

---

## DOSSIÊ: O DESENHO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ALÉM DA CONJUNTURA

DIEGO WERNECK ARGUELHES<sup>1</sup>

A crítica ao Supremo Tribunal Federal e seus ministros não é novidade. Contudo, mesmo em trabalhos profundamente críticos do tribunal, a comunidade jurídica tinha como foco as palavras das ministras e ministros, em seus votos e decisões. Ao menos no debate jurídico, a atenção se concentrava no que esses atores diziam que estavam fazendo ao decidir – ou no que diziam que o Supremo poderia ou deveria fazer. Razões escritas são parte importante do funcionamento de instituições judiciais, e seria tolice ignorá-las. De maneira mais marcante do que ocorre nas decisões tomadas pelos poderes eleitos, o poder de tribunais é exercido por meio de palavras, que moldam, ao longo do tempo, nossas próprias expectativas sobre o que esperar dessas instituições.

Entretanto, essas palavras oficiais, escolhidas a dedo por juízes, não necessariamente descrevem como o tribunal de fato funciona. Têm uma relação oblíqua com o que de fato move essas juízes e juizes, e com os poderes que de fato dispõem. No limite, as palavras de uma decisão judicial podem discrepar completamente do que o tribunal está de fato fazendo. Em certos contextos, decisões judiciais que se descrevem como atos de arrojo institucional podem ser pouco relevantes, em termos concretos, sobre o próprio problema objeto da retórica do tribunal.<sup>2</sup>

Essa potencial discrepância é ainda maior quando as perguntas em jogo envolvem o funcionamento do tribunal para além de decisões específicas. Como o Supremo funciona e decide, de fato? Quais os limites do seu poder decisório – ou da sua própria independência em relação a atores políticos? Como o tribunal escolhe seus casos? Se há escolha, qual critério o tribunal utiliza para priorizar este ou aquele tema, controvérsia ou problema? Qual a capacidade que o tribunal tem de orientar, de fato, o comportamento das instâncias inferiores? Como os ministros podem utilizar os recursos associados a diferentes posições processuais (vogais, relatores, presidentes do tribunal e das turmas) para fazer essas engrenagens funcionarem - ou talvez impedir que se movam?

Perguntas desse tipo estão no centro de uma virada "realista" na pesquisa sobre o Supremo e seus ministros na última década. A partir de perspectivas disciplinares diferentes, diferentes gerações de pesquisadores procuraram compreender o funcionamento do Supremo - incluindo suas implicações para fora - para além das concepções tipicamente normativas da teoria constitucional ou dos votos dos próprios ministros. As primeiras gerações de trabalhos desse tipo, ainda nos anos

viii

---

<sup>1</sup> Professor Associado, Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa. Agradeço ao editor da Revista Estudos Institucionais, Carlos Bolonha, pelo convite e apoio ao projeto, e a toda a equipe editorial da REI pelo auxílio na realização do dossiê.

<sup>2</sup> Ver, por exemplo, o estudo de caso de MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019.

90, vinham sobretudo de cientistas sociais interessados no objeto “judiciário”. Na última década, porém, as perspectivas se integraram e os esforços se combinaram. Juristas, sociólogos e cientistas políticos construíram diálogos em torno de recursos metodológicos distintos para responder a perguntas cada vez mais convergentes em torno do funcionamento, de fato, desta instituição.

Como resultado desses esforços coletivos e interdisciplinares, temos hoje um mapa mais preciso de como opera e do que move esta peculiar instituição. Entre muitas dimensões relevantes, entendemos melhor os poderes que os ministros têm para influenciar o processo decisório interno e o mundo fora do tribunal; sua relação com os atores sociais e políticos que os indicaram; a influência da sua experiência profissional sobre as decisões que tomam; os padrões distintos de acesso à jurisdição do tribunal, e o que eles nos dizem sobre quem mais recorre ao Supremo, e sobre os temas que instituição prioriza em suas decisões; as alianças e divergências formadas na decisão, e possíveis mecanismos para que elas se formem na dinâmica interna do Supremo; os silêncios do tribunal quanto a uma série de temas centrais na política nacional; as relações dos ministros com a imprensa e a opinião pública; e os próprios efeitos de reformas legislativas sobre todas as dimensões acima. Ainda há muito o que responder, nessas e em muitas outras dimensões, mas os avanços foram inegáveis.<sup>3</sup>

Além disso, a relação do tribunal com o processo político nacional parece ter se intensificado. O mapeamento das estruturas e padrões estáveis do funcionamento do tribunal foi interceptado pela crise política dos últimos anos. Os eventos políticos em torno do impeachment de Dilma Rousseff, em 2016, levantaram uma série de desafios para o conhecimento consolidado sobre o funcionamento do sistema político brasileiro, sobretudo quanto à operação do chamado “presidencialismo de coalizão” e do papel de partidos políticos e da mídia tradicional nas eleições presidenciais. Como parte cada vez mais visível desse conturbado cenário, o Supremo Tribunal Federal - que, considerando o que sabemos sobre os poderes Executivo e Legislativo, parece ainda ser um relativo desconhecido - não passou incólume. Seus ministros estiveram nas páginas dos jornais em virtualmente todos os (muitos) momentos críticos da política nacional dos últimos anos, em encontros questionáveis com atores políticos, declarações à imprensa, brigas públicas e nas sessões, decisões individuais ou colegiadas.

