

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasiela Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

**PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071**

**AGENDA-SETTING AND STRATEGY IN BRAZILIAN SUPREME COURT:
INJUNCTION DECISIONS AND THEIR DECISION-MAKING DYNAMICS IN
WRITS OF MANDAMUS NO. 34,070 AND NO. 34,071.**

Flavia Danielle Santiago Lima ¹
Jose Mario Wanderley Gomes Neto ²

Resumo

A apreciação do caso e o momento das decisões possuem inevitáveis repercussões políticas: um juiz que possua formação política, notadamente aquele componente de uma Suprema Corte, indicado por um partido político, e cuja decisão esteja orientada estrategicamente deve estar preparado para sopesar os custos e benefícios de suas decisões e de seus esforços de influência. Esta pesquisa pretende analisar a variável “tempo” como um relevante fator para a compreensão da interação do Tribunal com o sistema político, sobretudo as decisões monocráticas em suas dinâmicas decisórias, tomando por paradigma o caso dos Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Comportamento judicial, Modelo estratégico, Tempo

Abstract/Resumen/Résumé

Legal proceedings and the moment of decisions have inevitable political repercussions: a judge who has political formation, notably a Supreme Court judge, nominated by a political party and whose decision is strategically oriented must be prepared to weigh the costs and benefits that will result from its decisions and their efforts of influence. This research considers the "time" variable as an important factor for the understanding of the Court's interaction with the political system, especially injunction decisions in their decision-making dynamics, taking by the paradigm the case of Writs of Mandamus No. 34,070 and No. 34,071.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: judicial review, Judicial behavior, Strategic model, Time

¹ Doutora e Mestre em Direito pela UFPE. Professora da UNICAP. Advogada da União. Pesquisadora do Grupo REC – Recife Estudos constitucionais da UNICAP.

² Doutor em Ciência Política pela UFPE. Pesquisador do PRAETOR – Grupo de estudos sobre Poder Judiciário, Política e Sociedade (UFPE) e do Grupo REC – Recife Estudos constitucionais da UNICAP.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, ocupa papel privilegiado no sistema jurídico, sobretudo no crítico contexto sócio-político atual. Caracterizada a judicialização da política no Brasil, tem-se ampla literatura que explora as decisões do tribunal, eventualmente caracterizando – ou rechaçando – sua disposição de interferir na atividade dos demais poderes. Há uma tendência, na literatura jurídica, a privilegiar as situações específicas em que o tribunal afasta-se dos “cânones adequados” ao exercício da jurisdição, numa pretensão de estabelecer a última palavra sobre a interpretação constitucional, que conduzem à impressão de sua propensão ao ativismo judicial (LIMA, 2014, p. 211).

Em contrapartida, os dados coletados nas pesquisas empíricas sobre o controle de constitucionalidade concentrado mostram a prevalência das questões processuais sobre os julgamentos meritórios e o expressivo contingente de ações que aguardam julgamento, em virtude do longo período que decorre entre seu ajuizamento e a efetiva apreciação do seu mérito (VIANNA, 1999, p. 115-117; CARVALHO, 2005, p. 140-141; PROGREGINSKY, 2011, p. 21. SUNDFELD et al, 2010, p. 9-21).

Reconhecido o exercício de jurisdição pelo STF, em sua posição no ordenamento jurídico pátrio, e diante da presunção de *non liquet* que guia esta atividade, as atenções voltam-se às normas legais e regimentais que procedimentalizam as decisões – e eventuais omissões - que interferem diretamente na vida do país. A apreciação dos processos judiciais e, conseqüentemente, o momento de prolatação das decisões convertem-se num fator importante para a condução do procedimento, com inevitáveis repercussões políticas.

