institucional endógena costuma ocorrer quando problemas de interpretação ou de adesão às regras abrem espaço para a implementação dessas regras de novas maneiras. No Brasil, o exercício do *judicial review* pelo STF foi o meio encontrado para promover mudanças institucionais que lhe conferiam maior centralidade política, sempre que a conjuntura política lhe permitia esse avanço a pretexto de arbitrar o debate constitucional.

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

GINSBURG (2003) descreve muito bem a lógica que ampara esse comportamento:

One thing that all judges may agree on, however, is the need to expand the institutional power of the court. If judges believe they can advance their preferences through deliberation with other members of the court, then it serves the interests of all to expand the power of the court in terms

of jurisdiction and influence. Thus, even when there is disagreement on substantive policy, there may be opportunities for agreement on efforts to expand judicial power. Even if I am in the minority today, I hope to be in the majority tomorrow and need the ability to exercise power when I am. Jurisdiction-expanding decisions serve this function. Each judge can rationally seek advance the long-run institutional power of the court.” (grifos nossos)

Não se trata de uma inovação brasileira, convém frisar, pois a utilização estratégica de disputas judiciais para habilmente fazer avançar a centralidade política de uma corte constitucional está na gênese do *judicial review*. O julgamento do caso *Marbury vs. Madison* é considerado o marco inicial do exercício do *judicial review* pela Suprema Corte norte-americana. Este precedente judicial, o mais famoso de todos os tempos, é frequentemente usado para ilustrar a sagacidade com que o *Chief Justice*⁴ John Marshall utilizou a disputa política entre federalistas e jeffersonianos para fortalecer institucionalmente a Suprema Corte. Marshall concedeu uma vitória ao Presidente (e adversário político) Thomas Jefferson⁵ mas, ao mesmo tempo, conseguiu firmar um precedente estratégico pelo qual era reconhecido o poder da instituição para declarar a inconstitucionalidade de leis.

A disputa em questão, acerca da obrigatoriedade ou não da nomeação de William Marbury (ele era um dos juizes de paz indicados pelos derrotados federalistas no dia anterior da posse de Thomas Jefferson - no evento conhecido como “*the Midnight Judges*”) tinha como pano de fundo a forte desconfiança dos jeffersonianos em relação ao papel político que uma Suprema Corte

⁴ *Chief Justice* é o nome dado ao magistrado que comanda a corte constitucional norte-americana, enquanto a denominação *Associate Justice* é usada para designar seus demais membros. e

⁵ KNIGHT e EPSTEIN (1996, p. 99) anotam que apenas mais tarde Jefferson e os democratas-republicanos compreenderam as implicações estratégicas de *Marbury vs. Madison*. Os autores acrescentam que Jefferson criticou continuamente *Marbury* durante sua vida, inclusive discordando do fato de que, o que seria uma “*obiter dissertation*” (algo dito de passagem e sem caráter vinculante) de Marshall (sobre o poder da Corte derrubar uma lei e impor uma obrigação ao Executivo, como *Marbury* deixava implícito), passar a ser tratado como norma estabelecida.

majoritariamente federalista iria desempenhar naquela época, de modo que a própria sobrevivência política dos *Justices*⁶⁷ estava em risco.

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

Convém lembrar, por fim, que o exercício desta função de revisão das leis emanadas do Legislativo, por parte do Judiciário norte-americano, não era claramente estabelecido na Constituição de 1787 e não se deu sem forte resistência política antes e após *Marbury*. WHITTINGTON (2009) relata que as reações às tentativas iniciais de afirmação do poder de revisão judicial das leis, encetadas por cortes estaduais, incluíram a adoção de legislações proibitivas deste intento, fortes críticas veiculadas por meio da imprensa e ameaças de impeachment a magistrados. Somente em 1803, após exatamente *Marbury vs. Madison*, é que o *Chief Justice* John Marshall obteve condições políticas para afirmar o papel da Suprema Corte como intérprete da Constituição, embora WHITTINGTON (2009) anote que, ainda naquele momento, carecia a mesma de autoridade política para impor aos outros Poderes sua posição estratégica como intérprete final do texto constitucional, o que se deu posteriormente ao cabo de um longo processo histórico cujo relato infelizmente não se comporta no âmbito deste trabalho.

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

A centralidade do *judicial review* para a mudança institucional endógena não implica afirmar que em qualquer processo ou momento a corte constitucional estará em condições de promovê-la. Por isso, na próxima seção exploraremos

⁶ Este é o termo usado para designar os Ministros da corte norte-americana, exceto para seu Presidente, designado como *Chief Justice*.

⁷ O Juiz Federal Pickering chegou a sofrer impeachment e os democratas-republicanos falharam no mesmo intento contra *Justice Chase*, mas os pesquisadores do tema tendem a apontar que o objetivo oculto desta tentativa seria o impeachment posterior do próprio Marshall.

outros fatores, como o contexto político favorável e a adoção de uma teoria de hermenêutica constitucional que torne mais confortável para a corte a alegação de que está apenas a revelar o sentido da constituição, e não a ampliar seus poderes em prejuízo do Legislativo e/ou Executivo.

1.2 A importância do contexto político para a mudança institucional endógena

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

MAHONEY e THELEN⁸ (2010) mencionam ainda outras formas de mudança institucional, mas em relação à *conversion* estabelecem um quadro para tratar das maneiras pelas quais ela pode ocorrer, estruturado em duas questões chaves: a) o contexto político proporciona aos defensores do *status quo* um poder de veto forte ou fraco?; b) a instituição em foco proporciona oportunidades para o exercício discricionário na interpretação ou execução de regras?

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

⁸ Os autores também se referem a outras formas de mudança institucional: a) *displacement*, que ocorre quando regras em vigência são substituídas por outras novas; b) *layering* acontece quando novas regras são sobrepostas a outras já existentes, modificando os meios pelos quais as regras originais estruturavam o comportamento esperado; e c) *drift*, caracterizada quando as regras permanecem formalmente as mesmas, mas há uma mudança em seu impacto como resultado de alterações em contexto externo às instituições. As mudanças por *displacement* tenderiam a ocorrer em contextos políticos em que há baixo potencial discricionário na interpretação e/ou implementação da legislação e, por outro lado, não existe uma forte possibilidade de exercício de poder de veto. O *layering* é mais esperado em contextos com baixo nível discricionário e forte poder de veto. Por fim, o *drift* é esperado em contextos com alto nível discricionário e atores com forte poder de veto.