Essa centralidade aumentou o interesse na produção de estudos realistas sobre o tribunal. Mas também modulou, em certo sentido, a direção e a perspectiva de vários desses estudos.

De um lado, a crise política revelou alguns aspectos do que podemos chamar de “estrutura profunda” do tribunal. Por exemplo, a crise deixou evidentes poderes

---

<sup>3</sup> Há inúmeros exemplos de trabalhos que contribuíram para nossa compreensão (e, em alguns casos, resposta) dessas perguntas. Para uma apresentação de muitos dos principais achados dessa literatura, ver ARANTES, R. B. ; ARGUELHES, Diego Werneck. O estado da arte da pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal. In: MAFEI, Rafael; FEFERBAUM, Marina. (Org.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Como parte desse esforço coletivo de estudo empírico do funcionamento dessa instituição específica, pesquisadores de diferentes perspectivas disciplinares formaram, em 2017, a rede “*Mare Incognitum: Desafios da Pesquisa Empírica sobre o Supremo Tribunal Federal*”, que realiza encontros anuais de mapeamento e discussão dos principais resultados, agendas e problemas comuns da pesquisa na área.

individuais que, embora já integrassem o repertório do Supremo, estavam ocultos pela relativa moderação ou discrição de ministros de gerações anteriores, foram revelados de maneira inequívoca em alguns momentos chave para os quais intervenções judiciais individuais foram decisivas. Nesse sentido, a conjuntura turbulenta contribuiu com nosso aprendizado sobre que tipo de instituição é o Supremo, trazendo para a luz do dia características do tribunal que talvez só fossem mais visíveis para *insiders*, em casos de menor visibilidade que despertavam reações pontuais fora do tribunal. De outro lado, porém, um foco excessivo ou exclusivo no que a conjuntura revela pode enviesar, em certo sentido, nossa compreensão do funcionamento da instituição, em ao menos sentidos. Primeiro, em episódios dessa magnitude política, o que observamos talvez não seja representativo da operação de um tribunal que produz decisões para dezenas de milhares de processos a ano. Segundo, talvez a própria agenda dada pela conjuntura não seja a mais adequada para compreender a trajetória institucional pela qual o Supremo se tornou o que é hoje, incluindo os traços que ficam mais visíveis em momentos de crise. Isto é: o foco na conjuntura pode não ajudar a explicar o que a conjuntura revela.

O foco deste dossiê está na estrutura estável do tribunal, e nas implicações que ela tem para como pensamos o Supremo. Reunimos um conjunto de pesquisadores com perspectivas distintas sobre a estrutura profunda do Supremo, e que vão além tanto do que os ministros afirmam em seus votos e decisões, quanto das situações-limite geradas por crises e conflitos da conjuntura. Os autores e autoras convidados têm áreas de formação e atuação variadas – incluindo direito, sociologia e ciência política – e receberam a proposta de refletir sobre algum aspecto estável, ao longo do tempo, do desenho e do funcionamento cotidiano do Supremo. Nem focar exclusivamente nas palavras dos ministros em grandes casos, nem em episódios de conflito político severo dentro ou fora do tribunal. A tarefa é a de mapear, de maneira não exaustiva, alguns aspectos institucionais da operação do Supremo em “velocidade de cruzeiro”, que ajudem a ilustrar o que sabemos.

Em "Cancelas Invisíveis: “Embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal”<sup>4</sup>, Juliana Cesário Alvim Gomes analisa dois mecanismos pelos quais o acesso à jurisdição do Supremo é modulado: a jurisprudência restritiva quanto à legitimidade ativa para iniciar o controle concentrado de constitucionalidade, e a prática informal de uma das partes “despachar” diretamente com uma ministra ou um ministro, sem a presença da parte contrária. O primeiro mecanismo é formal, ainda que construído por interpretação judicial. O segundo é informal, variando nas práticas dos gabinetes. Analisando o efeito prático de decisões judiciais e as próprias agendas dos ministros, Gomes contrasta criticamente essa permeabilidade social seletiva com a retórica adotada pelo próprio tribunal quanto à importância do acesso à justiça e da sua alegada abertura à sociedade.