A pesquisa em curso insere-se neste debate, na esteira do reconhecimento acadêmico de que a variável “tempo” é um relevante fator para a compreensão da interação do Tribunal com o sistema político (v.g. FALCÃO et al., 2014), sobretudo quando analisada a relevância das decisões monocráticas em suas dinâmicas decisórias¹. Ocupa-se, neste contexto, da atividade desenvolvida pelos relatores e suas repercussões para a atuação do tribunal, numa abordagem que contempla os fatores que repercutem na decisão judicial: os valores pessoais e interação entre os juízes, o

¹ Trata-se de tendência que se fortaleceu nos anos 60, como mecanismo de seletividade, e que teria mais impacto do que as reformas constitucionais promovidas desde então, que concentraram competências decisórias no tribunal, como resposta ao assoberbamento de processos (COSTA et al., 2016, p. 167-ss)

ambiente político e social no qual a corte está inserida, dentre outros (BAUM, 2010, p. 202-ss).

Deste modo, parte-se da hipótese de que um juiz que possua formação política, notadamente aquele componente de uma Suprema Corte, formalmente indicado por um partido político no exercício da Presidência da República, e cuja decisão esteja orientada estrategicamente “deve estar preparado para sopesar os custos e benefícios relativos que irão resultar de suas decisões formais e de seus esforços informais de influência”(MURPHY, 1964, p. 35).

Tememos por paradigma o caso dos Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071, impetrados respectivamente pelo PPS e pelo PSDB, na data de 17 de março de 2016, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro chefe da Casa Civil. Nos referidos processos, a concessão de liminar, suspendendo a posse no novo cargo e determinando a manutenção da competência da justiça de primeira instância para analisar os procedimentos criminais em seu desfavor, foi simultaneamente proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, na data de 18 de março de 2016, ou seja, apenas 24 horas após a distribuição dos referidos processos.

Neste momento, diante da complexidade do tema proposto – os ministros do STF enquanto relatores de milhares de processos - e por se tratar de pesquisa em curso, as variáveis sugeridas serão testadas a partir da atividade do membro citado, cujas decisões foram objeto de acirrada discussão nos últimos meses.

2. O tempo como variável estratégica no exercício da jurisdição constitucional: uma incursão pela *Judicial Politics*

A gestão dos processos judiciais é de responsabilidade de cada magistrado, independentemente da instância na qual esteja alocado. A escolha *do que e quando* será julgado (*agenda*), juntamente com as regras procedimentais, reflete a organização do Gabinete ou da Vara em que tramita o processo. Mas nada impede que o julgador utilize estrategicamente essa prerrogativa de formação de sua agenda, para persecução de suas finalidades.

E por que faria isso? Encontramos disponíveis na literatura os três principais modelos formais utilizados para explicar o comportamento judicial, seja individualmente, seja como órgão coletivo: os modelos legalista, atitudinal e estratégico.

Para o modelo legalista, fatores exclusivamente jurídicos – v.g., conteúdo normativo, espécie legislativa, precedentes jurisprudenciais, teorias hermenêuticas etc. – seriam exclusivamente determinantes na variação do comportamento dos julgadores.

Será que as normas jurídicas influenciam no processo decisório judicial? Muitos pesquisadores, nas faculdades de Direito e por todos os lugares, passam bastante tempo revisando, categorizando e vinculando textos jurídicos. Eles assumem que, a partir do conhecimento de várias regras, princípios e estruturas argumentativas, estarão em melhor posição para compreender um largo alcance de relações sociais e práticas políticas, *incluindo porque os juízes decidem os casos das maneiras como fazem* (GILMANN, 2001) – grifo nosso.

Por sua vez, o modelo atitudinal pressupõe que características (atitudes) adquiridas pelos julgadores ao longo de sua formação e de sua carreira – v.g., sua vinculação acadêmica, preferências por teorias manifestada em opiniões e julgados anteriores, ideologias partidárias, preferências regionais etc. – seriam a principal influência (causa) nos resultados dos julgamentos.

Apresentada essa corrente de outra maneira, os atitudinalistas explicam a presença de orientação política nas decisões a partir dos valores e ideologias de cada juiz (CLAYTON, 1999), v.g., considerando que os juízes decidem os casos à luz de seus sinceros valores ideológicos justapostos aos estímulos fáticos de cada caso (SEGAL, 2008).