Com relação ao contexto político, o exame de um exemplo paradigmático talvez possa iluminar a linha de pensamento ora desenvolvida. Ele diz respeito à mudança de tratamento, pelo STF, acerca do instituto do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988⁹.

Embora a origem desse instituto seja controvertida, o que importa, para os fins desse trabalho, é fixar a ideia de que a grande polêmica inicial acerca dele era sobre quais seriam os seus efeitos práticos em caso de deferimento do mandado: ele deveria ser entendido como uma espécie de notificação ao Congresso Nacional acerca de sua omissão em legislar sobre um determinado tema, que estaria a prejudicar a fruição de direitos, ou, pelo contrário, poderia a corte criar uma norma para o caso concreto de maneira a permitir a fruição de um direito até que o Parlamento exercesse sua competência legislativa?

A posição que prevaleceu inicialmente no STF em 1989, muito em função da liderança pessoal e intelectual do Ministro Moreira Alves¹⁰, era a de que o instituto não poderia produzir efeitos concretos porque a corte estaria a exercer indevidamente uma competência tipicamente legislativa; essa posição era claramente deferente ao Poder Legislativo e privilegiava um desenho institucional pelo qual o papel do Poder Judiciário seria menos central na definição de políticas públicas.

Na medida em que o Legislativo continuou a repetidamente ignorar as decisões do STF em mandado de injunção, a corte, no julgamento do MI n. 283/DF em 1991, começou timidamente a alterar sua posição inicial como forma de reagir porque, mesmo deferente aos demais Poderes, o STF precisa também defender sua autoridade em matéria constitucional, sob pena de perder qualquer relevância político-institucional¹¹. Ela passou então a assinalar um prazo para a edição da lei, assegurando ao prejudicado a fruição do direito caso não fosse

⁹ Eis a redação da norma:

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

¹⁰ O Ministro Moreira Alves foi o relator do mandado de injunção n. 107/DF, *leading case* pelo qual o STF firmou sua orientação inicial sobre a aplicação prática do instituto.

¹¹ A leitura das notas taquigráficas da sessão de julgamento corrobora a hipótese de que a reiterada inobservância, pelo Congresso Nacional, das decisões, ainda que deferentes, proferidas pelo STF em mandado de injunção, estavam na raiz dessa mudança tímida de orientação jurisprudencial.

observada sua decisão pelo parlamento; o efeito da decisão, porém, restringia-se ao jurisdicionado que lograra obter aquela decisão favorável.

A grande modificação no instituto do mandado de injunção somente aconteceu em 2007, quando era outra a composição da Corte e já se encontrava aposentado o Ministro Moreira Alves. Seus artífices foram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, notadamente o primeiro¹².

No contexto político em que houve a mudança, o Governo Lula, então em seu segundo mandato, convivia com um grande número de greves no serviço público, encerradas ou não. O STF colocou então em pauta de julgamento 3 mandados de injunção¹³, os quais haviam sido impetrados por diferentes sindicatos e tinham por objeto justamente a regulamentação do direito de greve no serviço público. Esse direito era previsto pelo art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988¹⁴, mas jamais fora regulamentado pelo Congresso Nacional. Como consequência, sendo a greve não apenas um direito constitucional, mas também um fato político, ela era exercida pelos servidores públicos com um grau de liberdade que incomodava o Executivo porque lhe era politicamente custoso impor sanções mais duras aos grevistas, ainda mais para um governo com fortes conexões com o movimento sindical. O Legislativo, por sua vez, também tinha dificuldades de legislar sobre o tema porque poderia desagradar tanto a opinião pública quanto as influentes corporações de servidores públicos.

O STF abandonou então a sua postura deferente e assumiu uma opção ousada, aplicando ao setor público a legislação sobre greve que regulamenta as atividades de natureza privada, mas não apenas para assegurar o direito aos servidores filiados àqueles específicos sindicatos impetrantes. A Corte foi além: determinou que a aplicação da legislação sobre o direito de greve do setor

¹²Com relação ao Ministro Gilmar Mendes, aliás, convém registrar que o MI 670 não era originalmente de sua relatoria, mas sim do Ministro Maurício Corrêa (aposentado à época do julgamento final). O voto original do Ministro Maurício Corrêa era pela manutenção do entendimento tradicional do STF sobre o instituto, apenas notificando o Legislativo acerca de sua omissão. Todavia, como o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos na sessão original de julgamento e com eles permaneceu por mais de 04 anos (entre 15/03/2003 e 25/10/2007), o tema acabou voltando à pauta quando era outra a composição do plenário e outro o contexto político.

¹³ Eram o MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, todos julgados em 25.10.2007.

¹⁴ Eis a redação da norma:

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

privado deveria ser estendida para toda e qualquer greve no serviço público a partir daquele momento, e até que o Parlamento resolvesse deliberar sobre o tema, praticando então ato com nítida natureza legislativa.

É importante destacar que, embora os mandados de injunção tenham sido originalmente impetrados por sindicatos, naquela época não era de interesse das entidades sindicais o julgamento da matéria, porque as condições políticas para o exercício mais desembaraçado do direito de greve lhes eram favoráveis. Tanto é que o jornal Folha de São Paulo¹⁵ do dia 26 de outubro de 2007 repercutia a decisão do STF, noticiando que fora recebida com unânime desagrado pelas centrais sindicais e com satisfação pelo governo. Um indicador sugestivo do posicionamento de interesses naquele contexto foi a declaração do Ministro Eros Grau, relatada pelo jornal: "A virtude dessa decisão é que agora toda e qualquer paralisação de atividade no serviço público está sujeita a um limite".