Em "Crise dos Precedentes no Supremo: O Caso dos Precedentes sobre Liberdade de Expressão”<sup>5</sup>, Ivar A. Hartmann enfoca uma dimensão da capacidade

<sup>4</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas Invisíveis: “Embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

<sup>5</sup> HARTMANN, Ivar A. crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

do tribunal orientar decisões das instâncias inferiores. Impactar no comportamento decisório de outros juízes brasileiros é um objetivo que juristas e os próprios ministros anunciam como decisivo para que o tribunal possa lidar com um grande volume de casos, bem como para garantir que direitos fundamentais não sejam violados. Em termos de raciocínio jurídico, Hartmann parte da premissa de que essa capacidade de orientação “vertical” depende de as posições do Supremo funcionarem como “precedentes” para a decisões do judiciário em geral. Identificando um conjunto representativo de casos de liberdade de expressão, o autor observa que o Supremo parece sabotar sua capacidade de geração de precedentes efetivos. Nessa esfera, o tribunal toma decisões que parecem rejeitar a definição de critérios mínimos para sua própria operacionalização futura, por outros juízes. Consequentemente, como observa Hartmann, acabam forçando novas rodadas decisórias, caso a caso, por parte do próprio tribunal.

Decisões sobre um direito fundamental específico também são utilizadas para revelar problemas estruturais mais gerais no trabalho e Natalia Pires de Vasconcelos, “Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde”<sup>6</sup>. Incluindo o Conselho Nacional de Justiça na análise, a autora identifica uma espécie de tensão ou ambiguidade nos sinais que estas duas instituições enviam ao judiciário quanto à litigância em massa envolvendo pedidos de fornecimento de medicamentos. Em casos individuais, o Supremo sinaliza posição amplamente favorável a essas demandas, inclusive em se tratando de tratamentos experimentais. Na formulação de políticas públicas judiciais mais amplas, porém, o CNJ promove a incorporação de diversos limites técnicos na análise judicial desses casos. Considerando a ligação institucional entre o STF e o desenho do CNJ, a autora argumenta que o tribunal oscila entre ser “parte do problema” e “solucionador do problema”, perdendo a oportunidade de enviar sinais claros para as instâncias inferiores. Segundo Vasconcelos, essa duplicidade tem reflexos sérios para a formulação dessa política pública de saúde.

No trabalho “Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar”<sup>7</sup>, Rafael Bellem Lima analisa os traços de desenho institucional que estão implícitos na defesa e adoção, por um dado tribunal, do exame de proporcionalidade como forma de justificação de decisões judiciais. O vocabulário da proporcionalidade se expandiu pelo mundo, como parte de uma tentativa de construção de uma “cultura de justificação” no uso de poder estatal para restringir direitos fundamentais. Lima procura mostrar, porém, que a ocorrência dos benefícios associados à proporcionalidade depende de uma série de pressupostos institucionais, que não necessariamente ocorrem no desenho de todos os tribunais constitucionais. No caso do Supremo, argumenta que diversos traços do funcionamento do nosso tribunal – alguns já visíveis no desenho formal, como a elaboração de votos individuais, e outros resultantes de práticas decisórias reiteradas – se chocam com esses pressupostos. O problema aqui vai além da identificação de “erros” ou desvios no uso do teste da proporcionalidade pelos ministros. Envolve as próprias condições institucionais nas quais se dá a apropriação e utilização dessa ideia no tribunal. Na

---

<sup>6</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

<sup>7</sup> LIMA, Rafael Bellem. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

análise de Lima, o próprio funcionamento normal do Supremo – os processos pelos quais problemas de controle de constitucionalidade são formulados, discutidos e decididos na estrutura do tribunal – já é suficiente para questionar uma aposta no exame de proporcionalidade como ferramenta de justificação de decisões.

Em "Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do Tribunal"<sup>8</sup>, Luiz Fernando Gomes Esteves analisa o desenho institucional que configura o papel do presidente do Supremo no processo decisório. Dialogando com debates recentes sobre poderes individuais dos ministros, o trabalho também diferencia múltiplas fontes ou origens de poderes da presidência, apresentando novas possibilidades de agendas de pesquisa sobre o funcionamento do tribunal. Em especial, Esteves procura analisar os poderes da presidência a partir de uma útil analogia com presidentes de casas legislativas. Ainda que tomemos o poder do presidente do Supremo como um dado, precisamos investigar se esse poder é exercido como delegação (*com* os colegas, na expressão do autor) ou em nome próprio (*contra* os demais ministros).

Fabiana Alves Rodrigues e Rogério Bastos Arantes fazem um estudo de um caso de alta voltagem na conjuntura para discutir, com implicações mais amplas, processos de mudança de posição do tribunal ao longo do tempo. Em "STF e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica"<sup>9</sup>, analisam qualitativamente os votos nos julgamentos em que, em curto espaço de tempo, o tribunal variou de entendimento quanto à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Analisando os tipos de argumentos utilizados pelos ministros, e conectando a formação da agenda do tribunal ao cenário político e judicial mais amplo da operação "Lava Jato", os autores levantam elementos para identificar transformações na própria percepção dos ministros quanto ao seu papel institucional, com crescente preocupação com os impactos da decisão. Os resultados da análise também revelam a operação e a interação de mecanismos, de formação de agenda à própria interpretação constitucional, pelos quais os ministros e ministras podem deliberadamente remodelar o desenho institucional do sistema penal.

O papel do Supremo em processos de mudança institucional fora da própria instituição também é o objeto de "Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias"<sup>10</sup>, de Leandro Molhano Ribeiro e Mariana Novotny Muniz. O trabalho analisa o papel do Supremo na formalização (como direito vigente) de tentativas de atores políticos de remodelar as próprias regras do processo legislativo democrático. Em vez de limite automático ao comportamento expansionista desses atores políticos, o Supremo aparece nos casos analisados ora como obstáculo, ora como aliado da mudança institucional construída na esfera política. As respostas do Supremo se desenvolvem ao longo do tempo, em interações sustentadas (nem sempre formais) entre ministros e políticos. A variação de sentido da atuação

<sup>8</sup> 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, 2020

<sup>9</sup> RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. STF e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

<sup>10</sup> RIBEIRO, Leandro Molhano; MUNIZ, Mariana Novotny. Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

judicial, porém, é constantemente marcada pela oportunidade que esses conflitos oferecem ao tribunal de aumentar o seu próprio poder, transformando disputas de procedimento político em questões judicializáveis, e problemas regimentais em problemas constitucionais.

Atravessando a praça dos Três Poderes, Fabiana Luci de Oliveira e Luciana Gross Cunha procuram mapear padrões no processo legislativo referente a mudanças na própria estrutura e desenho do Supremo. Em “Reformar o Supremo Tribunal Federal?”<sup>11</sup>, as autoras mapeiam as Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que tramitam no Congresso sobre reforma do tribunal. A análise das PECs é feita a partir de uma distinção, extraída da literatura comparada sobre tribunais e a política, entre (i) a autoridade de um tribunal (isto é, o escopo de seu poder), (ii) sua independência *ex post* (a margem para decidir sem medo de retaliação de variados tipos) e (iii) sua independência *ex ante* (as regras de indicação e permanência no cargo que afetam a própria formação das preferências expressas nas decisões do tribunal).<sup>12</sup> Os dados indicam que as iniciativas de reforma se concentram basicamente nas regras de acesso, indicação e permanência no cargo, com impactos na maneira pelas quais a academia (e os próprios ministros) deveria pensar sobre as ameaças e retaliações institucionais mais prováveis com relação ao tribunal.

Esses trabalhos são expressão, ainda que incompleta, do crescente desenvolvimento de uma perspectiva “realista” na produção acadêmica sobre o Supremo Tribunal Federal. Tomados em conjunto, os textos aqui reunidos fazem contribuições de ao menos três tipos. Primeiro, alargam e detalham nossa compreensão de qual o desenho institucional relevante para compreender o poder do tribunal, incluindo elementos formais e informais e abrangendo inclusive processos de interação entre o Supremo e os poderes eleitos. Segundo, diversificam nosso mapa dos mecanismos pelos quais os ministros, individual e coletivamente, relacionam-se com a política fora do tribunal. De um lado, esses mecanismos viabilizam o exercício de variadas formas de poder judicial; de outro, e ao mesmo tempo, eles também moldam as maneiras pelas quais diferentes atores externos podem se beneficiar, de maneira às vezes bastante assimétrica, do funcionamento dessa instituição formalmente independente. Terceiro, os textos exemplificam maneiras de pensar a partir da potencial divergência entre os ideais normativos que temos sobre o Supremo - justificação e deliberação, proteção a direitos fundamentais, independência, acesso à justiça - e a realidade do que a instituição faz na prática. Em todas essas dimensões, desenvolver nossa compreensão do desenho estável do Supremo não se esgota na crítica, nem apenas na identificação dos descompassos entre as ideias e a instituição. Mas esses passos iniciais viabilizam um retorno qualificado aos debates e propostas de reforma do tribunal em múltiplas dimensões, com uma visão mais realista dos limites e potencialidades que instituição construiu nas últimas décadas.

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Reformar o Supremo Tribunal Federal? **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

<sup>12</sup> Ver, nesse sentido, BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. Rethinking judicial empowerment: the new foundations of constitutional justice. **International Journal of Constitutional Law**, v.15, n.2, 2017.