A literatura também oferece o modelo estratégico de explicação do comportamento judicial, segundo o qual fatores externos afetariam o momento, o conteúdo e resultado das decisões judiciais, a partir da preocupação do julgador a respeito das consequências daquele caso em particular para a sociedade e das expectativas de outros atores em relação à decisão (v.g., dentre outros, DAHL, 1957; EPSTEIN e KNIGHT, 1998; CALDEIRA et al., 1999; TAYLOR, 2008).

Para o modelo estratégico, algumas decisões judiciais não encontrariam a explicação apenas na utilização das fontes jurídicas (modelo legalista) ou nas prévias características individuais de cada julgador (atitudes), mas sim, na antecipação abstrata, realizada pelo juiz, dos conjuntos de consequências e implicações, a curto, médio e/ou longo prazo, que podem (ou poderiam) resultar de seu posicionamento diante de uma questão controversa submetida mediante um processo judicial.

Constrangimentos externos ao órgão judicial são capazes de produzir uma rede de incentivos institucionais favoráveis a que os atores judiciários comportem-se de maneira estratégica, ou seja, ponderando os custos e benefícios que irão provavelmente ter que suportar, em virtude dos resultados de suas decisões, ao ter que responder, positiva ou negativamente, às expectativas dos litigantes, da opinião pública, dos interesses de grupos de pressão, da imprensa e da academia, entre outras preocupações (MURPHY, 1964).

Por outro lado, a formação da agenda já foi amplamente estudada no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo (v.g., SANTOS, 1997; LIMONGI e FIGUEIREDO, 2009), especialmente no que se refere à escolha e implementação das políticas públicas do governo, mas ainda é pouco explorada em relação ao Poder Judiciário no Brasil. Não foi esquecida, porém, pelos pesquisadores da área de *Judicial Politics* (Política Judicial).

Para Kingdon (1984), os problemas passíveis de serem incluídos na agenda política de um dos poderes públicos podem ser identificados a partir de indicadores, utilizados para avaliar a magnitude das alterações de uma condição, os eventos em foco no momento, ou seja, um desastre, uma crise, etc., e um *feedback* seja ele formal

ou informal, sobre a operação de um programa já existente. Há ainda a influência dos atores políticos (presidente, burocratas, congressistas, mídia, academia, grupos de interesses, partidos políticos e o público em geral), e da dinâmica da política em si, como a proximidade das eleições, a questão do financiamento de campanha, o jogo político e outros.

Trata-se de um modelo que identifica e testa influências múltiplas externas na tomada de decisão. Não é possível, portanto, desvencilhar a escolha estratégica de formação da agenda de julgamento do contexto social e político evidenciado nas diversas manifestações inerentes a um Estado Democrático de Direito (EPSTEIN e KNIGHT, 1998).

3. Como eleger prioridades dentre milhares de processos? A (ausência de) normatização da pauta julgadora

A CF-88, como é consenso na literatura acadêmica (v. g. CARVALHO, 2010, p. 177), fortaleceu sobremaneira o STF e criou as condições normativas para o encaminhamento dos mais importantes temas da vida política nacional àquela instituição. Contudo, a despeito de seu caráter analítico e dirigente, a Carta Cidadã não disciplinou o exercício das diversas competências dispostas em seu art. 102, pelos membros daquele tribunal. Referida tarefa caberia, portanto, ao legislador ordinário, na disciplina dos diversos institutos jurídicos à disposição dos atores legitimados à provocação do Tribunal, ou na legislação processual. Por fim, ter-se-ia o Regimento Interno da Corte (RI/STF), de inegável relevância na conformação dos seus trâmites procedimentais.

Nenhum destes dispositivos disciplina, expressa e claramente, o caminho a ser percorrido para formação da pauta do tribunal. O art. 145 do RI/STF limita-se a dispor sobre as prioridades de julgamento (habeas corpus, pedidos de extradição, causas criminais – e, dentre estas, as de réu preso -, conflitos de jurisdição, recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral, mandados de segurança, reclamações, representações, pedidos de avocação e as causas avocadas). Não estabelece requisitos ou critérios objetivos para inclusão do processo em pauta, seja na da Turma, do Plenário ou na pauta de decisões monocráticas do ministro relator.