Esse exemplo é didático porque ilustra a conveniência de que haja um contexto político favorável para que atores estratégicos avancem suas agendas pessoais e promovam a mudança institucional endógena. Como esses agentes não atuam num vácuo, alianças costumam ser importantes para que a mudança institucional ocorra, senão pela concorrência explícita de esforços, ao menos pela neutralização de um ator com potencial poder de veto, em acordos que não se dariam de forma automática em outros contextos. No caso citado, ao se aproveitar de uma conjuntura política favorável, o STF passou a dispor de uma competência (que se traduz em poder) que não tinha antes (ou que até então não reconhecia possuir, o que igualmente lhe constrangia do ponto de vista de liberdade de ação), passando a proferir decisões que, na prática, significam exercício de atividade legiferante. O custo político desse movimento foi bastante diminuído pela confluência ocasional de interesses que o caso oferecia, mas, no longo prazo, o ganho institucional para um dos atores foi muito maior.

O STF possivelmente teria enfrentado uma oposição mais dura do Executivo caso houvesse alterado sua orientação sobre mandado de injunção em outro processo que posteriormente apreciou, envolvendo a criação de despesas com o funcionalismo público¹⁶.

¹⁵ Segue o link: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2610200702.htm>

¹⁶ Em 2009, o STF julgou o MI 795, Relatora Ministra Carmen Lúcia. Esse mandado de injunção tinha por objetivo o reconhecimento do direito de servidores públicos à aposentadoria por

Outro exemplo, agora no direito comparado, talvez possa ajudar a destacar a importância do contexto político quando uma corte constitucional busca, via mudança institucional endógena, redesenhar seu lugar na arena política.

Na França, no julgamento da constitucionalidade de uma lei que restringia a liberdade de associação (Decisão nº 71-44 DC, de 16 de julho de 1971), o *Conseil Constitutionnel* ampliou sua competência jurisdicional apenas interpretando que o Preâmbulo da Constituição de 1958 (e, por extensão, o preâmbulo da Constituição de 1946 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789) fazia parte do texto constitucional e, portanto, deveria ser levado em conta nos seus julgados. Esse passo, dado por mera interpretação em exercício de *judicial review*, redefiniu o papel institucional da corte na arena política francesa. O Conselho Constitucional, antes conhecido como o “*chien de garde*” (cão de guarda) do Legislativo em favor de um Executivo pensado à imagem e semelhança de Charles de Gaulle, passou a trilhar o caminho que o levou a hoje ser considerado um relevante ator de veto no processo legislativo francês. Importante notar aqui o contexto político: essa decisão somente foi proferida após o falecimento do fundador da V República (ocorrido em novembro de 1970), sendo muito difícil, senão impossível, que o Conselho, composto majoritariamente por gaullistas, ousasse esse passo antes disso¹⁷. SWEET (2007) lembra que o reconhecimento ao *Conseil Constitutionnel* de poderes semelhantes ao modelo austro-germânico fora expressamente negado durante os debates legislativos que resultaram na Constituição de 1958, e que também fora negada a atribuição de jurisdição sobre uma carta de direitos como aquela que resulta do texto dos citados preâmbulos e da declaração de 1789. Por conta disso, o autor considera esse passo um “golpe de estado jurídico”, que, todavia, logrou êxito porque o *Conseil Constitutionnel* passou a servir de canal para a contestação política de minorias parlamentares. Por conta dessa dificuldade de o Legislativo agir eficazmente para limitar a corte, e não existindo no Executivo

trabalharem em condições especiais (como condições insalubres ou de periculosidade). A Corte, a partir desse julgado, editou a Súmula Vinculante 33 e determinou que, até a edição de nova legislação, fosse aplicado aos servidores públicos o regramento do setor privado (que se encontra previsto no art. 57 da Lei 8.913/91 - lei de benefícios da previdência social).

¹⁷ Credito essa observação, e a menção posterior ao Professor Louis Favoreu, ao Professor Guillaume Tusseau, meu orientador no *Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po*, onde estive como doutorando visitante.

uma figura da estatura de De Gaulle, o novo lugar institucional do Conselho se legitimou ao longo dos anos (para o que contribuiu também o explícito engajamento de importantes intelectuais da academia francesa, notadamente o Professor Louis Favoreu).

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

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

A resposta a esta indagação passa necessariamente pelo estabelecimento de um diálogo mais profícuo entre a Ciência Política e o Direito, uma agenda de pesquisa pouco explorada por aquela no Brasil. E a verdade é que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que interessam à Ciência Política brasileira não podem ser adequadamente analisadas sob suas lentes sem que busquemos no Direito dados importantes para a reflexão.

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

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

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

Segundo BARBERIS (2015), o termo foi cunhado (com sentido crítico, anote-se) pela jurista italiana Susanna Pozzolo, se popularizou (agora com uma pretensão de conotação positiva) após uma coletânea publicada por Miguel Carbonell em 2013, mas, para BARROSO (2007), tem raízes históricas na grande expansão vivida pelo constitucionalismo após a 2ª Guerra Mundial, que teria deitado as bases para um crescente processo de constitucionalização do Direito.

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

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

SARMENTO¹⁸ (2011) relembra um fato importante para se entender o impacto do neoconstitucionalismo no direito brasileiro e, em especial, na prática hermenêutica do STF: quando da promulgação da Constituição de 1988, a cultura jurídica da época não entendia a Constituição como norma jurídica que pudesse ser aplicada diretamente pelos juízes, de cujas normas se extraíssem imediata aplicabilidade. O texto constitucional deveria ser, via de regra, regulamentado pelo legislador ordinário para passar a ter caráter cogente. A pregação em favor da constitucionalização do direito infraconstitucional, que é central no projeto neoconstitucionalista, é que permitiu que se tornasse senso comum a ideia de que a Constituição contém uma normatividade própria que prescinde de outro texto legal para produzir efeitos. E o grande beneficiário dessa virada hermenêutica foi o Poder Judiciário.

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

Com esse breve resumo, centrado naquilo que mais diretamente possa interessar à Ciência Política, pretendeu-se compor o pano de fundo desse diálogo que ora se busca implementar com o Direito. E esse pano de fundo nos põe diante de uma questão importante: a necessidade de se pensar criticamente se essa “retórica neoconstitucionalista” tem servido como recurso legitimador para que Ilhas e Continente ampliem os limites constitucionais inicialmente estabelecidos para a sua ação política. Concordamos com EPSTEIN e KNIGHT (2013) que a boa aplicação do Direito joga um papel importante para muitos juízes. Ora, se o Direito influi no processo decisório a ponto de afetar a imposição das preferências pessoais do julgador, nada melhor do que uma hermenêutica constitucional que diminua o ônus argumentativo necessário para se romper barreiras jurídicas e, assim, fazer valer a solução mais desejada.

¹⁸ Embora Sarmiento tenha anteriormente se assumido como neoconstitucionalista, é importante destacar que seus trabalhos mais recentes adotaram tom mais crítico em relação a alguns pontos-chaves do neoconstitucionalismo, notadamente o papel do Judiciário e a possibilidade de que um aumento indevido da margem de liberdade do magistrado na interpretação constitucional permita arbítrios em nome da Constituição.

E, de fato, os postulados mais caros ao neoconstitucionalismo cumprem essa papel facilitador. A ideia de que a Constituição detém uma força normativa que “constitucionalizaria” todo o direito infraconstitucional mina a capacidade institucional dos Poderes Legislativo e Executivo de fazer valer suas preferências em termos de políticas públicas, pois facilita a derrubada de leis e atos normativos da Administração Pública. E a ênfase em uma interpretação amparada em um catálogo de métodos fortemente escorado em critérios de ponderação de valores constitucionais, de análise da “razoabilidade” ou da “proporcionalidade” das matérias postas sob apreciação, confere um importante grau de liberdade decisória aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhes interferir em políticas públicas (por vezes, mediante claro exercício de atividade regulatória) e, mais grave, alterar o desenho institucional brasileiro¹⁹.

COSTA JÚNIOR (2018), utilizando-se do método QCA para analisar as condições causais relevantes para a mudança institucional endógena, encontrou um interessante achado a propósito do uso da condição causal “retórica neoconstitucionalista”: ela se apresentava de modo mais claro nos julgamentos em que a condição causal “baixa probabilidade de reação” de outros atores políticos deixa de ser relevante para Ilhas e Continente, ou seja, quando a corte assume o risco de um embate político mais duro com outros atores para fazer valer suas preferências decisórias. A explicação seria o fato de que, nessas situações, o uso de uma retórica neoconstitucionalista se torna mais atraente em razão da expressiva liberdade argumentativa que lhe é inerente, e de uma linguagem mais impregnada de um discurso moral que melhor se comunica com a sociedade nesses momentos em que a corte precisa de forte legitimação da opinião pública.

2. O uso estratégico de recursos institucionais para a promoção de mudança institucional endógena.

¹⁹ O exame sobre a influência do STF no desenho institucional brasileiro pode ser exemplificado com os julgamentos do MS 26.603/DF (pelo qual foi criada hipótese não prevista na Constituição para perda do mandato parlamentar) e da ADPF 402-DF (pela qual foi criada hipótese não prevista na Constituição, restritiva do exercício de prerrogativas inerentes ao cargo de Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal).

2.1 Breves considerações metodológicas

Passaremos agora a estudar os recursos institucionais de que dispõem as Ilhas para, dentre outros objetivos, buscar a mudança institucional endógena. Isso será feito em seção apartada porque nos pareceu importante sublinhar como a dinâmica interna da corte influi na mudança institucional endógena. O marco teórico também deixa de ser o neoinstitucionalismo histórico e passa a ser o neoinstitucionalismo da escolha racional.

Essa perspectiva de estudo levará em conta a pretensão de destacar, tanto quanto possível, a articulação da liberdade decisória das Ilhas com o aumento de poder do Continente. Esperamos que isso nos ajude a compreender porque o protagonismo que os Ministros exercem, em detrimento da colegialidade, não tem enfrentado decidida resistência quando pensamos no STF como Continente.

Utilizaremos o Regimento Interno do STF, importante documento que estabelece as “regras internas do jogo”, a análise de casos paradigmáticos²⁰ onde esses recursos institucionais foram mobilizados e também entrevistas concedidas por Ministros da corte para subsidiar a tese de doutorado que originou este artigo.

Para evitar a identificação destes entrevistados, utilizamos a codificação “Ministro AP e número” e “Ministro AT e número” para distinguir, respectivamente, magistrados aposentados e na ativa. Pensamos que esta distinção se justifica metodologicamente por duas razões fundamentais: a) os Ministros aposentados entrevistados representam, em sua maioria, a “velha guarda” (no dizer de um Ministro na ativa), de perfil de atuação mais contido; b) os magistrados aposentados, ainda que se perceba um certo cuidado em suas manifestações, falam sem as amarras naturais daqueles que ainda respondem pela função judicante, potencialmente inibidora de revelações. A numeração destes Ministros, também com a intenção de evitar sua identificação, não seguiu

²⁰ Não serão feitos estudos de caso com o nível de profundidade próprio desta metodologia, mas buscaremos decompor analiticamente alguns exemplos em grau suficiente para demonstrar a maneira como foram mobilizados os recursos institucionais postos à disposição e sua articulação com os interesses estratégicos de Ilhas e Continente em cada conjuntura estudada.

qualquer critério linear, como ordem alfabética ou antiguidade dos magistrados na Corte. Eventualmente omitimos nomes de Ministros citados por outros Ministros, também para dificultar a identificação dos entrevistados.

Por último, nos parece importante sublinhar que as falas dos Ministros, que tipicamente são pessoas bastante cuidadosas nas manifestações sobre temas como os que compõem nossa pesquisa, muitas vezes incluem frases curtas, que deixam algumas questões subentendidas, como se eles preferissem não dizer integralmente aquilo que de algum modo admitiam revelar.

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

2.2 A importância da construção da agenda de julgamentos

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

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

por obrigação constitucional, não poderia recusar uma vez postas sob sua apreciação.

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

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

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

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

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

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

Há ainda outra questão relevante sobre a formação e a administração da agenda de julgamentos do STF. Como vimos, são inúmeros os meios de acesso ao STF, que não dispõe de um instrumento como o *writ of certiorari* norte-americano para impedir que cheguem à Corte questões que não pretende decidir. Isso não significa, porém, que o STF não consegue evitar, em parte significativa dos casos, a apreciação daquelas matérias em que porventura não gostaria de se pronunciar. São dois os mecanismos mais relevantes para que se alcance este objetivo estratégico: a) resolver o processo em termos

procedimentais, evitando manifestação sobre o mérito, ou ainda limitar significativamente o alcance deste possível julgamento de mérito e; b) aproveitar-se da grande massa de processos da Corte para, mediante priorização de outros processos na pauta de julgamentos, utilizar a variável "tempo" para reconfigurar a conjuntura e permitir o posterior julgamento do tema em termos que sejam coerentes com as preferências decisórias de Ilhas e/ou Continente.

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

2.3 A utilização estratégica dos recursos institucionais previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

Passaremos agora a descrever os recursos institucionais formais e informais de que entendemos dispor os Ministros do STF, e como eles podem ser estrategicamente mobilizados para aumentar a centralidade política da corte, via mudança institucional endógena.

2.3.1 O uso estratégico de recursos institucionais pela Presidência do Supremo Tribunal Federal

O mais importante recurso estratégico de que dispõe a Presidência da Corte é, sem dúvida, a formação da pauta de julgamentos (RISTF, art. 13, III). Embora seja necessário que os Ministros relatores declarem que o processo está em condições de ser julgado para que ele possa ser incluído em pauta, se o Presidente não quiser pautar será relativamente pequena a chance de que ele acabe constrangido a fazê-lo, pois os incentivos institucionais para tanto são escassos. Talvez o mais relevante e efetivo incentivo seja a eventual pressão da opinião pública, mas o acervo de processos a serem julgados pelo STF é tão

grande que são consideráveis as chances de que reste ao Presidente alguma margem de manobra para ao menos postergar a colocação em pauta para um momento que lhe pareça mais conveniente.

Em nossas entrevistas foi possível perceber, porém, que a prática histórica é de deferência ao Ministro relator naqueles casos em que o mesmo solicite expressamente que sejam colocados em pauta. Essa cultura de deferência, por sua vez, é coerente com a dinâmica entre Ilhas e Continente, na medida em que ela exemplifica o peso da agenda pessoal de cada Ministro no processo decisório da Corte. Ela é importante também porque realça o papel do relator como agente estratégico central nos casos em que o STF promoveu a mudança institucional endógena, pois a ele cabia discernir se a conjuntura política favorecia a manobra.

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

“E quem costuma pedir a pauta, regimentalmente é o relator, né?
Não, ele pede a pauta, mas quem põe na mesa para julgar é o Presidente.
Mas o Presidente costuma deferir ao relator ou é o Presidente mesmo...
Não, não, não, é ele, não se trata de... quer dizer, não existe uma...
Não sei se eu formulei bem, eu falei, por exemplo, se o senhor chegar e falar assim...
Eu tenho um caso urgente?
É. Eu quero por esse caso em mesa.
Sim, porque ele é urgente? Não! O hábito é que o Presidente atenda. (Inaudível), sim.
Ou não digo nem que ele é urgente, porque ele é relevante, porque é importante que a gente decida isso. Aí ele costuma atender?
É... Ao que me consta...
O senhor não lembra de...
Não, não lembro de ter...
De situação diferente nesse sentido.
Não. Não lembro.”

O Ministro AT 02 caminha na mesma direção:

“(...). O maior poder do Presidente aqui é a organização administrativa do Tribunal e a pauta”
Mas ele costuma deferir ao relator?
Sim, quando você pede uma preferência geralmente entra, então isso é absolutamente normal. Olha, eu gostaria de votar esse processo porque esse processo tem uma urgência, então isso é tranquilo”

Mas o fato de ser perceptível essa cultura de deferência não significa que a Presidência sempre admitirá a pretensão do relator. Um exemplo paradigmático é a não apreciação, pelo plenário do STF, de uma medida liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio no Mandado de Segurança 34.087²¹, pela qual ele determinou a continuidade da tramitação do processo de impeachment do Presidente Michel Temer, com a instalação de uma comissão parlamentar para a análise do pedido formulado. É interessante notar este é um importante recurso institucional estratégico à disposição do Presidente da Câmara dos Deputados, e se o STF passasse a dispor de poder para interferir no seu juízo de conveniência sobre a decisão de tramitar ou não um pedido de impeachment, teria ocorrido uma inegável mudança institucional endógena.

A medida liminar foi deferida em abril de 2016, sendo que em maio o Ministro Marco Aurélio informou à Presidência estar em condições de levar o processo à apreciação do plenário. Nesse meio tempo, a Presidência do STF era ocupada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que não colocou o processo em pauta de julgamento, embora a medida liminar tampouco estivesse sendo cumprida. Em setembro, a Ministra Cármen Lúcia tomou posse na Presidência, sendo que em dezembro o Ministro Marco Aurélio oficiou a Presidência da Câmara dos Deputados e a Presidência do STF pedindo providências para o cumprimento da liminar. O órgão legislativo respondeu que a liminar trazia “elevado ônus institucional” e solicitou que ela fosse submetida antes ao plenário. Transcorreu o mandato da Ministra e igualmente o novo Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, não pautou o processo. O mesmo acabou extinto, por perda de objeto, em 1º de fevereiro de 2019, dado o transcurso do mandato do Presidente Michel Temer, com protestos do Ministro Marco Aurélio contra o que qualificou de “poder absoluto” dos Presidentes do STF formarem a pauta de julgamento.

2.3.2 O uso estratégico de recursos institucionais pelos Ministros Relatores

²¹ O fundamento do pedido de impeachment era o fato de que Michel Temer, na Presidência interina durante viagem de Dilma Roussef, assinou decretos de suplementação orçamentária idênticos aqueles que resultaram no impeachment da então Presidenta da República.

Ao Ministro relator do recurso ou do processo que já se inicia no STF cabe, dentre outras atribuições, a estratégica competência de "... pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto" (RISTF, art. 21, X). Ao relator também é permitido determinar medidas cautelares de urgência, "... *ad referendum* do Plenário ou da Turma" (RISTF, art. 21, V). O relator pode, em caso de urgência, indicar ao Presidente da Corte "... preferência para o julgamento", o que poderá ou não ser acatado por este último. O relator, quando pede dia para o julgamento ou apresenta o feito em mesa (indicando que ele está em condições de ser julgado), deverá indicar "... se o submete ao Plenário ou à Turma, salvo se pela simples designação da classe fixado o órgão competente" (RISTF, art. 21, parágrafo terceiro).

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

SILVA (2015), após entrevistar Ministros do STF (aposentados e na ativa), anota:

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

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

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

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

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

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

É importante observar que as decisões liminares individuais geram uma outra correlação de forças no plenário, pois eventualmente o custo político (para a corte) de reversão de uma decisão provisória bem recebida pela opinião pública será muito alto, hipótese em que então a Ilha estará usando estrategicamente um recurso institucional para prevalecer sobre uma discordância do Continente que ela antevira como possível (e eventualmente provável).

Convém refletir, porém, porque esse comportamento, conquanto severamente criticado por constitucionalistas e/ou cientistas políticos²², não tem

²² As críticas são diversas, não nos parecendo seja o caso tratá-las exaustivamente porque demandariam uma análise de natureza predominantemente normativa, que não é nossa preocupação central. Todavia, convém rapidamente elenca-las, para propiciar ao leitor uma compreensão de onde se situam: a) o uso indiscriminado de medidas liminares monocráticas é criticado porque, por vezes, implica uma usurpação tácita da competência do plenário; b) por conta disso, também minam a credibilidade do STF perante o público externo; c) produzem insegurança jurídica em razão da maior probabilidade de serem alteradas no futuro, ao contrário de uma manifestação, ainda

encontrado no Continente um obstáculo efetivo para a ação das Ilhas. SHEPSLE (2006) anota que, nos jogos descritos pelos adeptos da escolha racional, como os do dilema do prisioneiro, um elemento há muito percebido é o fato de que a repetição dos mesmos influencia nos resultados posteriores. Como o jogador sabe que aquele jogo já foi praticado antes, ele leva em conta o modo como a disputa ocorreu nas vezes anteriores e orienta sua atuação segundo este critério; assim, o jogo de hoje determina não apenas sua compensação hoje, mas também as escolhas dos outros jogadores na vez seguinte.

Nessa linha, há que se notar que o uso de medidas liminares monocráticas, o controle da pauta pelo Presidente, o pedido de pauta ao Presidente feito pelo Ministro relator do processo, ou ainda a mobilização de pedidos de vistas por parte de algum outro Ministro votante, são mecanismos muito disseminados na cultura da Corte, de modo que todos os Ministros agem sabendo que qualquer ato que invista mais fortemente contra esta cultura institucional poderá lhe colocar em situação desvantajosa no futuro quando pretender se utilizar do mesmo recurso estratégico.

A possibilidade regimentalmente prevista de indicar o julgamento para a turma ou para o plenário também é outro recurso institucional importante de que dispõem as Ilhas (RISTF, art. 21, parágrafo terceiro). Esse recurso institucional permite ao relator²³ eventualmente manobrar para que o processo seja apreciado pelo órgão colegiado que sua percepção estratégica aponte como mais conveniente para fazer prevalecer sua preferência decisória. Há que se recordar que a dinâmica pela qual as Ilhas detêm uma grande liberdade de ação em relação ao Continente também tem aqui também um papel relevante, pois a decisão de afetação do processo pelo Ministro relator não costuma ser questionada por seus pares; aqui também atua a lógica descrita por SHEPSLE (2006), que viemos de comentar.

que liminar, do plenário; d) facilitam comportamentos facciosos de Ministros em matérias que envolvam disputas partidárias.

²³ Convém ressaltar, porém, que segundo o regimento há determinadas classes de ação para as quais o uso deste recurso institucional estratégico é vedado, uma vez que nesses casos a afetação ao Plenário é obrigatória (como, por exemplo, as ações diretas de inconstitucionalidade).

2.3.3 O uso estratégico de recursos institucionais pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal

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

Formalmente concebido para permitir que um magistrado suspenda o julgamento do processo para dele melhor se inteirar e refletir antes de proferir sua decisão (discordando do relator ou compondo uma corrente divergente), o pedido de vista também tem sido eventualmente usado como um recurso institucional estratégico para suspender a votação de julgamentos por motivos que compõem mais um juízo político de conveniência e oportunidade do magistrado do que um juízo jurídico de formação de seu convencimento sobre a questão em discussão. As hipóteses para essa ação estratégica são inúmeras, nos parecendo as mais recorrentes a possibilidade de o Ministro entender que sua posição será minoritária, ou porque considera que o contexto político desaconselha a conclusão do julgamento naquele momento; ou ainda porque conta com o fator tempo para consolidar a situação de fato vigente durante o julgamento, e tornar mais difícil sua reversão.

Essa percepção foi corroborada de modo velado por alguns Ministros entrevistados, dois dos quais inclusive dando a entender que semelhante prática, quando caracterizada, é jocosamente apelidada como "perdido de vista" na cultura interna da Corte.

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

" - O senhor mencionou agora há pouco a questão do "perdido de vista", isso aí era uma questão que eu ia falar mais até no final, mas eu vou "inverter a pauta". Eu sei como magistrado, e eu já fui assessor de Desembargador também, que se pede vista

primariamente, via de regra, porque se tem uma dúvida sobre um processo, tanto mais no Supremo, que tem a questão da TV Justiça e uma maior exposição dos Ministros. Mas eventualmente, eu acho que posso até mencionar isso claramente, (...), o caso lá do XXX, do Ministro YYY, o pedido de vista pode ter algum outro tipo de finalidade ou aquele foi um caso muito específico?

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

Interessante também o relato do Ministro AP01:

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

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

Mas eventualmente ela é usada com outras...

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

Eu já tinha pensado essa expressão...

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

Não por acasos egressos do parlamento...

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

Como se pode intuir, a possibilidade de uso estratégico deste recurso institucional é maior nos *hard cases*. Pelo conjunto de comentários das entrevistas, nossa percepção é a de que o grande número de processos a serem decididos de fato impossibilita os Ministros, em várias ocasiões, de se sentirem adequadamente informados e seguros para decidir. A TV Justiça também parece colaborar para esta tendência, segundo pudemos inferir nas entrevistas, dado um certo receio de que a audiência considere que o Ministro não sabe bem sobre o que está decidindo.

A utilização do pedido de vista como "tática quase parlamentar", na precisa formulação de um entrevistado, é um instrumento que costuma ser aceito pelas demais Ilhas porque se insere na mesma lógica de observância das regras

do jogo da qual elas se beneficiam em outros contextos (SHEPSLE, 2006). Naturalmente há momentos em que esse movimento estratégico pode não ser bem recebido por outros Ministros, mas isso não parece constituir motivo suficiente para alteração da dinâmica que sustenta a relação entre Ilhas e Continente, de modo que tem se mostrado muito difícil a imposição endógena de limites institucionais mais rígidos para a atuação dos Ministros.

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

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

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

Na segunda hipótese, a antecipação constituiria um juízo velado de reprovação do gesto estratégico, e um modo de constranger a Ilha a não forçar os limites do jogo com um pedido de vista que dure um tempo muito maior do que o aceitável por outras Ilhas. Em nossa percepção, a tendência para a antecipação de voto será tanto maior quando o julgamento já tenha avançado

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

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

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

Ministro AP04

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

- Sim. É claramente isso.

- e pressionar a devolver logo o processo...

- Exato. E, veja bem, eu teria feito o mesmo, independentemente do caso, financiamento de campanha ou outro tema qualquer. Mas se eu sentisse que estou habilitado a votar, estou plenamente habilitado a votar, e as dúvidas deste que pediu vista e vai resolver lá manuseando os autos, tenha ele essas dúvidas ou não, ou queira... às vezes ele

não tem dúvidas, veja bem, mas ele quer fazer um voto muito fundamentado, muito ilustrado, que marque época, a motivação é variada aí.(...). E, veja bem, pode até acontecer de, por força dessa antecipação de voto, o julgamento estar terminado, apesar do pedido de vista. Então o país inteiro saberá que, apesar do pedido de vista de fulano de tal, o Tribunal já decidiu.

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

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

Ministro AP 06

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

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

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

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

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

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

- Pela aparente maioria...

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

2.3.4 A TV Justiça como recurso institucional estratégico

A criação da TV Justiça dotou o STF de um relevante recurso institucional estratégico, pois a população passou a acompanhar diretamente os trabalhos da corte. Todavia, como alertam BARRETO e COSTA JÚNIOR (2022), a transmissão das sessões de julgamento não pode ser resumida a um atendimento do imperativo constitucional de publicidade, pois o meio (a TV Justiça) impacta o desempenho institucional do objeto retratado. Alguns Ministros de fato parecem usar a TV Justiça como recurso institucional para interferir no processo decisório da corte e na arena política. Eles podem então ter os seguintes objetivos estratégicos: a) influenciar seus pares usando a sessão de julgamento para estabelecer um diálogo velado com a opinião pública, de modo a constranger a tomada de decisões distantes ao seu ponto de preferência; ou b) desacreditar a decisão na qual restaram minoritários, de modo

a transferir o debate para outra arena (como a mídia ou o Legislativo) em condições mais favoráveis.

BARRETO e COSTA JÚNIOR (2022) anotam que “a literatura em *judicial politics* atribui expressiva importância à opinião pública como fonte de legitimidade institucional para as cortes constitucionais e sinalizadora de seus limites de atuação política”. É importante a percepção geral sobre o desempenho institucional da corte e sobre a imparcialidade e tecnicidade de seus julgados, de modo que a exposição pública de debates acalorados, ou da manipulação estratégica de recursos institucionais pode, então, minar a confiança da sociedade e, por consequência, fragilizar a corte politicamente diante de outros atores. Não por outro motivo, a transmissão televisiva das sessões de julgamento é exceção quando observamos a experiência de outras cortes constitucionais.

Os autores observam ainda que “Pesquisas mais recentes neste tema encontraram elementos para sustentar que a identificação partidária e ideológica também influi na percepção sobre a atuação da Suprema Corte norte-americana (Bartels, Johnston, 2013; Clark, Kastellec, 2015). Embora no Brasil ainda falem pesquisas empiricamente orientadas sobre essa dimensão específica, a ascensão do bolsonarismo ao poder tem permitido a observação intuitiva e cotidiana desse fenômeno.”

Isto posto, há que se refletir até que ponto o uso deste recurso institucional pelas Ilhas tem sido benéfico para o Continente, ou se, pelo contrário, essa exposição midiática colaborou ao longo do tempo para a erosão de sua legitimação perante a opinião pública.

Conclusão

O presente trabalho procurou contribuir para o debate sobre o papel do STF na arena política sem focar na interação exógena entre as instituições políticas, mas sim na ação endógena das Ilhas e do Continente.

O primeiro ponto que buscamos demonstrar é que o atual peso político do STF não é obra apenas de uma trajetória dependente do desenho institucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988. Ele também decorre da ação

individual de alguns Ministros, que encontrou amparo tácito no conjunto da instituição porque isso representava o fortalecimento das agendas pessoais de cada uma das Ilhas e, por algum tempo, da própria corte sob uma perspectiva macro²⁴.

Sublinhamos a importância da atenta observação da conjuntura política para que as Ilhas pudessem promover mudança institucional endógena, seja porque ela implicava menor possibilidade de reação de outros atores políticos, seja porque a opinião pública apoiaria a posição da corte²⁵. De outro lado, buscamos empreender um diálogo entre o Direito e a Ciência Política, de modo a compreender como a mobilização estratégica de uma nova teoria de hermenêutica constitucional (o neoconstitucionalismo) foi importante para o avanço do STF rumo a um lugar de maior peso no cenário político.

Procuramos também demonstrar que a mudança institucional endógena, empreendida tipicamente através do exercício do *judicial review*, depende do discernimento dos Ministros (em especial, o relator) para aguardar uma conjuntura favorável em que isso fosse viável, dado o potencial de reação do Executivo e/ou Legislativo, além do peso da opinião pública.

De outro lado, procuramos demonstrar que os recursos institucionais de que dispõem os Ministros durante o exercício do *judicial review* são as ferramentas que lhes permitem estrategicamente moldar resultados em alinhamento com sua pauta de obtenção de maior peso na arena política. Assim, a designação (ou não) de pauta de julgamento, a concessão de liminares, os pedidos de vista, as antecipações de voto ou as manifestações públicas em julgamentos televisados podem: a) (re) configurar situações fáticas (em especial, pelo uso da variável “tempo”); b) influir nas preferências decisórias do plenário (em especial, pelo peso da opinião pública); c) limitar a ação interna de Ministros

²⁴ Todavia, convém ressaltar que, no longo prazo, essa lógica de ação gerou desgaste com os demais Poderes e com a opinião pública.

²⁵ No ponto, é importante realizar importante ressalva: quando se fala em apoio da opinião pública como condição causal de mudança institucional endógena, esse apoio diz respeito ao objeto aparente do julgamento, e não à mudança institucional, que geralmente é percebida apenas por observadores melhor preparados para a observação do fenômeno (por exemplo, políticos, juristas e cientistas políticos). Assim, quando, no Mandado de Injunção 670/ES, o STF se atribuiu poderes quase legislativos para resolver o tema do direito de greve no serviço público, a opinião pública era amplamente favorável ao mérito da decisão, mas certamente não lhe ocorreu o peso institucional da tese firmada.

que estresse as regras do jogo; d) influir na disposição de atores externos reagirem a decisões que aumentam o poder da corte no longo prazo.

O uso estratégico de recursos institucionais, portanto, é um elemento importante quando pensamos no espaço conquistado pelo Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. Essa importância parece estar hoje cada vez mais clara inclusive para a opinião pública (ainda que essa possa acabar tendo uma visão um tanto estereotipada do processo político subjacente), que cada vez mais acompanha e inclusive se manifesta nas redes sociais sobre atitudes dos Ministros que envolvem esses recursos institucionais.

Por fim, esperamos que a reflexão e os dados apresentados possam ter contribuído para iluminar o tema, que ainda carece de novas pesquisas, seja com metodologia quantitativa ou qualitativa.

Bibliografia

BARBERIS, Mauro. Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?“. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, v. 25, p. 101-124, 2015.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O Silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**. Tese de Doutorado apresentada junto ao Departamento de Ciência Política da UFPE, Recife: PE, 2015.

BARRETO, Rachel Cardoso; COSTA JÚNIOR, Paulo Alkmin. As transmissões ao vivo no Legislativo e no Judiciário. **Dados**. Rio de Janeiro. 2022 (artigo aprovado e em fase de diagramação para publicação)

BRINKS, Daniel M. 'Faithful Servants of the Regime': The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Ed.). **Courts in Latin America**. Cambridge University Press, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, 2007.

BRINKS, Daniel M. 'Faithful Servants of the Regime': The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Ed.). **Courts in Latin America**. Cambridge University Press, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo Alkmin. (2018), **O Continente e as 11 Ilhas: A Mudança Institucional Endógena e o Lugar do Supremo Tribunal Federal na Arena Política**. Tese de Doutorado em Ciência Política, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Reconsidering judicial preferences. **Annual Review of Political Science**, v. 16, 2013.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

FEREJOHN, John; ROSENBLUTH, Frances; SHIPAN, Charles. **Comparative judicial politics**. In: BOIX, Carles; STOKES, Susan C. (orgs.) *The Oxford Handbook of Comparative Politics*. Oxford, United Kingdom: Oxford Univ. Press. Capítulo 30, p. 727-751, 2007.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases**. Cambridge University Press, 2003.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary CR. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 58, p. 193-223, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2004.

KNIGHT, Jack. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the struggle for judicial supremacy. **Law and Society Review**, v. 30, n. 1, p. 87-120, 1996.

FINKEL, Jodi. *Judicial reform as political insurance*. **Notre Dame: University of Notre Dame**, 2008.

MAHONEY, James; SNYDER, Richard. Rethinking agency and structure in the study of regime change. **Studies in Comparative International Development**, v. 34, n. 2, p. 3, 1999.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A theory of gradual institutional change. **Explaining institutional change: Ambiguity, agency, and power**, v. 1, 2010.

PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 68, p. 53-71, 2008.

PIERSON, Paul. **Politics in time: History, institutions, and social analysis**. Princeton University Press, 2004.

REZENDE, Flávio da Cunha. Da exogeneidade ao gradualismo: inovações na teoria da mudança institucional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 113-130, Feb. 2012.

ROTHSTEIN, Bo. **Political Institutions: An Overview**. In: Goodin Robert E. and Klingemann, Hans-Dieter. *A New Handbook of Political Science*. Oxford University Press, pp 133-166, 2000.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

SHEPSLE, Kenneth A. **Rational choice institutionalism**. In: Rhodes R, Binder S, Rockman B. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 23-38, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer. O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, p. 1, 2015.

SWEET, Alec Stone. The politics of constitutional review in France and Europe. **International journal of constitutional law**, v. 5, n. 1, p. 69-92, 2007.

TAYLOR, Matthew M. "O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil". **Dados**, v. 50, n.2. Rio de Janeiro, p. 229-257, 2007.

_____, Matthew M. **Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil**. Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. "Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política". **Dados**, v. 51, n.4. Rio de Janeiro, p. 825-864, 2008.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American political science review**, v. 99, n. 04, p. 583-596, 2005.

_____, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy: The presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in US history**. Princeton University Press, 2009.