Tem-se, ainda, as prioridades decorrentes da legislação processual. Na vigência do Código de Processo Civil revogado (art. 1211-A, ss) e, nos termos da Resolução STF 408/2009, nos casos em que “figura como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou que seja portadora de doença grave” e os “portadores de necessidades especiais” (*sic*), cf. Lei 7.853/1989, era necessária provocação do interessado ao Presidente do Tribunal ou ao Relator do feito, com prova da “condição” e, conseqüentemente, deferimento do benefício (art. 2º, Resolução STF 408/2009).

No Código de Processo Civil vigente (Lei n. 13.105/2015), independe-se da apreciação do magistrado, em qualquer instância, nos seguintes casos:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II - regulados pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

§ 3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.

§ 4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário.

Taylor (2008) e Carvalho (2005), a despeito de ressaltarem que, no sistema processual brasileiro, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não poderiam prever

ou escolher as matérias submetidas à Corte, também destacam o que denominaram *comportamento seletivo* – uma reação ao referido desenho institucional do tribunal – pelo qual os Ministros, na qualidade de relatores dos processos em tramitação, decidiriam estrategicamente *o que e quando* levar a julgamento, individual ou coletivamente, influenciando a formação da pauta (agenda), isto é, a ordem segundo a qual as questões seriam decididas, ignorando o momento da propositura da ação.

Ignorar o momento da propositura da ação, entretanto, não pode necessariamente ser considerado um erro do tribunal, ou ainda um comportamento impensado. Na literatura jurídica, o reconhecimento do caráter “contramajoritário” da jurisdição constitucional é acompanhado da sugestão de que o tribunal encarregado desta atividade explore o “maravilhoso mistério do tempo”. Ambas as expressões surgiram no influente trabalho de Alexander Bickel (1962) “*The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*”, ao tentar compreender o papel da Suprema Corte dos EUA naquele sistema político, cuja atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais da sociedade. O autor reconhecia que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, da aceitação popular destas decisões. Para assegurar o amparo público para sua atividade e, ao mesmo tempo, desempenhá-la em acordo com estes princípios, a Corte deveria lançar mão das chamadas “virtudes passivas”, técnicas doutrinárias que a permitem postergar a apreciação de questões problemáticas até que a sociedade tenha tido tempo para lidar com elas (BICKEL, 1962, p. 111-ss).

Assim, a corte, na apreciação de qualquer caso, pode (I) anular o ato apreciado por sua inconstitucionalidade; (II) mantê-lo; ou (III) simplesmente se eximir de apreciar a questão (BICKEL, 1961, p. 43-ss).

Deste modo, utilizando o tempo a seu favor o tribunal poderá empregar soluções provisórias que lhe permitam avaliar as reações da sociedade, promovendo um amadurecimento lento e real do debate até o momento em que for conveniente solucionar o caso, explorando o “maravilhoso mistério do tempo” (BICKEL, 1962, p. 26).

Este tipo de comportamento já foi objeto de investigação pela literatura: Caldeira et al. (1999), através de um modelo estratégico, encontraram evidências de que a aceitação de casos para serem analisados pelos magistrados da Suprema Corte norte-americana, ou seja, a concessão do *writ of certiorari*, dependeria, em grande parte, da percepção que os julgadores possuíam a respeito das consequências daquele

caso em particular para a sociedade. Gely e Spiller (1992), por sua vez, mostraram que, em determinados *leading cases*, o julgamento colegiado realizado no ambiente da Suprema Corte norte-americana tinha sido influenciado pela antecipação das reações que o Congresso poderia ter em relação ao teor das decisões.

Outrossim, é sabido que a ordem de “entrada” do tribunal não é o critério preponderante na formação da agenda do STF. Referida questão foi trazida à tona no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que previa expressamente em seu art. 12 a determinação de que os juízes e tribunais deveriam obedecer à ordem cronológica de conclusão dos processos para proferir sentença ou acórdão. Tal dispositivo foi, entretanto, alterado pela Lei n. 13.256/2016, retirando a obrigatoriedade expressa, para conceder aos magistrados a prerrogativa de decidir sobre a possibilidade de atender, ou não, a tal ordem cronológica.

Dessa forma, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o *tempo* aparece como uma variável explicativa relevante das decisões judiciais (variável dependente), que muito nos mostra sobre o comportamento estratégico dos Juízes membros daquele órgão: mudanças de trajetória, acelerando ou retardando a apreciação de questões, bem como pontos fora da curva (*outliers*) processos cujas decisões ocorreram em prazos de tempo notadamente mais lentos ou muito mais rápidos em comparação com a média dos processos de mesma natureza, podem esclarecer sobre as estratégias que são consideradas no momento do julgamento.

4. Gilmar Mendes e o Tempo: uma relação estratégica

Num tribunal que recebeu, desde a promulgação da CF-88 até abril de 2016, aproximadamente 1.348.750,00 (um milhão, trezentos e quarenta e oito mil, setecentos e cinquenta) demandas, entre recursos, processos de sua competência original e outros instrumentos (reclamação, SL, STA etc), a afirmação da agenda constitui-se num importante elemento para a compreensão de sua atividade. Se a morosidade, em todas as instâncias jurisdicionais, é reconhecida com um dos entraves ao princípio do acesso à justiça e a “razoável duração do processo” foi erigida à condição de garantia fundamental (art. 5º, inciso LXXVIII) pela Emenda Constitucional nº 45/2014, a questão torna contornos específicos no STF, em virtude da relevância e complexidade das questões postas à apreciação de seus membros.

A análise do fator tempo, em pesquisas anteriores, já permitiu isolar alguns importantes aspectos da (in)atividade jurisdicional do STF. Conforme o **Relatório Supremo em Números**, pode-se analisar:

I) o tempo até uma decisão liminar; o tempo entre a tomada de uma decisão liminar e a decisão definitiva de mérito; II) o reflexo da adoção do art. Art. 12 da Lei 9.868/99 para a celeridade de tramitação das ações de controle abstrato de constitucionalidade; III) a expectativa, a partir da respectiva sessão de julgamento, para a publicação de acórdãos; IV) o prazo, a contar no início do processo no Supremo, para o efetivo trânsito em julgado; V) o impacto temporal dos pedidos de vistas dos ministros; e VI) o tempo pelo qual os processos ficam conclusos ao relator. (FALCÃO et al., 2014, p. 26)

De acordo com o mesmo **relatório**, a média de tempo entre o início do processo e a decisão liminar é de 44 (quarenta e quatro) dias; já a média no controle concentrado de constitucionalidade – a mais alta – fica na faixa de 150 dias para ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e arguição de descumprimento a preceito fundamental (ADPF).

Por sua vez, situados a baixo da média estão as liminares nos Recursos em Habeas Corpus (RHC) e as decisões em Pedidos de Suspensão (SS, SL e STA),

ambos com 30 dias de média, e as liminares nos Habeas Corpus (HC), com 27 dias de média de tempo de tramitação. No caso específico dos Mandados de Segurança (MS) em tramitação no Supremo Tribunal Federal, o tempo de espera compreendido entre a impetração e a decisão liminar corresponde em média a 48 dias de espera (FALCÃO et al., 2014).

Tome-se novamente como paradigma o caso dos Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071, impetrados respectivamente pelo PPS e pelo PSDB, na data de 17 de março de 2016, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro chefe da Casa Civil.

Nos referidos processos, a decisão concessiva de liminar, suspendendo a posse no novo cargo e determinando a manutenção da competência da justiça de primeira instância para analisar os procedimentos criminais em seu desfavor, foi simultaneamente proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, na data de 18 de março de 2016, **apenas 24 (vinte e quatro) horas após a distribuição dos referidos processos.**

O que o *tempo* relacionado a esta decisão nos diz sobre o comportamento estratégico do Ministro Relator?

A média de tempo verificada no gabinete deste magistrado, entre o início do processo e a decisão liminar, observe-se, é **de 37 dias.**

Gráfico 1 – Tempo médio para a concessão de liminares no STF



Fonte: Elaboração dos autores com base em FALCÃO et al. (2014) e em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

A concessão de uma liminar em mandado de segurança, em um espaço de tempo de tramitação e análise muito abaixo da média do Tribunal e, mais precisamente, da média do próprio relator, reduzindo o tempo esperado (contado em dezenas de dias) para uma surpreendente resposta imediata (contada em horas), mostra sua preocupação em atender a uma suposta urgência em sua decisão.

Quadro 1 – Sequência recente de MS distribuídos para a relatoria de Gilmar Mendes e o tempo decorrido até sua decisão

MS	Tempo para a decisão (dias)	Resultado	Assunto
34070	1	Liminar concedida	Suspensão da nomeação de Lula como Ministro Chefe da Casa Civil
34069	12	Liminar concedida	
34052	5	Decisão terminativa	
34031	1	Liminar concedida	Suspensão de ato do TCU que solicitou informações sobre os acordos de leniência tramitando na CGU
34022	5	Decisão terminativa	
33999	46	Decisão terminativa	
33978	59	Decisão terminativa	
33977	100	Aguardando apreciação de liminar	
33962	114	Aguardando apreciação de liminar (Liminar concedida pela Presidência durante o recesso mas ainda não apreciada pelo Relator)	

33957	115	Aguardando a apreciação de liminar	
33921	1	Negada a liminar	Suspensão do ato do Presidente da Câmara dos Deputados que recebeu denúncia contra a Presidente da República por crime de responsabilidade
33887	10	Negado seguimento	
33881	39	Negada a liminar	

Fonte: Elaboração dos autores com base em dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Visualiza-se, nas informações reunidas no quadro 1, a presença de três pontos fora da curva (*outliers*), isto é, três momentos recentes em sequência, nos quais o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator de mandado de segurança da competência originária do STF, reagiu imediatamente às questões submetidas à Corte, decidindo em curto espaço de tempo (24 horas), quando o tempo médio esperado seria superior a 30 dias: a) a suspensão da nomeação de Lula como Ministro Chefe da Casa Civil; b) suspensão de ato do TCU que solicitou informações sobre os acordos de leniência tramitando na CGU; e c) Suspensão do ato do Presidente da Câmara dos Deputados que recebeu denúncia contra a Presidente da República por crime de responsabilidade.

Isto ocorreria a partir de sua reação às expectativas dos partidos políticos impetrantes, de determinados setores produtivos e financeiros, de segmentos da imprensa e de grande parte da população, que continuamente protestava contra o ato de nomeação objeto de impugnação pela via do *mandamus*.

E, mais, leve-se em conta que o tribunal, de acordo com a Portaria nº 47, de 20/02/2016, não teria expediente em sua Secretaria “nos dias 23, 24 e 25 de março de 2016”, de sorte que eventual deliberação da turma ocorreria – pelo menos – 10 dias depois da prolação da decisão. Num momento de extremada crise política, as repercussões do período de validade desta liminar seriam inimagináveis à época de sua prolatação.

Tal comportamento, numa primeira análise, adequa-se à hipótese do modelo estratégico, segundo a qual, a despeito da fundamentação formal apresentada na decisão que deferiu a liminar, outros foram os fatores determinantes para que o Ministro interviesse, através de revisão judicial, na nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

5. Relatoria, tempo e estratégia: a decisão judicial como manifestação de cálculo político

O Poder Judiciário é um poder independente e autônomo, dotado de garantias institucionais - orgânico-administrativas (art. 96, CF-88) e autonomia financeira (art. 98, §2º, art. 99, CF-88) – e individuais, para assegurar a independência (art. 95, I a III, CF-88) e imparcialidade de seus membros (art. 95, § único, I a IV, CF-88).

Como corolário destas garantias, entende-se que a gestão de processos seja uma prerrogativa do magistrado. Contudo, não é possível supor que a ausência de sistematização através de regras gerais, a serem criadas pelo Presidente ou ainda por algum órgão especial do Tribunal, seja desnecessária. Para Falcão *et al* (2014, p. 21), “a total autonomia de cada ministro sobre como decidir é inalienável, mas não pode ser confundida com uma total autonomia da gestão processual”.

Nesse contexto, urge a necessidade de criação de regras que tornem mais transparente a relação entre o tempo e o julgamento dos processos.

Deve-se consignar, neste sentido, a injustificada alteração da Lei n. 13.105/2015, que culminou na manutenção da discricionariedade judicial sobre a agenda decisória, considerando que o atendimento à ordem cronológica de entrada no tribunal insere-se dentre as prerrogativas do magistrado.

De toda sorte, a regra do art. 96, I, “a” que atribui aos tribunais a competência privativa para “elaborar seus Regimentos Internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” pode ser invocada para que o próprio tribunal estabeleça seus critérios.

Como corolário da legitimidade de sua atuação, importante evitar que alguns processos sejam julgados em detrimento de outros sem uma justificativa plausível e real. É importante, em momentos de instabilidade político-econômica e evidente polarização social, ficar claro que a atuação do judiciário não está passando despercebida e que a inexistência de instrumentos de controle, sejam eles internos ou

externos, não o exime da análise científica e social inerente aos poderes de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010.
- BICKEL, Alexander M.. The Supreme Court, 1960 Term—Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, n. 75, p. 40-75, nov. 1961.
- _____. (1962). **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- CALDEIRA, G. A.; WRIGHT, J. R.; ZORN, C. J. (1999). Sophisticated voting and gate-keeping in the Supreme Court. **Journal of Law, Economics, and Organization**, 15(3), 549-572.
- CARVALHO, E. R. (2005). **Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil**. Tese de doutorado, USP, São Paulo.
- CARVALHO, Ernani (2010). Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 176-207, jan./abr.
- CLAYTON, C. W. (1999). The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old institutionalisms. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches**. Chicago, University of Chicago Press.
- COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de (2016). Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 155-187, jan./abr..
- DAHL, R. A. (1957). Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, 6, 279.
- EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. (1998). **The Choices Justices Make**. Washington, D. C., Congressional Quarterly.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A., CHAVES, Vitor P. (2014). **Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.
- GELY, R., e SPILLER, P. T. (1992). The political economy of Supreme Court constitutional decisions: the case of Roosevelt's court-packing plan. **International Review Of Law And Economics**, 12(1), 45-67.

- GILLMAN, H. (2001). What's law got to do with it? Judicial behavioralists test the “legal model” of judicial decision making. **Law & Social Inquiry**, 26 (2), 465-504.
- KINGDON, John W (1984). **Agendas, alternatives and public policies**. New Jersey: Pearson.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago (2014). **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. 1. ed. Curitiba: Juruá.
- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina (2009). Poder de agenda e políticas substantivas In: INÁCIO, Magna y RENNO, Lucio. **Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada**. Belo Horizonte: Editora da UFMG.
- MURPHY, W. (1964). **Elements of judicial strategy**. Chicago, University of Chicago Press.
- PROGREBINSKY, Thamy (2011). **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier.
- SANTOS, Fabiano (1997). Patronagem e poder de agenda na política brasileira. **Revista Dados**, vol. 40, no. 3, Rio de Janeiro.
- SEGAL, Jeffrey A. (2008). Judicial Behavior. In: WHITTINGTON, K. E.; KELEMEN, R. D.; CALDEIRA, G. A (eds.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press.
- SUNDFELD, Carlos Ari *et al* (2010). **Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.
- TAYLOR, M. M. (2008). **Judging policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press.
- VIANNA, Luiz Werneck et al (1999). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan.