



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz

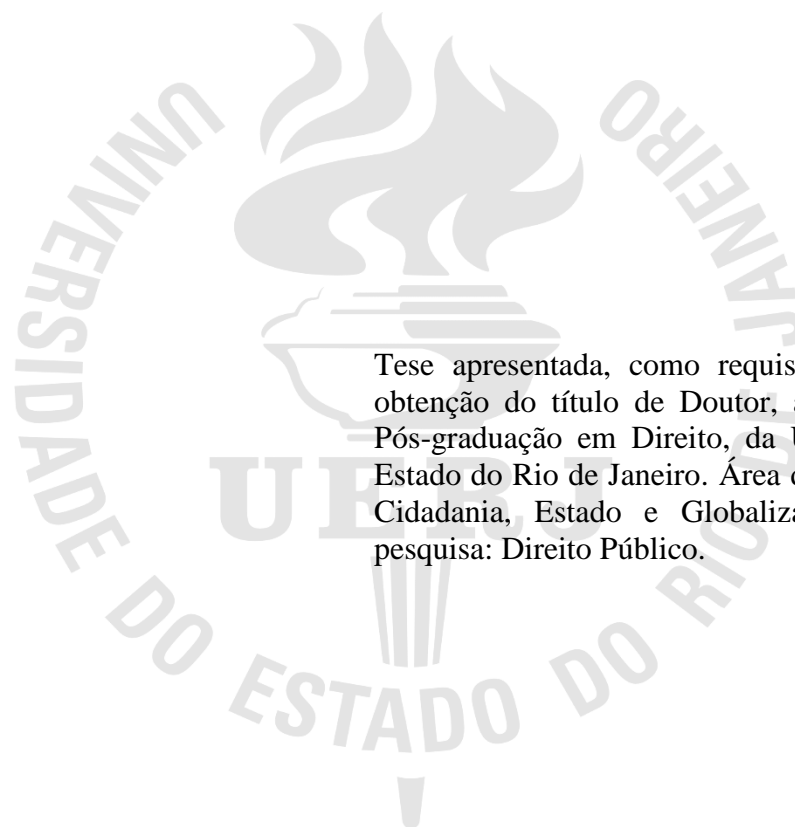
Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação

Rio de Janeiro

2015

Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz

Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

K75 Koatz, Rafael Lorenzo-Fernandez.

Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação / Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. – 2015.
442 f.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 2. Poder judiciário - Teses.
3. Precedentes judiciais - Teses. I. Barroso, Luís Roberto. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.52(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz

Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 09 de outubro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binimbojm

Faculdade de Direito- UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Diego Werneck Arguelles

Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

À Paula, por tudo. E a esse pedacinho de gente, cheio de personalidade, chamado Manuela, que carrega consigo todo o meu amor.

In memoriam do Ary, do Henrique e das vós Margarida e Amália. A tristeza da despedida desbotou um pouco a cor da vida e tornou um pouco mais difícil a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Os homens não sabem exatamente como é a sensação da gestação e a dor do parto. A natureza reservou às mulheres a dádiva e o trabalho de carregar dentro de si, durante nove longos meses, um ser em formação, para ao final dar-lhe à luz. São elas que nos relatam que a gestação é uma das coisas mais surpreendentes e maravilhosas da natureza. Penso, no entanto, que a sensação deva ser um tanto semelhante a da elaboração de um trabalho acadêmico, guardadas evidentemente suas devidas proporções.

Tal como o bebê, o trabalho acadêmico nasce e se desenvolve dentro de uma pessoa e é posto para fora, após longo e tormentoso processo, que causa um turbilhão de emoções. Da maravilha do deslumbramento da descoberta da gravidez e da aprovação no doutorado, seguem-se sensações mescladas de angústias e euforia, ansiedades e dúvidas, felicidade e tristeza. A gente não tem certeza se vai ser bom pai, nem se vai conseguir cumprir aquilo a que se propôs; não sabe que mundo seu filho vai encontrar; se o filho vai ser saudável e feliz, e se a tese vai ser boa ou ruim. Ao final da gestação de ambos, no entanto, o nascimento proporciona uma sensação maravilhosa. Um misto de alívio e paz. E também de responsabilidade, por colocarmos algo novo no mundo. Algo que, embora independente, reflete aquilo que você é. É assim que me sinto hoje.

Assim como os bebês, os trabalhos acadêmicos precisam de ajuda para nascer. É às pessoas que, voluntária ou involuntariamente, participaram deste “trabalho de parto” que eu gostaria, agora, de agradecer.

Tenho enorme dívida de gratidão com meu orientador, professor Luís Roberto Barroso. Luís Roberto sempre foi, para mim, um grande exemplo, acadêmico e profissional. Professor cativante e didático, orador extraordinário, doutrinador respeitado, com um raciocínio claríssimo, e um olhar sensível e humanista. Não é à toa que ele é considerado um dos melhores – para mim o melhor – constitucionalista do Brasil. Ao longo desses anos, presenciei momentos marcantes de sua vida, que mostram quão iluminado ele é. De uma doença gravíssima à ascensão ao cargo de Ministro do STF, Luís Roberto sempre foi a mesma pessoa: serena, tranquila e estimulante. Tenho muito orgulho de ter sido seu aluno e orientando. Saiba que busco sempre me espelhar em seu exemplo!

Agradeço, também, ao meu amigo, professor e sócio Gustavo Binenbojm, um dos juristas mais brilhantes que eu conheço, por todo o apoio e compreensão nos momentos mais

críticos. Gustavo é um dos responsáveis por despertar a minha admiração e interesse pelo Direito Público. Devo, em grande parte, minha trajetória pessoal à inspiração que você me proporciona. Suas críticas e observações sempre foram essenciais para mim! Seu humor refinado e afiado torna o nosso trabalho diário prazeroso e agradável.

Devo muito, também, ao querido amigo e professor Daniel Sarmiento. Foi com ele que tive a honra e o prazer de fazer meu mestrado. Daniel, obrigado por sempre acreditar em mim! Serei sempre seu discípulo.

Aos meus queridíssimos amigos Flavio, Lauro, André, Alice, Carol, Carina, Juliana, Amanda, Francisco, Filipe, Aline, Anna, Mariana, Renato, Marina, Chiquinho, Joana e Liz; aos meus estagiários de ontem e hoje, e aos demais integrantes do BGCB – Pamella, Carla, Vinicius, Edna, Eda e Alex – um obrigado especial. Obrigado por aturarem todo o meu mau humor, minhas crises e me darem apoio incondicional. Nosso dia-a-dia só é agradável graças a vocês. Se dependesse de mim, o escritório seria sombrio... Sou feliz por poder contar com a inteligência, a astúcia, o bom humor de vocês em nosso convívio. Essa energia que irradia do nosso ambiente de trabalho é minha força motriz. Gostaria de dedicar ao André e à Carina um obrigado especial. Vocês foram meus grandes incentivadores e sempre estiveram ao meu lado. Sou fã de vocês!

Agradeço, também, ao Daniel Capecchi, acadêmico que me ajudou nas pesquisas ao longo de quase todos os anos dessa pesquisa. Obrigado pelo entusiasmo, pela amizade, por todo o auxílio e, sobretudo, pelas lúcidas observações, sugestões e críticas. Daniel você vai longe. Muito longe! Acredite nisso. Não poderia deixar de mencionar, ainda, novos e velhos amigos, que sempre estiveram ao meu lado: Naumann, Frazão, Carlos Alexandre, Bodart, aos colegas e professores do mestrado e do doutorado, e aos amigos do *linkages* (Yale/2014). Vocês foram fundamentais neste processo! Naumann e Rafael Cascardo merecem agradecimentos especiais. O primeiro foi, além de um grande amigo e interlocutor, um dos maiores entusiastas deste estudo. O segundo, meu parceiro de *linkages*, auxiliou-me na fase final, com valiosas pesquisas. Aos meus queridos amigos do *Pasqua* um agradecimento mais que especial. Como diz o Decinho, “*quem tem um amiguinho tem um tesourinho!*” Longe ou perto, sou feliz por poder contar com vocês sempre. Sem vocês, a vida definitivamente não teria a mesma graça.

Aos meus amores, Paula e Manuela, devo não apenas este trabalho, mas o que sou hoje. Manuela nasceu durante o doutorado, e nos proporciona uma alegria diária indescritível. É uma criaturinha linda, de sorriso fácil e de personalidade forte, alegre e hiperativa, doce e inteligente. Ela rapidamente tornou-se o centro de todas as atenções e é a principal razão de nossas vidas.

Paula, obrigado por ter me escolhido para ser pai da Manuela! Por fim, mas não menos importantes, sou grato aos meus pais, Ana e Eduardo, aos meus irmãos Jayme e Gabi, aos meus sobrinhos Leo e Bebel, à minha sogra, Bel, aos meus cunhados Roberta, Chris e Leo, e ao meu concunhado Sérgio. Obrigado por todo o incentivo e apoio nas horas mais difíceis. Amo vocês! Devo a todos vocês os méritos que esta tese eventualmente possa ter. Os defeitos, no entanto, são todos meus. Ela nasceu a fórceps, é verdade. E foi só com a ajuda e o apoio de vocês que consegui dar-lhe à luz. Espero que esse trabalho reflita o que tenho de melhor e desenvolva vida própria. Muito obrigado! Muito obrigado, mesmo!

Tem muito pouca dúvida e muita razão
Tem muito pouca ideia e muita opinião
Muita pornografia e muito pouco tesão
Muita cerimônia e muito pouca educação

Muito Muito Pouco - Arnaldo Antunes

RESUMO

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF*: discutindo a relação. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente estudo tem por objetivo oferecer contribuição para que a comunidade jurídica repense o funcionamento e o processo de deliberação atualmente adotados pelo STF, propondo mudanças que possam melhorar o manejo de precedentes, com benefícios à celeridade processual e à sociedade. As mudanças idealizadas visam a realinhar o STF às transformações jurídicas pelas quais o Brasil vem passando nos últimos anos, notadamente após a reforma promovida pela EC nº 45/2004. Com isso, pretende-se contribuir para o desenvolvimento do direito brasileiro e o aprimoramento institucional do STF. A tese se desenvolve em três partes. Na primeira, são apresentadas as condições que conduziram à ascensão do Judiciário como protagonista nas sociedades contemporâneas; as mudanças pelas quais o ordenamento jurídico vem passando e como elas impactam a realidade brasileira. O propósito é identificar se está havendo uma transição de um sistema de *civil law* para um de *common law*. Para cumprir esse objetivo empreende-se um estudo sobre os diferentes institutos ligados à teoria dos precedentes avaliando-os à luz das transições jurídicas nacionais. Encerrando a primeira parte, apresentam-se diferentes modelos de deliberação adotados pelas Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, discutindo-se suas vantagens e desvantagens, sob a perspectiva da forma, da extensão e profundidade. A segunda parte do trabalho tem por objetivo central por o Supremo Tribunal Federal em perspectiva histórica. O propósito é identificar as causas que transformaram o Tribunal em uma corte disfuncional e lenta. Para cumprir esse objetivo, percorre-se a história constitucional brasileira para apresentar as principais características e as diferentes fases da evolução do Tribunal. Como se verá, o STF alcançou sua apoteose institucional em razão das mudanças geradas pela Constituição de 1988. Conclui-se a segunda parte com uma análise das dificuldades e problemas trazidos pelo novo protagonismo do Tribunal. Na terceira e última parte, apresentam-se propostas voltadas aos problemas apontados na segunda parte, visando mudanças no diaadia da Corte. As propostas são organizadas em três grandes eixos. Em primeiro lugar, em mudanças interpretativas, que possam alterar o funcionamento e/ou o processo de deliberação do STF. Em segundo lugar, no funcionamento do tribunal e em propostas para aprimorá-lo; e, em terceiro lugar, na melhora de seu processo de deliberação. A intenção é sugerir mudanças que não impliquem em necessidade de reformas legislativas ou constitucionais tendentes a alterar o atual *design* institucional, apostando-se naquilo que está ao alcance imediato dos ministros. No que se refere ao funcionamento do Tribunal, propõem-se mudanças de cunho cultural, envolvendo a própria postura de ministros, assessores e auxiliares; e mudanças de cunho regimental, que podem ser adotadas por meio de emendas regimentais. Já no que concerne ao processo de deliberação, a tese propõe sugestões sobre as vantagens e desvantagens da adoção de um novo modelo de deliberação, bem como sobre meios de adequá-lo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional. Suprema Corte. Poder Judiciário. Modelos de Deliberação Judicial. Precedentes.

ABSTRACT

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberation and proceeding in the brazilian Supreme Court (STF): discussing the relationship*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The scope of this thesis is to offer a contribution for the legal community to rethink the functioning and the resolution process currently adopted by the Brazilian Supreme Court, proposing changes which may improve the management of precedents, enhancing the speed of the process and the society as a whole. The changes proposed intend to realign STF to the legal transformations to which Brazil is going through within the past years, mainly after the reform approved by the Constitutional Amendment nr. 45/2004. With such proposals, we aim to contribute with the development of the Brazilian law and the institutional improvement of STF. The thesis is developed in three parts. In the first, the conditions through which the Judiciary rose as a protagonist in contemporary societies are presented, as well as the current changes of the Brazilian legal system and how they affect the Brazilian situation. The goal is to identify if a transition from a *civil law* system to a *common law* one has occurred. To perform such goal a study of the different institutes in connection with the judicial precedents theory is developed, examining them under the light of the Brazilian legal system transitions. Concluding the first part, the different decision models adopted by constitutional courts and supreme courts are presented, discussing their advantages and disadvantages in view of the form, extension and depth. The main objective of the second part is to put the Brazilian Court in a historical perspective aiming to identify the causes that transformed it in a dysfunctional and slow court. To meet this goal, the work goes briefly through the Brazilian constitutional history to present the main characteristics and various deliberation steps of the Brazilian Supreme Court development. As it is presented, the Brazilian Supreme Court reached its institutional apotheosis as a result of the changes due to the Brazilian Constitution of 1988. The second part is concluded with an analysis of the difficulties and problems brought by Brazilian Supreme Court's new protagonist role. In the third and final part, proposals to solve the problems previously identified are presented, with the purpose of transforming the Court's day-to-day activities. The proposals are organized in three types. Firstly, interpretation changes to alter the functioning and/or the deliberation process of the Supreme Court; secondly, focused in the functioning of the Court; and thirdly, in the improvement of its deliberation model. The intent is to suggest changes that do not imply the need of legislative or constitutional reforms tended to change the institutional design, focusing on measures within immediate reach of the Brazilian justices. Regarding the functioning of the court, the changes proposed are of cultural nature, involving the stance of the judges, counsels and aids; and to be adopted by means of amending the court's internal rules. In what concerns the deliberation process, the thesis proposes suggestions in connection with the advantages and disadvantages of adopting a new deliberation model, as well as the means do adjust

Keywords: Brazilian Supreme Court: Constitutional Court. Supreme Court. Judiciary Branch. Models of Judicial Deliberation. Precedents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Ato Institucional
AIB	Ação Integralista Brasileira
ANATEL	Agencia Nacional de Telecomunicações
ANL	Aliança Nacional Libertadora
AR	Arguição de Relevância
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira, de 05.10.1988
DJ	Diário de Justiça
DL	Decreto-Lei
DO	Diário Oficial
EC	Emenda Constitucional
ER	Emenda Regimental
EUA	Estados Unidos da América
FCCA	<i>Federal Constitutional Court Act</i> (Alemanha), de 12.03.1951
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LC	Lei Complementar
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979)

MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
NCPC	Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.015, de 16.03.2015)
PC	Partido Comunista
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PGR	Procurador-Geral da República
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
QO	Questão de Ordem
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJERJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TSF	Tribunal Superior Federal
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
-----------------	----

1ª PARTE: PREMISSAS TEÓRICAS

1	O SURGIMENTO DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	34
2	CORTE CONSTITUCIONAL VS. TRIBUNAL SUPREMO.....	41
3	NEOCONSTITUCIONALISMO E FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS.....	48
4	JURISPRUDÊNCIA VS. PRECEDENTE.....	50
5	OS ELEMENTOS DOS PRECEDENTES.....	58
5.1	Stare decisis.....	58
5.2	Holding ou Ratio decidendi.....	62
5.3	Obiter dictum.....	63
6	AFASTAMENTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	65
6.1	Distinguishing.....	65
6.2	Overruling.....	66
7	MODELOS DE DELIBERAÇÃO.....	71
7.1	Modelo de votos em seriatim.....	72
7.2	Modelo Institucional.....	78
7.3	Modelo intermediário.....	89
8	FORMAS DE DELIBERAÇÃO.....	97
9	FASES DA DELIBERAÇÃO.....	100
10	CONCLUSÃO PARCIAL.....	102

2ª PARTE: OS PROBLEMAS DE FUNCIONAMENTO E DO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DO STF NA ATUALIDADE

1	O PAPEL DO STF NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DE COADJUVANTE A PROTAGONISTA DA ORDEM POLÍTICA.....	103
2	O IMPÉRIO.....	106

2.1	O final do período colonial e a proclamação da Independência brasileira.....	106
2.2	O Primeiro Reinado: a promulgação da Constituição de 1824 e a criação do Supremo Tribunal de Justiça.....	108
2.3	O Segundo Reinado.....	111
2.4	A (des)importância do Supremo Tribunal de Justiça no Brasil Imperial.....	113
3	A REPÚBLICA VELHA.....	116
3.1	A proclamação da República.....	116
3.2	A Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 510/1890) e a Constituição de 1891.....	117
3.3	A criação e a instalação do Supremo Tribunal Federal.....	119
3.4	O funcionamento e o processo de deliberação do STF na vigência da Constituição de 1891.....	124
3.5	A importância e o papel do STF na República Velha.....	132
4	A REVOLUÇÃO DE 1930.....	142
4.1	O funcionamento do STF durante a Revolução de 1930.....	143
4.2	A importância e o papel do STF durante o governo provisório.....	150
5	A BREVE REDEMOCRATIZAÇÃO (1934-1937).....	151
5.1	Antecedentes: A Assembleia Nacional Constituinte.....	151
5.2	A Constituição de 1934.....	152
5.3	A importância e o papel do STF no período.....	155
6	O ESTADO NOVO (1937-1945).....	159
6.1	A Constituição de 1937.....	160
6.2	O funcionamento e o processo de deliberação do STF durante o Estado Novo.....	164
6.3	A importância e o papel do STF no Estado Novo.....	169
7	O PERÍODO DEMOCRÁTICO (1945-1964).....	170
7.1	A Constituinte.....	171
7.2	A Constituição de 1946.....	171
7.3	O funcionamento e o processo de deliberação do STF durante o período democrático.....	177
7.4	A importância e o papel do STF no período democrático.....	178
8	A DITADURA MILITAR (1964-1985).....	181
8.1	Antecedentes: os governos Jânio Quadros e João Goulart.....	181
8.2	O Golpe de 1964.....	181

8.3	A Constituição de 1967.....	186
8.4	A Constituição de 1969.....	188
8.5	O funcionamento e o processo de deliberação do STF durante a ditadura militar.....	191
8.6	A importância e o papel do STF durante o governo militar.....	205
9	O STF PÓS-CRFB DE 1988: DO DESCONHECIMENTO À SUPEREXPOSIÇÃO.....	210
9.1	A redemocratização e a Assembleia Nacional Constituinte.....	210
9.2	A Constituição de 1988.....	217
9.3	O funcionamento e o processo de deliberação do STF na vigência da Constituição de 1988.....	243
9.4	A importância e o papel do STF na vigência da Constituição de 1988.....	274
10	CONCLUSÃO PARCIAL.....	279

**3ª PARTE: RACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.
PROPOSTAS PARA MELHORAR O FUNCIONAMENTO E O PROCESSO DE
DELIBERAÇÃO DO STF**

1	INTRODUÇÃO.....	282
2	MUDANÇAS INTERPRETATIVAS.....	284
2.1	O STF tem discricionariedade para escolher os REs que deseja julgar.....	284
2.2	Possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI por decisão monocrática do relator, fora dos períodos de recesso e férias.....	299
2.3	A exceção que virou regra: A equivocada aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99.....	320
3	MUDANÇAS NO FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL.....	338
3.1	Mudanças culturais.....	339
3.2	Mudanças regimentais.....	356
4	ENTRE A MANUTENÇÃO E A REFORMA DO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DO STF.....	381
4.1	O que o STF não deve mudar em seu processo de deliberação.....	382
4.2	O que o STF deve mudar em seu modelo de deliberação.....	389
5	SUGESTÕES PARA FACILITAR O CONHECIMENTO E A IDENTIFICAÇÃO	

	DE PRECEDENTES.....	403
5.1	Utilização equivocada do entendimento de cortes inferiores (jurisprudência) já substituído por decisões das cortes superiores.....	403
5.2	Maior publicidade para os precedentes.....	405
	CONCLUSÃO.....	407
	REFERÊNCIAS.....	417

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema

O Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que se consagra como instituição democrática essencial ao Estado de Direito, passa por problemas crônicos de funcionamento. Dificuldades que arranham a sua própria legitimidade e que merecem um tratamento adequado.

Esses problemas possuem duas raízes fundamentais: o excessivo número de demandas e a falta de instrumentos adequados para lidar com elas. Esse cenário não é propriamente novo.¹ Todavia, ele se agravou substancialmente após a promulgação da Constituição de 1988.² Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alargou acesso à justiça. O Poder Judiciário, disse a Constituição, deve abrir as suas portas não só quando haja lesão a direitos, mas também em caso de ameaças, para evitar a ocorrência de danos (art. 5º, XXXV, CRFB), o que não constava no texto anterior.³

Estava aberto o caminho normativo para uma explosão de litigiosidade. Tão significativa que, no ano de 2014, havia noventa e dois milhões (92.000.000) de casos pendentes de julgamento no Brasil, de acordo como o último relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). É claro que outros fatores contribuíram decisivamente para isso. Talvez o principal tenha

¹ Em seus comentários à Constituição de 1891, Carlos Maximiliano já salientava o problema da sobrecarga do STF: “À semelhança do que sucedeu com os Estados Unidos e a República Argentina, acha-se o Brasil em face de um problema cuja solução se impõe – alliviar a Côrte Suprema do excesso de trabalho, de que não dá conta. Elevar o numero de juizes é impossível, a Constituição não o permite; e pouco adeantaria, porque o motivo do accumulo de processos na secretaria consiste em não corresponder a quantidade dos feitos julgados nas duas sessões semanaes á dos que entram em igual prazo. Não ha falta de relatores e revisores, e, sim, de reuniões plenarias. O que se faz necessario é a divisão do trabalho total entre a Côrte Suprema e outras de inferior categoria. Assim se procedeu na America do Norte e á margem do Rio da Patria; assim se deve fazer no Brasil.” (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 551). A edição é de 1918.

² “(...) em 1998, deram entrada no Judiciário 8,5 milhões de processos novos contra 350 mil em 1988; ou seja, num período de 10 anos, o número de novos feitos aumentou em 25 vezes. E o que é mais grave, nesse mesmo período, o número de juizes passou de 4.900 para cerca de 10.000” CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Apud CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 76. Segundo dados do CNJ, atualmente há aproximadamente 95 milhões de ações em curso no País. Ver em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 08/03/2015.

³ A nova carta, diferentemente da Constituição de 1969, assegurou proteção não só em face de lesão a direitos, como também da simples ameaça. Dispunha a Carta pretérita: “Art 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

sido o conjunto de reformas estruturais feitas como reação à longa e tenebrosa ditadura que assolou o País. Democratizava-se a política. Democratizava-se o Poder Judiciário.

Foi assim que a população começou a acreditar nas promessas de mudança enunciadas na Carta de 1988 e a recorrer à Justiça, agora de portas escancaradas, para implementá-las. O Poder Judiciário, no entanto, não estava estruturado e aparelhado para tanto, apesar da significativa ampliação promovida pela Constituição. De fato, a Constituição de 1988 criou 5 Tribunais Regionais Federais,⁴ compostos de, no mínimo, 7 juízes (art. 107), em substituição ao Tribunal Federal de Recursos, o qual era composto por 13 ministros⁵. Instituiu, ainda, o Superior Tribunal de Justiça, composto de, no mínimo, 33 ministros (art. 105), transferindo-lhe competências que, até então, estavam a cargo do Supremo e do Tribunal Federal de Recursos, para uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional. Mas, apesar do aumento do número de magistrados, da ampliação dos tribunais federais, e da criação de uma nova instância, composta por magistrados em número 3 vezes superior ao do STF, mesmo assim, o Poder Judiciário não foi capaz de fazer frente à demanda, que só aumentava.

O Supremo Tribunal foi igualmente afetado por esse expressivo aumento da demanda por justiça. O constituinte manteve inalterado em 11 o número de ministros da Corte, possivelmente na crença de que as outras inovações previstas na Constituição fossem suficientes para fazer frente ao volume de demandas esperado. Não foram. E não foram não só por conta da explosão de litígios, mas também em razão da ampliação das competências da própria Corte, acompanhada da aumento dos entes legitimados ao controle abstrato de constitucionalidade. Veja-se: embora tenha perdido parcela de suas competências para o STJ, o Supremo ganhou algumas novas e relevantes atribuições, que rapidamente fizeram crescer o número de demandas em tramitação. Tudo isso com um expressivo rol de legitimados a ingressarem com ações diretamente no Supremo (art. 103, CRFB), alguns dos quais –

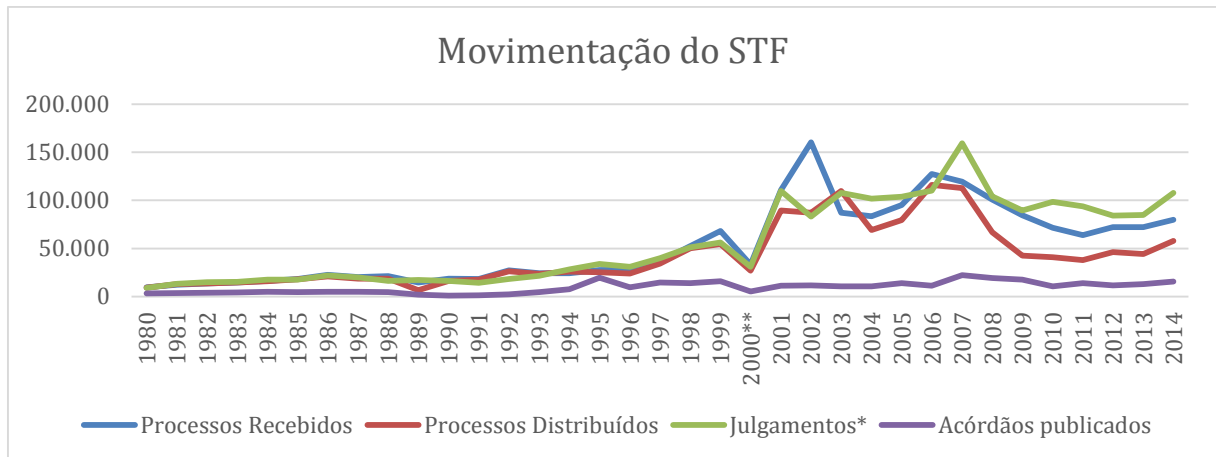
⁴ Art. 27, §6º, do ADCT: “§ 6º - Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica.”

⁵ De acordo com o art. 121 da Constituição de 1969: “Art. 121. O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de treze Ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, que satisfaçam os requisitos do parágrafo único do artigo 118.

§1º Lei complementar poderá criar Tribunais Federais de Recursos, um no Estado de Pernambuco, um no de São Paulo, fixando-lhes a jurisdição e o número de Ministros, cuja escolha se fará na forma deste artigo, bem como poderá dispor sobre a divisão do atual e dos novos em câmaras de competência privativa, e manter ou reduzir o número de seus juízes. (...)”.

notadamente os partidos políticos – com significativos incentivos para transformarem toda discussão política, numa discussão jurídica. A tabela abaixo mostra o vertiginoso aumento do número de processos na mais alta corte do País:

Supremo Tribunal Federal⁶ – Movimento Processual nos anos de 1980 a 2014



Movimentação STF	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
Processos Recebidos	9.555	12.494	13.648	14.668	16.386	18.206	22.514	20.430	21.328	14.721
Processos Distribuídos	9.308	12.853	13.846	14.528	15.964	17.935	21.015	18.788	18.674	6.622
Julgamentos	9.007	13.371	15.117	15.260	17.780	17.798	22.158	20.122	16.313	17.432
Acórdãos publicados	3.366	3.553	4.080	4.238	5.178	4.782	5.141	4.876	4.760	1.886

Movimentação STF	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Processos Recebidos	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369
Processos Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307
Acórdãos publicados	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117

⁶ Esta tabela foi retirada do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em 08/03/15. Os dados relativos ao período entre 1940 e 1979 foram suprimidos.

Movimentação STF	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007		
Processos Recebidos	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324		
Processos Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938		
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522		
Acórdãos publicados	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	22.257		

Movimentação STF	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014			
Processos Recebidos	100.781	84.369	71.670	64.018	72.148	72.072	79.943			
Processos Distribuídos	66.873	42.729	41.014	38.019	46.392	44.170	57.799			
Julgamentos (Monocráticos)	85.608	74.313	87.815	81.687	72.995	72.167	92.722			
Julgamentos (Colegiado)	18.629	15.042	10.714	12.025	11.044	12.833	15.242			
Acórdãos publicados	19.377	17.704	10.814	14.105	11.794	13.156	15.649			

Fonte: Relatórios Anuais e Secretaria de Informática do STF2014. Dados atualizados até 08.03.2015
 Obs.: Até 2007, os julgamentos englobavam decisões monocráticas e decisões colegiadas.

Diante da crescente e alarmante⁷ sobrecarga do Poder Judiciário em geral, e do STF em particular, o legislador brasileiro viu-se premido pela necessidade de intensificar, nas décadas de 1990 e 2000, um movimento de reformas que, ao fim e ao cabo, conferiu maior poder aos juízes e importância à jurisprudência. Havia um clamor geral por mudanças que permitissem que o Poder Judiciário desse respostas rápidas, eficazes, justas e eficiente às demandas, e que

⁷ Em entrevista, o Ministro Paulo Brossard afirmou que no ano de 1994, aproximadamente 68,32% dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal tiveram caráter meramente repetitivo. Havia à época, previsão de que no ano de 1995 essa proporção alcançasse 88,88%, o que significa que 32.190 julgamentos do Supremo seriam meras repetições. Previa também, “que no ano seguinte viessem a ser julgados (...), outros 36.218 casos. Isso significa que cada um dos onze Ministros seria relator em 3.292 julgamentos. Partindo de números até mais modestos, disse o Min. Sepúlveda Pertence que ‘no caso hipotético de expediente nos 365 dias do ano, seriam quase oito processos diários por ministro, o que daria numa sentença a cada quarenta minutos’. Depois, a realidade mostrou-se ainda mais negra que as previsões. Segundo dados oficiais, no ano de 1998 o Supremo Tribunal Federal julgou 52.611 casos, o que significa que a cada um de seus 11 Ministros tocaram 4.783 no ano, ou seja, 478 casos em cada mês de atividades. No Superior Tribunal de Justiça foram julgados no mesmo período 101.464 casos, o que conduz a 307 julgamentos por Ministro, por mês. Só no primeiro trimestre de 1999 entraram no Superior Tribunal de Justiça 25.427 recursos. Nos meses de fevereiro e março, os Ministros desse Tribunal julgaram processos em número até superior ao dos que entraram no mesmo período (20.593 julgados, contra 20.490 entrados), mas o saldo existente é enorme. Informa-se que, entre os dois Tribunais de superposição, existem cerca de 47.000 processos à espera de julgamento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. Revista Forense (Impresso), Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, 1999.

fossem capazes de frear o crescente número de processos nas instâncias superiores.⁸

A EC nº 45, de 8.12.2004, foi um marco nesse movimento de busca de eficiência judicial. Embora não tenha sido a primeira medida adotada,⁹⁻¹⁰ foi ela, sem dúvida, uma das mais importantes. Duas inovações introduzidas pela Emenda nº 45/2004 merecem destaque nesse particular: (i) a exigência de demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários; e (ii) a criação das Súmulas Vinculantes.

O propósito da exigência de demonstração de repercussão geral foi o de permitir a criação de uma espécie de “filtro” para os recursos extraordinários. Quis-se reduzir, sensivelmente, o número de recursos submetidos ao Tribunal, facultando à Corte a escolha dos casos que seriam julgados, dentre aqueles de maior relevância e expressão. Buscou-se, com isso, permitir que os ministros do STF concentrassem suas energias em casos que realmente importam para a sociedade. Com as Súmulas Vinculantes, por sua vez, o constituinte reformador pretendeu exigir que as instâncias ordinárias seguissem a orientação da mais alta Corte, em benefício da isonomia, da celeridade e da redução de demandas no STF e nas demais instâncias. O objetivo da Súmula foi o de permitir que o STF imponha uma determinada interpretação como correta, e exija que ela seja seguida pelos diversos órgãos e entes federativos, a fim de evitar a multiplicação de casos idênticos.

Essas reformas foram saudadas por parcela significativa da literatura jurídica. Acreditava-se que elas seriam a tábua de salvação do Judiciário, e reduziriam, sensivelmente, o número de demandas repetidas, desafogando o trabalho dos tribunais superiores, em especial do STF.

⁸ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso sustentava, em seu clássico livro “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, ser “inevitável (...) um mecanismo de filtro no sistema de recursos, que chegam às muitas dezenas de milhares, com grande inflação de agravos de instrumento contra a denegação de seguimento de recursos extraordinários. Como em todas as demais partes do mundo, a jurisdição constitucional, para que seja bem exercida, tem de se concentrar em um número limitado de casos, na escala de centenas e não dos milhares. Não pode versar trivialidades.” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª edição. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 175.

⁹ Antes da promulgação da EC nº 45/2004 já se delineava um movimento de valorização da jurisprudência. A Lei nº 8.038/90 permitiu, em seu art. 38, que os Ministros do STJ e do STF decidissem processos de sua relatoria, monocraticamente, quando “o pedido ou o recurso (...) haja perdido seu objeto, (...)”, e negar “seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

¹⁰ Talvez o exemplo mais eloquente dessa primeira onda de reformas tenha sido a alteração do art. 557 do CPC, pelas Leis nº 9.139/1995 e 9.756/1998, para ampliar os poderes dos relatores na decisão monocrática de recursos. Atualmente, o dispositivo autoriza que os magistrados neguem seguimento ou deem provimento, monocraticamente, a recursos, seguindo a jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunais superiores.

Nada obstante isso, a realidade vem se impondo à idealização feita pelos reformadores. Passados, hoje, pouco mais de 10 anos desde a promulgação da EC 45/2004, a situação do STF não parece muito melhor do que aquela vivida antes de 2004. Talvez a sensação seja, inclusive, de *piora*. É que, embora tenha havido redução do número de processos e recursos relativos a algumas classes processuais, o volume de demandas em andamento no STF continua alarmante. A redução verificada ainda não foi suficiente para trazer o acervo do Supremo a patamares razoáveis; nem para permitir que ele se concentre exclusivamente nas questões realmente sensíveis e importantes.

Todos os anos, milhares e milhares de ações e recursos são distribuídos na corte e abarrotam os escaninhos, os gabinetes e, agora, os sistemas de informática do tribunal. Por mais que os ministros aumentem sua produtividade, o problema é crônico. E isso tem comprometido o seu funcionamento. Notícias divulgadas recentemente davam conta de que havia cerca de 700 processos do século passado, esperando oportunidade para serem julgados pelo Plenário do Tribunal¹¹.

Por que as reformas ainda não produziram todos os efeitos esperados? O que está sendo feito de errado? O que precisa ser alterado? Seria o novo CPC, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, o remédio que faltava para resolver esses males, ou, em breve, precisaremos nos submeter a novas reformas? O problema do excesso de processos em tramitação no STF era o Código de 1973?

Responder a essas questões não é tarefa fácil. Há muitos fatores que podem explicar o “relativo” insucesso das reformas levadas a efeito até agora. Em nossa visão, ao menos três razões explicam as dificuldades que temos vivenciado. Uma, geral, relacionada às dificuldades de adaptação à nova realidade, e outras duas, específicas do STF.

O *primeiro*, e mais evidente, fator de dificuldade envolve a *incompreensão e a falta de familiaridade dos operadores do Direito* (sejam eles juízes, advogados, promotores etc.), *com o novo papel da jurisprudência constitucional (precedentes) dentro do ordenamento jurídico brasileiro*. Isso se explica sobretudo pela nossa tradição, calcada em um sistema de *civil law*, de origem romano-germânica. Embora ninguém mais negue a importância da jurisprudência e dos precedentes no Brasil, ainda há muitas resistências e dificuldades na identificação de seus elementos e no seu correto manejo. Realmente, a despeito de haver pronunciamento do STF em

¹¹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-03/700-processos-seculo-passado-ainda-aguardam-julgamento-stf>. Acesso em 18/03/2015.

determinado sentido, muitos juízes e tribunais continuam proferindo decisões divergentes, comprometendo a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. E tais questões, não raro, acabam voltando ao próprio Supremo, gerando retrabalho. Isso tem muito a ver com a falta de uma cultura jurídica relacionada à utilização de precedentes. Assim, ainda que se possa dizer que a jurisprudência ganhou destaque no Brasil, não deixa de ser normal a demora, a resistência e as dificuldades que temos enfrentado em relação a tais mudanças. Daí a importância da multiplicação de estudos sobre a força normativa dos precedentes, sobre *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dictum* para o aprofundamento da discussão e a conseqüente evolução jurídica brasileira.¹²

Nossa tradição de *civil law* explica muito, mas não parece suficiente para esclarecer as razões de todas as dificuldades que temos enfrentado. O *segundo* fator que merece atenção diz respeito ao *processo de deliberação*¹³ do STF para a formação dos precedentes. Tornou-se frequente, na quadra atual, ao menos nas sessões plenárias do STF, que cada ministro leve um voto individual, escrito. Em razão disso, a cada julgamento observa-se enorme divergência de fundamentos, mesmo entre os ministros que estão do *mesmo lado*. Isso produz uma verdadeira babel e torna deveras difícil a deliberação e a compreensão daquilo que foi decidido.

Realmente, como cada ministro já chega com seu voto previamente elaborado com base em premissas não compartilhadas coletivamente, a consequência é que cada um acaba falando uma *língua* diferente. Por isso, muitas vezes, embora concordem entre si com o resultado do julgamento, os ministros não o fazem com base nos mesmos fundamentos. Mesmo quando debatem a fundo os temas durante as sessões, isso não significa que tais reflexões serão incorporadas aos votos. Não raro, as notas taquigráficas do julgamento são canceladas pelo respectivo ministro, o que compromete (ou ao menos dificulta muito) a compreensão da divergência e da riqueza dos debates. Deixa-se de lado a importância do debate e da própria formação de consensos.

Ademais, a multiplicidade de *votos* fundados em razões diferentes torna extremamente

¹² V., dentre outros, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: 2008. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011.

¹³ “*Deliberação é uma forma exigente de interação no processo de tomada de decisão, por meio do qual razões de um tipo específico são trocadas na tentativa de persuadir e alcançar o consenso.*” (MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Org.). “*Jurisdição Constitucional no Brasil*”, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60).

difícil – e, em alguns casos, verdadeiramente impossível – a operacionalização com precedentes. No Brasil, não é singela a tarefa de identificar a *tese* vencedora, isto é, os fundamentos jurídicos que nortearam a decisão e que devem ser observados em futuros casos semelhantes. Por esse motivo, o STF tem sido chamado reiteradamente a se pronunciar sobre determinados temas, que já poderiam ter sido definitivamente solucionados, e a interpretar a abrangência de seus próprios julgados, corrigindo decisões de outros tribunais, em uma espiral que, ao invés de reduzir, parece ter aumentado a carga de trabalho de nossos ministros. Não é incorreto afirmar, pois, que na atualidade, os precedentes e as Súmulas Vinculantes, ao invés de oferecerem a prometida segurança jurídica e celeridade nos julgamentos, têm gerado novos – e difíceis – problemas para os intérpretes e para o próprio STF.

A operação com precedentes também tem se revelado tormentosa ante a extensão e profundidade dos acórdãos do STF. Nos casos de maior repercussão, além de elaborarem votos individuais, alguns ministros buscam analisar a questão de forma exaustiva, a partir de diversos pontos de vista, discorrendo não só sobre aspectos jurídicos, mas também sobre questões filosóficas, morais e técnicas. Em razão disso, as decisões do STF têm se tornado cada dia mais extensas, abstratas e herméticas à compreensão dos operadores do Direito e de leigos, que deveriam ser capazes de orientar-se a partir delas. É cada vez mais comum ver julgamentos com mais de 100 páginas. Em casos com maior repercussão, os acórdãos chegam a ter mais de 500 páginas (*e.g.* Caso Ellwanger - 488 páginas;¹⁴ e a Lei de Biossegurança - 526 páginas,¹⁵ dentre outros).

Nada justifica votos tão extensos, por mais complexas que sejam as matérias em debate. Na era da informação e da internet, em que tudo é efêmero, veloz, instantâneo, e as pessoas têm cada vez menos tempo disponível, por que o Supremo Tribunal deveria continuar proferindo votos dessa forma?¹⁶ Destaque-se, nessa linha, que, se as Cortes Supremas e os Tribunais

¹⁴ HC 82424/RS, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão Min. Maurício Correia, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

¹⁵ ADI 3510/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJ 28/05/2010.

¹⁶ A raiz do problema é profunda e tem múltiplos fatores. Ela pode ser explicada, dentre outros, pela enorme complexidade das matérias submetidas ao julgamento da Corte, decorrência de uma excessiva judicialização da política e da abertura do sistema aos valores morais através dos princípios jurídicos. Mas, pode ser explicada, também, como uma certa vaidade dos ministros em deixar registrado, para a história, sua posição a respeito do tema controvertido, bem como, o que será destacado neste trabalho, pela falta de cuidado e método na formação de consensos. Sobre a judicialização da política em perspectiva comparada, cf. TATE, Neal C. e VALLINDER, Tobjorn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; e HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. No Brasil, cf. VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice, MELO,

Constitucionais devem funcionar, nas democracias contemporâneas, como fóruns da *razão pública*,¹⁷ o STF deve, incessantemente, buscar que suas decisões sejam lidas, entendidas, difundidas, discutidas, aceitas e respeitadas. Não basta a divulgação de frases de efeito. O País precisa de consensos claros.

O *terceiro* fator envolve o adequado *funcionamento* do STF. Com efeito, o Tribunal não parece suficientemente preparado para lidar com seu novo papel e suas funções de formulador de regras jurídicas, por meio de precedentes. Em outras palavras: embora a EC nº 45/2004 tenha pretendido mudanças profundas, o STF continua atuando como antes: como uma corte de revisão; uma instância recursal.

Isso sem falar com certo descaso organizacional na Corte, que não facilita a formação de consensos. São raros os ministros que circulam seus votos antecipadamente a outros colegas, para informá-los a respeito de como pretendem votar (o que só é feito entre os mais novos integrantes).¹⁸ Isso torna necessário que cada ministro estude individualmente *todos* os casos pautados, para estarem prontos e habilitados a proferir seus votos.

Obrigado um ministro a estudar todos os casos que serão julgados não deveria ser algo inconveniente. Mas se torna, diante das circunstâncias atuais do STF, onde: (i) o volume de processos pautados é enorme (muitos são incluídos para fazer número, sem terem efetivas condições de serem julgados em razão da importância de outros casos discutidos na mesma sessão); e (ii) a pequena antecedência com que a pauta é divulgada aos ministros e advogados (normalmente no início da tarde da sexta-feira anterior à data da sessão designada para o julgamento). A irrazoabilidade da pauta e a falta de troca de informações dificulta muito o

Manoel P. C. e BURGOS, Marcelo B. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CITTADINO, Giselle. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes”. In: Luiz Werneck Vianna (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp. 17-42.

¹⁷ Sobre o tema, na doutrina pátria, BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 257-258. Para a discussão original, RAWLS, John. *Liberalismo Político*. trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, pp. 281-91. Para um sumário das discussões contemporâneas, GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. trad. Alonso Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 236-239.

¹⁸ Nesse sentido, a discussão provocada pela proposta do Min. Luís Roberto Barroso, sobre a possibilidade de circular as conclusões de seus votos nos processos em que era relator, no intuito de aumentar a racionalidade da Corte. Em resposta, o Min. Marco Aurélio declarou: “Há 34 anos eu não troco figurinhas”. V. <http://www.conjur.com.br/2013-ago-01/ministro-roberto-barroso-propoe-racionalidade-aos-julgamentos-supremo>. Acesso em 10/03/2015.

funcionamento do tribunal e dá ensejo a pedidos de vista que poderiam, eventualmente, ser evitados. Esse é o quadro atual da nossa mais alta Corte. De mais a mais, é impossível olvidar do fato de que muitas vezes a Corte delibera sobre votos minutados pelos assessores.¹⁹

Quando se observa a realidade das medidas cautelares o quadro é ainda mais grave. Na prática, não há deliberação colegiada sobre pedidos de medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade. As pautas sobrecarregadas não dão espaço a isso. Assim, ou o ministro encaminha a demanda para o julgamento definitivo do tribunal, conforme o art. 12 da Lei nº 9.868/99, para postergar essa análise por bastante tempo, ou a defere monocraticamente, sem submeter a questão ao plenário. Existe um processo de valorização do Juízo singular numa Corte que deveria ser plural.

O propósito deste estudo é o de analisar esses dois fatores: deliberação e funcionamento.²⁰ Diante da crescente importância e vinculação dos precedentes, torna-se premente discutir ferramentas, mecanismos e desenhos institucionais que sejam capazes – ou pelo menos favoreçam – a obtenção de consensos ou de maiorias bem estruturadas no âmbito do STF, sobre os *fundamentos* das matérias em análise. É inadiável repensar o funcionamento da Corte e a forma como ela delibera. O Supremo precisa passar por uma transformação – se reinventar – para adequar-se ao constitucionalismo contemporâneo.

Como se verá ao longo deste estudo, entendemos que o próprio Supremo dispõe de

¹⁹ O fenômeno não é exclusividade brasileira. Nos EUA, há esse tipo de registro, mesmo para uma Corte que julga apenas uma centena de casos por ano. Confira-se: “*Caseload growth has also led judges to give clerks greater responsibility. Judges differ in the tasks they assign to clerks who serve them directly, but they typically delegate functions as important as drafting opinions. A legal scholar and federal court of appeals judge has said that ‘probably more than half the written output of the [Supreme] Court is clerk-authored’*” (BAUM, Lawrence, *American Courts: process and policy*. 7ª edição, Wadsworth, Cengage Learning, 2013, p. 248). A frase final é uma transcrição de Richard Posner e foi feita em uma resenha do livro “*Sorcerers’ Apprentices*” para o jornal “*The New Republic*”. Interessante, igualmente, é a discussão existente nos Estados Unidos sobre como a própria escolha dos assessores está relacionada com a polarização política. V. “*A Sign of the Court’s Polarization: Choice of Clerks*”, *The New York Times*, disponível em: http://www.nytimes.com/2010/09/07/us/politics/07clerks.html?pagewanted=all&_r=0. Acesso em 07/03/2015.

²⁰ O presente estudo distingue-se de outros elaborados, recentemente, no âmbito do programa de Pós-Graduação da UERJ, em especial dos trabalhos dos professores Marcelo Novelino e Patrícia Perrone, apesar de sua semelhança com a discussão aqui travada. Nesse sentido, convém observar que as teses de Patrícia Perrone e Marcelo Novelino têm por objetivo primeiro analisar o comportamento judicial. Patrícia Perrone discute, no contexto brasileiro, como os magistrados se organizam para produzir votos em determinados sentidos. Em “*Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*”, a autora parte dos modelos legalista, ideológico e estratégico, que procuram explicar o comportamento adotado pelos magistrados. Tais modelos são amplamente debatidos na doutrina estrangeira, mas ainda pouco conhecidos no Brasil. Marcelo Novelino, por sua vez, centra sua análise nos fatores extrajurídicos que influenciam o processo decisório, aproximando-se da ciência política. Em “*Como os juízes decidem: A influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*”, o autor busca explicar os fatores extrajurídicos que fazem com que um órgão colegiado, ao analisar idêntica questão à luz do ordenamento jurídico, cheguem a resultados diversos. Esses temas não são objeto deste trabalho.

instrumentos para melhorar o seu funcionamento e o seu processo de deliberação, que não pressupõem a necessidade de reformas constitucionais ou legislativas. E o tribunal precisa igualmente ser mais ousado em sua interpretação constitucional, com o intuito de racionalizar sua atividade. Em nossa compreensão, o tribunal tem adotado interpretação tímida, e incompatível com o constitucionalismo contemporâneo. Isso tem trazido problemas sérios ao funcionamento do Tribunal, à prestação jurisdicional e ao próprio processo de deliberação. O STF é, hoje, um tribunal disfuncional, com uma pauta congestionada, atolado em processos e recursos, com uma forma de trabalho que beira a irracionalidade.

Estate-se tem, pois, objetivos pragmáticos. A ideia é, ao final, apresentar sugestões de mudanças estruturais que possam ser feitas pelo próprio tribunal, por meio de alterações regimentais e da revisão de práticas obsoletas e equivocadas. Com isso, esperamos contribuir para que o STF, órgão máximo da Justiça brasileira, instituição fundamental para a mediação dos conflitos sociais, possa assumir verdadeiramente o papel para o qual foi refundado com a Constituição de 1988.

Sob o ângulo da deliberação da Corte, é fundamental avaliar criticamente se a atual forma adotada pelo STF é efetivamente a melhor, notadamente diante da adoção, em nosso ordenamento jurídico, da ideia de vinculação aos precedentes. No Brasil, nos últimos anos, a doutrina tem discutido a força vinculante dos precedentes, mas não tem enfrentado a sua formação. De pouco – ou nada – adianta o esforço argumentativo para justificar a necessidade de harmonização dos julgados dos tribunais pátrios, se não soubermos como os precedentes se formam. Nessa linha, este estudo busca a definição de parâmetros claros capazes de orientar os intérpretes e operadores do Direito. A tese sugere a necessidade de mudanças na forma como os ministros do STF devem contabilizar os votos e redigir seus acórdãos, mostrando a incompatibilidade do modelo atual com a ordem jurídica brasileira. Essa mudança parece ser simples e demandar apenas alterações do regimento interno do STF, bastando, portanto, que haja vontade, no âmbito do STF, para que seja implementada.

A adoção de um novo modelo de formação de precedentes, que permita inferir de forma mais fácil e rápida a opinião da corte, poderá representar um importante instrumento para o manejo mais adequado dos precedentes, permitindo a racionalização dos trabalhos do Supremo, contribuindo para (i) a redução do número de processos submetidos à Corte, em razão da facilitação da extração das regras dos precedentes, (ii) o descongestionamento das pautas de julgamentos; e, por conseguinte, para (iii) a diminuição do tempo de solução dos litígios.

Esse processo de racionalização pressupõe uma alteração profunda na forma como o

STF se vê e como ele é visto. Pressupõe, ainda, a revisão de alguns dogmas e axiomas, como o da proibição do *non liquet*.²¹ Nossa proposta, como se verá, legitima que o STF, em determinados casos e contextos, deixe de decidir questões que lhe foram submetidas. A sua atuação deve ser mais estratégica, reduzindo questionamentos e dificuldades contramajoritárias.²² O Supremo não é – nem nunca foi – o único guardião da Constituição e, por isso, deve deferência a escolhas legítimas feitas pelos demais poderes.

Para além disso, desde a introdução, no Brasil, da figura da repercussão geral, o STF, embora continue tendo o poder de dar a *última palavra*, ainda que momentaneamente,²³ sobre a interpretação constitucional, não precisa mais atuar para a defesa da Constituição em todo e qualquer caso constitucional. Assim, a possibilidade de juízos de *nonliquet* estabelece um verdadeiro e sincero diálogo institucional²⁴ entre os Poderes e essa posição pode ser legítima para devolver aos agentes políticos legitimamente eleitos, integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, a definição de questões complexas ou demasiadamente controvertidas.²⁵ As

²¹ A expressão latina *non liquet*, como ensina George Marmelstein, “é uma abreviatura da frase ‘iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum’, que significa mais ou menos isso: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o ‘non liquet’, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida.” (LIMA, George Marmelstein. *O Asno de Buridano, o Non Liquet e as Katchangas*. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em 10.03.2012. “*Non Liquet*. Lat. is not clear. In the Roman courts, when any of the judges after the hearing of a cause, were not satisfied that the case was made clear enough for them to pronounce a verdict, they were privileged to signify this opinion by casting a ballot inscribed with the letters “N. L.” the abbreviated form of the phrase non liquet.” (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 4ª edição, St. Paul: West Publishing Co., 1951). O tema será tratado adiante, de forma mais analítica.

²² A noção de papel contramajoritário foi desenvolvida por Alexander Bickel. Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Second Edition, New Haven: Yale University Press, 1986.

²³ Em posição contrária à noção de “última palavra” do Supremo Tribunal Federal a doutrina de Rodrigo Brandão: “Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais “poderes” e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material – segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida – causa problemas de responsabilidade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. (...)” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 279.

²⁴ “By exercising their different positions in the constitutional system, different actors shape the evolution of doctrine over time. Pressing for modifications of precedents is as important to the construction of the Constitution as maintaining existing precedents. The precedents we value today usually emerged from reframing, modifying, distinguishing, or rejecting other precedents from the past.” (BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 123).

²⁵ Nesse sentido, o *non liquet* surgiria com mais um importante instrumento de autocontenção do Judiciário. Sobre ativismo judicial e autocontenção, v. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São

mudanças propostas oferecem, em nossa visão, explicações mais adequadas sobre o instituto da repercussão geral, revelando-se essenciais ao processo de harmonização da jurisprudência brasileira.

Em breve síntese, o trabalho pretende oferecer modesta contribuição para repensar o funcionamento e o processo de deliberação do STF, propondo mudanças que possam melhorar o manejo de precedentes, com benefícios à celeridade processual e à sociedade. As mudanças propostas visam a realinhar o STF às transformações jurídicas pelas quais o Brasil vem passando nos últimos anos, notadamente após a reforma promovida pela EC nº 45/2004. Sugere-se, assim, uma *reforma da reforma*. Ajustes finos, mas fundamentais, para o aprimoramento institucional do STF, enquanto fórum de deliberação com base em razões públicas, dentro do modelo de democracia deliberativa.²⁶ Aliás, é oportuno sublinhar que, a despeito dos problemas que serão abordados nesta tese, o STF tem dado contribuições efetivas à consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, como se tem visto, por exemplo, na sua incansável marcha de consagração da liberdade de expressão.²⁷ Sem embargo, o foco é o de buscar soluções e o aperfeiçoamento para os novos desafios. Daí o tom incisivo por ainda mais reformas.

Paulo: Saraiva, 2010; e BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Mimeo.

²⁶ A democracia deliberativa surge nas últimas décadas do século XX como alternativa às teorias então dominantes, que reduziam a democracia a um processo de agregação de interesses individuais. A ideia subjacente à democracia deliberativa é a de que o processo democrático não se limita, nem se exaure, com a eleição de representantes e governantes. Faz-se necessária uma efetiva deliberação pública, em um ambiente aberto, livre e igualitário em que todos devem poder participar. Como ressalta Cláudio Pereira de Souza Neto, as diversas correntes deliberativas têm em comum o reconhecimento de que (i) a democracia possui um momento deliberativo pré-decisório; e que (ii) há uma relação de cooriginalidade entre soberania popular e Estado de Direito. Para além desses elementos, vigora um acirrado debate. Sobre o tema, veja-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 104-143, 2007. V, também, MACEDO, Ubiratan Borges de (Org.). *Avaliação Crítica da Proposta de Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Círculo de Estudos do Liberalismo, 2002; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. In: Revista da EMERJ, v. 6, nº 23, 2003, pp. 360-380; e LINERO, Yebraíl Haddad. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006. Na doutrina estrangeira, um dos principais expoentes da democracia deliberativa era o jurista argentino Carlos Santiago Nino. Cf. NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 121: “Under my view of the democratic process as a surrogate of the informal practice of moral discussion, all participants are required (...) to justify their proposals to the others. If their interests are stated, they must be shown to be legitimate. This view presupposes that existence of a line - thin but important - separating those statements in a discussion that we take as real and genuine and those that are phony or that obviously do not comply with underlying rules of an authentic discussion.”

²⁷KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo W. (Ed.). “Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; e KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “A marcha do STF”, publicado em Migalhas de Peso de 28.06.2011, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136102,71043-A+marcha+do+STF>. Acesso em 28.06.2011.

Plano de trabalho

Esta tese será desenvolvida em três partes. A primeira dedica-se à apresentação das premissas teóricas indispensáveis à compreensão das discussões que serão travadas adiante. O propósito dessa parte inicial, que está dividida em 10 capítulos, é preponderantemente *descritivo*, de forma a familiarizar o leitor aos institutos, conceitos e premissas necessários a discussões posteriores. O primeiro capítulo procura expor como o Poder Judiciário tornou-se protagonista nas sociedades contemporâneas. Em seguida, o trabalho volta-se à apresentação das diferenças entre Cortes Constitucionais e Tribunais Supremos, com o intuito de identificar os elementos que caracterizam uns e outros e tentar enquadrar o STF nessa moldura teórica. Na sequência, apresentam-se os impactos que o neoconstitucionalismo produziu sobre os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Como se verá a adoção do neoconstitucionalismo aproximou os países de tradição jurídica de *civil law*, romano-germânica, do modelo de *common law*, fundado nos precedentes judiciais. Em razão disso, o neoconstitucionalismo impôs importantes adaptações nesses ordenamentos jurídicos. A primeira, e mais importante consequência disso foi a necessidade de reconhecimento, nos países de *civil law*, da força vinculante das decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais. No capítulo seguinte, a análise se volta à discussão sobre as diferenças entre jurisprudência e precedente. O intuito é comprovar que os dois conceitos não são idênticos ou mesmo similares. A discussão passa, então, a girar em torno dos elementos internos dos precedentes, a fim de apresentar os conceitos *destare decisis*; *ratio decidendi*; *eobter dictum*. Na medida em que o Brasil passou a adotar modelo que abrange precedentes vinculantes, a compreensão de tais conceitos afigura-se essencial. Seguem-se análises sobre a eficácia dos precedentes na ordem jurídica e sobre as formas legítimas de superação e afastamento dos precedentes. O capítulo seguinte destina-se à apresentação dos modelos de deliberação adotados pelas Cortes Constitucionais ao redor do mundo. A análise de tais modelos enriquece a compreensão da dinâmica de funcionamento e do processo de deliberação das Cortes. Os capítulos finais destinam-se a discussões sobre as vantagens e desvantagens de cada forma de deliberação (pública ou fechada) e as fases envolvidas no processo de tomada de decisão (pré-decisional, decisional e pós-decisional). Ao fim, apresenta-se uma breve conclusão parcial, com os principais aspectos teóricos discutidos.

A segunda parte desta tese faz uma reflexão *histórica* sobre o papel e a importância do STF desde a sua criação até os dias atuais. A partir de sua criação, ainda como Supremo Tribunal de Justiça, passando por sua transformação em Supremo Tribunal Federal e em Corte

Suprema, o objetivo é apresentar os altos e baixos que o Tribunal vivenciou ao longo de sua história, que se entrelaçam com a própria história brasileira. A meta, a partir da análise histórica, é fazer um *raio-x* geral da Corte e apresentar aspectos característicos do funcionamento e da deliberação do STF em cada período da história constitucional brasileira. A análise comparativa permitirá identificar como surgiram as dificuldades que transformaram o Tribunal em uma Corte lenta e disfuncional. Como se verá, ao longo dos 10 capítulos que integram essa segunda parte, o STF passou por mudanças substanciais em sua história. Mais importante, deixou de ser um “outro desconhecido”, na célebre expressão que dá título ao livro do Ministro Aliomar Baleeiro, para transformar-se em um protagonista político importante não só com o advento da Constituição de 1988, mas especialmente com a criação da TV Justiça. Na quadra atual, o STF assumiu um papel de centralidade absolutamente novo e sem precedentes. Essa ascensão do Judiciário em geral, e do STF em particular, trouxe reflexos importantes sobre a ordem jurídica brasileira que, conquanto positivos em muitos aspectos, também trouxeram dificuldades significativas.

A partir da identificação dos principais problemas que acometem a Corte hoje, o objetivo da terceira parte deste estudo é buscar formas de mitigá-los. Nesse sentido, portanto, o trabalho tem um viés eminentemente *propositivo*. O objetivo é sugerir mudanças que sejam capazes de transformar o dia-a-dia da Corte, mas que não demandem alterações constitucionais ou legislativas. Com efeito, as propostas que serão apresentadas estão organizadas sob quatro núcleos temáticos. Em primeiro lugar, propõem-se mudanças interpretativas, que só demandam a revisão de axiomas e interpretações jurídicas arraigadas na cultura brasileira. Em segundo lugar, sugerem-se mudanças no funcionamento da Corte, as quais demandam alterações meramente culturais e regimentais. Em terceiro lugar, alude-se a alterações no processo de deliberação, que exigem tão somente a mudança de postura dos ministros e do Presidente da Corte. Por fim, apresentam-se sugestões gerais para facilitar o conhecimento e a identificação dos precedentes. Algumas mudanças são prosaicas e simples; outras são profundas e complexas. Mas todas são capazes de dar nova dinâmica à Corte, e podem ser implementadas pelo próprio Tribunal. Vale dizer: sugere-se uma nova arquitetura institucional ao Tribunal, que está ao alcance imediato dos ministros. O STF tem em suas próprias mãos as chaves para ser uma instituição ainda melhor, com ajustes que independem de outros poderes, mas que são capazes de corrigir ou atenuar sensivelmente as dificuldades identificadas na segunda parte do trabalho.

Ao final do trabalho, à guisa de conclusão, as teses desenvolvidas serão sumariadas.

1ª PARTE: PREMISSAS TEÓRICAS

1 O SURGIMENTO DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo mundial vem passando por profundas transformações.²⁸ A ascensão democrática de regimes totalitários, a partir da década de 1920, evidenciou que o Direito não pode se apartar de ideais morais, como pretendiam os positivistas. O regime nazista, em especial, mostrou ao mundo que era possível cometer as maiores atrocidades com fundamento em leis aprovadas democraticamente.²⁹ A insuficiência da lei foi combustível para que se rompesse com o paradigma positivista legalista.³⁰ Essa corrente, que tem inúmeras vertentes, ficou conhecida como pós-positivismo.

Em seus vários matizes, o pós-positivismo tem por característica o reconhecimento de que o sistema normativo é composto não só por regras, mas também por princípios. E é pela via dos princípios que Direito, Moral e Política se comunicam. O pós-positivismo não importa na negação do positivismo jurídico, mas em uma nova concepção dessa corrente.

²⁸ No velho modelo constitucionalista, o Legislativo gozava de primazia sobre os demais Poderes. Nesse modelo, que vigorava na maioria dos países à exceção dos EUA, as Cortes não tinham poderes para declarar a inconstitucionalidade de leis por violação a direitos. Os direitos não funcionavam como limites à atuação legislativa, mas eram produto dela. Sobre o tema, v. GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, Kindle Edition, 2013, posição 122-142.

²⁹ “(...) na Alemanha de Weimar, as leis votadas pela maioria prevista no artigo 76 da Constituição permitiam ‘derrogar materialmente’ o texto constitucional em detrimento da proteção dos direitos fundamentais; (...)” (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 22). No mesmo sentido: “*In Weimar Germany, the two highest general courts on occasion claimed for themselves the power to review legislation despite silence on this issue in the Constitution, but in practice rarely exercised it, and never with respect to individual rights.*” (GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, Kindle Edition, 2013, posição 122-142).

³⁰ “*Postwar German leaders believed that their traditional parliamentary and judicial institutions, such as those created under the Weimar Constitution, were insufficient to safeguard the new liberal democratic order. So they created a national constitutional tribunal to serve as a guardian of political democracy, to enforce a consistent reading of the constitution on all branches and levels of government, and to protect the basic liberties of the German people. The framers of the Basic Law had given up on the old positivist idea that law and morality – and justice – are separate domains. Constitutional morality would now govern both law and politics.*” (KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, p. 1).

Em linhas gerais, a doutrina costuma identificar cinco características que distinguem o pós-positivismo do positivismo. Em *primeiro lugar*, uma nova agenda. Enquanto o positivismo ocupava-se principalmente da estrutura lógica das normas e da completude do ordenamento jurídico,³¹ o pós-positivismo volta sua atenção para a importância dos princípios, para a dimensão argumentativa do Direito, e para a interpretação jurídica.³² Em *segundo lugar*, o pós-positivismo confere enorme importância ao estudo de *dehard cases*. A preocupação passa a ser com a solução de casos e situações que não se subsumem claramente ao ordenamento jurídico. Em *terceiro lugar*, o pós-positivismo encara o Direito de uma forma prescritiva, e não meramente descritiva. O paradigma pós-positivista põe em relevo o papel deontológico do Direito e não apenas ontológico. Importa não apenas responder o que o Direito é, mas sim o que ele deve ser.³³ Essa mudança é significativa, na medida em que possibilita a análise de casos difíceis a partir da realidade jurídica. A *quarta* característica do pós-positivismo é a de se apartar tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo. A ideia é justificar o Direito não com fundamento em construções metafísicas, mas em princípios morais objetivos, que podem ser descobertos e compartilhados.³⁴ *Por fim*, o paradigma pós-positivista difere do positivismo em relação aos casos difíceis. Enquanto para o positivismo, o julgamento desses casos é fruto de

³¹ Nessa toada, a emblemática posição de Kelsen acerca da completude do ordenamento jurídico e da inexistência de lacunas do ponto de vista científico, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 9ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, pp. 273-277.

³² Na doutrina estrangeira, dois trabalhos são associados tradicionalmente com o florescimento dos princípios, o “Levando os Direitos a Sério” de Ronald Dworkin e a “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy. V. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, 3ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 23-126; e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 85-179. Para uma crítica contemporânea do tema, ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada” *formalismo no direito e na moralidade*. Tradução de Diego Werneck Arguelles, Fábio Shecaira e Noel Struchiner In: José Rodrigo Rodriguez (Org.). “A Justificação do Moralismo Jurídico”. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 65-116.

³³ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 237.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 187-236.

uma decisão (Kelsen³⁵ ou Hart³⁶), os pós-positivistas os encaram como uma forma de compreensão do ordenamento jurídico. A solução desses casos não é livre decisão dos magistrados, mas está constrangida pelos princípios e regras do ordenamento jurídico como um todo.

Nos últimos anos, sobretudo após a publicação da obra “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell,³⁷ uma parcela significativa da literatura vem denominando esse conjunto de transformações de neoconstitucionalismo.³⁸⁻³⁹ Neoconstitucionalismo e pós-positivismo, contudo, não se confundem. Como ressalta Carlos Bernal Pulido, os neoconstitucionalistas sustentam que

[e]l neoconstitucionalismo es una ‘forma política inédita en el Continente’ europeo y una ‘nueva cultura jurídica’, o por lo menos una ‘teoría del derecho’ distinta de ‘la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico’,

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 9ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 293: “(...) *A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial idêntica, à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.*”

³⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 165: “(...) *Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere [ao interprete da norma] desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional será de fato resultado de uma escolha (...).*”

³⁷ CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. Segundo seu organizador, o título da obra foi propositalmente mencionado no plural porque não existe apenas uma versão do neoconstitucionalismo. Existem várias.

³⁸ Daniel Sarmento também ressalta que o rótulo neoconstitucionalismo tem sido utilizado por autores que professam as mais variadas “(...) *posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas*”. Essa multiplicidade de visões coloca em dúvida a possibilidade de identificação de uma doutrina clara e coesa. Sob a denominação neoconstitucionalismo, em verdade, se identificam “(...) *diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo (...)*”. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Coordenador). “Filosofia e teoria constitucional contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 115.

³⁹ Em interessante livro sobre o tema, Carlos Bernal Pulido apresenta o debate travado entre Prieto Sanchís (defensor do neoconstitucionalismo) e García Amado (positivista, crítico da corrente neoconstitucionalista), e apresenta sua resposta às divergências lançadas. (PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006). Para uma crítica do neoconstitucionalismo no Brasil, veja-se DIMOULIS, Dimitri. *Crítica ao neoconstitucionalismo*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 22, p. 179-203, 2011; e KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. “Dignidade e fundamentalismo na jurisdição constitucional”. In: CONJUR. Publicado em 16.03.2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-16/observatorio-constitucional-entre-dignidade-fundamentalismo-jurisdicao>. Acesso em 03.12.2014.

y que es producto de la ‘singularidad’ del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra.⁴⁰

Assim, o pós-positivismo funciona, na verdade, como o pano de fundo que possibilita o advento do neoconstitucionalismo. Em ensaio sobre o neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso explica que o surgimento do constitucionalismo contemporâneo tem três grandes marcos: um teórico, um histórico e outro filosófico.⁴¹ No plano teórico, o advento do neoconstitucionalismo é marcado por três grandes transformações: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição,⁴² (ii) a expansão da jurisdição constitucional;⁴³⁻⁴⁴ e (iii) o

⁴⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, p. 11.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord). “A constitucionalização do direito”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205 e seguintes.

⁴² “(...) both the contents of the fundamental rights protected and the forms of constitutional review adopted in Western Europe after 1945, and again in the former Soviet bloc, Latin America, Africa and Asia since the late 1980s, differ in interesting and well-known ways from the situation in the United States. Notwithstanding these important differences - (...) they ultimately constitute variations within, not from, the American model of constitutional or judicial supremacy as they all share its essential structural features. A specific set of fundamental rights and liberties has the status of supreme law, is entrenched against amendment or repeal by ordinary legislative majorities, and is enforced by an independent institution (usually though not necessarily a ‘court’), which has the power to strike down legislation that it finds in conflict with these rights and against whose decisions the legislature is legally powerless to act by ordinary majority.” (GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, Kindle Edition, 2013, posição 170-181).

⁴³ “(...) the obvious and catastrophic failure of legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exception, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the only other available model of constitutionalism were adopted. This is the model of judicial or constitutional supremacy first established in the United States in deliberate and direct rejection of fundamental British principle of parliamentary sovereignty which, whatever the general merits of its claims to adequately protect liberty, was adjudged by its former American colonial subjects to have utterly failed to protect their common law rights and freedoms. This then-new model inverted the twin principles of sovereignty of Parliament so that legislative power is legally limited and courts are empowered to enforce these limits.” (GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, Kindle Edition, 2013, posição 142-148).

⁴⁴ “(...) a criação da justiça constitucional não foi, historicamente, uma opção ou uma escolha consciente, um qualquer trabalho de engenharia jurídica. Ao invés, a justiça constitucional nasceu, desenvolveu-se e institucionalizou-se sem que a Constituição dissesse algo sobre o tema. Ela nasceu, simplesmente, como necessidade e consequência natural do funcionamento das instituições de Estado de Direito a partir do momento em que se assume a Constituição como lei, como Direito, como norma jurídica. Foi assim na América, logo a partir dos primeiros anos do século XIX, quando, (...) apesar de a Constituição americana não dar expressamente aos juízes o poder de fazerem fiscalização da constitucionalidade das leis, eles começaram naturalmente a desenvolver essa atividade como algo inerente à própria função judicial de aplicação do Direito. (...) Curiosamente, enquanto na América nascia e se desenvolvia desta forma a justiça constitucional, na Europa as coisas não se passavam assim. Durante praticamente século e meio, havia Constituição na Europa, mas não era levada a sério. Pelo menos, não era levada a sério enquanto norma jurídica. Na Europa, a Constituição limitava-se a uma natureza de documento com valor político, simbólico, mas não aplicado pelos tribunais e, nunca,

desenvolvimento de uma nova dogmática para a interpretação da Constituição. No plano histórico, o constitucionalismo contemporâneo tem como marco o advento das Constituições da Itália (1947) e da Alemanha (1949). Já o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, que se caracteriza pela aproximação do Direito à Moral,⁴⁵ sem o recurso aos argumentos metafísicos do jusnaturalismo.

Como explica Daniel Sarmiento, “o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. (...) O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais (...).”⁴⁶ Mas a principal mudança imposta por esse novo paradigma diz respeito ao papel desempenhado pela Constituição, que deixa de ser um documento meramente *político*, que deve ser respeitado apenas pelo Legislador, para se transformar em Direito, composto por um programa positivo de valores que devem ser respeitados e implementados não só pelo Legislador como também pelo Judiciário. A Constituição passou a ser norma com amplo e denso conteúdo substantivo, que os juízes devem conhecer e aplicar.⁴⁷

*invocado como fundamento para a eventual desaplicação, por inconstitucionalidade, das leis em vigor. Hoje, para nós, para a generalidade dos europeus, ideias de inconstitucionalidade e de fiscalização da constitucionalidade são naturais, assumidas, praticadas generalizadamente. Mas nem sempre foi assim, mais concretamente, não foi assim durante todo o século XIX e primeira metade do século XX. Porquê? Porque, ao contrário dos americanos, os europeus, desde o tempo das revoluções liberais, desconfiavam dos juízes, receavam que a casta judicial se pudesse converter num obstáculo às transformações sociais, temiam o chamado ‘governo dos juízes’. (...) Foi necessário que a Europa fizesse a experiência, dramática, dos regimes totalitários dos anos vinte e trinta do século passado, com toda a panóplia de horrores praticados por governos eleitos democraticamente e apoiados, muitas vezes, entusiasticamente, pela maioria da população para que os europeus se convencessem da necessidade de proteger as liberdades e os direitos fundamentais contra as maiorias no poder. Ora, para tanto, a instituição mais adequada que tinha sido inventada era, e continua a ser, a justiça constitucional.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 29-31).*

⁴⁵“Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral.”(SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Coordenador). “Filosofia e teoria constitucional contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120).

⁴⁶SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Coordenador). “Filosofia e teoria constitucional contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 122.

⁴⁷ Segundo Alexandre Garrido, “o neoconstitucionalismo, particularmente em relação às suas principais teses hermenêuticas e no tocante ao protagonismo institucional dos tribunais, pode ser compreendido como uma versão do perfeccionismo judicial. O modelo construtivista ou perfeccionista de função judicial desconsidera os limites epistemológicos, a falibilidade judicial, a insuficiência de conhecimento científico especializado em temas complexos e interdisciplinares, a sobrevalorização dos efeitos sociais das decisões judiciais e a repercussão, muitas vezes negativa, de tais decisões na participação e exercício da ‘imaginação institucional’ pela sociedade civil e na atuação dos órgãos eleitos democraticamente”. (SILVA, Alexandre Garrido da. *Hermenêutica institucional, Supremacia Judicial e democracia*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. 2011, p. 20). O raciocínio, a nosso ver, é equivocado. Não há relação direta nem imediata entre a adoção do paradigma neoconstitucionalista e o perfeccionismo judicial (ou decisões maximalistas). É

No Brasil, o fenômeno neoconstitucionalista tem seu marco histórico na promulgação da Carta Magna de 1988. Desde a promulgação da Constituição cidadã, o Direito brasileiro vem sofrendo os influxos das ideias do constitucionalismo contemporâneo e experimentando uma ascensão do Poder Judiciário. Em poucos anos, “*as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais*”.⁴⁸

O novo paradigma, conquanto represente uma importante mudança estrutural sobre a teoria do Direito, traz consequências que precisam ser melhor estudadas e avaliadas. Dentre elas, a mais representativa envolve a ambiguidade que decorre da adoção do novo paradigma. De um lado, há o fortalecimento do Poder Judiciário; de outro, o enfraquecimento do Legislativo. O problema é que esse amesquinamento do Poder Legislativo pode representar riscos enormes à democracia, tanto pela judicialização excessiva da política, quanto pelo enfraquecimento do papel e da importância daquele Poder nas sociedades contemporâneas. Há risco de substituímos o arbítrio do Legislativo pelo arbítrio do Judiciário.⁴⁹ Para além disso, a reaproximação entre o Direito e a Moral, como tentativa de busca do ideal de justiça, paradoxalmente importa em uma maior abertura e abstração das normas jurídicas, que pode levar ao aumento do subjetivismo, ao risco de arbitrariedades⁵⁰, e a uma enorme insegurança jurídica.

perfeitamente possível reconhecer as principais teses do neoconstitucionalismo por meio de decisões minimalistas.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: “Interesse Público” nº 36, 2007, pp. 31-61.

⁴⁹ Na doutrina americana, veja-se o interessante debate proposto por Larry Kramer: “*We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics. The Constitution, in this modern understanding, is a species of law - special only inasmuch as it sets the boundaries within which politics takes place. As law, the Constitution is set aside for this same elite to handle, subject to paramount supervision from the U.S Supreme Court. Constitutional politics, in which the people have a role, is the process by which new constitutional law is made. It is distinguished from interpreting and enforcing existing constitutional law - tasks ultimately and authoritatively done for us in courts and by judges.*” LARRY, Kramer D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 7-8. V. também, TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; e TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁵⁰ Aliás, como demonstra Ingo Muller, o nazismo viabilizou-se não apenas por meio da lei. Ele contou com o apoio do Poder Judiciário. V. MULLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* (tradução para o inglês de Deborah Lucas Schneider), Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

É importante observar, no entanto, que o modelo neoconstitucionalista adotado pela Constituição de 1988, difere, em alguns aspectos, do implementado em outros países que se reconstitucionalizaram após a Segunda Guerra Mundial. Dois pontos merecem destaques: *(i)* o constituinte brasileiro optou por manter nosso modelo atrelado, em grande medida, à tradição norte-americana, de Corte Suprema, e não introduziu em nosso sistema uma Corte Constitucional propriamente dita; e *(ii)* não deixou clara, desde o início, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas pela Suprema Corte.

2 CORTE CONSTITUCIONAL VS. TRIBUNAL SUPREMO

“(...) se escolhemos o modelo kelseniano em vez do modelo estadunidense é porque, (...) não temos mais confiança nos juízes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também.”⁵¹

O advento do neoconstitucionalismo na Europa é marcado por um outro fenômeno que o aparta sensivelmente do constitucionalismo norte-americano: a criação de Tribunais Constitucionais, com a específica atribuição de analisar a constitucionalidade das leis em abstrato e de forma concentrada. Enquanto o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade (concreto e difuso) é confiado a todos os juízes e não há distinção entre magistrados investidos da jurisdição *constitucional* e aqueles investidos da jurisdição *ordinária*, o modelo europeu atribui a competência para a análise da constitucionalidade a um Tribunal especialmente constituído para esse fim.⁵² A atribuição do controle de constitucionalidade a uma Corte Constitucional está calcada na ideia de que o direito constitucional, tal qual o direito internacional, é um direito genuinamente político.⁵³

Segundo Louis Favoreu, citado na epígrafe deste capítulo, a adoção, na Europa, do modelo kelseniano de controle de constitucionalidade está intimamente ligada ao fracasso das tentativas de implantação do modelo norte-americano. O autor atribui esse fracasso a quatro fatores: (i) a sacralização da lei; (ii) a incapacidade do juiz ordinário de exercer a jurisdição constitucional; (iii) a ausência de unidade de jurisdição (países com contencioso administrativo e judicial segregados); e (iv) a ausência de Constituições rígidas.⁵⁴

Por outro lado, o autor afirma que o sucesso do modelo kelseniano está atrelado a razões: (i) *históricas*, relacionadas tanto a experiências anteriores (Alemanha e Áustria tiveram, ainda no século XIX, tribunais com atribuições semelhantes a de uma Corte Constitucional) como

⁵¹ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 23.

⁵² FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 17.

⁵³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, p. 3.

⁵⁴ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 20-22.

aterríveis lições decorrentes do nazi-fascismo; (ii) *teóricas*, na medida em que a teoria de Kelsen se mostrava compatível com a teoria da separação de poderes vigente na Europa e não afrontava o ideal de soberania do parlamento; e (iii) *institucionais ou políticas*, decorrentes do reconhecimento de que o Legislativo não poderia ser onipotente.⁵⁵ Tais razões fizeram florescer no continente europeu o modelo de justiça constitucional calcado em Tribunais Constitucionais. Assim, muito embora não se possa afirmar que a Europa adote, de forma unânime, o modelo kelseniano,⁵⁶ é inegável que ele é predominante no continente.

Segundo Louis Favoreu, embora os Tribunais Constitucionais europeus variem de país para país, esses órgãos apresentam algumas características comuns. Em *primeiro* lugar, essa estrutura só foi capaz de florescer em um específico contexto institucional e jurídico, isto é, em Estados que adotaram regimes parlamentaristas ou semi-parlamentaristas, nos quais há dualidade ou pluralidade de jurisdições (administrativa e judicial, por exemplo) e de ordens jurídicas (federal). Em *segundo* lugar, para Favoreu, a criação de um Tribunal Constitucional pressupõe a completa independência da justiça constitucional em relação aos poderes do Estado. Para o autor francês:

(...) a condição para essa independência é a existência de um ordenamento constitucional da Corte, que defina a organização, o funcionamento e as atribuições, colocando-as fora do alcance dos poderes públicos que a Corte está encarregada de controlar.⁵⁷

A *terceira* característica comum a essas Cortes é o monopólio do contencioso constitucional (jurisdição constitucional concentrada). É esse específico poder que lhes é conferido – de julgar, de forma concentrada, a constitucionalidade de leis aprovadas pelo Parlamento –, que dá a nota comum aos Tribunais de matriz kelseniana. Assim, ainda que esses órgãos possuam outras competências, como, por exemplo, para julgar ministros, tais atribuições não são próprias de uma justiça constitucional. Essencial é o “*controle da edição de atos fundamentais, das leis nacionais e dos tratados*.”⁵⁸

⁵⁵ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 22-26.

⁵⁶ “A maioria dos países atualmente dotada de um Tribunal Constitucional ficaram (*sic*), em um certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente. Alguns países europeus, no entanto, adotaram sistemas de justiça constitucional próximos do modelo estadunidense (*Grécia, Dinamarca, Suécia, Noruega*).” (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 18).

⁵⁷ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 27.

⁵⁸ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 28.

Outra característica inerente aos Tribunais Constitucionais é a forma de provimento de seus cargos. A regra é que eles não sejam acessíveis exclusivamente a juízes de carreira, mas que sejam compostos também por pessoas que nunca exerceram a magistratura e por autoridades políticas.

A quinta nota comum às Cortes Constitucionais é o fato de elas exercerem, assim como os demais tribunais, verdadeira jurisdição. Para Favoreu, o aspecto mais relevante consiste no poder das Cortes Constitucionais de afirmar o Direito com força de coisa julgada e de declarar a inconstitucionalidade de normas com efeitos *erga omnes*.⁵⁹ Nas palavras do autor, “*nos países dotados de uma Corte Constitucional, a construção jurisprudencial firmada por esta é essencial.*”⁶⁰

Por fim, a sexta característica inerente a todos os Tribunais Constitucionais é o fato de o órgão situar-se fora da estrutura do Poder Judiciário.⁶¹ Vezio Crisafulli, ao referir-se à Corte Constitucional italiana, esclarece que:

‘ela não entra na ordem judiciária, nem na organização jurisdicional no sentido mais amplo do termo: ... A Corte Constitucional ... fica fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos; ela forma um Poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os domínios’.⁶²⁻⁶³

⁵⁹ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 32.

⁶⁰ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 36.

⁶¹ Em sentido ligeiramente diverso, Otto Marroquín Guerra enfatiza que “*se entiende por Tribunales Constitucionales, a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consiste en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.*” (GUERRA, Otto Marroquín. *El Magistrado Constitucional*. In: Revista de Derecho (Latin America Journals Online), nº 8 (2004), Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 101. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>. Acesso em 10.02.2015).

⁶² CRISAFULLI, Vezio. In: RDP, 1968, p. 130. *Apud* FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 33.

⁶³ Donald Kommers e Russel Miller ressaltam que, na Alemanha, o *status* do Tribunal Constitucional Federal não estava claro no início do seu funcionamento, em 1951. Não se sabia se a Corte era independente dos outros órgãos constitucionais ou não. Como explicam os mencionados autores, “*The Basic Law itself was ambivalent on the matter of the Court’s status. On the one hand, the wide-ranging powers of the Court laid down in the Basic Law and the FCCA pointed to a tribunal commensurate in status with the other independent constitutional organs (Bundesrat, Bundestag, federal president, and federal government) created by the constitution. On the other hand, the Basic Law authorized Parliament to regulate the Court’s organization and procedure. Initially, the new tribunal was placed under the authority of the Federal Ministry of Justice, a situation that irritated several justices, including the Court’s first president, Hermann Höpker-Aschoff. As a consequence, the justice boldly set out, in their first year of operation, to defend the Court’s autonomy, foreshadowing the fierce independence they would later exercise in adjudicating constitutional disputes.*” (KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, p. 17).

Otto Marroquín Guerra, por sua vez, ressalta que, na evolução dos Tribunais Constitucionais de modelo austríaco, é possível identificar *três* fases distintas. Uma *primeira*, ainda antes da Segunda Guerra Mundial, caracterizada pelo surgimento dos primeiros órgãos na Checoslovaquia (introduzido pela Constituição de 29.02.1920, poucos meses antes da aprovação da Corte Constitucional Austríaca, na Áustria (Alta Corte Constitucional da Áustria – 1920), e na Espanha (Tribunal de Garantías Constitucionales da Espanha, criado em 1931).

A *segunda* fase, de consolidação e de expansão dos tribunais pela Europa Ocidental, após o final da Segunda Guerra Mundial, que tem início com a reinstalação da Corte Constitucional austríaca (1945) e com a criação das Corte Constitucionais da Itália (1948), do Tribunal Constitucional Federal alemão (1949), do Conselho Constitucional Francês (1959), do Tribunal Constitucional Turco (1961 e 1982), e do Tribunal Constitucional da Iugoslávia (1963, 1974).

A *terceira* fase marca a expansão do modelo, dentro e fora da Europa. Impulsionado pela redemocratização tardia de alguns países europeus, surgem os Tribunais Constitucionais português (1976, 1982), grego (1975, denominado de Tribunal Especial Superior), espanhol (1978), belga (1980, denominado de Tribunal de Arbitragem), polonês (1982), húngaro (1989), croata (1990), checoslovaco, romeno, búlgaro e esloveno (1991), albanês, eslovaco, estônio, lituano, macedônio, checo, sérvio e montenegrino (1992), da República Federal Russa (atualmente Bielorrússia, 1993), da Moldávia (1994), da Bósnia-Herzegovina (1995), da Letônia (1996), da República da Ucrânia (1996). Além de tribunais na Ásia e na África, a exemplo do Egito (1979) e do Tribunal Constitucional Sul-coreano (1987), da Corte Constitucional da África do Sul (1994) e dos Altos Tribunais Constitucionais de Madagascar (1975).⁶⁴

Se na Europa o neoconstitucionalismo foi marcado pela introdução de Cortes Constitucionais, na América Latina o novo paradigma resultou em um modelo híbrido, totalmente novo, situado entre o paradigma norte-americano e o europeu. Nesse sentido, Louis Favoreu ressalta que,

Em matéria de justiça constitucional, os países da América Latina não fizeram a escolha entre os modelos estadunidense e europeu: fizeram coexistir o controle

⁶⁴ GUERRA, Otto Marroquín. *El Magistrado Constitucional*. In: Revista de Derecho (Latin America Journals Online), nº 8 (2004), Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pp. 103-104. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>. Acesso em 10.02.2015. Com relação ao leste europeu, veja-se o excelente estudo de Wojcieh Sadurski: SADURSKI, Wojcieh. *Rights Before Courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of central and eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008.

concentrado e o controle difuso. Mesmo quando parecem ter optado pelo sistema da Corte Constitucional, como no Chile, constatamos que esta, na realidade, está estruturalmente ligada à Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes desta.⁶⁵

A verdade é que, a despeito de um modelo híbrido, na América Latina⁶⁶ apenas Brasil,

⁶⁵ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 131. No mesmo sentido: “3. Este sistema ‘europeo’ o ‘austriaco’ se difundió ampliamente en América Latina en las últimas décadas, primero de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor vigor, sin afectar esencialmente la tradición ‘americana’, es decir, sin que se hubiese producido su incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o en su caso, por la Corte o Tribunal Supremos, contrariamente a lo que ocurrió en el continente europeo, en el cual predominó, sin ser absoluto, el criterio opuesto, es decir, el de la prohibición en principio a los propios jueces ordinarios para decidir las cuestiones de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su conocimiento.” (FIX-ZAMÚDIO, Hector. *Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina*. Sem indicação da fonte, pp. 59-74. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>. Acesso em 10.02.2015).

⁶⁶ Segundo Otto Guerra, o primeiro tribunal constitucional da América Latina foi o da Guatemala, previsto na Constituição de 1965, composto de 12 juízes. Não era, à época, um tribunal permanente. Foi somente com a Constituição de 31.05.1985, que o órgão se tornou permanente. (GUERRA, Otto Marroquín. *El Magistrado Constitucional*. In: *Revista de Derecho (Latin America Journals Online)*, nº 8 (2004), Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 105. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>. Acesso em 10.02.2015).

Argentina,⁶⁷ Honduras,⁶⁸ México,⁶⁹ Panamá e Uruguai⁷⁰ não possuem Tribunais específicos ou “salas constitucionais” para o exercício *exclusivo* do controle de constitucionalidade, no sentido kelseniano. A falta de um órgão exclusivo para o exercício do controle de constitucionalidade

⁶⁷ Como explica Rogério Nascimento, “Originalmente, não havia previsão expressa de controle de constitucionalidade, tal poder foi reconhecido ao judiciário, indistintamente, a partir de 1887, pela jurisprudência da Corte Suprema da Nação, que havia sido instalada em 1862. O texto emendado em 1994 reconhece no art. 116 a competência da Corte Suprema para decidir sobre matéria constitucional. (...) No universo de comparação, apenas a Argentina, que foi fortemente influenciada pelo modelo dos EUA, adota um sistema exclusivamente difuso.” (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Jurisdição constitucional na América do Sul*. In: Revista de Direito do Estado nº 6, abril-junho de 2007, pp. 98-102).

Constituição da Argentina: “Artículo 108. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales Inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación. (...) Artículo 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación: el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos. contra un Estado o ciudadano extranjero.”

⁶⁸ Constituição de Honduras: “ARTICULO 303. La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado, por magistrados y jueces independientes. El Poder Judicial se integra por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones y los Juzgados que establezca la ley. La Corte Suprema de Justicia tendrá su asiento en la Capital de la República, estará formada por nueve magistrados propietarios y por siete suplentes, elegidos por el Congreso Nacional y estará dividida en salas, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento Interno de la misma Corte.”

⁶⁹ “(...) México, (...) en virtud de sus reformas constitucionales de 1987 y 1994, han convertido a la Suprema Corte de la Nación en un tribunal que sólo resuelve asuntos constitucionales, con lo cual materialmente y en la práctica, es un Tribunal Constitucional. Pero la Suprema Corte no ha dejado de ser el máximo tribunal judicial de la Federación, y tiene también funciones de carácter administrativo y judicial ordinario, con lo que se ha creado un desfase que en algún momento conducirá a la clase política mexicana, a buscar la separación de ambos órdenes.” (BELAUNDE, Domingo García. *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*. In: Revista de Derecho Político, nº 61, 2004, pp. 317-318. Disponível em <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-2004-61-4C6F6927/PDF>. Acesso em 10.02.2015).

⁷⁰ Constituição do Uruguai: “Artículo 256. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 257. A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1º) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2º) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial. El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral 2º, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 259. El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá electo en los procedimientos en que se haya pronunciado.

Artículo 260. Los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores.

Artículo 261. La ley reglamentará los procedimientos pertinentes.”

faz com que o exercício da jurisdição constitucional, nesses países, não seja exclusivamente jurídicom político, mas híbrido.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

A adoção do neoconstitucionalismo, pelos países europeus de tradição de *civil law*, exigiu importantes adaptações. Com efeito, ao introduzirem em seus ordenamentos jurídicos a figura dos Tribunais Constitucionais, tais países precisaram atribuir e reconhecer força vinculante à jurisprudência constitucional, em um movimento de aproximação do sistema à tradição da *common law*.

Era preciso assegurar força normativa da Constituição, o que foi feito por meio da vinculação às decisões proferidas pelo órgão encarregado da solução de controvérsias constitucionais. A afirmação da supremacia do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo para a garantia dos direitos fundamentais frente a maiorias ocasionais pressupõe justamente a observância das decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais.

Não basta, no entanto, observar ocasionalmente decisões pontuais. A implantação de uma supremacia judicial depende, também, de uma observância do entendimento que a Suprema Corte expressa, através de seus precedentes, sobre o conteúdo da Constituição. Ou seja, os Poderes da República precisam obedecer à Constituição, mais especificamente, obedecer ao que o Tribunal Constitucional diz que a Constituição é. Afinal, são esses precedentes que asseguram sistematicidade, coerência e integridade ao ordenamento jurídico dentro do modelo neoconstitucionalista.

Esclareça-se que o neoconstitucionalismo não exige a adoção de um modelo de vinculação de toda e cada decisão judicial. Mas ele impõe, inegavelmente, a vinculação das decisões proferidas pela Corte Constitucional.

Em conclusão: a ascensão do Poder Judiciário, o reconhecimento da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática para a interpretação constitucional, elementos que caracterizam o neoconstitucionalismo, exigem o reconhecimento e a vinculação de todo o ordenamento jurídico às decisões proferidas pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade. E isso vale tanto para o modelo de controle de constitucionalidade europeu continental (concentrado), quanto para aquele desenvolvido após *Marbury v. Madison*, em 1803, nos EUA (difuso).

4 JURISPRUDÊNCIA VS. PRECEDENTE

É importante sublinhar, neste ponto, que jurisprudência e precedente não são sinônimos.⁷¹ Não se trata do mesmo fenômeno. Não se prestam nem se destinam aos mesmos fins.⁷² Jurisprudência está relacionada à ideia de repetição;⁷³ à afirmação contínua de um

⁷¹ Tradicionalmente, a doutrina brasileira não distingue os institutos. Nesse sentido, exemplificativamente, Caio Taranto salienta que “*para fins terminológicos, opta-se pela não utilização do termo “jurisprudência”, tendo-se em vista o sem-número de significados desta palavra ao longo da história do Direito, nos diversos sistemas jurídicos, com a possibilidade de significados antagônicos.*” (TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5).

⁷² Para Michele Taruffo existe diferença entre jurisprudência e precedente. Segundo o autor, “*existe, antes de tudo, uma distinção de caráter (...) quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade ‘faz precedente’. Ao contrário, nos sistemas (...) nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.*” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. In: Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011, p. 142). Há, ainda, uma diferença de caráter qualitativo: “*O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função de identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. (...) O emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos (...). Em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso, a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da fattispecie sucessiva em uma regra geral.*” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. In: Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011, pp. 142-143).

⁷³ Conforme ensina Moreira Alves, “*Jurisprudentia* (jurisprudencia) significa ciência do direito (*prudentia* = ciência; *iuris* = direito)” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 12). De acordo com a definição constante do Black’s Law Dictionary, jurisprudência é “*The philosophy of law, or the science which treats of the principles of positive law and legal relations. In the proper sense of the word, ‘jurisprudence’ is the science of law, namely, that science which has for its function to ascertain the principles on which legal rules are based, so as not only to classify those rules in their proper order, and show the relation in which they stand to one another, but also to settle the manner in which new or doubtful cases should be brought under the appropriate rules. Jurisprudence is more a formal than a material science. It has no direct concern with questions of moral or political policy, for they fall under the province of ethics and legislation; but, when a new or doubtful case arises to which two different rules seem, when taken literally, to be equally applicable, it may be, and often is, the function of jurisprudence to consider the ultimate effect which would be produced if each rule were applied to an indefinite number of similar cases, and to choose that rule which, when so applied, will produce the greatest advantage to the community.*” (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary: with pronunciations*. Centennial Edition (1891-1991), 6th edition, St. Paul: West Group, 1990, pp. 854-855).

conceito, de uma tese jurídica;⁷⁴ à revelação do sentido da lei.⁷⁵⁻⁷⁶ A ideia de jurisprudência está intimamente atrelada à prudência, reflexão.⁷⁷ Produzir jurisprudência é, antes de mais nada, um exercício de reflexão e de análise; de meditação e de ponderação; e de reiteração.⁷⁸⁻⁷⁹

⁷⁴ Para Limongi França, a jurisprudência adquire valor como “costume judiciário”, em razão de sua reiteração: “*é, a nosso ver, quando, pela força da reiteração e, sobretudo, da necessidade de bem regular, de modo estável, uma situação não prevista, ou não resolvida expressamente pela lei, ela assume os caracteres de verdadeiro costume judiciário.*” FRANÇA, Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974, pp. 178-179. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 1542-1543.

⁷⁵ “*A repetição de decisões semelhantes acaba erigindo a invocação da jurisprudência em razão decisória pela força da inércia, e em técnica de interpretação, e assim ela reveste caráter de importante fonte prática do direito. (...) se num plano puramente científico, não é possível entender-se a jurisprudência como fonte formal, e sim reconhecer-lhe um valor de fonte meramente intelectual, no plano da realidade prática ela evolui no sentido de se conceituar como fonte criadora.*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume 1. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 23ª edição, de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 48).

⁷⁶ “*Os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da fattispecie sucessiva em uma regra geral. (...) Como se aludiu, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor: por um conjunto de subconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões.*” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011, pp. 143-144).

⁷⁷ Jurisprudência é “*o conselho precavido dos mais velhos.*” GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 327. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1542.

⁷⁸ A lição tradicional de Carlos Maximiliano era a seguinte: “*IV. Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como relevação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: (...) – ‘altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação’ (...). VI. A interpretação judicial distingue-se da autêntica por não ter efeito compulsório senão no caso em apreço e somente para o juiz inferior, na hipótese de recurso provido, ou para os litigantes: ainda assim, obriga relativamente à conclusão apeas, e não quanto aos motivos, aos consideranda (...).*” (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 150-151).

⁷⁹ “*(...) só há jurisprudência se há concordância das decisões no mesmo sentido, e abundante e constante, ou, como dizem os homens do fôro – ‘pacífica e torrencial’.*” BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 99.

A ideia de precedente,⁸⁰ por outro lado, é diversa em muitos aspectos.⁸¹ Precedente é o que vem antes; a força de um precedente não está na sua reiteração; está no seu respeito e na sua utilização como diretriz de casos semelhantes.⁸² O precedente tem um papel pedagógico e orientador inegável.⁸³ Nesse sentido:

(...) in a common-law country, judicial opinions play a major role in telling lawyers and their clients what the law is. The judicial opinion is thus important not only for the cases that are contested, but also in giving guidance about whether a dispute is worth litigating at all and about whether a loss at trial is worth appealing.⁸⁴

O fundamento jurídico do julgado, tal como um dispositivo legal, é utilizado como referencial para os operadores do Direito. Da mesma forma que os profissionais recorrem à lei, aos decretos e aos atos infralegais para orientar ou decidir, deve-se recorrer aos precedentes com os mesmos objetivos. O precedente pressupõe o novo; a análise de uma questão jurídica por um ângulo diverso. E pressupõe sua definitividade. Uma questão jurídica, que ainda está

⁸⁰ Precedente é “(...) *an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law. Courts attempt to decide cases on the basis of principles established in prior cases. Prior cases which are close in facts or legal principles to the case under consideration are called precedents. A rule of law established for the first time by a court for a particular type of case and thereafter referred to in deciding similar cases. (...) A course of conduct once followed which may serve as a guide for future conduct.*” (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary: with pronunciations. Centennial Edition (1891-1991), 6th edition, St. Paul: West Group, 1990, p. 1176).*

⁸¹ “(...) a locução ‘precedente judicial’, sob o ponto de vista técnico-processual, significa ‘a decisão individualizada de um caso concreto’, da qual se extrai uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento, ou seja, a denominada *ratio decidendi*, prestando-se a predeterminar ou apenas nortear futuros julgamentos sobre idêntica questão.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”*. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1527, nota de rodapé nº 1).

⁸² “Nesse modelo [common law] o caso concreto real anterior já decidido, quando representa a decisão primeira sobre o tema (*leading case*), atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes que devem servir aos demais casos a serem julgados posteriormente e que sejam similares ao primeiro já decidido. O precedente, portanto, é, por decorrência, vinculante.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 90).

⁸³ “A primeira consideração diz respeito à determinação daquilo que se considera como precedente em sentido próprio, ou seja, aquela parte da sentença a qual se faz referência para derivar dela a regra de juízo para o caso sucessivo. A doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência. In: Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011, p. 145).*

⁸⁴ SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, p. 172.

em debate no Judiciário, não se presta a balizar condutas; orientar entendimentos; nortear atividades. Daí que, necessariamente, só se tem um precedente diante de uma decisão definitiva.

Sem embargo, não é qualquer decisão definitiva que forma um precedente. Só há precedente propriamente dito quando a decisão definitiva foi proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.⁸⁵⁻⁸⁶ Um Tribunal de Justiça não produz, em regra,⁸⁷ precedentes. Produz jurisprudência. Precedente são as decisões definitivas contra as quais não cabe – nem caberia – mais qualquer recurso. São as decisões que não podem ser modificadas por outro meio senão pelo Poder Legislativo, via alteração das bases normativas que fundamentaram a decisão. São decisões com eficácia vinculante. O léxico deve, pois, ser reservado a reduzido número de decisões⁸⁸ – as quais devem ser conhecidas e respeitadas –, preferencialmente às decisões do

⁸⁵ “A revista é o recurso pelo qual provoca-se, contra a decisão final na causa, o novo pronunciamento do direito em tese, em face da divergência verificada com decisão de outra ou outras turmas ou câmaras isoladas ou reunidas do mesmo Tribunal (...) Para admitir-se a revista impõe-se também que sejam finais as decisões divergentes. Como deve entender-se o que sejam decisões finais? Firma-se jurisprudência quando, esgotados em várias causas todos os recursos, chega-se a decisões uniformes. A jurisprudência não se faz pelos simples pronunciamentos judiciais de que as partes não recorrem, pois admite-se a possibilidade de, pelo recurso, modificar-se a decisão. Não interessam, como jurisprudência, as decisões que ainda teria sido possível reformar, e com as quais as partes conformam-se, não recorrendo ou desistindo dos recursos interpostos. O desinteresse em fazer reformar uma decisão tal tem equivalência com a transação, e as partes sempre podem transigir, desde que não violem os princípios de ordem pública, ainda que a solução transacional seja diversa da que é dada pelo direito em tese. (...) O que ofende a ordem jurídica é que a última decisão de que pela lei já não coubesse recurso afirme uma falsa tese jurídica, contrariando a tese jurisprudencialmente firmada, sem facultar-se à parte um meio de pedir a restauração do princípio postergado na causa e reconhecido em outras causas. Assim, a solução de que se interpõe recurso de revista deve ser a última que era possível alcançar na causa, após o emprego de todos os recursos normais cabíveis. E a solução apontada como divergente deve ter igual requisito.” (AMERICANO, Jorge. *Comentários ao CPC*, Vol. 4, Arts. 808 a 1052. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1943, pp. 97-99).

⁸⁶ “(...) as decisões vinculantes podem advir de uma Justiça Constitucional concentrada e abstrata, ou de países que adotam uma Justiça Constitucional descentralizada, sendo que neste último caso a vinculatividade restringe-se às decisões constitucionais de cúpula.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 88).

⁸⁷ Diz-se em regra, porque embora a maioria dos julgados dos Tribunais de Justiça sejam apenas jurisprudência, não há como negar que, no exercício da Jurisdição Constitucional Estadual, eles produzem precedentes. O mesmo pode ser dito para as matérias de suas competências exclusivas, notadamente de interpretação da lei estadual, ou municipal.

⁸⁸ Sobre a quantidade de julgamentos realizados e como isso afeta a lógica dos precedentes, Gustavo da Gama, citando Michele Taruffo ressalta: “Michele Taruffo, com toda a razão, diz que quando o número de casos julgados é alto, a força específica de um precedente fica enfraquecida, pois quando há uma corrente de precedentes convergentes e consistentes, um simples elo da corrente não tem muito valor. Mesmo o primeiro elo da corrente, o *leading case*, perde sua força, pois o que passa a contar é a corrente como um todo. No Brasil ocorre algo parecido, não sendo incomum observarmos julgados que citam vários precedentes anteriores. Tais equívocos do sistema italiano de precedentes acabam provocando uma distorção do próprio sistema, posto que os precedentes são objeto de uso inadequado e excessivo. O uso excessivo decorre da enorme quantidade de precedentes produzidos pelos Tribunais, enquanto que o uso inadequado consiste na utilização em um julgamento de um precedente que normalmente é o mais recente, quando este mais recente sequer é o mais importante” (NOGUEIRA, Gustavo. *Stare Decisis et Non Quia Movere: A vinculação aos precedentes no Direito Comparado*

STF, especialmente àquelas por ele proferidas no exercício das funções de Corte Constitucional.⁸⁹ Em sentido semelhante, André Ramos Tavares salienta que:

quando se fala em precedente constitucional nos modelos de Direito legislado e com Tribunais Constitucionais ou equivalentes (salas constitucionais e cortes supremas com função de controle abstrato de constitucionalidade) não se trata propriamente do precedente como é conhecido e praticado nos países de *common law* (...). Mas na sua essência o modelo de precedentes foi útil para conferir visibilidade e impositividade máximas às decisões da Justiça constitucional de matriz kelseniana recém-inaugurada.⁹⁰

Em nossa visão, portanto, não faz sentido falar em graus de eficácia dos

e Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 127. O trabalho de Michele Taruffo ao qual o autor faz referência é *Precedents in Italy. Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law – Utrecht, 16-22 July 2006*. Edited by Ewoud Hondius. Bruxelles: Bruylant, 2007, pp. 182-185).

⁸⁹ “(...) na Justiça Constitucional abstrata, a decisão é, necessariamente, vinculante para o futuro, para todos, pois o processo não apresenta partes no sentido processual tradicional.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 93). Em outra passagem, o autor ressalta: “Quando os países de civil law passaram a adotar o modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, houve certa aproximação com os precedentes existentes de há muito no modelo de common law. Essa aproximação nota-se no intuito, revelado pelo modelo de Direito legislado, de revestir a autoridade das decisões do Tribunal Constitucional de um grau máximo de respeitabilidade, para o futuro, por parte dos magistrados em geral e da própria sociedade. Tratava-se de estabelecer, para a própria magistratura, um paradigma a ser seguido e respeitado, quanto à constitucionalidade das leis. Relembre-se, ademais, que os tribunais constitucionais foram introduzidos basicamente em países originados no civil law, ou seja, este modelo de Direito passou a receber, em seu seio, uma instituição (Tribunal Constitucional) que demandava um olhar sobre um elemento próprio do modelo de common law. Enquanto à ideia de precedente era imanente o propósito vinculante, às decisões da Justiça Constitucional de inspiração kelseniana foi necessário agregar a nota da obrigatoriedade (impositividade) erga omnes, própria apenas da decisão legislativa. (...) Assim, pode-se dizer que é também inerente ao modelo de Tribunal Constitucional a ideia-matriz subjacente ao modelo dos precedentes, ou seja, a vinculatividade da primeira decisão sobre o tema, quando se tratasse de dar procedência ao pedido e anular uma lei.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 94).

⁹⁰ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 96.

precedentes,⁹¹ pois não há *precedentes vinculantes* e *persuasivos*.⁹²⁻⁹³ Todo precedente é vinculante; e apenas a jurisprudência é persuasiva.⁹⁴ Não se há de confundir um com o outro. Jurisprudência não é precedente e precedente não é jurisprudência. Trata-se de fenômenos distintos. Do exposto decorre que só os *precedentes* (e não a jurisprudência em geral), notadamente por seu caráter vinculante, são fontes de direito atualmente dentro do ordenamento

⁹¹ Para Patrícia Perrone, os precedentes podem ser classificados de acordo com sua eficácia, em três categorias: precedentes com eficácia meramente persuasiva; precedentes com eficácia intermediária e precedentes vinculantes. A regra, segundo a autora, no sistema jurídico brasileiro é o reconhecimento de eficácia meramente persuasiva. São exemplos de precedentes com eficácia impositiva intermediária, segundo ela, decisões relativamente vinculantes, importantes, que produzem efeitos para além do caso julgado, como as proferidas na declaração incidental de constitucionalidade; as proferidas em ações coletivas, em virtude dos limites subjetivos da decisão; e a jurisprudência dominante sumulada do STF, que possibilita ao relator negar seguimento a recursos monocraticamente (art. 557, CPC). Para Patrícia Perrone, os precedentes que têm eficácia normativa são aqueles vinculantes, isto é, as decisões que estabelecem entendimentos que deverão ser obrigatoriamente seguidos em casos análogos, como as decisões proferidas em sede de controle concentrado; as súmulas vinculantes; e as decisões dos TJs em RI's. (MELLO, Patrícia Perrone Campos, *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 104-105 e 237 e seguintes).

⁹² José Rogério Cruz e Tucci alude a (i) precedentes com eficácia meramente persuasiva; (ii) precedentes com relativa eficácia vinculante; e (iii) precedentes com eficácia vinculante. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). "Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau." Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1542).

⁹³ "Outra classificação refere-se à força que os precedentes exercem sobre os casos posteriores de idêntico ou semelhante tema, ou seja, qual o grau de vinculação obrigatória eles podem desempenhar no sistema jurídico, sendo importante lembrar que "um determinado precedente pode ser obrigatório para um determinado caso e persuasivo para outro, a depender do caráter do precedente e da hierarquia da corte em que foi formulado." CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Efeito Vinculante: E Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Editora Consulex, 1ª edição: 2002 p. 80.

⁹⁴ A ideia de decisões sem efeito vinculante não é desconhecida nos EUA. Frederick Schauer ressalta que, apesar de ser um tema controvertido, há decisões que não fazem precedentes, porque são elaboradas ou fundamentadas em benefício apenas das partes. Nesse sentido: "*Most common, however, is the practice of accompanying such summary decisions by a brief opinion written solely for the benefit of the parties. (...) such opinions are not to have precedential effect. (...) the courts that issue such brief and nonprecedential opinions wish to make clear that they are intended for the benefit of the parties only. This practice (...) has been controversial, with one federal appellate panel even briefly holding that it was unconstitutional to limit the precedential effect of its own opinions on the grounds that this was an impermissible abrogation of the common-law powers of the courts.*" (SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 186-187).

jurídico brasileiro.⁹⁵⁻⁹⁶

No direito americano, é extremamente interessante o fenômeno, como informa Lawrence Baum, dos *precedentes* que não formam precedentes. Tal fenômeno ocorreria nas decisões em que nenhuma das teses possíveis gozasse de apoio da maioria dos juízes. Desse modo, haveria uma decisão, mas, no entanto, não existiria a autoridade de uma interpretação legal do que está sendo discutido no caso. Em suma, poderia haver concordância com relação ao resultado do julgamento, mas não com relação as razões subjacentes – importantíssimas para a aplicação do precedente aos casos similares. Nas palavras do autor:

Occasionally, because of disagreement about the rationale, no opinion gains the support of a majority of judges. In this situation, there is a decision but no authoritative interpretation of the legal issues in the case. In one Supreme Court decision in 2010, (...), the court was unanimous on the outcome of the case. But there was a majority for only part of the primary opinion, and there were enough differing positions in the various opinions to make it difficult for a lower-court judge or any other reader to ascertain the court's collective views.⁹⁷

Esse aspecto do direito norte-americano revela um problema grave, já apontado

⁹⁵ Em relação à jurisprudência, o entendimento clássico de nossos autores pode ser sintetizado pelo seguinte trecho de Caio Mário da Silva Pereira: “*Não havendo a Lei de Introdução mencionado como fonte de direito a jurisprudência, cabe aqui indagar se pode ser ela considerada como tal. Se se tomar a expressão fonte em sentido técnico estrito, não se pode assim compreender a jurisprudência, porque nos regimes de separação de poderes, ao Judiciário cabe aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares, e, não competindo aos tribunais formular regras jurídicas, senão aplica-las, a manifestação jurisprudencial não se pode qualificar como fonte criadora da norma de direito, porque não passa de um processo de aplicação da lei. A Corte de Justiça não elabora a regra, porém diz ou declara o direito, arrimada à disposição legislativa, que é, por isso mesmo, a sua fonte. A função criadora da norma pertence ao Poder Legislativo. O Judiciário cinge-se a aplicá-la ou interpretá-la, ou a verificar a existência do costume (...), razão por que se recusa aos arestos e decisões o caráter gerador de direito. Os tribunais, porém, tomam as questões e pronunciam-se em certo rumo, que com o tempo se fixa, sendo invocada habitualmente a sua jurisprudência, que aparentemente é a regra vigente. (...) não negamos à jurisprudência o valor de fonte informativa ou intelectual do direito. Na sua função específica, os tribunais, aplicando e interpretando a lei, vivificam-na e adaptam-na às transformações econômicas e sociais. Pela autoridade intelectual de seus juízes, (...) a consulta à jurisprudência é elemento informativo de constante utilidade. À medida que se distancia a época em que a lei é votada, o seu texto puro perde a vivacidade original, e é então a discussão perante as Cortes (...) que mantém a norma em plena atualidade.*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume 1. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 23ª edição, de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 46-47).

⁹⁶ “*Não há dúvida, (...), que a força vinculante erga omnes, (...), acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal. (...) a imutabilidade do conteúdo das decisões sobre a constitucionalidade dos textos legais, prevista expressamente no ordenamento jurídico, alça a produção da atividade judicial, nos sistemas nos quais esta ocupa preeminente posição, ao mesmo nível de hierarquia da lei.*” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau.” Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1553).

⁹⁷ BAUM, Lawrence. *American Courts: process and policy*. 7ª edição, Wadsworth, Cengage Learning, 2013, p. 252. O caso mencionado é *Bilski v. Kappos*, 177 L. Ed. 2d 792 (2010).

anteriormente, das deliberações do Supremo Tribunal Federal. De fato, há julgados em que é praticamente impossível extrair as razões subjacentes à decisão, tendo em vista a falta de comunicação entre os votos dos ministros e a formação de algum consenso. Isso é especialmente grave no contexto brasileiro atual.

5 OS ELEMENTOS DOS PRECEDENTES

Um direito calcado em precedentes implica que se identifiquem e se distingam os seus diversos elementos. Como enfatiza Patrícia Perrone,

os casos se compõem de alguns elementos que os individualizam, consistentes nos fatos considerados relevantes, nos fundamentos e na questão valorativa posta pelos mesmos e decidida. A partir destes elementos é possível formular uma regra, que, diante de novas situações, se aperfeiçoará e se redefinirá, tendo em conta as decisões já produzidas. Buscar-se-á, então, enunciar um princípio mais genérico, que sirva de base a todas elas e que oriente soluções futuras e inéditas. Esses mecanismos, (...), constituem justamente o modo de operar do *stare decisis* no *common law*.⁹⁸

Este capítulo volta-se à identificação dos elementos e conceitos formadores da ideia de precedentes.

5.1. *Stare decisis*

Talvez o conceito mais importante⁹⁹ atrelado ao de precedente seja o de *stare decisis*.¹⁰⁰ *Stare decisis* é uma abreviação de *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzido como *mantenha-se a decisão e não se modifique o que foi decidido*.¹⁰¹ A ideia de *stare decisis* é a de vinculação (vertical e horizontal) aos precedentes.¹⁰²

⁹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116.

⁹⁹ PERELL, Paul M. *Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument*. In: *Best Guide to Canadian Legal Research*, 1987. Disponível em: <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>. Acesso em 06.02.2014.

¹⁰⁰ Segundo um dos mais importantes dicionários jurídicos, *Stare decisis* significa: “*To abide by, or adhere to, decided cases. (...) Doctrine that, when court has once laid down a principle of law as applicable to a certain state of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, where facts appear substantially the same; (...) Under doctrine a deliberate or solemn decision of court made after argument on question of law fairly arising in the case, and necessary to its determination, is an authority, or binding precedent in the same court, or in other courts of equal or lower rank in subsequent cases where the very point is again in controversy.*” (BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary: with pronunciations*. Centennial Edition (1891-1991), 6th edition, St. Paul: West Group, 1990, p. 1406).

¹⁰¹ SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 37.

¹⁰² “O *stare decisis* pode ser dividido, para fins didáticos, em vertical e horizontal. Vertical é o *stare decisis* quando

De um lado, o *stare decisis* impõe a vinculação *vertical* à tese jurídica firmada no precedente de *todos* os órgãos do Poder Judiciário subordinados ao Tribunal Superior. Esse instrumento é necessário para conferir coerência e unidade ao ordenamento jurídico.

Mas o *stare decisis* implica, também, uma vinculação *horizontal* às teses firmadas, isto é, uma vinculação do próprio tribunal às suas decisões pretéritas sobre o mesmo tema.¹⁰³ E esse é o aspecto mais controvertido da ideia de *stare decisis*.¹⁰⁴ De fato, dele surgem muitas indagações: por que as decisões proferidas anteriormente devem ser seguidas? Elas são superiores? Por que uma composição anterior do Tribunal tem o condão de vincular as decisões proferidas pela composição posterior? Se a nova composição considera o precedente equivocado, por que insistir no erro?

Não se defende, obviamente, uma vinculação absoluta. Mas algum grau de vinculação horizontal faz-se necessário para o respeito e a promoção do princípio da segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito. As muitas objeções e críticas que se poderia fazer à vinculação horizontal não são, em nosso sentir, suficientes para impedir a sua adoção. O problema intergeracional de decisões vinculantes, por exemplo, não é estranho ao direito constitucional brasileiro. Ele está na base da discussão sobre cláusulas pétreas e imutabilidade

se colocam os órgãos do Judiciário em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para as inferiores, mas os precedentes das Cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte. A questão é simplesmente de hierarquia, sendo de se presumir que, quanto maior a Corte, mais autoridade têm os seus julgamentos (...). Já no plano horizontal, o que se discute é a força vinculante dos precedentes de uma Corte para ela própria, com base na presunção de que a Corte deve ser consistente com ela própria ao longo do tempo, a fim de permitir que os cidadãos possam prever que a Corte não vai alterar seus precedentes dia após dia.” (NOGUEIRA, Gustavo. *Stare Decisis et Non Quia Movere: A vinculação aos precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, pp. 167-168).

¹⁰³ Conforme relata Tucci, em passagem na qual cita DEFLORIAN, Luisa Antonioli, “Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l’esperienza inglese”, *Rivista di diritto civile* 39, 1993, p. 156: “Na conhecida decisão do caso *Beamish vs. Beamish*, conduzida em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a House of Lords estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: ‘(...) o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a House of Lords se arrogaria o poder de alterar o direito e legislar com autônoma autoridade’. Desse modo, e por paradoxal que possa parecer, verifica-se que ‘a doctrine of precedent’ vem ancorada à teoria constitucional da separação dos poderes e da supremacia do Parlamento, tornando ‘heresia’ qualquer tentativa de superá-la.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 1531-1532).

¹⁰⁴ A Suprema Corte dos Estados Unidos não se considera vinculada às suas decisões pretéritas, muito embora afirme que dá a elas o peso substancial na análise de novos casos. Cf. SOLUM, Lawreny. *Legal Theory Lexicon: Holdings*. Legal Theory Blog. Postado em 27.07.2014. Disponível em http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/10/legal_theory_le_2.html. Acesso em 28.07.2014.

constitucional.¹⁰⁵ Ora, se se admite a existência de cláusulas pétreas, imutáveis, no Brasil, é fundamental reconhecer, da mesma forma e pelas mesmas razões, a admissibilidade de vinculação do STF aos seus próprios precedentes. Não se trata, repita-se, de uma vinculação absoluta. Um Tribunal como o STF não deve insistir no erro. Mas deve deferência a soluções pretéritas, para assegurar estabilidade e coerência ao ordenamento. Em outras palavras, o Supremo deve, desde que o precedente não signifique uma quebra da nova interpretação da Constituição ou do novo texto constitucional, construir, com seus julgados, um conjunto de interpretações compatíveis entre si. Se o tribunal preferir superar um precedente, que o faça através dos métodos próprios (*distinguishing* ou *overruling*, apresentados abaixo). Merecem destaque, nesse sentido, as palavras de Aliomar Baleeiro:

A regra, pois, prestigia o precedente, protegendo-o contra o individualismo do juiz e contra a instabilidade do próprio Tribunal. *Stare decisis*, disse o *justice* Douglas numa conferência *in memoriam* de Benjamin Cardozo, assegura uniformidade e continuidade ao Direito, permite aos homens o arranjo de seus negócios e atividades em base da confiança, expulsa das relações jurídicas o capricho e garante estabilidade ao corpo social, como um laço entre o futuro e o passado. Mas – continua êle – em matéria constitucional, a regra deve abrir caminho ao componente dinâmico da história. E quando faz isso, o ciclo recomeça de novo. Destarte, *stare decisis* não impede flexibilidade, segundo a consciência de cada juiz, a fim de que o precedente seja revisto e substituído, quando se reconhece errado ou incompatível com as exigências atuais da vida e da evolução do país. Então, a interpretação pacificamente aceita até ali é reformada, ou, como dizem os americanos, *overruled*. Douglas declara que 30 casos de jurisprudência mansa foram repudiados entre 1937 e 1949. Mas Douglas acha que o *overruling* não produz um efeito de mudança abrupta do Direito, mas antes reconhece um *fait accompli*, isto é, mercê de distinções das circunstâncias dos casos novos há um gradual e relutante repúdio do precedente. Quando a Côrte muda a jurisprudência, a evolução está no fim e não no começo.¹⁰⁶

É verdade que, em alguma medida, o *stare decisis* contrapõe as ideias de segurança jurídica e de Justiça material. Com efeito, a lógica subjacente ao *stare decisis* é a de que a segurança jurídica muitas vezes é mais desejável do que a justiça subjetiva que cada juiz aplica

¹⁰⁵ Na doutrina brasileira, cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; VIERA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editor, 1999; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Na doutrina americana, cf. ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979; HOLMES, Stephen. *Precommitment and the Paradox of Democracy*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. (Studies in Rationality and Social Change); e WALDRON, Jeremy. *Precommitment and Disagreement*. In: ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

¹⁰⁶ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 127.

individualmente. Por essa razão, só é legítima a modificação ou revogação de precedentes em situações excepcionais, que decorrem da evolução social e do reconhecimento da incompatibilidade daquela decisão a essa nova realidade. E isso impõe um ônus argumentativo ao Tribunal.¹⁰⁷

No Brasil, esses dois aspectos do *stare decisis*, que são inerentes à força vinculante dos precedentes, têm sido negligenciados pelo Poder Judiciário. Tanto os juízes e tribunais inferiores quanto o próprio Supremo relutam, muitas vezes, em seguir orientações anteriores, mesmo que não vejam nelas nenhum erro *grosseiro* ou circunstância especial que justifique sua modificação.¹⁰⁸ Mesmo decisões monocráticas dos ministros parecem não se preocupar sequer em dialogar com os precedentes da corte. Isso é deveras problemático, pois cria um ambiente de insegurança jurídica incompatível com o Estado de Direito.

A propósito, o Min. Humberto Gomes de Barros, no Superior Tribunal de Justiça, já fez consignar em voto que, a postura do próprio STJ, de modificação constante de sua própria jurisprudência, fazia com que o Tribunal pudesse ser comparado ao conhecido *banana boat*, que já fez sucesso em praias brasileiras. O seu objetivo não é levar os banhistas para um passeio, mas mantê-los em constante instabilidade. Em suas palavras:

Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.¹⁰⁹

Ora, como se disse, o neoconstitucionalismo pressupõe o respeito aos precedentes, de

¹⁰⁷ O tema será retomado adiante, em tópico destinado à análise da superação e afastamento dos precedentes.

¹⁰⁸ José Carlos Barbosa Moreira indaga, em tom crítico, sobre a conveniência de fixação de um precedente. Segundo o famoso processualista: “(...) *em que medida é realmente desejável que um órgão superior fixe o entendimento a ser adotado de maneira uniforme pelos outros órgãos judiciais na aplicação deste ou daquele texto legal. De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode mostrar-se mais aconselhável dar espaço a porção menor ou maior de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados – como ‘bons costumes’, ‘conduta desonrosa’, ‘elevado valor’ e outros cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdades do nosso.*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos*. Revista Dialética de Direito Processual nº 27, p. 58).

¹⁰⁹ Voto-vista no AgRg no REsp nº 382.736-SC, Rel. Min. Castro Meira, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, j. 08/10/2003, DJ 25/02/2004, p. 91.

forma que é fundamental que essa postura seja revista. E o Supremo deve dar o exemplo nesse sentido, como proporemos adiante.

5.2. *Holding ou Ratio decidendi*

Ratio decidendi constitui a tese jurídica extraída do caso concreto, que vincula os julgamentos futuros. Trata-se da linha argumentativa principal, que orientará a decisão de outros casos. Como explica Patrícia Perrone, “*holding ou ratio decidendi constitui a norma extraível do caso concreto que vincula os tribunais inferiores.*”¹¹⁰ Tais conceitos não se confundem com a parte dispositiva da decisão.¹¹¹ Trata-se dos fundamentos que ensejam a conclusão jurídica a que chegou o Tribunal, que devem ser universalizáveis.¹¹²

A dificuldade, como esclarece Cruz e Tucci, é que “*a ratio decidendi não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na (...), extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta*”¹¹³⁻¹¹⁴ É aqui que reside um dos principais problemas da

¹¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118. A autora enfatiza que, embora de grande importância para a operação com precedentes, sua identificação suscita diversas dúvidas, como, por exemplo, as seguintes: “a) *Quais são as formulações jurídicas efetivamente imprescindíveis à decisão e como elas podem ser identificadas?*; b) *O holding abrange a fundamentação da decisão?*; c) *Quais os métodos para sua identificação?*; d) *Com que grau de generalidade se deve formular o comando extraído de um caso concreto ou com que amplitude se devem tratar os fatos que o geraram?*” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119).

¹¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1530.

¹¹² “(...) a decisão dada sobre o caso precedente pode estender efeitos de alguma maneira prescritivos ou normativos sobre a decisão do caso sucessivo, porém sob a condição de que do precedente específico possa derivar-se uma regra aplicável também a outros casos, ou seja – (...) – sob a condição de que a decisão formulada em direito sobre o caso precedente seja universalizável.” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. In: Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011, p. 141).

¹¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 1554-1555.

¹¹⁴ André Ramos Tavares menciona o interessante exemplo do modelo peruano. Naquele país, o próprio Tribunal

adoção de um modelo calcado em votos individuais, em *seriatim*, como se verá adiante.

5.3. *Obiter dictum*

Entende-se por *obiter dictum* a “*passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia.*”¹¹⁵

O *obiter dictum* é a consideração lateral feita pelo julgador, que não influi decisivamente na tomada de decisão. Ela pode até ser relevante, mas em tese poderia ser excluída do seu corpo sem comprometer suas conclusões, porque não dá suporte a elas. É o que enfatiza Frederick Schauer, para diferenciar *holding* de *obiter dictum*:

According to the traditional distinction, the holding of a case consists of what is *necessary* to support the result in that case. Everything else is *obiter dicta*, or *dicta* for short, and as such is more easily dismissed in subsequent cases or by subsequent courts. As it was traditionally expressed, the holding of a previous case, or a case from a higher court, was *binding*, but everything else – the dicta – could legitimately be disregarded.¹¹⁶

Muito embora seja possível diferenciar o *holding* do *obiter dicta*, Schauer salienta que essa distinção se mostra muitas vezes frágil, tanto do ponto de vista teórico, quanto em termos práticos. Isso porque, mesmo os *obiter dicta* têm enorme importância. Realmente, uma observação lateral feita pela Suprema Corte em um determinado sentido em favor de uma parte transfere à outra um ônus de demonstrar que se enquadra como um dito lateral, sem importância. De mais a mais, Schauer conclui que:

Constitucional deve indicar a parte da decisão que deve ser considerada vinculante. É o que consta do art. VII do Código Processual Constitucional Peruano (Lei n. 28.237/2004): “(...) *las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresse la sentencia, precisando el exteorem de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho e de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 98).

¹¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1556.

¹¹⁶ SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 181-182.

(...) even the theoretical distinction between *holding* and *dicta* is also open to challenge. (...) *any* statement by a court beyond the simple recitation of the facts and the announcement of an outcome is broader than the case at hand and is thus strictly unnecessary to the outcome. Every time a court gives a reason for its decision, it necessarily opines about cases other than the one before it, and thus, strictly speaking, all statements of reasons have an aura of *dicta* surrounding them. And even if there are some reasons that are necessary to the outcome, it is never necessary that those reasons be stated at one level of generality rather than another.¹¹⁷

Desse modo, a distinção se revela muitas vezes pueril, sobretudo, no que concerne às deliberações realizadas no âmbito dos modelos de *seriatim* nos quais, pelas razões que serão explicadas mais adiante, não é possível identificar claramente as razões da Corte como um órgão uno e, portanto, distinguir entre *Holding* e *Obiter Dicta*.

¹¹⁷ SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, pp. 181-182.

6 AFASTAMENTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

O Direito deve ser permeável às mudanças que se operam no seio da sociedade. Deve adaptar-se, acomodar-se, sob pena de seu próprio fracasso. Não se deve ter compromisso com o erro, nem com a iniquidade. O Direito deve amoldar-se a novas situações, notadamente quando houver razões que justifiquem essa reacomodação. Da mesma forma, jurisprudência e os precedentes não podem ser inflexíveis. Devem evoluir com a sociedade.¹¹⁸ Daí porque, no âmbito da *common law* desenvolveram-se instrumentos para afastar e, se necessário, superar totalmente um precedente. Os tópicos que se seguem discorrem brevemente sobre esses temas (*distinguish* e *overruling*).

6.1. *Distinguishing*

Fala-se em *distinguish* para designar a técnica usada para diferenciar um novo caso de um precedente, apesar da existência de semelhanças entre eles.¹¹⁹ O que legitima a diferenciação dos casos é alguma circunstância peculiar relacionada aos fatos subjacentes, que pode conduzir o tribunal à adoção de uma solução diversa da que seria adotada pela aplicação do precedente.¹²⁰

¹¹⁸ “Considerando o papel das súmulas de jurisprudência, Miguel Reale afasta a relativa estabilidade destas dos efeitos dos binding precedents do common law, e ainda exorta os juristas a zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisdicional, de modo que os standards pretorianos sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, por exigência de novos valores socioeconômicos e/ou culturais.” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1543).

¹¹⁹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009, pp. 17-18. *Apud* NOGUEIRA, Gustavo. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 199.

¹²⁰ “Quando um Tribunal reconhece a existência do precedente, mas encontra significativas diferenças que justificam a não adesão ao caso anterior, ele está dizendo, explícita ou implicitamente, que, se não fossem essas diferenças, a solução do caso atual ser a mesma do precedente.” (NOGUEIRA, Gustavo. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 200).

A distinção do caso em análise de um precedente pressupõe, por isso mesmo, considerável ônus argumentativo. É preciso que o advogado ou o magistrado evidenciem, com razões convincentes, as nuances fáticas ou jurídicas que justificam conclusão diversa da anterior.

A distinção de um caso novo em relação a um precedente guarda relação direta com a extensão e profundidade da fundamentação adotada no precedente. Quanto mais ampla a análise realizada no precedente, mais abrangente (ou maximalista) a decisão se torna, de modo que ela pode acabar criando uma regra jurídica *superinclusiva*, isto é, mais abrangente do que se pretendia inicialmente, regulando situação indesejada ou ainda não decidida. Por isso, em grande medida a aplicação dessa técnica importa o reconhecimento judicial de uma exceção à regra original entabulada no precedente.

Cumprir enfatizar, apenas, que as diferenças devem ser significativas, a ponto de justificar o estabelecimento de uma exceção ou o reconhecimento da inaplicabilidade do precedente ao caso discutido.

6.2. *Overruling*

Fala-se, por outro lado, em *overruling* para designar a técnica jurídica usada para reconhecer a revogação ou superação do precedente. Nos sistemas de *civil law*, enquanto a jurisprudência não tinha efeitos vinculantes, a alteração não causava maiores problemas ou dificuldades. A jurisprudência, nos países de tradição romano-germânica tem, por tradição, força meramente persuasiva, de modo que o juiz é livre para seguir ou afastar o entendimento adotado por outro tribunal. Mesmo assim, a mudança jurisprudencial não era desconhecida no âmbito da *civil law*. A palavra francesa *revirement*, literalmente reviravolta, é designada para apresentar a mudança radical de jurisprudência de um tribunal, que se afasta de decisões anteriores. Fala-se, nesse sentido, em *revirement de jurisprudence*.¹²¹

No entanto, no constitucionalismo contemporâneo, as mudanças jurisprudenciais devem

¹²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). "Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau." Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1537.

ser vistas com bastante cautela. Nessa linha de raciocínio, “o *overruling* de um precedente vinculante não deve ser tratado como um fato simples e insignificante, pois contradiz expectativas normativas fundadas e legítimas.”¹²² Isso significa que a eventual alteração da composição do Tribunal não é fundamento suficiente ou legítimo para a mudança jurisprudencial. Infelizmente, contudo, isso acontece com relativa frequência no Brasil, comprometendo a integridade de nosso ordenamento jurídico.¹²³

O *overruling* de um precedente pode ser *explícito* ou *implícito*. É explícito quando a própria corte que julgou o precedente declara, textualmente, sua superação ou erro e se afasta daquele entendimento. Diz-se implícita a revogação quando a corte julga questão idêntica em sentido diverso, ou parcialmente diverso, sem mencionar expressamente o precedente. O *overruling* implícito pressupõe uma identidade (ou semelhança) de *ratio decidendi* em sentidos contrários.

Fala-se, ademais, de três tipos de *overruling*, de acordo com o momento de produção de efeitos da nova orientação: (i) *retrospective overruling*; (ii) *prospective overruling*; e (iii) *anticipatory overruling*.¹²⁴

Ocorre a superação retrospectiva (*retrospective overruling*) quando a decisão produz efeitos *ex tunc*, atingindo todos os casos sobre o tema. Em nosso entendimento, a virada jurisprudencial não pode ser, em regra, *retroativa*. Ao contrário. Deve ser excepcional. Isso por força do princípio da irretroatividade das leis. Se compreendermos o princípio da irretroatividade das leis de forma a contemplar, também, as decisões constitucionais

¹²²BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; e SILVA, Denis Franco. “*Prospective Overruling*”: Como e por que ele deve ser aplicado? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Ed.). “Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413.

¹²³ “Nas últimas décadas houve diversos casos de juízes do Supremo Tribunal que foram nomeados para o cargo quando faltavam poucos anos para que atingissem a idade-limite e por esse motivo passaram rapidamente pelo tribunal, sem tempo para dar qualquer contribuição marcante. Essas indicações, que nunca foram questionadas pelo Senado, serviram apenas para premiar amigos e correligionários, sendo reveladoras da pouca importância que se tem dado ao Supremo Tribunal. Além do aspecto moral, é muito importante lembrar que a mudança frequente de juízes tem influído para que não se consolide a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre questões de grande relevância.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 113).

¹²⁴ Como explica Felipe de Mello Fonte, em resenha do livro de Aharon Barack, “*O case law dos tribunais funciona como lei.*’ Assim, há necessidade de ponderação de princípios quando o magistrado se defronte com a necessidade de revogação de um precedente. Nesse caso, dentre outros fatores, os juízes devem considerar: (i) o nível de confiança dos outros Poderes e das pessoas naquele precedente; e (ii) a possibilidade alteração do entendimento anterior por outros meios não-judiciais. Em razão disso, quanto mais difícil for para a sociedade fazer a alteração por si mesma, menos hesitante deve ser o juiz em sua decisão.” (FONTE, Felipe de Melo. *Resenha do livro: O juiz em uma democracia*. In: Revista de Direito do Estado nº 6, abril-junho de 2007, p. 373).

vinculantes, a conclusão é que a superação de um precedente, com efeitos retroativos, não pode ocorrer de forma corriqueira. Devem ser preservados os atos praticados com fundamento no precedente revogado e alterar-se a orientação para o futuro.¹²⁵

Ao aplicar decisões constitucionais à atos pretéritos, os tribunais constitucionais devem ter em vista não só a necessidade de garantir a segurança jurídica, como também o grau de impacto sobre as decisões pretéritas dos próprios tribunais. A reversão de certas leituras constitucionais com efeitos *ex tunc*, em último caso, pode gerar a rediscussão judicial de decisões que já transitaram em julgado. Ainda mais cuidado deve ser dado quando as decisões que transitaram em julgado tiveram sua base em precedentes. O precedente que, em garantia da segurança jurídica, é repetitivamente observado pelos juízes, quando derrubado pelo tribunal deve ser cuidadosamente manejado para evitar grandes percalços judiciais.¹²⁶

A revogação prospectiva ou para o futuro (*prospective overruling*) tem lugar “quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas”. Nessa hipótese é de todo recomendável, em nome da proteção da confiança:

revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra (...).¹²⁷

¹²⁵ Em parecer sobre questão específica posta ao STF, Celso Antonio Bandeira de Mello consignou o seguinte: “Como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal goza do atributo jurídico da derradeira dicção do Direito, algo, pois, muito mais forte do que a chamada presunção de legitimidade dos atos administrativos, há de se entender, a fortiori, que os cidadãos devem presumir que a Corte suprema ao formular intelecções e dicções que de direito estava obrigado a exprimir, o fez de modo juridicamente correto e que, então, os cidadãos nos comportamentos empresariais que com base neles assumiram, estavam a proceder sob o conforto e proteção do Direito. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Segurança Jurídica e mudança de jurisprudência*. In: Revista de Direito do Estado nº 6, abril-junho de 2007, p. 331).

¹²⁶ A questão da cindibilidade da coisa julgada por controle de constitucionalidade esteve recentemente sob a atenção do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 730.462, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 28.05.2015. Na ocasião, o STF decidiu, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 733 da Repercussão Geral, negar provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese: “a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)”.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 906, p. 255-283, 2011, p. 259. Apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1540.

Nessa toada, o objetivo da adoção de efeitos prospectivos é evitar os graves inconvenientes e danos que podem decorrer da mudança de entendimento, que atingem a previsibilidade dos pronunciamentos jurisprudenciais, causando enorme insegurança jurídica. Nessa hipótese, como explicam Thomas Bustamante e Denis Silva, “*‘o direito (judicial) anterior se aplicaria a eventos ocorridos antes da data do overruling (incluindo-se os do caso em questão), mas deixaria de ser aplicado às transações iniciadas após aquela data’.*”¹²⁸ Thomas Bustamante e Denis Silva, no entanto, entendem que a eficácia prospectiva deve ser aplicada apenas em casos excepcionais, quando a mudança seja capaz de produzir efeitos colaterais danosos aos princípios de justiça formal e à segurança jurídica.¹²⁹ Não há como concordar com os autores nesse aspecto. Embora legítimo falar-se em “*ponderação de princípios, que compreende uma valoração sobre as consequências da eficácia retrospectiva ou prospectiva da mudança jurisprudencial*”¹³⁰, o pêndulo deve inclinar-se em favor da preservação dos efeitos anteriores à decisão, conforme exposto anteriormente.

Vale ressaltar que a questão relativa à superação de precedentes com efeitos futuros guarda relação próxima com as discussões sobre o art. 27 da Lei nº 9.868/99. De fato, o art. 27 do referido diploma permite que o STF module, por maioria de dois terços de seus membros, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Há, no entanto, diferença substancial que justifica uma postura diversa em relação ao preconizado no art. 27. Sempre que já houver um precedente anterior,

¹²⁸BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; e SILVA, Denis Franco. “*Prospective Overruling*”: Como e por que ele deve ser aplicado? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Ed.). “Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 406.

¹²⁹ Thomas Bustamante e Denis Silva propõem as seguintes diretivas para a adoção da mudança jurisprudencial prospectiva: “*D) Na presença de precedentes vinculantes ou quase-vinculantes (vinculantes de facto) dos tribunais superiores, quando uma nova decisão venha a superar regramentos judiciais previamente estabelecidos, o tribunal pode estabelecer, na presença de fatores que possam lesionar os mais importantes princípios do sistema jurídico, como a justiça material ou a segurança jurídica, as condições de eficácia temporal do novo direito jurisprudencial. Outras condições secundárias deverão também ser observadas: D’) Quanto mais vinculante for a regra jurisprudencial antiga, mais razões haverá para o prospective overruling; D’’) Quanto mais antiga seja a regra jurisprudencial superada, mais razões haverá para os efeitos prospectivos do overruling; D’’’) Em todos os casos em que se aplique o prospective overruling, deve haver uma decisão clara e justificada sobre o assunto, fundamentada em um juízo ponderado sobre os princípios afetados pela nova decisão; D’’’’) O tribunal deve se esforçar para justificar em termos racionais a decisão sobre a eficácia das normas que está pronunciando.*” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; e SILVA, Denis Franco. “*Prospective Overruling*”: Como e por que ele deve ser aplicado? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Ed.). “Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 412-415).

¹³⁰BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; e SILVA, Denis Franco. “*Prospective Overruling*”: Como e por que ele deve ser aplicado? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Ed.). “Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413.

balizando o entendimento adotado, a revogação deve ser realizada para o futuro. Nesse caso, a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/99 seria inconstitucional em concreto, justificando o seu afastamento e o reconhecimento de efeitos meramente futuros.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o *anticipatory overruling* consiste na revogação *preventiva* de um precedente, por cortes inferiores, sob o fundamento de que o caso não representa mais o que é o Direito, como já teria sido reconhecido pelo Tribunal Superior, embora não explicitamente.¹³¹

¹³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1539.

7 MODELOS DE DELIBERAÇÃO

Há basicamente três modelos de deliberação: o primeiro é o de votos individuais, também denominado de *seriatim*¹³², cuja origem remonta à tradição adotada na Câmara dos Lordes britânica, que se caracteriza pela prolação de *votos individuais* e pela *ausência* de uma opinião da Corte. Nesse modelo, cada juiz profere seu voto, de acordo com suas próprias razões, sem se preocupar com a formação de uma posição institucional.

O segundo modelo, de votos institucionais, ou *per curiam*,¹³³ de origem franco-germânica, tem por característica a prolação de votos *impessoais* e *anônimos*, que apresentam a opinião da Corte sem identificar o(s) seu(s) autor(es). Em países que adotam esse modelo, pode haver restrição à divulgação de votos dissidentes ou concorrente e as deliberações ocorrem em sessões fechadas.

O terceiro modelo, de que é exemplo a Suprema Corte dos Estados Unidos, caracteriza-se tanto pela possibilidade de divulgação da opinião da Corte, por meio de opiniões concorrentes e dissidentes identificadas, quanto pela possibilidade de votos institucionais, ou *per curiam*, sem identificação. É, por isso mesmo, um modelo misto, onde não existem restrições à publicação de votos individuais, embora haja uma certa tendência à votação em bloco.¹³⁴

¹³² A palavra *seriatim* vem do latim e significa “em série”. O termo é utilizado para designar que um tribunal decide diversas questões em uma certa ordem. Uma votação *seriatim* descreve uma forma de deliberação por meio da qual cada um dos juizes que compõe o órgão colegiado se pronuncia individualmente sobre o caso. O modelo difere do institucional ou misto, na medida em que há vários – e não um único – pronunciamento que representa a posição da Corte. De acordo com a Wikipédia: “*Seriatim* (Latin for ‘in series’) is a legal term typically used to indicate that a court is addressing multiple issues in a certain order, such as the order that the issues were originally presented to the court. A *seriatim* opinion describes an opinion delivered by a court with multiple judges, in which each judge reads his or her own opinion rather than a single judge writing an opinion on behalf of the entire court. This is a practice generally used when a case does not have a majority opinion.” <http://en.wikipedia.org/wiki/Seriatim>. Acesso em 25/04/2013. Estão disponíveis na internet outras definições semelhantes.

¹³³ De acordo com o Black’s Law Dictionary, *per curiam* significa “*by the court. A phrase used to distinguish an opinion of the whole court from an opinion written by one judge. Sometimes it denotes an opinion written by the chief justice or presiding judge, or to a brief announcement of the disposition of a case by court not accompanied by a written opinion.*” (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary: with pronunciations. Centennial Edition* (1891-1991), 6th edition, St. Paul: West Group, 1990, p. 1136).

¹³⁴ “*The individual judging pattern has been characteristic of the Law Lords, who serve as Great Britain’s Supreme Court. The Lords sit in panels of five and, traditionally, have delivered opinions seriatim, each panel member, in turn, announcing his individual judgment and the reasons for it. In contrast to the British tradition of opinions separately rendered by each judge as an individual, the continental or civil law traditions typified and spread abroad by France and Germany call for collective, corporate judgments. In dispositions of that genre,*

Nenhum desses modelos é perfeito ou ideal. Ao contrário. Todos eles têm defeitos e qualidades, de modo que, antes de se propor qualquer alteração, é preciso compreendê-los e refletir, a fundo, no que eles podem contribuir para aperfeiçoar o funcionamento de nossas instituições.

7.1. Modelo de votos em *seriatim*

O modelo de deliberação *seriatim* é, como se disse, um modelo de votos individuais, que tem sua origem atrelada à tradição britânica.¹³⁵ Na Inglaterra, tradicionalmente, cada juiz profere seu voto individualmente, apresentando seus fundamentos e suas conclusões.¹³⁶ Em verdade, no entanto, o fato de a Inglaterra adotar decisões preponderantemente individuais (*seriatim*) se justificava pela natureza e funções desempenhadas pela Câmara dos Lordes, que

disagreement is not disclosed. Neither dissent nor separate concurrence is published. Cases are decided with a single, per curiam opinion generally following a uniform, anonymous style. Our Supreme Court, when John Marshall became Chief Justice, made a start in the institutional opinion direction. (...) But even Marshall, during his long tenure as Chief Justice, ultimately dissented on several occasions and once concurred with a separate opinion. We continue in that middle way today.” (GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in Judicial Voice*. In: New York University Law Review, v. 67, n.º. 6, 1992, p. 1189)

¹³⁵ Sobre o sistema jurídico inglês, v. NOGUEIRA, Gustavo. *Stare Decisis et Non Quia Movere: A vinculação aos precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, pp. 103 e ss.

¹³⁶ Sobre o estilo de pronunciamento da *House of Lords*, v. WILBEFORCE, Lord. *La chambre des Lords*. In: BELLET, Pierre; TUNC, Andre (Org.). “La Cour Judiciaire Suprême - une enquête comparative”. Paris, Economica, 1978, pp. 94-95; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direito Processual Civil Inglês*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). “Direito processual civil europeu contemporâneo”. 1ª edição, São Paulo: Lex, 2010, p. 218 e ss.

era órgão integrante da estrutura do Parlamento.¹³⁷⁻¹³⁸ Com efeito, como explica Francisco Tortolero Cervantes,

La máximajurisdicción en Inglaterra, compuesta de forma intermitente dentro de la Cámara de los Lords, funciona menos como un tribunal que como una tribuna. En aquella asamblea, cada uno de los Law Lords (que se reúnen por regla general en número de 5 emite, de manera individual, la decisión que estima aplicable a la controversia en cuestión. En estos casos, el papel jurisdiccional efectuado al momento de dar a conocer su decisión “seriatim” equivale a pronunciar un speech ante sus pares.¹³⁹

Trata-se, portanto, de um modelo no qual há total liberdade em relação à votação da questão submetida à análise do Tribunal. Não há qualquer regra, critério ou orientação, explícito ou implícito, que proíba a apresentação de votos concorrentes ou divergentes.¹⁴⁰ Também não

¹³⁷ Em 2005, o Reino Unido aprovou uma nova lei constitucional (“Constitutional Reform Act”), “*que reestruturou radicalmente o Poder Judiciário britânico, criando, dentre outras coisas, uma Corte Constitucional, separada do Parlamento, com o conseqüente esvaziamento das funções jurisdicionais da Câmara dos Lordes, e praticamente acabando com as clássicas funções do Lorde Chanceler.*” (CYRINO, André Rodrigues. *Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?* In.: Revista de Direito do Estado nº 5, janeiro/março 2007, p. 276). Em razão da doutrina da soberania do parlamento, o exercício do controle de constitucionalidade, pela Suprema Corte do Reino Unido, é limitado. A Corte não pode, via de regra, declarar inconstitucional uma lei aprovada pelo Parlamento. Nada obstante, a Suprema Corte pode pronunciar-se sobre atos secundários, bem assim sobre a compatibilidade da legislação (primária e secundária) com o *Human Rights Act*, aprovado em 1998, e com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Como salienta André Cyrino, o *Human Rights Act* não alterou a soberania do Parlamento. “*Todavía, tal lei de 1998 confere às cortes inglesas autoridade para que as mesmas possam aferir a juridicidade da legislação eventualmente em conflito com os direitos fundamentais consagrados pelo estatuto. Eis uma grande mudança. (...) as leis posteriores ao HRA estão sujeitas a uma análise de compatibilidade com os direitos humanos expressamente consagrados pelo Parlamento inglês em 1998. No entanto, a “declaração de incompatibilidade” a que se refere a lei não acarretará, é verdade, a nulidade da norma antagônica e nem vinculará as partes envolvidas no processo (§ 4, 6, HRA137). Assim, não se pode dizer que o HRA, a despeito do seu caráter reconhecidamente de lei constitucional¹³⁷, seja hierarquicamente superior a outras leis do Parlamento.*” (CYRINO, André Rodrigues. *Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?* In.: Revista de Direito do Estado nº 5, janeiro/março 2007, pp. 277-278).

¹³⁸ A Suprema Corte do Reino Unido foi efetivamente instalada em 1º.10.2009 e é composta por 12 juízes vitalícios, que devem se aposentar compulsoriamente aos 70 anos de idade. Embora os *Law Lords* tenham sido conduzidos à função de juízes da Suprema Corte, o novo Tribunal não se manteve apegado à tradição e mudou a forma de deliberação adotada até então pela Câmara dos Lordes. Com efeito, no âmbito da Suprema Corte tem sido comum a prolação de decisões de forma institucional (isto é, por meio de opiniões da Corte, com a indicação expressa dos juízes que aderiram ao entendimento). Embora não exista norma que obrigue a prolação de decisões dessa forma e os juízes tenham liberdade para proferir seus votos individualmente, essa prática vem sendo observada no âmbito do novo Tribunal. A mudança na forma de deliberação da mais alta corte do Reino Unido, no entanto, não invalida a referência ao modelo inglês como exemplo de deliberação em *seriatim*. Isso porque, só houve alteração na Suprema Corte; os demais tribunais continuam a proferir decisões individuais.

¹³⁹ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 357. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>. Acesso em 14.03.15.

¹⁴⁰ “*In tune with the British or common law tradition, however, we place no formal limit on the prerogative of each judge to speak out separately.*” (GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in Judicial Voice*. In: New York University Law Review, v. 67, nº. 6, 1992, p. 1190)

há preocupação com a busca de consensos, mas com o resultado final de um julgamento democrático.¹⁴¹ Nesse sentido, é um modelo que prima mais pelo respeito à democracia – um homem, um voto – e pela preservação da *independênciajudicial*, do que pela formação de uma decisão capaz de orientar casos futuros.¹⁴²

Vale ressaltar, ainda, que o modelo de votos em série está relacionado a sistemas que adotam o *common law*. Por mais estranha que essa afirmação possa soar, tendo em vista que a *common law* é calcada no princípio do *stare decisis*, ela fica mais clara quando se observa que o modelo de *common law* valoriza o direito *judiciário* (*judge made law*),¹⁴³ diferentemente dos países atrelados a um regime de separação mais rígida, inspirados nos ideais iluministas de Montesquieu, que viam o Judiciário com enorme desconfiança e se apegam à lei como fundamento da razão.

Por outro lado, é importante não perder de vista que a ideia de votos desidentificados, no contexto dos países de *civil law*, faz sentido na medida em que pretende demonstrar que o juiz é a “*mera boca da lei*”. Em outras palavras, nesse sistema, não importa quem proferiu a decisão. Importa é que ela seja um reflexo fidedigno da vontade legislativa.

Os EUA, que pertencem à família de sistemas jurídicos da *common law*, chegaram a adotar, em seus primórdios, o regime de votação em série. Durante seus primeiros anos, a Suprema Corte norte-americana funcionou sob o influxo do modelo britânico. Foi o *Chief Justice* John Marshall quem mudou a forma de deliberação da Corte, preocupado em demonstrar unidade e fortalecer o novo Tribunal.¹⁴⁴ Como explica Francisco Cervantes:

¹⁴¹ “(...) *la decisión no tiene nada de combinación de argumentos; el Law Lord que preside las sesiones cumple su encargo sin jamás ejercer entre sus funciones la de conciliar posiciones encontradas.*” (CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 357. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>. Acesso em 14.03.15).

¹⁴² Como ressaltava Frederick Schauer, a prática britânica de adoção de votos em *seriatim* torna difícil a identificação da *ratio decidendi* do julgado: “(...) *British practice, where traditionally each judge hearing a case delivers his or her own opinion, and it has been the (quite a bite harder) task of the lawyers and judges in futures cases to piece together the ratio decidendi - the reasons that a majority of the judges agreed on - from the serial opinions of individual judges.*” (SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, pp. 172-173).

¹⁴³ Francisco Tortolero Cervantes ressaltava, nesse sentido, que o modelo de deliberação individual tem utilidade no seio “*de la tradición anglo-sajona (donde los juristas están mucho menos acostumbrados a concebir la organización judicial en términos de jerarquía y de carrera)*”. Isso porque, “*estas opiniones individuales han permitido dar certeza a la aparente flexibilidad excesiva del sistema de judge made law.*” (CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 356. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>. Acesso em 14.03.2015).

¹⁴⁴ Há quem diga, no entanto, que os EUA vêm se aproximando, novamente, de um modelo de deliberação em

La práctica mayoritaria, así instaurada, entró en vigor desde la primera decisión tomada bajo la presidencia de éste último [Marshall]. El significado de la nueva realidad institucional podía ser leído como una intención abierta a que las decisiones ya no fueran de la autoría de jueces individuales, sino emanadas de la institución en su conjunto. Pareció ser de esta manera que se construyó una liga entre el Tribunal (y ya no entre los jueces individuales) y el contenido normativo correcto de la Constitución.¹⁴⁵

No Brasil, não é possível afirmar, categoricamente, que adotamos um modelo de deliberação *seriatim*, embora, como se verá adiante, essa forma de deliberação venha se mostrando mais frequente na Suprema Corte brasileira. O modelo que vigora no País, de longa data, é um modelo *institucional misto*, no qual é possível a prolação de decisões convergentes e divergentes, mas no qual, via de regra, na falta de manifestação expressa, presume-se que os demais juízes aderiram aos fundamentos adotados pelo relator. Confirma-se, nesse sentido, o seguinte julgado:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O embargante alega que as questões preliminares suscitadas não teriam sido discutidas uma a uma por todos os Ministros no Plenário. 2. O fato de não haver votos escritos de todos os Ministros sobre cada uma das questões levadas a julgamento não importa em vício ou ausência de fundamentação. Ao acompanhar o voto do Relator, os Ministros assumem parte de seus fundamentos tal qual nele lançados. 3. (...). Embargos de declaração rejeitados.¹⁴⁶

Nesse mesmo sentido, veja-se o Regimento Interno do TJERJ, a teor do qual “a fundamentação do acórdão será exclusivamente a vencedora, podendo o relator aduzir, antes da assinatura digital do arquivo, como declaração de voto, os fundamentos não acolhidos pela maioria.” (art. 92, § 2º).

seriatim diante de tantas e tão frequentes manifestações concorrentes e dissidentes no âmbito da Suprema Corte. Sobre o tema, veja-se o seguinte editorial publicado pela prestigiosa revista *Harvard Law Review*: “From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: *Harvard Law Review*, Volume 124, Number 5, March 2011, pp. 1305-1326. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014.

¹⁴⁵ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 358. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015. Evidentemente, a mudança no processo de deliberação sofreu severas críticas, dentre os quais se destacam as de Thomas Jefferson. Com efeito, em Carta dirigida a Thomas Richie datada de 25.12.1820, o Jefferson fez severas críticas ao modelo proposto por John Marshall. Trecho da referida correspondência pode ser lido em STACK, Kevin M. *The Practice of Dissent in the Supreme Court*. In: *The Yale Law Journal*, v. 105, 1995-1996, nota 15, p. 2239.

¹⁴⁶ ADI 3819-ED, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 17/06/2010, DJe-145 de 06.08.2010.

7.1.1. Vantagens e desvantagens do modelo de deliberação em *seriatim*

Embora o modelo de deliberação em *seriatim* talvez não seja a melhor forma de demonstrar unidade da Corte, é possível visualizar vantagens que decorrem de sua adoção. Em linha de princípio, pode-se afirmar que deliberações individuais (i) geram maior responsividade/responsabilidade (*accountability*) dos juízes. Tais decisões são, ainda, (ii) mais transparentes do que as proferidas no modelo institucional, pois permitem que os jurisdicionados conheçam a orientação de cada magistrado.¹⁴⁷ A adoção desse formato está, também, relacionada a uma (iii) maior independência judicial, na medida em que permite que cada juiz julgue exclusivamente de acordo com sua consciência, e não precise negociar ou barganhar com outros magistrados a adesão a determinada posição. Some-se a isso, que o *seriatim*: (iv) facilita a evolução jurisprudencial, tendo em vista que permite a adesão futura de novos juízes a decisões que hoje são minoritárias; (v) reforça o papel e a importância dos juízes na sociedade, deixando claro o pensamento individual de cada magistrado; e (vi) traz mais incentivos a que os juízes adotem uma fundamentação técnico-jurídica, e não política, tendo em vista a sua exposição individual e personalizada. Neil MacCormick acrescenta, por fim, que (vi) o modelo de deliberação em *seriatim* é o que analisa, de forma mais abrangente os argumentos e contra-argumentos, os prós e contras envolvidos na prolação de uma determinada decisão.¹⁴⁸

A despeito dessas vantagens, o modelo é igualmente passível de críticas. A juíza da

¹⁴⁷ “Common Law *judicial decision-making* (...) carries such great legitimacy precisely because of its great transparency. Individually signed opinions (including concurrences and dissents), the disclosure of judicial votes, the forthright recognition of interpretive difficulties, the candid discussion of judicial legal development, and public judicial debate over substantive policy issues combine to foster judicial accountability and control, to encourage democratic debate and deliberation (...).” (LASSER, Mitchel de S.-O.-I’E. *Judicial Deliberations: A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 3-4).

¹⁴⁸ “One strong reason for clearly articulating these conter-arguments is that a dissenting judge may have articulated in a strong form the very reasons which need to be countered for the justification of the majority view to stand up. (...) Certainly, it is a consequence of the dialectical setting of the British appellate judgment that, characteristically, a much more thorough exploration of arguments one way and the justifying reasons for what may be only a majority decision, and which need neither rehearse nor counter any possible opposed arguments.” (MACCORMICK, Neil. *Legal Theory and Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 10. *Apud* MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67, nota de rodapé 19).

Suprema Corte norte-americana, *Justice Ruth Ginsburg*, por exemplo, censura severamente a votação em *seriatim*, salientando que algumas virtudes do Estado de Direito (*rule of law*), tais como consistência, previsibilidade, clareza e estabilidade, podem ser comprometidas quando um tribunal deixa frequentemente de agir como um corpo colegiado.¹⁴⁹

Nessa linha de raciocínio, e de forma bastante resumida, pode-se dizer que a adoção do modelo de votos em *seriatim* produz alguns riscos e desvantagens importantes, que devem ser adequadamente considerados. Em primeiro lugar, esse modelo (i) pode conduzir a uma excessiva personalização das decisões, criando (ii) obstáculos para a formação de uma posição institucional da Corte. Além disso, (iii) torna difícil a identificação do(s) fundamento(s) vinculante(s) do precedente, isto é, de sua *ratio decidendi*. Isso sem falar que a deliberação em *seriatim*; (iv) gera trabalho desnecessário para os juízes, que acabam se vendo numa posição de, necessariamente, elaborarem votos individuais; e (v) pode produzir decisões mais instáveis, que, em tese, podem ser mais facilmente alteradas por mudanças de composição do órgão julgador, tendo em vista a publicidade que é dada pela manifestação individual de cada membro do colegiado. Esse modelo de deliberação produz, ainda, (vi) decisões mais extensas do que no modelo institucional, que dificultam a análise e compreensão da decisão pelos seus destinatários, gerando incertezas e dúvidas sobre o direito aplicável.

A principal e mais importante crítica que pode ser feita a esse modelo diz respeito à dificuldade de identificação do precedente e de seus elementos. É que, na medida em que os julgadores não partem dos mesmos pressupostos e não decidem as mesmas questões com base nas mesmas premissas torna-se deveras complicado – e às vezes até mesmo impossível – identificar a *tese* jurídica vencedora que deverá nortear a aplicação de casos semelhantes no futuro. Muitas vezes é difícil entender em que pontos do debate houve efetivo consenso.

A adoção desse modelo de deliberação exige que se reconheça, portanto, que nem sempre as decisões constitucionais definitivas serão *vinculantes*. Só haverá formação de precedente propriamente dito quando for possível identificar claramente, no conjunto de votos individuais, qual o entendimento majoritário em relação a determinado fundamento, que sustente a conclusão do julgado. Quando isso não for viável, a conclusão a que se deve chegar é a de que o caso não tem força vinculante para decisões futuras, isto é, não formou um precedente. Como ressalta José Rogério Cruz e Tucci,

¹⁴⁹ GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in Judicial Voice*. In: New York University Law Review, v. 67, n.º. 6, 1992, p. 1191.

Tal prática [deliberação em *seriatim*] acarreta, com efeito, situações muitas vezes inusitadas e que convidam à reflexão. Pode ocorrer, por exemplo, que a corte esteja de acordo com a solução a ser dada em determinada causa, mas apresente divergência no *legal reasoning*, ou seja, na fundamentação jurídica. Qual então seria o princípio vinculante que prevaleceria neste precedente? É certo que *reasons* unânimes dão vida a uma única *ratio decidendi*. No entanto, pontos de vista convergentes no dispositivo e discordantes na motivação, quando compatíveis em relação ao tema debatido, proporcionam ao intérprete a possibilidade de escolha por uma das duas posições, sendo até passível de ser invocada *a posteriori*. Já a situação inversa, ou seja, quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante, no que concerne à solução dada ao caso.¹⁵⁰

Em sentido semelhante, Adriana de Moraes Vojvodic *et al* ressaltam que a adoção de um modelo de votos individuais joga para um momento futuro, e para outros tribunais e juízes, a decisão sobre a *ratio decidendi* que deve prevalecer. Veja-se o raciocínio daqueles autores:

Entendemos que a particularidade do processo decisório do STF permite que os ministros apresentem diferentes *rationes* em seus votos, sem que necessariamente elas componham uma configuração majoritária que possa ser compreendida como uma *ratio decidendi* do Tribunal sobre o caso. Isso implica, em nossa opinião, uma decisão diferida no tempo. Os atuais ministros jogam a decisão sobre qual é a *ratio decidendi* que prevalecerá para o futuro, para outros tribunais e juízes. As diferentes *rationes* produzidas são elementos persuasivos para a argumentação de futuras decisões. Essa forma de votação possibilita um entendimento a ser formado ao longo do tempo. A falta de clareza de uma decisão (quando não se consegue extrair uma *ratio decidendi* do Tribunal ou do voto), por vezes, constitui uma maneira de decidir de maneira informal, evitando formar um precedente do Tribunal que provoque consequências indesejáveis em casos de grande repercussão; a pluralidade de *rationes*, por vezes, joga para o tempo futuro a decisão sobre qual linha argumentativa deve prevalecer.¹⁵¹

Não discordamos da essência desse raciocínio. Em nossa visão, porém, essa forma de deliberação não deve ser adotada como regra em uma Corte Constitucional, sob pena de se enfraquecer a força normativa própria dos precedentes.

7.2. Modelo Institucional

No extremo oposto do modelo de votos em *seriatim* encontra-se o modelo institucional, de origem franco-germânica. Trata-se de um modelo em que os juízes não têm liberdade para proferir votos individuais. Nesse modelo, o fundamental é a *opinião da Corte*, tomada em seu

¹⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). “Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 1556-1557.

¹⁵¹ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Maria França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 5, n. 1, jan-jun 2009, pp. 37-38.

conjunto. Busca-se reforçar a imagem institucional do Tribunal. Nele, a divulgação de votos concorrentes e divergentes, *quando permitida*, é mal vista ou desestimulada.

O modelo institucional é adotado pela maioria dos países europeus. Sobre esse formato de deliberação duas observações são importantes. Em primeiro lugar, esse é um modelo característico dos regimes de *civil law*.¹⁵² Em segundo lugar, embora ele seja comum a várias tradições europeias, há inegavelmente grandes diferenças entre os países que o adotam. Cada um deles exhibe nuances próprias e há alguns que seguem modelos mais abertos à divergência do que outros.¹⁵³ Nos subitens que se seguem, serão apresentadas características e peculiaridades do modelo institucional adotado por alguns países.

7.2.1. França

A França adota um modelo institucional rígido, que veda a divulgação de votos divergentes e concorrentes. Segundo Francisco Tortolero Cervantes,

[e]n Francia, el hermetismo del tribunal obedece al interés (léase al deber) que tienen los propios miembros del Consejo Constitucional a no provocar el debilitamiento del órgano. Pero esta intención coincide en primer lugar con el modelo de fuentes de derecho en aquel país, donde el contencioso constitucional es visto más como una etapa ulterior del procedimiento legislativo (y menos como un arbitraje de los conflictos entre órganos). En segundo lugar, la necesidad de lograr acuerdos en cada una de las decisiones ha permitido generar una mejor convivencia entre los miembros de este tribunal. En tercer lugar, los miembros de esta jurisdicción están sujetos al deber de reserva que se impone genéricamente a todos los funcionarios de la administración. Lo anterior significa que permitir la formulación de opiniones disidentes dentro del Consejo Constitucional pareciera incongruente frente a la lógica de las instituciones de la Vª República, cuya creación fue inspirada por el General De Gaulle para sintonizar todos los esfuerzos institucionales en torno a la figura del Presidente de la República.¹⁵⁴

¹⁵² “*Civilian judicial decision-making (...) lacks appropriate legitimacy precisely because it lacks sufficient transparency. Civilian judicial decisions consist of little more than cryptic and technical judicial fiats. They offer monolithic, unsigned, collegial judgments that refuse to disclose judicial votes, prohibit concurrences or dissents, and shun overt discussion of policy in favor of syllogistic (...) statements that downplay, if not mask or ignore, all meaningful judicial interpretive work*” (LASSER, Mitchel de S.-O.-I’E. *Judicial Deliberations: A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 4).

¹⁵³ Dentre os mais abertos encontram-se a Alemanha e a Espanha. Nesses países, é possível saber a identidade dos autores dos votos vencidos e os argumentos por eles defendidos. Por outro lado, França e Itália adotam os regimes mais fechados. Com efeito, esses países impõem severas restrições à divulgação da identidade dos juízes e dos argumentos debatidos durante o processo de deliberação.

¹⁵⁴ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, pp. 349-350.

A proibição de publicação de votos concorrentes e divergentes é extremamente arraigada na França e não encontra grandes opositores.¹⁵⁵ Em verdade, a simples possibilidade de divulgação de votos concorrentes e divergentes pelo Tribunal gera, entre os franceses, enormes perplexidades, as quais podem ser remetidas à própria concepção de função judicial advinda da ideia de separação de poderes.

Nesse sentido, é extremamente curioso o teor da carta enviada por B. Ducamin, então Presidente da Seção de Finanças do Conselho Constitucional francês, à *Justice* Ruth Bader Ginsburg, em 15.12.1989. A juíza americana havia encaminhado ao seu colega francês cópia de uma decisão que contou com votos divergentes. Após lê-la, o juiz francês manifestou surpresa acerca da forma de deliberação adotada nos Estados Unidos, destacando que decisões judiciais não devem envolver debates de cunho acadêmico, mas devem ser “concisas e precisas”. Veja-se:

The way the decision is given is surprising for us according to our standards. The discussion of theory and of the meaning of precedents is remarkable. But the divided opinions seem to me very far from the way a judgment should issue, particularly in a criminal case. The judgment of a court should be precise and concise, not a discourse among professors, but the order of people charge to speak in the name of the law, and therefore written with simplicity and clarity, presenting short explanations. A judgment that is too long indicates uncertainty. At the same time, it is very impressive for me to see members of a court give to the litigants and to the readers the content of their hesitations and doubts, without diminishing the credibility of justice, in which the American is so confident.¹⁵⁶

É importante notar que a forma de deliberação francesa – conquanto possa soar estranha à luz da tradição brasileira – é considerada de fundamental importância para o adequado

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>. Acesso em 14.03.2015.

¹⁵⁵ “*En un primer momento, el observador familiarizado con el funcionamiento del modelo de Corte Suprema podría considerar sorprendente que Francia, siendo a la vez un país precursor de la noción fundamental de crítica y origen histórico de la reivindicación del concepto de individuo, los jueces de la minoría no sean capaces de reaccionar contra el argumento que prevaleció y del que están en contra. Los raros defensores de las opiniones disidentes en este país denuncian que el hermetismo no conduce sino a una desviar el sentido de la resolución, y de crear una falsa unanimidad en aras de homologar las diferentes posturas interpretativas. Y es que de acuerdo a la manera como funciona el Consejo constitucional, el ponente (rapporteur) debe formular su proyecto de resolución escuchando las consideraciones de los otros miembros del tribunal. En esta fase, el Secretario General del Consejo juega un papel preponderante, fungiendo como promotor del consenso entre cada uno de los miembros del órgano. En virtud de este sofisticado aparato, parece incluso que son pocas las deliberaciones donde se tiene que convocar a votación.*” (ROUSSEAU, Dominique. *Pour les opinions dissidentes*. In: Mélanges Gélard, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 324-325. *Apud* CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. p. 380. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015).

¹⁵⁶ O trecho da carta encontra-se transcrito em GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in Judicial Voice*. In: New York University Law Review, v. 67, nº. 6, 1992, p. 1190.

funcionamento do Conselho Constitucional.¹⁵⁷

Para além de relacionado com as desconfianças dos iluministas franceses a respeito do papel dos juízes¹⁵⁸, o modelo de deliberação francês guarda, ainda, relação com o tipo de controle de constitucionalidade adotado naquele país (preponderantemente *preventivo*). Com efeito, essa forma de deliberação é, segundo se alega, necessária para fazer frente aos exíguos prazos que os juízes têm que respeitar para proferir suas decisões. É que

los países que permiten la publicación de votos particulares deben otorgar a los jueces individuales un período adicional de tiempo con el fin de redactar estas opiniones disidentes o separadas después del voto de la sentencia. Incluso, en ese lapso, los jueces disidentes pueden insistir sobre alguno de los aspectos de la sentencia que, a su parecer, no fueron considerados adecuada o suficientemente.¹⁵⁹

Assim, a adoção de decisões em segredo seria, também, uma forma de evitar o retardamento da decisão final. Nada obstante isso, tem-se observado uma relativa – e tímida – abertura do sistema francês, especialmente nos últimos 10 anos.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Georges Vedel, outro ex-integrante do Conselho Constitucional francês, certa vez vaticinou: “A quien quiera exterminar al Consejo Constitucional, le ofrezco dos recetas infalibles (...), la primera sería confiar al Consejo la elección de su presidente (...). La otra receta, que es la admisión de opiniones disidentes, sería aún más letal. El primer efecto, en un país carente de tradición [en estas cuestiones] sería el de presentar a los ciudadanos un espectáculo en vez de una corte de justicia. El segundo sería el de valerse de opiniones en forma de largos agravios que se presentarían más como enfrentamientos doctrinales entre los miembros del Consejo. El tercero (y no menos importante) sería el de privar al Consejo de la dedicada fabricación del consenso, mismo que se encuentra en el vértice de un gran número de sus decisiones.” (VEDEL, Georges. *Préface*. In: ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 5^e éd., Paris: Montchrestien, 1999, p. 9. Apud CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. p. 360. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015).

¹⁵⁸ “The stereotyped of modern [French judicial] opinions is a survival from a time that is now remote but that has not been forgotten. I suggest that the ideas that inspired the style have also survived, that the principal function of a high court opinion is to demonstrate to the world at large that the high court in exercising its exceptional powers has arrogated nothing to itself and is merely enforcing the law ... And so the format of the 1790’s continues unchanged. The majestic parade of whereas clauses is cast as an exercise in logic, working down inevitably from some provision of Code or statute. It is the law that speaks. The judges are merely instrument, though by now the whole process could be better described as extremely expert ventriloquism” (DAWSON, John P. *The Oracles of the Law Ann Arbor*. Michigan: University of Michigan Press, 1968, pp. 410-411. Apud LASSER, Mitchel de S.-O.-I’E. *Judicial Deliberations: A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 4).

¹⁵⁹ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. p. 377. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

¹⁶⁰ “Fue así como, a iniciativa del Presidente del Consejo Robert Badinter, las observaciones efectuadas por el Secretario General del Gobierno dentro de los procesos constitucionales son publicadas en el Periódico Oficial, y esto, desde 1994. Más tarde, en 2001, el propio Consejo se pronunció sobre la secrecía de los registros verbales que se guardan al cabo de cada deliberación. obre la base del art. 56 de la Ordenanza de 1959, relativa a la emisión de criterios generales aplicables al funcionamiento interno de este Consejo, el pleno estimó que la Ley de 3 de enero de 1979 (relativa a la consulta pública de archivos) debía ser interpretada de manera extensa. De esta manera, los archivos del Consejo constitucional podrían ser abiertos antes del plazo normal de 99 años, cuya duración tiene que ver con el plazo genérico en que la Administración francesa debe mantener en secreto la

7.2.2. Itália

Na Itália também é vedada a publicação de votos concorrentes e dissidentes. A doutrina diverge sobre a raiz dessa vedação. Uma parte considera que tal proibição é uma tradição daquele país;¹⁶¹ outra defende que a restrição é fruto da importação do modelo francês.¹⁶²

Independentemente da origem, o fato é que, após sua instalação,¹⁶³ a Corte Constitucional italiana sinalizou o modelo que seguiria, com a edição, em 1956, de suas “*Normas interpretativas para os julgamentos da Corte Constitucional*”, proibindo os votos dissidentes e exigindo a aprovação do colegiado às opiniões da Corte.¹⁶⁴ No entendimento que

documentación relativa a su funcionamiento ordinario. El criterio así adoptado por el Consejo implicaba reducir este plazo a 60 años (de ahí que en lugar de tener que esperar hasta el año 2058, será en el año 2019 que se podrán consultar, progresivamente, los argumentos incluidos en los registros o comptes rendues que se fueron expresando en las sesiones de este órgano constitucional desde 1959). De esta forma, los interesados podrán conocer todos los pormenores de los debates judiciales, y el tribunal francés se podrá distinguir (incluso respecto de la Corte Suprema de Estados Unidos) por difundir todas las actuaciones, no obstante que el sentido de la información entonces recabada implique un contenido diametralmente opuesto, sobre todo en lo que toca a su oportunidad.” (CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. pp. 353-354. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015).

¹⁶¹ CERRI, Augusto. *Corso de Giustizia Costituzionale Plurale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 81: “*Un tema largamente discusso è quello dell’introduzione di un’opinione dissenzienti (o concorrente) nella motivazione delle sentenze della Corte Costituzionale. La tradizione giuridica unitaria del nostro paese non contempla questo istituto, ritenuto non favorevole all’autorità della decisione.*” Em tradução livre: “Um tema amplamente discutido é aquele da introdução de uma opinião dissidente (ou concorrente) na motivação das sentenças da Corte Constitucional. A tradição jurídica unitária do nosso país não contempla esse instituto, tido como não favorável à autoridade da decisão”.

¹⁶² DENTI, Vittorio. *Per il ritorno al ‘voto di scissura’ nelle decisioni giudiziarie*. In: MORTATI, Costantino (Org.). “Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali”. Milano: Giuffrè, 1964.

¹⁶³ Conquanto tenha sido criada pela Constituição Italiana de 1947, a Corte Constitucional só foi efetivamente instalada 8 anos mais tarde, no final de 1955. Segundo Louis Favoreu, a primeira sessão da Corte foi realizada em 23.04.1956 (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 77). Louis Favoreu relata, ainda, que, antes da criação da Corte Constitucional, a Itália tentou adotar o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade, mas os juízes ordinários interpretaram de forma pobre a Constituição que era programática e progressista. (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 19-20).

¹⁶⁴ DENTI, Vittorio. *La Corte Costituzionale e la Collegialità della Motivazione* in Rivista di Diritto Processuale, nº 16, 1961, p. 436. “*A mio avviso una delle cause della reticenza, palese nella motivazione adottate dalla Corte (reticenza che si risolve in un eccesso di tecnicismo giuridico e di astrazione generalizzatrice, in presenza di problemi viventi per loro natura nel clima storico-politico della società che li ha espressi), sta in quella regola della collegialità della motivazione cui la Corte medesima ha ritenuto di sottomessi nel disciplinare la forma dei propri giudizi.*” Nesse ponto do seu texto, o autor refere-se às primeiras normas editadas em 1956, cujo original e

prevaleceu na Corte Constitucional Italiana, embora não se possa extrair do princípio da independência judicial uma regra de proibição de divulgação de votos individuais, nada impede que o próprio Tribunal escolha para si um modelo de deliberação que vede a divulgação de votos concorrentes e dissidentes como, de fato, o fez. Para o Tribunal, o poder de decidir sobre o processo de deliberação é da própria Corte. A vedação à divulgação de votos concorrentes e divergentes não decorre, portanto, de interpretação judicial do princípio da independência judicial. Trata-se, em verdade, de uma opção a ser tomada pela própria Corte.

Como decorrência da impossibilidade de divulgação de votos divergentes, na Itália os juízes passaram a buscar mecanismos não-institucionais para expor e até justificar o sentido de seus votos individuais (meios de comunicação, por exemplo). E isso passou a ocorrer nos casos de maior repercussão política.¹⁶⁵ Com efeito, no final da década de 60, a imprensa italiana começou a divulgar algumas opiniões minoritárias (obtidas, na maioria das vezes, com o compromisso de sigilo) e das quais parecia extrair-se certas alternativas aos critérios interpretativos que ao final prevaleceram. Em 1968, o Presidente Sandrulli decidiu conceder uma entrevista semanal ao jornal “L’Astrolabio”. O presidente que o sucedeu passou a divulgar suas posições em relação a algumas decisões. O juiz Vezio Crisafulli, por sua vez, chegou a publicar uma crítica incisiva à decisão da Corte justificando o seu voto em uma questão relacionada à regionalização. Apesar disso, todos seguiam concordando com a necessidade de manter-se reserva sobre a deliberação judicial.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

as modificações supervenientes podem ser encontrados no seguinte sítio: [http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contenzioso_costituzionale/documentazione/19560316 .pdf](http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contenzioso_costituzionale/documentazione/19560316.pdf). Acesso em 06/05/2013. Em tradução livre: “Em minha opinião, umas das causas da reticência, muito evidente nas motivações adotadas pela Corte (reticência que se convola em um excesso de tecnicismo jurídico e abstração generalizante, na presença dos problemas vividos pela própria natureza do clima histórico e político da sociedade que os expressou), pode ser encontrada na regra da colegialidade das motivações, pela qual a própria Corte se limitou ao disciplinar a forma de seus próprios juízos.”

¹⁶⁵ Com isso, perdeu-se parte da razão de ser da votação no formato institucional, na medida em que, com a divulgação das divergências, os juízes italianos passaram a entrar em conflito com a classe política.

¹⁶⁶ CERVANTES, Francisco Tortolero. El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate. p. 353. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

¹⁶⁷ Gustavo Zagrebelsky foi um dos poucos que se levantou contra esse entendimento, manifestando-se favoravelmente à publicidade dos votos dissidentes, com o intuito de evitar a dissolução da responsabilidade da atuação de cada juiz. (Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 88-91). Posteriormente, o constitucionalista italiano acabou atenuando sua posição quando passou a integrar a Corte Constitucional e foi eleito seu Presidente. Na oportunidade, Zagrebelsky mostrou-se muito mais reservado, limitando-se a afirmar que a solução para a questão da divulgação dos votos vencidos deveria ser confiada exclusivamente aos atores políticos.

No final do século XX, juristas italianos iniciaram um debate a respeito da conveniência da introdução do voto dissidente naquele sistema jurídico. Em 1993 foi realizado um seminário na Corte Constitucional que pretendia discutir a existência de princípios ou disposições que fossem contrários à adoção do instituto. O propósito do seminário também era o de discutir qual seria a forma mais conveniente e correta de adoção da inovação, se por meio de reforma constitucional, aprovação de lei ordinária ou por meio da autorregulação da própria Corte Constitucional nas Normas Interpretativas. Na ocasião, houve quem defendesse a possibilidade de introdução dos votos dissidentes por via jurisprudencial, a fim de permitir à Corte controlar o melhor momento para isso, podendo optar, se fosse o caso, por uma adoção gradual do instituto.¹⁶⁸

O debate levou à elaboração de um projeto de alteração das *Normas Interpretativas*, que propunha a publicação das opiniões dissidentes eventualmente surgidas no seio da Corte Constitucional. Pretendia-se autorizar apenas a divulgação de uma declaração anônima de dissidência. Apesar da timidez da proposta, a Corte Constitucional italiana, em sessão administrativa realizada em 2002, por maioria, vencido o Presidente e outro membro da Corte, não aprovou a mudança.¹⁶⁹ Apesar dessa “derrota”, a doutrina italiana continua a defender a necessidade de superação do modelo proibitivo.¹⁷⁰

7.2.3. Alemanha

Na Alemanha, até 1970 também era proibida a *divulgação* do teor dos votos concorrentes ou divergentes.

Apesar disso, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi paulatinamente ampliando

¹⁶⁸ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, pp. 84-85.

¹⁶⁹ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 85.

¹⁷⁰ CELOTTO, Alfonso. *La Corte costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2004; DENTI, Vittorio. *Per il ritorno al “voto di scissura” nelle decisioni giudiziarie*. In: MORTATI, Costantino (Org.). “Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali.” 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 13; AMATO, Giuliano. *Osservazioni sulla dissenting opinion*. In: MORTATI, Costantino (Org.). “Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali.” 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 25.

suas possibilidades de expressão, sem romper com o dever de proibição de divulgação de votos individuais. Com efeito, foi no famoso caso “Spiegel”¹⁷¹, que, pela primeira vez, o Primeiro Senado do Tribunal salientou que o caso havia gerado divergências tão grandes que o mesmo número de juízes havia se posicionado a favor e contra o acolhimento do recurso de inconstitucionalidade individual (ou seja, houve empate), o que justificava a sua análise pelo Tribunal Pleno, a fim de que uma decisão pudesse ser tomada. Naquela oportunidade, sem divulgar os nomes dos juízes que votaram num ou noutro sentido, nem o teor dos votos divergentes, o Tribunal instaurou uma nova prática judicial, consistente em dar publicidade ao número de votos favoráveis e desfavoráveis. Depois disso passou a ser comum a divulgação do número de votos a favor da tese. Veja-se, nesse sentido:

gg) Logo após o término das razões, o TCF pode (§30 II 2 BVerfGG) anunciar a relação dos votos na decisão (*Stimmenverhältnis*). Por exemplo, dentro de um Senado: unânime, 7:1, 6:2, 5:3 ou 4:4; *mutatis mutandis*, vale o mesmo para as decisões do Pleno). O TCF faz uso frequente desta faculdade, publicando, inclusive, quando houve dissenso relativo a partes específicas da fundamentação. É o que denotam frases como: ‘em sede de conclusão, unânime...’.¹⁷²

Quanto à possibilidade de divulgação do *teor* dos votos dissidentes, foi só a partir de reformas na BVerfGG, adotadas no final de 1970, que os Tribunais Constitucionais locais da Alemanha foram autorizados a publicá-las.¹⁷³⁻¹⁷⁴ Ressalte-se que o primeiro voto dissidente formulado na Alemanha foi proferido uma semana antes da entrada em vigor da reforma de

¹⁷¹ Spiegel Case, BVerfGE 162 (1966). Para uma discussão do caso, v. (KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, pp. 503-10).

¹⁷² MARTINS, Leonardo. *Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. In: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 101.

¹⁷³ Segundo Francisco Cervantes, a questão relativa à possibilidade (ou não) de divulgação de votos vencidos, na Alemanha, deve ser reconduzida a seu contexto histórico. Ela surgiu durante os difíceis anos da grande coalizão (1966-1969), em que a esquerda e a direita alemãs haviam se unido para formar um governo inclusivo. Havia, no entanto, um contexto de falsa unanimidade. Em razão disso, os juízes sentiam necessidade de expressar suas opiniões dissidentes, o que ficou claro durante o 47º Congresso de Juristas Alemães, realizado em 1968. Mas os magistrados administrativos e o presidente do Tribunal Constitucional Federal, presentes ao evento, se opuseram a essas ideias, por temerem ver diminuída a autoridade das decisões judiciais. (CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. pp. 367-369. Disponível <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015).

¹⁷⁴ Segundo Donald Kommers e Russel Miller, “*the FCCA grants the senates the discretion to disclose or withhold information about the number of votes for or against the final decisional.*” (KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, p. 26).

1970.¹⁷⁵ Em 1971, foram proferidos inúmeros votos particulares à razão de um para cada 6 sentenças (ou seja, em 16,6% das decisões houve a prolação de votos individuais). Aos poucos essa proporção foi se reduzindo até chegar a 8,5%, em 1986. Em 1998, o número de votos individuais se reduziu ainda mais, para 6%, o que evidencia a existência de certa uniformidade ou autocontenção judicial na prolação de votos dissidentes.¹⁷⁶ Como enfatizam Donald Kommers e Russel Miller:

The well-settled tradition of the Court is to speak as an institution and not as a panel of individual justices. There is a significant expectation of collegiality and consensus on the Court, much as in German society generally. Thus, despite the introduction of signed dissenting opinions in 1970, the Court continues to unanimously decide more than 90 percent of its reported cases. Although the FCCA requires the disclosure of the identities of the justices participating in every case, authorial responsibility for unanimous and even majority opinions remains undisclosed. In the rare instances where the Court's institutional unanimity fractures, the Court is not required to identify which justices voted with the majority and which voted with minority. Only the publication of a signed dissenting opinion, an even rarer departure from the Court's prized unanimity, might provide formal insight into the Court's voting constellations.¹⁷⁷

Nada obstante a possibilidade de divulgação de votos vencidos, há certa resistência à sua divulgação e à forma como são redigidas. Nesse sentido, durante o Congresso de Juristas Alemães de 1996, o professor J. Isensee fez duras críticas ao tom adotado em algumas opiniões divergentes e individuais. Segundo ele, os integrantes do Tribunal deveriam evitar polêmicas em respeito à lealdade que devem ao tribunal. Para ele, as manifestações de divergência deveriam circunscrever-se a aspectos estritamente interpretativos.¹⁷⁸

7.2.4. Espanha¹⁷⁹

¹⁷⁵ BVerfGE 30, 1 (33-47) de 15.12.1970.

¹⁷⁶ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. p. 370. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

¹⁷⁷ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, pp. 28-29.

¹⁷⁸ ISENSEE, J., “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”, JZ, 1996, p. 1087. *Apud* WALTER, Christian *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*. In: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 8, 2000, nota 51. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-allemande.52541.html>. Acesso em 10.03.2014.

¹⁷⁹ O Estatuto e o funcionamento do Tribunal Constitucional foram definidos nos arts. 159 a 165 da Constituição e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, aprovada em 3.10.1979.

A Constituição espanhola de 1978 determina expressamente a publicação dos votos divergentes¹⁸⁰ e isso vem sendo feito desde a criação do Tribunal Constitucional, em 1980.¹⁸¹ É curioso notar, entretanto, que, na Espanha, o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional não costumam formular opiniões dissidentes enquanto estão exercendo as referidas funções.¹⁸²

A Espanha foi sensivelmente influenciada pelo constitucionalismo alemão, tanto durante quanto depois da queda da ditadura franquista.¹⁸³ A influência do constitucionalismo alemão na reconstrução das instituições espanholas se fez notar, dentre outros, no campo das opiniões divergentes. Em oposição ao modelo institucional francês e italiano, os espanhóis admitiram que seu Tribunal Constitucional veiculasse votos divergentes. Foi a prática judicial que reduziu as preocupações teóricas relacionadas à ruptura do segredo judicial. Temia-se que a divulgação de votos dissidentes pudesse servir de convite a que os juízes se engajassem em um processo de politização das sentenças. Mas isso não se verificou.¹⁸⁴

Naquele país, entre 1981 e 1998, foram proferidas “apenas” 383 opiniões divergentes, num universo de 3.722 decisões (pouco mais de 10%). E dessas 383, 222 diziam respeito à interpretação de direitos fundamentais. Após 1993, o número de votos dissidentes aumentou para cerca de 15% das decisões.¹⁸⁵

¹⁸⁰ “Artículo 164. 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.”

¹⁸¹ “El artículo 86-2 LOTC se limitó en mencionar que los votos particulares deben ser publicados treinta días después que la decisión ha sido tomada por el Tribunal.” (CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 369, nota 53. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

¹⁸² FREIXES, Teresa. *La pratique des opinions dissidentes en Espagne*. In: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 8, 2000, p. 99. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>. Acesso em 12.04.2014.

¹⁸³ Não à toa, a maior parte das traduções de autores alemães que se tornaram “malditos” no pós-guerra por terem aderido ao Nazismo, se deu na Espanha. É o caso, por exemplo, de Carl Schmitt, cujas melhores traduções foram feitas em espanhol.

¹⁸⁴ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. p. 369. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

¹⁸⁵ FREIXES, Teresa. *La pratique des opinions dissidentes en Espagne*. In: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n.

7.2.5. Portugal

Portugal também adota um regime de deliberação institucional, que contém interessantes particularidades. A redação atual dos artigos 63 e 65 da Lei nº 28/82,¹⁸⁶ que tratam, respectivamente, dos debates preliminares e da formação da decisão nos processos de fiscalização sucessiva,¹⁸⁷ estabelecem o seguinte:

Art. 63º (Debate preliminar e distribuição)

1. Junta a resposta do órgão de que emanou a norma, ou decorrido o prazo fixado para o efeito sem que haja sido recebida, é entregue uma cópia dos autos a cada um dos juízes, acompanhada de um memorando onde são formuladas pelo Presidente do Tribunal as questões prévias e de fundo a que o Tribunal há de responder, bem como quaisquer elementos documentais reputados de interesse.
2. Decorridos 15 dias, pelo menos, sobre a entrega do memorando, é o mesmo submetido a debate e, fixada a orientação do Tribunal sobre as questões a resolver, é o processo distribuído a um relator designado por sorte ou, se o Tribunal assim o entender, pelo presidente.

Art. 65º (Formação da decisão)

1. Concluso o processo ao relator, é por este elaborado, no prazo de 40 dias, um projecto de acórdão, de harmonia com a orientação fixada pelo Tribunal.
2. A secretaria distribui por todos os juízes cópias do projecto referido no numero anterior e conclui o processo ao presidente, com a entrega da cópia que lhe é destinada, para inscrição em tabela na sessão do Tribunal que se realize decorridos 15 dias, pelo menos, sobre a distribuição das cópias.
3. Quando ponderosas razões o justifiquem, pode o presidente, ouvido o Tribunal, encurtar até metade os prazos referidos nos números anteriores.
4. Havendo solicitação fundamentada do requerente nesse sentido e acordo do órgão autor da norma, o presidente, ouvido o Tribunal, decidirá sobre a atribuição de prioridade à apreciação e decisão do processo.

O processo de deliberação adotado pelo Tribunal Constitucional português é, pois, dividido em duas etapas: uma primeira, de discussão, norteada por um memorando elaborado pelo Presidente da Corte para definir os temas sobre os quais os magistrados devem deliberar; e uma subsequente, que envolve a elaboração da minuta do acórdão e a sua aprovação pelos

8, 2000, p. 99. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>. Acesso em 12.04.2014.

¹⁸⁶ A Lei nº 28/82 dispõe sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional português. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em 02.02.2015.

¹⁸⁷ A fiscalização preventiva da constitucionalidade e legalidade das leis portuguesas está prevista nos arts 57 e ss. da Lei nº 28/82 e seguem lógica semelhante à aplicável à fiscalização sucessiva.

juízes da corte.

7.2.6. Vantagens e desvantagens do modelo institucional

À luz do exposto, verifica-se que a adoção do modelo institucional também possui vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens, podem-se destacar as seguintes: (i) diluição da pressão individual sobre cada juiz, o que fortalece a independência de cada um deles e reduz os riscos de interferência de outros poderes; (ii) formação de uma posição institucional; (iii) maior facilidade para o manejo de precedentes; (iv) possibilidade de decisões mais concisas e de mais fácil compreensão; (v) reforçado papel do Poder Judiciário (unidade), e não dos juízes, na sociedade (reduz o protagonismo individual dos magistrados); e (vi) desnecessidade de que os juízes que integram a maioria adotem soluções de compromisso com os dissidentes com o intuito de convencê-los a não adotar critérios que possam fragilizar a decisão.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

As desvantagens do modelo também merecem destaque. Com efeito, o modelo institucional pode (i) politizar os debates judiciais em razão da desnecessidade de identificação da posição individual dos juízes. Nesse sentido, na medida em que não precisam se expor pessoalmente, os votos podem assumir feições ideológicas. Além disso, esse modelo leva a (ii) menor *accountability* e transparência dos juízes; (iii) reduz, em alguma medida, o grau de independência individual dos juízes, obrigando-os a negociar seus votos; (iv) pode conduzir à formação de decisões juridicamente incoerentes, em razão da necessidade de acomodação de posições e orientações conflitantes; (v) pode exigir mais tempo para a conclusão do julgamento, em razão da necessidade de negociação do que vai constar do voto escrito.

7.3. Modelo intermediário

O modelo intermediário adotado, inicialmente, pelos Estados Unidos, caracteriza-se por uma tentativa de aproximação dos dois modelos de deliberação anteriores (institucional e

¹⁸⁸ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. p. 361. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

¹⁸⁹ Veja-se, a propósito, o seguinte editorial publicado pela prestigiosa revista *Harvard Law Review*: “From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: *Harvard Law Review*, Volume 124, Number 5, March 2011, pp. 1305-1326. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014.

seriatim). Via de regra, os juízes que compõem a maioria produzem um voto que reproduz a opinião da Corte. Nada obstante isso, não há qualquer óbice (legal ou institucional) à prolação de votos concorrentes ou dissidentes, nem à identificação do seu autor. É possível, inclusive, que os juízes se agrupem em mais de dois blocos. Por exemplo, às vezes ocorre de três juízes apoiarem uma determinada fundamentação e elaborarem, em conjunto, um voto; outros dois concordam com as conclusões, mas não pelos mesmos fundamentos e, por isso, decidem elaborar, sozinhos, outro voto concorrendo em parte e divergindo em parte dos primeiros; e os demais juízes que compõem a minoria também podem se posicionar da mesma forma.¹⁹⁰ Também é possível que os juízes se dividam totalmente, proferindo votos individuais. Conforme ressalta Lawrence Wrightsman:

The ultimate in variance is a case leading to each justice adopting a different position, but on rare occasions this happens. In the case of *Furman v. Georgia* (1972), which dealt with the question of whether the imposition of the death penalty violated rights in the Eighth and Fourteenth Amendments, nine justices wrote nine different opinions. Five justices agreed that imposing the death penalty upon William Furman, a black man who murdered a white man, violated the provision against cruel and unusual punishment, and so (for four years) executions in all states were suspended. But the five in the majority – all of whom had served with Chief Justice Earl Warren – could not agree on the proper rationale for this decision. (...).¹⁹¹

Nesse modelo, há, ainda, a possibilidade de julgamentos totalmente desidentificados, conhecidos como *per curiam*. Nesses casos, geralmente menos complexos, a Corte não divulga os nomes dos ministros que aderiram à tese vencedora, nem dos eventuais vencidos.

Tanto nos EUA como no Canadá não existem vedações legais à utilização de votos divergentes e convergentes. O grande norte de orientação das práticas das Cortes é o seu próprio costume.

¹⁹⁰ “(...) in the Supreme Court we frequently see opinions concurring in the judgment, which means that the Justice agrees with the outcome but for different reasons from the majority, and consequently refuses to join the majority opinion. And occasionally there is no majority willing to agree on a single opinion, in which case there is no majority opinion at all, and the judgment is announced, typically, in a plurality opinion. But in the normal course of things, one finds in the United States a majority opinion, also called the opinion of the court. And this is in noteworthy contrast with British practice, where traditionally each judge hearing a case deliberates his or her own opinion, (...).” (SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, pp. 172-173).

¹⁹¹ WRIGHTSMAN, Lawrence S. *The Psychology of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 2006. pp. 20-21.

7.3.1. Estados Unidos

O processo de deliberação americano passou por fases distintas. Entre 1790 e 1801 (antes da Presidência do *Justice Marshall*), o papel da Corte era secundário e ficou marcado pela adoção de um modelo de deliberação em *seriatim*, conforme a tradição britânica.

Com a nomeação do *Justice Marshall*, em 1801, e o aumento da importância política da Suprema Corte, os *justices* passaram a buscar a formação de consensos, que tivessem o condão de transformar as opiniões da Corte em manifestações unitárias de vontade.¹⁹² Vale ressaltar, no entanto, que, muito embora a busca de consensos tenha desempenhado um importante papel na cultura jurídica norte-americana, isso não representou a proibição do voto dissidente, o qual persistiu existindo, embora muitas vezes fosse mal visto.¹⁹³

O modelo de consenso durou cerca de um século, perpetuando-se até 1905, quando seu enfraquecimento restou evidenciado pelo aumento no número de votos dissidentes. Esse aumento se deveu, em primeiro lugar, à prática de votos dissidentes por anos a fio, que tornou normal o seu uso. Em segundo lugar, ao crescimento da importância institucional da Corte, que deu maior segurança aos juízes para proferirem votos que fossem contrários à maioria. Nesse sentido, “(...) a tradição do voto dissidente estava muito velha – e a Corte muito estável – para que a escolha retórica dos magistrados se restringisse aos limites de uma ‘norma do consenso’.”¹⁹⁴

A terceira fase da deliberação se iniciou em 1948 e foi marcada pela completa superação

¹⁹² “By denying the Court the ability to speak with a single voice, *seriatim* opinions threatened to undercut the Court as a political actor.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, pp. 1307. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

¹⁹³ Por isso, os magistrados assumiam uma posição de culpa ao manifestarem suas opiniões dissidentes, o que ficava nítido ao proferirem seus votos nos casos de dissidência. V. “From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1308. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014.

¹⁹⁴ No original: “In short, the dissenting tradition was now too old — and the Court too stable — for the Justices’ choice of rhetoric to be strictly bound by the consensus norm.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1308. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

da “norma do consenso”.¹⁹⁵ A mudança foi tão profunda que houve quase um retorno ao antigo sistema do *seriatim*¹⁹⁶. Diversas razões justificaram essa alteração: (i) a composição da Corte Stone, que passou a contar com *Justices* que não tinham experiências anteriores como magistrados; (ii) a indicação, por parte dos presidentes democratas, de juízes que estavam de acordo com as políticas do *New Deal* e que, portanto, estavam alinhados com a discussão sobre direitos individuais e liberdades;¹⁹⁷ (iii) a evolução das regras processuais aplicáveis à Corte, que permitiu que os juízes escolhessem discricionariamente os processos que julgariam;¹⁹⁸ (iv) a atribuição de um valor transcendente aos votos dissidentes e o reconhecimento de que tais votos não abalavam a reputação de seus autores;¹⁹⁹ (v) a mudança na audiência da Corte, a qual, influenciada pela escolha de três juízes professores e pela ascensão do realismo jurídico, atraiu a atenção do meio acadêmico e possibilitou que tais votos ganhassem maior importância e

¹⁹⁵ “In 1932, the Supreme Court handed down twenty-seven nonunanimous decisions accounting for 16% of all full opinions. Justices that year cast, on average, 0.36 dissenting votes per case.⁴⁵ These statistics reflected the consensus jurisprudence of the previous hundred years of practice. ⁴⁶ But by 1942, just ten years later, the figures had increased threefold: 44% of the Court’s decisions were nonunanimous and Justices cast an average of 1.03 dissents per case. By 1952, 78% of the Court’s full opinions were accompanied by concurrences or dissents. On average, cases were met with 1.80 dissenting votes.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1312. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

¹⁹⁶ “Something profound had occurred in this brief twenty-year span: the Court came to embrace the individual voice. Many justices no longer felt constrained or inhibited in concurring or dissenting. The ultimate collapse of the consensus norm in the modern discursive regime.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1312. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

¹⁹⁷ “Aggravating the cumulative effects of this institutional inexperience was the Court’s shift in focus toward issues of ‘individual rights and liberties’ once ‘the New Deal transition took hold’. Because democratic presidents appointed Justices largely for their views on federalism and economic regulation, they shared no unified judicial philosophy on the great questions of liberty that would soon come before the Court.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, pp. 1313-1314. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

¹⁹⁸ “With the discretion to choose both the number and nature of the cases it wished to decide, the Court could choose to hear the hard, more contentious questions that naturally engendered dissent.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1314. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

¹⁹⁹ “This demonstrated that dissents need not produce reputational costs for individual Justices.” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1314. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

gerassem debates capazes de modificar os entendimentos legais;²⁰⁰ e, finalmente, (vi) a crença na legitimidade democrática dos votos dissidentes, que se opunha a ascensão de totalitarismos de diversos matizes, todos fundados em uma ideia de unidade e consenso do povo. Em outras palavras, “*peças livres discordam porque discordar é dialógico. Certeza e unanimidade são ilusórias – ou erradas, arbitrárias e coercitivas.*”²⁰¹

A última fase da Suprema Corte americana, que vai de 1957 até os dias atuais, vem sendo chamada de fase da “*colegialidade e do dissenso respeitoso.*”²⁰²⁻²⁰³ Nessa nova fase privilegia-se a cordialidade entre os membros da corte e a construção de um discurso comum capaz de fortalecer a instituição.

Sob a mesma Constituição, essas mudanças de perspectiva, no que concerne ao modelo de deliberação, só foram possíveis devido ao silêncio constitucional. É que, no silêncio da lei, o costume, influenciado pelo contexto político de cada época, definiu como os *Justices* tratariam a questão da dissidência.

7.3.2. Canadá

²⁰⁰ “*An academy engaged with the Court assured Justices that their dissents would not fall on deaf ears. A well-reasoned dissent could spur the research and analysis necessary to change the state of the law. Finally, improved communications coupled with an increasingly political caseload ensured that a Justice could, in an act of demosprudential dissent, appeal directly to the people impacted by the majority’s opinion.*” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1315. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

²⁰¹ No original: “*(...) free people dissent because dissent is dialogical. Certainty and unanimity are illusory — or worse, arbitrary and coerced.*” (“From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. In: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, p. 1316. Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>. Acesso em 03.02.2014).

²⁰² Stanley H. Fuld, em feliz síntese, descreve o que se compreende por esse espírito de “dissenso respeitoso”: “*The personal atmosphere of the court is today, as it has ever been, instinct with a feeling of friendliness and good will. Indeed, and with this I bring these remarks to a close, my associates, as Lord Justice Asquith said of his colleagues on the English Court of Appeal, “are such nice and accomplished men, that it is almost a pleasure to be dissented from by them.”* (FULD, Stanley H. *The Voices of Dissent*. In: Columbia Law Review, v. 62, n. 6, 1962, p. 929).

²⁰³ Sobre a importância do dissenso em sociedades democráticas, veja-se, dentre outros, MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. In: Política e Sociedade nº 3, outubro de 2003, pp. 11-26.

O Canadá também passou por diferentes modelos de deliberação. Em uma primeira fase, a partir de sua fundação, em 1877, seguia-se o modelo inglês de votos individuais. A partir dos anos 1920, porém, por variadas razões, percebeu-se que era preciso adotar um novo formato. Assim, entre os anos 1930 e 1950, o modelo de voto de individual acabou sendo completamente superado em detrimento de um modelo no qual os votos concorrentes ou dissidentes se tornaram a exceção, e não a regra, como eram anteriormente. Nesse sentido:

Thus, the judges of the Supreme Court appear to have recognized over time, even if unconsciously, that they must exercise a degree of self-discipline in order to avoid having multiple, redundant, opinions detract from the quality of the Court's decisions and thereby diminish its legitimacy. At no time has it been suggested, however, that dissenting opinion should be suppressed.²⁰⁴

Vale ressaltar, que as assembleias legislativas decidiram não influenciar no modelo de deliberação da corte, cuja evolução dependeu, exclusivamente, das próprias modificações impostas pelos *Chief Justices* Anglin, Cartwright e Laskin, no intuito de otimizar o modelo de deliberação da Corte.²⁰⁵

7.3.3. Vantagens e desvantagens do modelo misto

A doutrina norte-americana reconhece vários aspectos positivos relacionados ao uso do voto dissidente, dentre os quais figuram, como principais, a legitimidade democrática, o poder profético desses votos e a capacidade de mudança. Contudo, a maior parte da literatura, embora defenda os votos divergentes e concorrentes, ressalva a real necessidade de utilizá-los. De fato, segundo o entendimento dominante naquele país, o voto dissidente deve ser utilizado com responsabilidade e moderação,²⁰⁶ conforme alguns padrões pré-definidos, de modo a não

²⁰⁴ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?* In: Osgoode Hall Law Journal, v. 38, n. 3, 2000, p. 501.

²⁰⁵ “No reform having been imposed from the outside, the judges of the Supreme Court of Canada, and specifically Chief Justices Anglin, Cartwright and Laskin, undertook a gradual reform of the Court's internal procedures. (...)” (L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?* In: Osgoode Hall Law Journal, v. 38, n. 3, 2000, p. 500).

²⁰⁶ No contexto israelense, Aharon Barak, ex-Presidente da Suprema Corte de Israel, salientou: “On more than one occasion I have abstained from expressing a dissenting opinion because I thought that the majority opinion was legitimate and that the advantage of expressing a consistent opinion, with no dissent, outweighed the disadvantages of that consistency. I have always viewed my own dissenting opinion as a necessary evil, not a source of pride” (BARAK, Aharon. *The Judge in a democracy*. Princeton University Press: New Jersey, 2006, pp.

enfraquecer a credibilidade da Suprema Corte.²⁰⁷ Confira-se, a propósito, a posição de Ruth Bader Ginsburg:

But overindulge in separate opinion writing may undermine both the reputation of the judiciary for judgment and the respect accorded court dispositions. Rule of law virtues of consistency, predictability, clarity, and stability may be slighted when a court routinely fails to act as a collegial body. Dangers to the system are posed by two tendencies: too frequent resort to separate opinions and the immoderate tone of statements diverging from the position of the court's majority.²⁰⁸

A legitimidade democrática decorrente da permissibilidade de votos dissidentes reflete-se na possibilidade de demonstrar ao público que as decisões foram efetivamente discutidas e que os juízes tiveram divergências, como seria de se esperar em um espaço democrático. O argumento subjacente é o de que as decisões de Poder Judiciário são tomadas, como quaisquer outras, em um ambiente republicano, com debatesse confrontação de ideias.²⁰⁹

O poder profético dos dissensos, sinalizado pela capacidade de se publicar aquilo com o que não se concorda, é um resultado da crença de que as opiniões divergentes têm o condão de demonstrar que a Suprema Corte está sempre se auto-avaliando e, por consequência, sujeita a mudar de posição. A ideia por trás dessa lógica é a de que o voto divergente de hoje, pode representar a opinião dominante de amanhã. Nesse sentido:

The 'great dissents' of the nineteenth and twentieth centuries in the United States provide additional and persuasive evidence of the potential contribution of dissenting opinions to the law's evolution. At the end of the nineteenth century, for example, Justice Harlan dissented in a number of cases dealing with the constitutional right to equal protection of the laws in the context of racial discrimination. With great prescience, he foreshadowed the destructive social consequences to which majority's flawed of equality would lead. During the 1950s, the majority of the U.S Supreme Court ultimately transformed the spirit of Harlan J.'s dissenting voice into law when Chief Justice Warren's Court held that racial segregation in public schools constituted a violation of constitutional equality rights.²¹⁰

210-211).

²⁰⁷ Nesse sentido a opinião de Fuld: "I would say that dissenting opinions deserve publication only if they stimulated thought as to whether the view of the majority is in conflict with wise and settled legal principle, as odds with justice and fair dealing." (FULD, Stanley H. *The Voices of Dissent*. In: Columbia Law Review, v. 62, n. 6, 1962, p. 928).

²⁰⁸ GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in Judicial Voice*. In: New York University Law Review, v. 67, nº. 6, 1992, p. 1191.

²⁰⁹ "The affairs of government, no less than the work of the courts, could not be conducted by democratic standards without that right of dissent. Indeed, we may remind ourselves, unanimity in the law is possible only in fascist and communist countries." (FULD, Stanley H. *The Voices of Dissent*. In: Columbia Law Review, v. 62, n. 6, 1962, p. 926).

²¹⁰ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?* In: Osgoode Hall Law Journal, v.

No que se refere ao seu poder de polemizar, diz-se que os votos divergentes acabam por gerar um debate, não só dentro da própria Corte, mas também na sociedade como um todo – inclusive nos meios acadêmicos, políticos e sociais. De tal forma que um voto divergente pode gerar uma modificação legislativa, uma alteração constitucional, um debate internacional entre várias Cortes e até mesmo trazer ao debate público determinadas situações que permaneciam ocultas aos olhos da grande massa. Se nem mesmo os juízes da Corte estão de acordo com um determinado tema, por que a sociedade como um todo deveria estar?²¹¹

Há, no entanto, algumas desvantagens na adoção desse modelo intermediário ou misto. A primeira é o poder de fiel da balança que os ministros de centro ganham durante a votação, o que evita decisões variadas, que podem descambar para radicalismos, também limita as maiorias. A segunda desvantagem, que, a rigor, é uma decorrência da primeira, diz respeito à composição da maioria, quase sempre negociada, mais política. A terceira diz respeito ao o tempo para se chegar a uma decisão. Enquanto na França se preza pela rapidez, nos EUA, as rodadas de negociação são mais longas, porque os *justices* precisam apresentar novos argumentos até consolidarem um entendimento e uma votação.

38, n. 3, 2000, p. 506.

²¹¹ “*Dissenting opinions have the potential, therefore, to lay the foundations for future decisions, to be gradually constructed by people who are interested in developing new approaches to existing law. In so doing, they help to generate a fruitful dialogue among the courts, academics, legislative assemblies and future generations of lawyers. In Canada, the dialogue has played an important role in the development of the law, as academics make a practice of commenting on decisions and arguing the relative merits of opinions, including dissenting opinions. Regardless of whether their comments are intended to clarify the majority opinion in light of the dissenting opinion into positive law, they are always helpful to the courts and to the legal community, and are often cited in the decisions of the Supreme Court.*” (L’HEUREUX-DUBÉ, Claire. *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?*In: Osgoode Hall Law Journal, v. 38, n. 3, 2000, pp. 509-510).

8 FORMAS DE DELIBERAÇÃO

A deliberação de uma Corte pode ser secreta (fechada) ou pública (aberta). Diz-se que a deliberação é pública (ou aberta) quando é franqueado o acesso irrestrito de qualquer pessoa às salas onde ocorrem as deliberações judiciais. Por outro lado, fala-se em deliberação secreta ou fechada quando o acesso é restrito às partes ou quando sequer é facultado às partes se inteirarem da deliberação antes do anúncio da decisão final. Como salienta Barbosa Moreira, a deliberação secreta reduz o risco de pressões externas sobre os magistrados, que podem influenciar o julgamento:

No caráter secreto da deliberação costuma enxergar-se uma proteção dos juízes contra pressões exteriores: sem ela, com maior facilidade os induziriam a tomar esta ou aquela posição – eventualmente diversa da que lhes sugerisse a convicção racional – sentimentos como o temor de uma vingança, o desejo de não desagradar a um amigo, a uma autoridade administrativa, a um magistrado de hierarquia superior, a um partido político... Votando *coram populo*, o juiz pode sem dúvida ver-se tentado a ‘jogar para a platéia’, a preocupar-se em excesso com a repercussão do voto junto aos assistentes – e, para além deles, junto à opinião pública, ou àquilo que passe por ser a opinião pública no dizer dos meios de comunicação social... Agrava-se o perigo em se tratando de processo concernente a assunto de grande relevância política (no sentido estrito da palavra), ou propício a suscitar emoções fortes, que se expressam em juízos apaixonados; ainda maior se torna quando o julgamento se realiza na presença de repórteres e – sobretudo! – de câmeras de televisão; atingirá o ápice, bem se compreende, se inundarem o recinto, ou de qualquer sorte estiverem em condições de acompanhar de perto os trabalhos, interessados diretos ou indiretos, dos quais haja motivos para temer manifestações de aprovação ou de desaprovação, quando não intervenções mais enérgicas. Em tais circunstâncias, não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse.²¹²

Há, ainda, outros fundamentos que levam à adoção dessa forma de deliberação. Como explica Francisco Tortolero Cervantes,

(...) en Europa, las objeciones mayores contra la publicidad de las deliberaciones judiciales se refieren a la ruptura de la unidad en el órgano jurisdiccional; a la generación de trabajo adicional para los jueces individuales; a la inseguridad jurídica que éstas pueden generar, o bien, a la desnaturalización del sistema del *civil law* como consecuencia inminente a la apertura del trabajo de los tribunales.²¹³

²¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado*. In: Revista de Processo, vol. 75, jul. 1994, pp. 158-159.

²¹³ CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. pp. 356-357. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015.

Por outro lado, como explica Richard Posner, a principal objeção à deliberação secreta é a de que ela estimularia a prolação de votos irresponsáveis. Do ponto de vista dos incentivos, “o caráter público do voto dos juízes facilita a crítica; e é de esperar que esta tenha um efeito maior sobre o comportamento deles [juízes] quando estímulos normalmente mais poderosos, como o dinheiro, não estão em jogo.”²¹⁴ O próprio autor ressalta, no entanto, que muitos magistrados não se abalam com críticas, seja porque veem nela motivações políticas, de inveja, autopromoção ou ignorância, seja porque apenas uma fração muito reduzida dos votos proferidos pelos tribunais recursais são criticados pela doutrina, que se concentra, via de regra, nas decisões dos tribunais superiores.

Por isso, apesar de criticável o modelo fechado, são raras as Cortes Constitucionais que deliberam em público, sendo o exemplo mais eloquente o brasileiro. No geral, esses órgãos decidem em sessões fechadas. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte após ouvir os argumentos orais, os *Justices* se reúnem a portas fechadas e deliberam sobre a matéria que lhes foi submetida. Há troca de pontos de vista e negociação de decisões, de forma a obter a adesão do maior número possível de magistrados à tese majoritária. Mas isso se dá em extremo sigilo. As sessões para debates dos argumentos centrais são reservadas apenas aos *justices*.²¹⁵ Em outras palavras:

The judicial conferences that are held after the oral arguments, at which initial votes are taken, are so secret that not even the justices’ law clerks or stenographers are present; the notes by the individual justices – some detailed, some incomplete, some mere scribbles – provide the only written record.²¹⁶

A Alemanha também adota um processo de deliberação fechado. Naquele país, inclusive, raramente há audiências para a exposição oral dos argumentos.²¹⁷ As deliberações

²¹⁴ POSNER, R. A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 135.

²¹⁵ “There are no clerks, no stenographers, no secretaries, no pages” (POWELL, Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*. In: American Bar Association Journal, n. 66, 1980, pp. 721-722).

²¹⁶ WRIGHTSMAN, Lawrence S. *The Psychology of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 9.

²¹⁷ “The Constitutional Court’s deliberations are secret, and the justices render their decisions on the basis of the official record. The rules require that each senate decision be justified by official opinions signed by all participating justices. Recording the justices’ participation is vastly different from confirming their unanimity; the FCCA grants the senate the discretion to disclose or withhold information about the number of votes for or against the final decision. Oral arguments are the exception; they are limited to cases of major political importance.” (KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012, p. 26).

das Cortes Constitucionais Italiana²¹⁸ e Portuguesa,²¹⁹ assim como dos demais países europeus, também não são públicas.

Do exposto parece possível concluir: (i) que um modelo de deliberação institucional conduz a um modelo de deliberação a portas fechadas, para que haja incentivos reais para formação de consensos e negociações; e (ii) que os modelos de votação em *seriatim* e misto podem ser adotados em sessão aberta ou fechada. Não surpreende, por isso, que a Suprema Corte da Inglaterra venha permitindo o televisionamento de suas audiências, bem assim do anúncio de suas decisões.²²⁰

²¹⁸ A forma de deliberação da Corte Constitucional Italiana, aliás, é bastante peculiar. Com efeito, em uma sala reservada, os juízes indicam em um papel como votam e os votos vão sendo registrados pelo Presidente da Corte. O primeiro a votar é o relator. Na sequência, um a um, os juízes entregam seu papel com o voto ao Presidente, em ordem de idade (do mais novo para o mais antigo). Terminada a votação, o encarregado da votação manda que o *maitre* queime os votos. Só se dá publicidade ao nome do relator do voto, e não se comentam nem se divulgam os votos individuais de cada juiz. (CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 349. Disponível em www.juridicas.unam.mx. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acesso em 14.03.2015).

²¹⁹ De acordo com informações disponibilizadas na página do tribunal na internet, “*as sessões do Tribunal não são públicas, salvo para o anúncio das decisões e nos casos excepcionais de exercício das competências previstas nos artigos 9º, alínea f), e 10º da LTC (extinção de partidos e de coligações de partidos e de organizações que perfilhem a ideologia fascista)*”. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-pubdecisiones.html>. Acesso em 02.02.2015.

²²⁰ O próprio sítio virtual da Suprema Corte do Reino Unido permite que os usuários vejam online, ao vivo, as audiências. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/live/court-01.html>. Acesso em 16/03/2015.

9 FASES DA DELIBERAÇÃO

Conrado Hübner Mendes divide o processo deliberativo em 3 fases: uma pré-decisional; uma decisional; e outra pós-decisional, às quais corresponderiam três tarefas deliberativas distintas, respectivamente: de contestação pública, de interação colegiada e de elaboração da decisão escrita deliberativa.²²¹ Segundo o autor, uma Corte pode ser deliberativa em uma das fases e pouco (ou até mesmo antideliberativa) em outra.

“A fase pré-decisional”, segundo o autor, “começa com a existência de um caso formal (...). Esta fase congrega todos os atos por meio dos quais as partes interagem, oralmente ou por escrito, com a corte.”²²² No Brasil, essa fase é caracterizada pela interposição do recurso (ou ajuizamento da ação), pela avaliação da admissibilidade, apresentação de memoriais e audiências com ministros. “A fase decisional, por sua vez, corresponde ao momento em que juízes interagem entre si em busca de uma decisão”²²³. Trata-se da fase em que os juízes se voltam uns para os outros para avaliar e decidir a solução que deve ser dada ao caso. Já “a fase pós-decisional, (...), abarca primeiramente a redação da decisão colegiada, e então toda a sorte de debates que sucede na esfera pública informal em reação à decisão.” Como ressalta o autor, tais fases não são estanques nem lineares, e tampouco têm fronteiras claras.²²⁴

Em relação aos atores envolvidos na deliberação, Conrado Hübner diferencia os interlocutores dos decisores. Para ele, interlocutores são todas pessoas que, formal ou informalmente, fornecem subsídios ou influenciam o processo decisório, mas não são responsáveis pela decisão. Os julgadores, por sua vez, são as pessoas que têm a responsabilidade de julgar o caso. Tendo essas premissas em mente, Conrado Hübner ressalta

²²¹ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59.

²²² MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 59-60.

²²³ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 59-60.

²²⁴ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 59-60.

que, em sua visão:

(...) uma corte genuinamente deliberativa (...) é aquela que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional.²²⁵

Essas fases do processo deliberativo, identificadas pelo autor, interessam ao escopo deste trabalho. Voltaremos ao ponto oportunamente.

²²⁵ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60.

10 CONCLUSÃO PARCIAL

Como visto, com o advento do neoconstitucionalismo, após a Segunda Grande Guerra, houve inegável fortalecimento do Poder Judiciário. A principal mudança imposta por esse novo paradigma envolveu o papel da Constituição dentro dos ordenamentos jurídicos. Tal documento deixou de ter caráter meramente *político*, dirigido apenas ao Legislador, para transformar-se em Direito sindicável pelo Poder Judiciário.

Essa alteração exigiu mudanças estruturais importantes nos países de tradição romano-germânica, que se aproximaram, em alguns aspectos, dos sistemas de *civil law* e *common law*, em especial no que diz respeito à ideia de precedente. Com efeito, para fazer a Constituição valer como norma jurídica, os sistemas da família da *civil law* tiveram que passar a diferenciar jurisprudência de precedente, e a reconhecer a esses últimos força vinculante e *erga omnes*. Isso trouxe à reboque a necessidade de discussão dos elementos que caracterizam e diferenciam os precedentes de outros casos. Daí a apresentação de conceitos como *ratio decidendi*, *holding*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, os quais são necessários para o correto manejo dos precedentes.

Assentadas essas premissas teóricas, buscou-se apresentar os modelos de deliberação adotados pelas Cortes Constitucionais e Tribunais Supremos, bem como as formas (pública ou fechada) e as fases do processo de decisão. Tudo isso se mostrava necessário para permitir a avaliação do funcionamento e do processo de deliberação STF à luz dessa moldura teórica.

2ª PARTE: OS PROBLEMAS DE FUNCIONAMENTO E DO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DO STF NA ATUALIDADE

1 O PAPEL DO STF NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DE COADJUVANTE A PROTAGONISTA DA ORDEM POLÍTICA

“Diferentemente do que sucede em outras nações onde os nomes de Marshall, Holmes, Warren, Cardozo ou Frankfurter podem dizer alguma coisa para, pelo menos, o grupo de pessoas vinculadas à esfera da Justiça, em nossos países isso não ocorre. Os próprios estudantes de direito não têm noção de quem foram os que estiveram encarregados de distribuir justiça em sua nação. Seria injusto dizer que no Supremo Tribunal Federal ou nos demais tribunais brasileiros nunca houve figuras notáveis, merecedoras de todas as honras. Mas tais figuras permaneceram sempre na penumbra, a não ser em raros momentos de maior visibilidade, que tiveram importância circunstancial sem deixar marcas duradouras. Seria cômodo, mas insuficiente, atribuir a falta de projeção histórica à postura discreta dos juízes. O fato é que o peso do Judiciário na história política e social do Brasil tem sido relativamente pequeno, bem longe do que poderia ser se ele assumisse plenamente seus direitos e suas responsabilidades de Poder da República.”²²⁶

Da sua origem como Supremo Tribunal de Justiça até sua transformação em Supremo Tribunal Federal; da atribuição do controle difuso de constitucionalidade à adoção de um sistema misto, em decorrência da introdução do controle concentrado; da criação como Suprema Corte à sua (quase) transformação em Corte Constitucional; de suas competências limitadas e desimportantes, à condição de guardião principal da Constituição e juiz dos outros poderes, o Supremo reflete e é um reflexo da acidentada história constitucional brasileira.

A trajetória institucional do STF é marcada por avanços e retrocessos, sempre permeados de conflitos com os outros Poderes. Em determinados momentos, o Tribunal, mesmo sob ameaças, teve coragem e independência para impor-se na defesa de direitos individuais. Em outros, foi omissivo e submisso quando sua atuação era imprescindível para a defesa das instituições democráticas.

Ao longo de mais de um século e meio de existência, o STF sofreu influxos das ideias

²²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 117.

das elites dominantes, mas também impôs transformações significativas à ordem constitucional brasileira. O modesto papel institucional que a Corte desempenhava, nas suas origens, alterou-se de forma inédita ao longo do século XX e de nossas muitas constituições. O Supremo Tribunal Federal não surgiu como uma instituição forte, nem foi capaz de impor-se rapidamente aos outros poderes, como a Suprema Corte norte-americana. Surgiu acanhado. Era, inicialmente, coadjuvante; um expectador privilegiado da história brasileira.

Mas os constituintes, a instituição e o tempo se encarregaram de promover mudanças profundas no tribunal e nas suas relações com os outros órgãos de Estado. Entre altos e baixos, a Corte passou a exercer um papel de protagonismo na ordem política: tornou-se uma das mais respeitadas instituições brasileiras; ampliou sua legitimidade; angariou a admiração da população. É uma instituição que goza de enorme prestígio. E isso vem crescendo vertiginosamente nos últimos anos, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988. O Supremo é, hoje, uma instituição independente. Que tem voz ativa e é provocada, com frequência, pelos demais poderes e pela sociedade civil para garantir o efetivo respeito da Constituição.

Esta parte do trabalho tem o propósito de apresentar as transformações pelas quais o STF passou desde seu início, ainda no Império. O objetivo é demonstrar que foi só com a promulgação da Carta de 1988 que se criou o ambiente adequado para que as ideias e ideais neoconstitucionalistas penetrassem efetivamente no Brasil. A adoção e difusão dessas novas ideias, a partir de 1988, vem impondo profundas alterações sobre o papel do STF no arranjo constitucional brasileiro, as quais ainda não foram integralmente assimiladas pela instituição. Realmente, embora o STF venha sendo diretamente influenciado pelas ideias neoconstitucionalistas, a instituição não soube (ainda) adaptar seu funcionamento a elas, e continua muito apegado à sua história e à sua tradição. Isso tem tornado o tribunal um órgão lento, muitas vezes burocrático e até mesmo disfuncional.²²⁷

Os problemas de funcionamento e do processo de deliberação do STF, no entanto, não surgiram agora. Eles se agravaram ao longo dos anos. A identificação das transformações pelas quais a instituição passou afigura-se de suma importância para demonstrar a origem dessas dificuldades. Esse panorama histórico permitirá que, na terceira parte deste estudo, sejam

²²⁷ Felizmente, já se observam novos ventos no STF, sobretudo após a nomeação como ministros da Corte do professor Luiz Fux, que defende a efetividade do direito processual, e do professor Luís Roberto Barroso, um dos maiores expoentes do movimento neoconstitucionalista brasileiro, bem como da posse do Ministro Ricardo Lewandowski, que tem se mostrado excelente gestor, na presidência do Tribunal.

apresentadas propostas e sugestões para o enfrentamento desses problemas, a fim de adequar a instituição ao contexto neoconstitucionalista.

Um esclarecimento, no entanto, se faz necessário. Esta parte do estudo apresenta uma narrativa não exaustiva da longa trajetória de nossa Corte Suprema nos Séculos XIX e XX. A ênfase se dará sobre os poderes da instituição e o papel desempenhado pelo STF nos diversos momentos e crises pelas quais o País passou. Julgamentos históricos só serão apresentados na medida em que forem necessários à compreensão de algum aspecto relevante para a identificação dos problemas de funcionamento e de deliberação.²²⁸

²²⁸ Para uma análise aprofundada da história das constituições brasileiras, vejam-se, dentre outros, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, pp. 7-45; SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, pp. 3-117; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pp. 278-330; COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006; e BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

2 O IMPÉRIO

2.1. O final do período colonial e a proclamação da Independência brasileira

Durante boa parte do período colonial, a organização judiciária brasileira esteve atrelada à de Portugal.²²⁹ No final de 1807, diante da iminente invasão de Lisboa pelas tropas de Napoleão Bonaparte, a família Real Portuguesa fugiu para o Brasil levando consigo o tesouro real, os arquivos de governo, uma máquina impressora, várias bibliotecas e uma comitiva formada por milhares de pessoas.²³⁰

Durante o período em que a Corte portuguesa esteve sediada no Brasil, a colônia experimentou importantes transformações políticas, administrativas e comerciais. No campo da organização judiciária, a instalação da família real levou à criação da Casa de Suplicação do Brasil. Em razão da ocupação francesa e da inviabilidade de remessa dos recursos das Relações para a Casa de Suplicação, em Lisboa, o príncipe regente viu-se obrigado a criar um novo tribunal para julgar as matérias que antes eram encaminhadas à Metrópole. Assim, por meio do Alvará Régio de 10.05.1808, D. João criou a Casa de Suplicação do Brasil, convertendo a Relação do Rio de Janeiro em tribunal de última instância.²³¹ A Casa de Suplicação era, em sua essência, uma Corte de Cassação, nos moldes europeus e nem de longe se assemelhava a um Tribunal Supremo ou a uma Corte Constitucional. O Brasil ainda vivia sob um regime de monarquia absolutista, onde prevalecia a palavra do Imperador. A Casa de Suplicação era, tão somente, um tribunal de última instância que julgava se os juízes haviam errado na interpretação

²²⁹ O primeiro Tribunal da Relação foi criado em 1587, em Salvador, mas não chegou a ser instalado. Somente em 1609, o Tribunal foi efetivamente constituído, sob o nome de “Relação do Brasil”. Em 1751, com a criação da Relação do Rio de Janeiro, o Tribunal de Salvador perdeu o título de Relação do Brasil. Sobre o tema, veja-se: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=HistoricodoTribunaldaRelacao>. Acesso em 24.03.2015.

²³⁰ Segundo dados históricos, entre 25 e 27.11.1807, de 10 a 15 mil pessoas embarcaram para o Brasil. (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 105).

²³¹ Segundo Marcelo Caetano, “a Casa de Suplicação do Brasil passou a ter jurisdição não só na área da antiga Relação do Rio de Janeiro como na da Bahia e bem assim sobre os juízes do Pará, do Maranhão e das ilhas dos Açores e da Madeira de que até aí se apelava e agravava para a Casa de Lisboa.” (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume II: Direito Constitucional Brasileiro. 2ª edição revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 446).

e aplicação da legislação promulgada pelo Imperador e que determinava, se fosse o caso, o retorno dos autos à origem, para novo pronunciamento.

Com a queda de Napoleão, em 1815, já não havia mais motivos para que a família Real permanecesse no Brasil. Em razão disso, teve início, em Portugal, movimento que visava pressionar o monarca a retornar à Europa. D. João, no entanto, decidiu ficar no Brasil e elevou a Colônia à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves.

Em agosto de 1820 eclodiu, em Portugal, a Revolução Constitucionalista do Porto. Com inspiração libertária e iluminista, os revolucionários se insurgiam contra o absolutismo monárquico, a crise política ocasionada pela ausência do rei e de órgãos de governo em Portugal, bem como contra a crise econômica que se abateu sobre a Metrópole em decorrência, em grande medida, da abertura do comércio brasileiro à Inglaterra após a chegada da família real à Colônia. A Revolução do Porto, como se sabe, teve importantes desdobramentos históricos para o Brasil. No final daquele ano, os revolucionários formaram uma junta provisória para governar Portugal e os demais territórios do Reino em nome do rei, e exigiram o imediato retorno de D. João VI à Europa. Além disso, convocaram as Cortes a redigirem e aprovarem uma Constituição para o reino.

Temendo perder o trono, D. João VI retornou a Portugal, em abril de 1821, deixando, no Brasil, como príncipe regente, D. Pedro. O Brasil chegou, inclusive, a eleger e a enviar representantes para a assembleia constituinte. Naquele momento, nossos representantes ainda não tinham pretensão de obter a independência, mas apenas de assegurar a manutenção da autonomia que a Colônia havia alcançado com a vinda da família Real. O ambiente que eles encontraram, no entanto, foi absolutamente contrário aos interesses brasileiros, o que lhes causou profundo descontentamento. A crise se agravou quando, ainda em 1821, as Cortes passaram a exigir o retorno de D. Pedro a Portugal. O príncipe regente, no entanto, resolveu permanecer no Brasil, em episódio que ficou conhecido como o “Dia do Fico” (9 de janeiro de 1822).²³²

“*Os atos do príncipe regente posteriores ao ‘fico’*”, como assinala Boris Fausto, “*foram atos de ruptura.*”²³³ Naquela quadra, começou a desenhar-se o processo de independência do Brasil. Em junho de 1822, D. Pedro convocou eleições para a escolha de representantes para a

²³²SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 5.

²³³ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 114.

assembleia constituinte que ficaria encarregada de redigir a Constituição brasileira. A convocação acirrou as tensões entre a Metrópole e a Colônia e acelerou a independência. Diante da chegada de despachos que revogavam decretos do príncipe regente, determinavam o seu imediato retorno a Lisboa, e acusavam os ministros do governo brasileiro de traição, D. Pedro, instado por correligionários do “Partido dos Brasileiros”, proclamou a independência do Brasil, em 7.09.1822.

2.2. O Primeiro Reinado: a promulgação da Constituição de 1824 e a criação do Supremo Tribunal de Justiça

Em 1º.12, com apenas 24 anos, D. Pedro foi coroado Imperador, recebendo o título de Dom Pedro I. O arranjo político que ensejou a declaração de independência exigia a redação de uma Constituição para o Brasil. E o compromisso assumido pelo Imperador com o constitucionalismo e a limitação de seus poderes foi cumprido, embora não sem ressalvas. Em maio de 1823, D. Pedro I, durante a abertura dos trabalhos da assembleia constituinte, jurou defender a futura Constituição, “*desde que esta, nas suas palavras, fosse digna do Brasil e de mim*”.²³⁴ Como ressalta Daniel Sarmiento,

na fala imperial, já se revela não só a ambiguidade do compromisso de Pedro I com o constitucionalismo, como também a complexidade do ambiente político-ideológico do momento: superada a era revolucionária na Europa, e derrotado o Império Napoleônico, vivia-se um momento de restauração das monarquias. Como não era mais possível o retorno puro e simples ao absolutismo de outrora, (...), desenhava-se uma fórmula compromissória de partilha do poder soberano entre a Nação e o monarca.²³⁵

Em novembro de 1823, após sucessivos desentendimentos com os membros da comissão encarregada da elaboração do anteprojeto de Constituição, o Imperador dissolveu a assembleia constituinte, por considerar o texto inicial demasiadamente liberal. O projeto que acabou outorgado foi encomendado ao Conselho de Estado e resultou em uma carta

²³⁴SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 6.

²³⁵SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, pp. 6-7.

compromissória entre conservadores e liberais.²³⁶ Para não ser tido como tirano, D. Pedro I submeteu o projeto ao crivo das províncias. Estas, por sua vez, manifestaram-se, em sua maioria, pela adoção imediata do texto constitucional.²³⁷ Apesar do procedimento adotado para o referendo da Carta de 1824, os constitucionalistas brasileiros sustentam, em sua maioria, que essa característica não retira da Constituição a pecha da outorga.²³⁸ Nossa primeira Constituição foi, assim, *outorgada* em 25.03.1824, após aprovação de seu texto pelas províncias.

Segundo Daniel Sarmento, a Constituição de 1824 teve como principal influência “a *Constituição francesa de 1814, outorgada por Luís XVIII no contexto da Restauração.*”²³⁹ Fruto de uma solução compromissória, a Carta Imperial possuía características liberais e outras conservadoras e absolutistas. As características liberais podem ser observadas no amplo rol de direitos individuais por ela consagrados (art. 179). Por outro lado, a faceta conservadora do texto se verifica pela adoção do voto censitário (art. 92 a 96). Já o aspecto absolutista revela-se na adoção do Poder Moderador como quarto poder, atribuído ao Imperador, que também exercia o Poder Executivo, num desvirtuamento da doutrina propugnada pelo filósofo francês Benjamin Constant.

Em linhas gerais, a Carta de 1824 instituiu um Estado Unitário, embora dividido em províncias; adotou a monarquia hereditária como forma de governo (art. 3º); instituiu a religião católica como a oficial, embora autorizasse em ambientes domésticos e particulares a liberdade

²³⁶ V. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 90; e SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 7-8.

²³⁷ A principal reação à Carta partiu de Pernambuco, província que, insuflada por Frei Caneca, deu início a conflito armado que ficou conhecido como “Confederação do Equador” e que foi derrotado pelas tropas imperiais ainda antes do final de 1824.

²³⁸ Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8; e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, pp. 7-9. Em sentido ligeiramente diverso, Afonso Arinos de Melo Franco sustenta que “a partir do Ato Adicional (1834) pode-se dizer que a Constituição de 25 de março merece este título, e deixou de ser Carta outorgada. Com efeito, a livre discussão e votação daquele Ato pela Câmara dos Deputados (o Senado participou, a princípio, mas depois foi afastado) conferiu-lhe, a posteriori, caráter de verdadeira Constituição.” FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição.* As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 119.

²³⁹SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8.

de culto (art. 5º); dividiu os poderes do Estado em quatro, colocando o Poder Moderador ao lado dos tradicionais Poderes Executivo, Legislativo e Judicial; adotou o modelo legislativo bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, que, em conjunto, formavam a Assembleia-Geral; instituiu eleições indiretas para as assembleias, de acordo com o patrimônio e a renda dos eleitores e dos candidatos; e, o que interessa diretamente a este trabalho, criou o Supremo Tribunal de Justiça.

Apesar de o referido Tribunal ter sido idealizado como órgão de cúpula do Poder Judicial, a Carta não lhe outorgou poderes para exercer o controle de constitucionalidade das leis.²⁴⁰ Assim, com o advento da Constituição de 1824, a Casa de Suplicação do Brasil foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça.²⁴¹ O novo tribunal, todavia, só foi efetivamente estruturado pela Lei Imperial de 18.09.1828, e instalado em janeiro do ano seguinte. É importante salientar, ainda, que a despeito de ser órgão de cúpula do Poder Judicial, o papel e a importância do Supremo Tribunal de Justiça eram reduzidos, diante das limitadas e modestas atribuições que a Constituição lhe conferia. Com efeito, de acordo com o art. 164, competia ao tribunal:

Art. 164. (...):

- I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
- II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
- III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdicção, e competencia das Relações Provinciales.

Para além dessas competências, segundo Barbosa Moreira, a instituição podia “(...) *‘tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais’*, quando na respectiva aplicação ocorressem *‘dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes.’*”²⁴² De

²⁴⁰ De acordo com o art. 163 da Constituição de 1824: “*Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.*”

²⁴¹ Em sentido diverso, Marcelo Caetano sustenta que “(...) *ao contrário do que geralmente se afirma, o Supremo Tribunal de Justiça criado pelo Império sucedeu não à Casa de Suplicação do Brasil, que era Tribunal de instância, competente para julgar apelações e agravos e que passou a funcionar como Relação do Rio de Janeiro, mas à Mesa do Desembargo do Paço, embora desta retivesse apenas a função judiciária respeitante ao recurso de revista e à resolução de conflitos.*” (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume II: Direito Constitucional Brasileiro. 2ª edição revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 446).

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos*. Revista Dialética de Direito Processual nº 27, p. 49.

fato, o art. 2º do Decreto nº 6.142, de 10.03.1876, ampliou as competências da instituição para permitir que proferisse os mencionados assentos:

Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada.

Parapho unico. Para ter lugar a providencia indicada é indispensavel:

1º Que os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos, depois de esgotados os recursos ordinarios facultados por lei.

2º Que a divergencia dos julgamentos tenha por objecto o direito em these ou a disposição da lei, e não a variedade da applicação proveniente da variedade dos factos.

Como se vê, com a edição da mencionada lei, o Tribunal passou a ter também competência para dirimir controvérsias interpretativas a respeito da aplicação das leis. Nada obstante isso, segundo Gilmar Mendes *et al.*, o tribunal jamais fez uso dessa competência.²⁴³

2.3. O Segundo Reinado

Em 1831, D. Pedro I abdicou do trono em favor de seu filho, Pedro de Alcântara, que contava, à época, apenas 5 anos de idade. O ato foi motivado por disputas dentro da família Real. D. Miguel, irmão de D. Pedro, havia usurpado o trono de Portugal, o que fez com que D. Pedro I partisse para a Europa para tentar reavê-lo.

A Constituição de 1824 determinava que o novo Imperador só alcançaria a maioria aos 18 anos (art. 121) e que, até lá, o País deveria ser governado pelo parente mais próximo, desde que este tivesse mais de 25 anos de idade. Como Pedro de Alcântara não possuía parentes nessa condição, a Constituição previa que a Assembleia-Geral deveria eleger uma regência trina.

O período da regência (1831-1840) foi um período conturbado da história brasileira, marcado por conflitos armados, movimentos separatistas e revoltas populares, de que são exemplos a Cabanagem, a Sabinada, a Balaiada e a Guerra dos Farrapos. Foi durante esse período, ainda, que se aprovou a única reforma à Constituição de 1824: o denominado Ato Adicional de 1834 (Lei nº 16/1834). O referido Ato ampliou, significativamente, a autonomia

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 889.

das províncias, determinando a criação de assembleias legislativas provinciais, com poderes para editar leis. Além disso, alterou a forma de governo do Império durante a menoridade do Imperador, substituindo a regência trina por uma regência una, eleita para um período de 4 anos. O referido Ato Adicional também extinguiu o Conselho de Estado, que era mal visto, sobretudo pelos liberais (art. 32). Estes desejavam, inclusive, pôr fim ao Poder Moderador, mas não houve ambiente político para a aprovação dessa mudança.

A descentralização promovida em 1834 durou pouco. Em 1840 foi aprovada a Lei nº 105, de 12.05.1840, que, a pretexto de interpretar as disposições do Ato Adicional de 1834, restringiu sensivelmente a autonomia das províncias. Nas palavras de Afonso Arinos,

Foi (...) o caráter semiflexível imposto à Constituição pelo art. 178, que tornou praticável a adaptação progressiva das instituições políticas ao sistema parlamentar de governo, bem como o cerceamento dos excessos descentralizadores do Ato Adicional, que poderiam comprometer a unidade do Império.²⁴⁴

No mesmo ano – isto é, em 1840 – ocorreu o Golpe da Maioridade: pressionada pelos movimentos liberais e por parte da população, a Assembleia-Geral reconheceu a maioridade de D. Pedro II aos 14 anos, possibilitando que ele assumisse o trono. O Segundo Reinado (1840-1889) foi um período de maior estabilidade política. Atribui-se essa estabilidade às habilidades políticas do Imperador, que tinha temperamento afável e sabia lidar com a adversidade política.

Nesse sentido, a partir de 1847, D. Pedro II criou o cargo de Presidente do Conselho de Ministros, ao qual conferiu poderes para a formação do gabinete de governo. Com esse ato, o Imperador institucionalizou uma espécie de parlamentarismo, sem previsão constitucional.²⁴⁵ Para garantir a estabilidade política, D. Pedro II adotou o hábito de nomear como Presidente do Conselho de Ministros o político que fosse indicado pelo partido que obtivesse a maioria das cadeiras nas eleições para a Assembleia Geral. O Presidente do Conselho de Ministros devia, assim, gozar do apoio e da confiança não só do Imperador, como também da Assembleia. Quando o Presidente perdia o apoio do Legislativo, D. Pedro II valia-se do Poder Moderador para dissolver a Assembleia e convocar novas eleições.

²⁴⁴ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 122.

²⁴⁵ Como enfatiza Luís Roberto Barroso: “(...) o parlamentarismo do Segundo Reinado, importante base em que se assentou sua estabilidade de meio século – sem embargo da sucessão de 36 gabinetes – teve origem costumeira. A ele não havia qualquer referência no texto constitucional. Discreta ou agudamente desvirtuado, conforme o momento, o sistema sempre dependeu mais do Imperador que do Parlamento (...)” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 10).

2.4. A (des)importância do Supremo Tribunal de Justiça no Brasil Imperial

O Supremo Tribunal de Justiça desempenhou, ao longo do período Imperial, um papel verdadeiramente diminuto. Em primeiro lugar, por conta das reduzidas atribuições que a Constituição lhe conferia,²⁴⁶ que não eram muito diferentes das competências da Casa de Suplicação do Brasil. Aliás, diversos ministros da Casa de Suplicação foram aproveitados no novo tribunal,²⁴⁷ como autorizava a Lei de 1828, que, inclusive, determinava que a nomeação do Presidente fosse realizada pelo Imperador, para um período de três anos:

Art. 1º O Supremo Tribunal de Justiça será composto de dezasete Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o titulo do Conselho; usarão de béca, e capa; terão o tratamento de excellencia, (...). E não poderão exercitar outro algum emprego, salvo de membro do Poder Legislativo, nem accumular outro algum ordenado. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir, sem que por isso deixem de continuar no exercicio desses Tribunaes, em quanto não forem extinctos.

Art. 2º O Imperador elegerá o Presidente d'entre os membros do Tribunal, que servirá pelo tempo de tres annos. No impedimento, ou falta do Presidente, fará suas vezes o mais antigo, e na concurrencia de dous de igual antiguidade a sorte decidirá.²⁴⁸

O fato de, em 1876, ter sido atribuída, ao Tribunal, a competência para proferir assentos, de forma a dirimir controvérsias interpretativas a respeito da aplicação das leis, não alterou substancialmente seu papel ou sua relevância no período imperial. O Supremo Tribunal de Justiça continuou a ser “*tipicamente, uma Corte de Cassação, no exato estilo europeu*”,²⁴⁹ que

²⁴⁶ As competências do Tribunal estavam limitadas (i) à concessão de revista nas causas que a lei determinasse; (ii) ao julgamento criminal de seus ministros, dos das Relações, dos diplomatas e dos Presidentes das Províncias (Governadores); e (iii) à decisão de conflitos de jurisdição e competência dos Tribunais das Relações.

²⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

²⁴⁸ Segundo Gustavo Direito, dos 17 membros, 5 tinham de ser portugueses e 12 brasileiros. Cf. DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal: uma breve análise da sua criação*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 260, 2012, p. 257.

²⁴⁹ TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal no Império e na República*. Conferência ministrada em 11.09.1978 em homenagem ao Sesquicentenário do STF. In: “Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, pp. 7-8. Veja-se, ainda, do mesmo autor, a seguinte passagem: “*Na monarquia, o Supremo Tribunal de Justiça teve vida rotineira e apagada, o que se explica pelas peculiaridades do regime: era uma corte de cassação, composta por juízes escolhidos por inflexível critério de antiguidade*”. (TRIGUEIRO, Oswaldo. *Prefácio*. In: MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, ontem e hoje*. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 2).

não possuía competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Não exercia, pois, jurisdição constitucional, mas sim competências ordinárias, de última instância. Não foi previsto nem idealizado para ser uma Suprema Corte, nos moldes norte-americanos. Na leitura de Rodrigo Brandão, não havia um ambiente propício para o controle de constitucionalidade das leis, e isso pode ser explicado por algumas características da dogmática jurídica então vigente, e de nossas instituições. Segundo o autor:

(...) diante da (i) prevalência da ‘soberania da nação’ à soberania popular, (ii) da supremacia da lei em face da Constituição, (iii) e do restrito papel atribuído ao Judiciário, afigurava-se inviável a afirmação do controle de constitucionalidade das leis no Império brasileiro, na linha da tradição constitucional europeia e em contrariedade à norte-americana.²⁵⁰

A nosso sentir, contudo, três características da Constituição de 1824 são essenciais para se compreender o diminuto papel desempenhado, à época, pelo Supremo Tribunal de Justiça: (i) a adoção da forma unitária de Estado (art. 1º); (ii) a divisão dos poderes em quatro, com a previsão de um Poder Moderador ao lado do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário (arts. 10 e 98); e, por fim, (iii) a semirrigidez do texto constitucional (art. 178). Essas características restringiram o papel do novo tribunal.

De fato, não havia necessidade de instituição de um tribunal semelhante à Suprema Corte norte-americana, com competências para resolver conflitos entre entes autônomos (*i.e.* Estados), em razão da forma unitária de Estado adotada no Brasil Imperial. A centralização do poder na figura do Imperador, e a pequena autonomia assegurada às Províncias ao longo de quase todo o Império (exceto no período de 1834 a 1840) tornavam de todo despicienda a criação de um tribunal para julgar conflitos entre elas. Os conflitos eram resolvidos ou pelo Imperador ou pelas armas.

A desnecessidade de um tribunal para julgar conflitos entre as províncias decorria, em segundo lugar, da adoção Poder Moderador. Como se sabe, a instituição do referido Poder foi uma singularidade brasileira. Inspirado na doutrina de Benjamin Constant, a Constituição de 1824 atribuiu, no art. 98, o Poder Moderador ao Imperador. Tal poder foi conceituado pela Constituição como a *chave da organização política brasileira*, e foi delegado ao monarca “*para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos*

²⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 92.

mais Poderes políticos”.²⁵¹ Como lembra Daniel Sarmento, “[t]amanha era a concentração de poderes ensejada pela instituição do Poder Moderador, que Paulo Bonavides e Paes de Andrade a caracterizam como ‘a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível.’”²⁵² Nesse contexto, tendo em vista que a Constituição atribuía ao Imperador o exercício do Poder Moderador, não havia, evidentemente, espaço para que um Tribunal – o Supremo Tribunal de Justiça (ou qualquer outro órgão) – arbitrasse os conflitos entre os poderes políticos. Tal atribuição era, nos termos do art. 98, do Imperador, enquanto titular daquele Poder. Também por isso, não se pode dizer que o Supremo Tribunal de Justiça tenha exercido, durante sua existência, qualquer papel ou atribuição própria de uma Corte Constitucional ou de um Tribunal Supremo.

De mais a mais, a natureza semirrígida da Constituição de 1824 tornava, ainda, desnecessária a atribuição de competências a qualquer órgão para assegurar sua observância em relação à sua parte flexível. Com efeito, o seu art. 178 diferenciava matérias constitucionais de assuntos que poderiam ser alterados por lei ordinária. Logo, diminuía-se a necessidade de um guardião. Em suma: ou a Constituição poderia, em sua parte flexível, ser revista pela lei, ou a Carta, como um todo, poderia ter seu sentido definido pelo Imperador. Não havia espaço para o exercício do controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal de Justiça não tinha como fugir desse papel acanhado. Era um órgão sem expressão política; apenas mais um tribunal, que não fez valer a Constituição, e tampouco criou algum tipo de sentimento constitucional nos brasileiros.

²⁵¹ Conforme observa Rodrigo Brandão, para Benjamin Constant o Poder Moderador deveria ser neutro, superior às paixões e interesses partidários, e tinha a finalidade de limitar os poderes estatais e zelar pelo cumprimento dos direitos individuais. Por essa razão, não poderia ser exercido por nenhum dos outros Poderes. V. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 91. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

²⁵² SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

3 A REPÚBLICA VELHA

3.1. A proclamação da República

Desde 1870, quando foi lançado o “Manifesto Republicano”, vinha ganhando corpo, no Brasil, um sentimento republicano. D. Pedro II estava envelhecido e doente e se afastara do centro do Poder. A Princesa Isabel, herdeira do trono, era casada com o Conde D’Eu, figura controvertida, que causava ojeriza à opinião pública.²⁵³ O regime monárquico estava desgastado, por conta de crises com setores importantes da sociedade, como a Igreja (“questão religiosa”), os Militares (“questão militar”) e os Produtores Rurais (abolição da escravidão). Essas crises fizeram com que o movimento republicano ganhasse adeptos (muitos deles de ocasião), no seio de nossas elites.²⁵⁴ A proclamação da República, no entanto, só foi possível em razão da participação decisiva dos militares do Exército. Foram eles, afinal, que, sob o comando do Marechal Deodoro da Fonseca, promoveram o Golpe de Estado que resultou no fim da Monarquia.²⁵⁵

O movimento que culminou com a proclamação da República não foi exatamente um golpe de uma elite homogênea em torno de um projeto político para o País. Na verdade, foi um movimento que conseguiu congregiar em torno desse ideário segmentos da sociedade insatisfeitos com os rumos do Império, que tinham aspirações bastante distintas e até antagônicas. Por isso, segundo nossos historiadores, a proclamação da República foi mais um ato simbólico (“*quase um passeio*”, nas palavras de Boris Fausto, ou um desfile militar) do que um efetivo Golpe de Estado. Não houve participação popular: o povo assistiu a tudo como mero expectador. Nas palavras de Lima Barreto, “*o Brasil não tem povo, tem público*”. O movimento

²⁵³ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 201.

²⁵⁴ Os grupos que disputavam o poder tinham interesses divergentes e concepções distintas sobre como organizar a República. As elites das principais províncias (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul) defendiam a criação de uma república federativa, com autonomia para os Estados. Mas mesmo essas elites divergiam bastante entre si em outros aspectos. Os mineiros e os paulistas, por exemplo, queriam adotar um Estado mais liberal, com eleições presidenciais; já os gaúchos tinham inclinações positivistas, e desejavam um Estado forte, ultrafederativo.

²⁵⁵ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 212.

foi rapidamente vitorioso, sem necessidade de confrontos com os monarquistas. Encerrava-se, assim, o período monárquico.²⁵⁶

Por meio do Decreto nº 1, de 15.11.1889, o governo provisório se institucionalizou, com a participação não só de militares (Deodoro da Fonseca, Benjamin Constant e Eduardo Wandenkolk), como de civis (dentre eles Rui Barbosa, Quintino Bocaiúva e Aristides Lobo). O decreto dissolveu o legislativo, abrindo caminho para que o governo provisório regesse o País por atos emanados do executivo.

3.2. A Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 510/1890) e a Constituição de 1891

Em dezembro de 1889, por meio do Decreto nº 29, foi constituída uma comissão de 5 juristas encarregada da elaboração de um anteprojeto de Constituição. O esboço preparado pela comissão foi encaminhado à revisão de Rui Barbosa, que o alterou significativamente,²⁵⁷ conferindo-lhe a fisionomia que acabaria por prevalecer. O texto revisado por Rui era inspirado na Constituição norte-americana,²⁵⁸ apesar de ser mais analítico. O resultado do trabalho do jurista foi, então, imediatamente publicado pelo governo como o Decreto nº 510/1890, e vigorou como Constituição provisória até a promulgação do texto final, em 1891.

A Assembleia Constituinte foi instalada no primeiro aniversário da República. Seus integrantes eram, em sua maioria, bacharéis e militares. A Constituinte trabalhou em cima da Constituição provisória elaborada por Rui Barbosa, sugerindo pouquíssimas alterações, algumas relevantes, como a adoção de eleições diretas para Presidente da República e para o Senado, e a ampliação das competências tributárias e processuais dos Estados.

Em linhas gerais, a Constituição de 1891 adotou o modelo tripartite de divisão de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), e determinou fossem eles exercidos de forma

²⁵⁶Banida, a família imperial fugiu para Portugal, em navio que zarpu do País na madrugada do dia 17 de novembro de 1889.

²⁵⁷No primeiro projeto de Constituição elaborado pela comissão, o STF só tinha competência para revisar as causas originárias da Justiça Federal. Foi Rui Barbosa o responsável por atribuir ao STF a competência para revisar sentenças da Justiça Estadual não só em face da Constituição, como também das leis federais.

²⁵⁸A influência norte-americana fez-se sentir, por exemplo, no nome adotado pelo País, que passou a chamar-se oficialmente de “*Estados Unidos do Brazil*”.

harmônica e independente entre si, dentro de um modelo federativo e presidencialista.²⁵⁹ O Legislativo continuou a ser bicameral, mas os Senadores deixaram de ser vitalícios. Os deputados deveriam ser eleitos para mandatos de três anos, enquanto os senadores – em número de três por Estado – seriam eleitos para mandatos de nove anos, sendo um terço renovado a cada triênio. A Constituição estabeleceu, ainda, o sistema de voto direto e universal, suprimindo o censo econômico. Eram considerados eleitores todos os cidadãos maiores de 21 anos, exceto analfabetos, mendigos e praças militares.²⁶⁰ Em relação à primeira eleição, a Constituição determinou, em caráter excepcional, que fosse realizada por votação indireta pela Assembleia Constituinte. E assim foi feito. Em 25.02.1891, o Marechal Deodoro da Fonseca foi eleito Presidente, com apertada margem de votos, por 129 votos contra 97 atribuídos a Prudente de Morais.

A Constituição de 1891 é um exemplo claro de que o texto constitucional não pode estar dissociado da realidade subjacente e dos anseios sociais. A Constituição idealizada por Rui Barbosa pretendeu transpor para a sociedade brasileira instituições e valores liberais que eram professados e defendidos nos Estados Unidos. Mas, como lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o pensamento jurídico brasileiro nada tinha de liberal. Ele era influenciado, à época, por ideias muito distantes das norte-americanas: pela Escola Exegética alemã, especialmente difundida na Faculdade de Direito do Recife, pela filosofia positivista de Augusto Comte, pelas ideias do filósofo francês Benjamim Constant, e pelos civilistas franceses. O Direito brasileiro continuava ligado mais à doutrina europeia do que à norte-americana.

Em outras palavras, em que pese o pensamento jurídico dominante estar mais alinhado com o quadro europeu,²⁶¹ a Constituição de 1891 espelhou-se no modelo norte-americano. Essa dissociação de ideias e concepções possivelmente contribuiu para a enorme instabilidade político-social que se instaurou no País a partir de então, e para as sucessivas crises que marcaram o período da Primeira República. E também ajuda a explicar porque a Constituição

²⁵⁹ Segundo Afonso Arinos, “o federalismo era velha reivindicação nacional. O presidencialismo não o era. (...) os republicanos de 1870 eram predominantemente franceses, ou seja, parlamentaristas. Mas, dentro da Assembleia, o sistema parlamentar teve poucos e fracos defensores. O presidencialismo e o federalismo prevaleceram no texto da Constituição, que foi o do projeto do Governo Provisório, modificado em apenas 14 artigos.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 123).

²⁶⁰ Conquanto a Constituição nada tenha dito sobre o voto feminino, era consenso, à época, que as mulheres não podiam votar.

²⁶¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 284.

e o Supremo Tribunal tiveram papel limitado na contenção dos abusos cometidos pelo Executivo.

3.3. A criação e a instalação do Supremo Tribunal Federal

O STF foi criado pela Constituição Provisória (Decreto nº 510, de 22.06.1890). O referido diploma, editado pouco tempo depois da proclamação da República, transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal e fixou em 15 o número dos seus membros.²⁶² Posteriormente, o Decreto nº 848, de 11.10.1890, que organizou o funcionamento da Justiça Federal, voltou a dispor sobre o STF, modificando sensivelmente as competências atribuídas ao órgão pela Constituição provisória.²⁶³

²⁶² Vejam-se, a propósito, os dispositivos pertinentes: “Art. 54. O Poder Judiciario da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com séde na capital da Republica e tantos juizes e tribunaes federaes, distribuidos pelo juiz, quantos o Congresso crear.”

“Art. 55. O Supremo Tribunal Federal compor-se-ha de quinze juizes, nomeados na fórmula do art. 47, n. 11, dentre os trinta juizes federaes mais antigos e os cidadãos de notavel saber e reputação elegiveis para o Senado.”

“Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I. Processar e julgar originaria e privativamente:

- a) o Presidente da Republica nos crimes communs, e os Ministros de Estado nos casos do art. 51;
- b) os ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade;
- c) os pleitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litigios e reclamações entre nações estrangeiras e a União, ou os Estados;
- e) os conflictos dos juizes ou tribunaes federaes entre si, ou entre esses e os dos Estados;

II. Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes, assim como as de que trata o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78.

a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.

§ 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes; e vice-versa, a justiça dos Estados consultará a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houver de interpretar leis da União.”

²⁶³ “Art. 5º O Supremo Tribunal Federal terá a sua séde na capital da Republica e compor-se-ha de quinze juizes, que poderão ser tirados dentre os juizes seccionaes ou dentre os cidadãos de notavel saber e reputação, que possuam as condições de elegibilidade para o Senado. (...)”

“Art. 8º O Tribunal decidirá as questões affectas á sua competencia, ora em primeira e unica instancia, ora em segunda e ultima, conforme a natureza ou o valor da causa.”

“Art. 9º Compete ao Tribunal:

I. Instruir os processos e julgar em primeira e unica instancia:

- a) o Presidente da Republica nos crimes communs;
- b) os juizes de secção nos crimes de responsabilidade;
- c) os ministros diplomaticos nos crimes communs e nos de responsabilidade;
- d) os pleitos entre a União e os Estados, ou destes entre si;

A comparação do texto da Constituição provisória e do Decreto nº 848/1990 demonstra que as competências atribuídas ao STF foram ampliadas significativamente em poucos meses. Tal tendência se inspirava, sobremaneira, no primeiro modelo jurisdicional americano que combinava as funções de guardião constitucional da Suprema Corte com um enorme leque de funções recursais. *Grosso modo*, tirando algumas hipóteses específicas e escassas, a maior parte das competências recursais da justiça federal estadunidense se concentravam em seu Tribunal Supremo.²⁶⁴

e) os litígios e as reclamações entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;

f) a suspeição oposta a qualquer dos seus membros;

g) os conflitos de jurisdição entre os juizes federaes, ou entre estes e os dos Estados.

II. Julgar em gráo de recurso e em ultima instancia:

a) as questões decididas pelos juizes de secção e de valor superior a 2:000\$000;

b) as questões relativas á successão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção;

c) as causas criminaes julgadas pelos juizes de secção ou pelo jury federal;

d) as suspeições opostas aos juizes de secção.

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

III. Proceder á revisão dos processos criminaes em que houver sentença condemnatoria definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador.

§ 1º Este recurso é facultado exclusivamente aos condemnados, que o interporão por si ou por seus representantes leaes nos crimes de todo genero, exceptuadas as contravenções.

§ 2º A pena poderá ser relevada ou attenuada quando a sentença revista for contraria a direito expresso ou á evidencia dos autos, mas em nenhum caso poderá ser agravada.

§ 3º No caso de nullidade absoluta ou de pleno direito, o réo poderá ser submettido a novo julgamento.

§ 4º Em acto de revisão é permittido conhecer de factos e circumstancias que, não constando do processo, sejam entretanto allegados e provados perante o Supremo Tribunal.

§ 5º A revisão será provocada por petição instruida com a certidão authentica das peças do processo e mais documentos que o interessado queira juntar, independentemente de outra qualquer formalidade.

§ 6º O Supremo Tribunal poderá exigir do juiz ou tribunal recorrido os documentos ou informações e mais diligencias que julgar necessarias para o descobrimento da verdade.

IV. Conceder ordem de habeas-corpus em recurso voluntario, quando tenha sido denegada pelos juizes federaes ou por juizes e tribunaes locaes.

V. Apresentar annualmente ao Presidente da Republica a estatistica circumstanciada dos trabalhos e relatorio dos julgados.”

²⁶⁴ Aprofundando-se no tema, Bruce Ackerman descreve de maneira magistral o debate sobre as funções recursais da Suprema Corte, centralizando-se na disputa entre as duas facções dominantes na política americana – os federalistas e os democratas – e o contexto político envolvido nas primeiras decisões daquela Corte. Cf. ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Harvard University Press: Cambridge, 2007, pp. 224-244. Em língua portuguesa, cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Constituição e sociedade: o outro lado de Marbury v. Madison*. Disponível em <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-o-outro-lado-de-marbury-v-madison>. Acesso em 04/05/2015. Sobre a legislação vigente à época, ver HOLT, Wythe. *Judiciary Act of 1789*. In: HALL, Kermit et alli (Org). “The Oxford

Curiosamente, esse modelo americano, que inspirou Rui Barbosa na feitura de nossa primeira carta republicana, foi parcialmente superado pelos americanos no mesmo ano em que nossa Constituição foi promulgada. Em 1891, o Legislativo norte-americano aprovou o *Judiciary Act*,²⁶⁵ com o objetivo de criar uma corte intermediária no nível federal daquele país e reduzir o número de casos que alcançavam à Suprema Corte, visando aumentar sua eficiência. Em outras palavras, reduziam-se as competências recursais da Corte, permitindo-lhe exercer um trabalho mais artesanal e concentrado nas discussões diretamente constitucionais. Nas palavras de um estudioso americano:

By creating intermediate federal courts of appeal, this act constituted the first permanent and major alteration of the federal judiciary since 1789. The Judiciary Act of 1789 created federal trial courts, called district and circuit courts. Except for a limited appellate jurisdiction granted to the circuit courts, the United States Supreme Court was the only federal appeals court. In addition to their Supreme Court duties, justices were burdened with the arduous task of circuit riding. (...) Increases in original and removal jurisdiction of lower federal courts, together with the proliferation of litigation resulting from the rapid industrialization of the nation and the beginnings of a regulatory movement, increased the workload of the Supreme Court. These phenomena are reflected in the number of cases coming to the Supreme Court for review: 1860 term, 310 cases; 1870 term, 636 cases; 1880 term, 1,212 cases; and 1890 term, 1,816 cases. Fears of federal-state judicial conflict were finally overcome by the mounting caseload and nearly unanimous sentiment of the legal community. (...).²⁶⁶

O STF transformou-se, com o Decreto nº 848/1890, em uma Suprema Corte nos moldes do modelo norte-americano antigo, ou seja, com poderes de guarda da Constituição e vasta competência recursal somados. Essa opção do constituinte de 1891 contrastava com a tendência que se delineava nos EUA, de reforma do Poder Judiciário Federal. Com isso, acabamos importando um modelo que já era, à época, considerado inadequado para um País de dimensões continentais.

Veja-se, nesse sentido, que a Constituição provisória mencionava a criação de tribunais federais (cf. art. 58, I, “d”, II, *caput*, e III, §2º). No entanto, o Decreto nº 848/1890 não os previu. Pela leitura deste último diploma observa-se que o STF passou a ter competências recursais de processos da Justiça Federal, e não exclusivamente de órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Companion to the Supreme Court of United States”. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 548.

²⁶⁵ Enquanto o *Judiciary Act* foi promulgado em 03.03.1891, nossa primeira Carta republicana foi promulgada, anteriormente, em 24.02 do mesmo ano. O texto da lei americana encontra-se disponível em http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_12_txt.html. Acesso em 05.05.2015.

²⁶⁶ SEMONCHE, John E. *Judiciary Act of 1891*. In: HALL, Kermit et alli (Org). “The Oxford Companion to the Supreme Court of United States”. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 548.

Veja-se, nesse sentido, o inciso II do art. 9º do Decreto nº 848/1990, o qual conferia ao STF a atribuição de julgar, *em grau de recurso e em última instância*, causas decididas pelos juízes federais das respectivas seções.

O fato, no entanto, é que, como a Assembleia Constituinte usou a Constituição Provisória de 1890 como texto-base para a elaboração da Constituição de 1891, o texto final ficou mais próximo de sua forma do que daquela do Decreto nº 848/1890. As competências da Corte foram definitivamente fixadas, então, no art. 59 da Constituição de 1891, que tinha a seguinte redação:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originária e privativamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.²⁶⁷

Intensificando esse quadro de concentração, apesar de a Constituição de 1891 prever a criação de Tribunais Federais (cf. 59, I, “e”, e II), nunca houve instalação de nenhum com esse objetivo, razão pela qual as disposições do Decreto nº 848/1890, que definiram a organização da Justiça Federal e atribuíram ao STF competências recursais ordinárias, foram aplicadas normalmente. Além disso, o modelo organizacional da Justiça Federal brasileira tinha *status* constitucional, necessitando, portanto, de um processo de reforma para ser alterado, o que representava uma dificuldade ainda maior em comparação com seu par americano, que podia ser alterado por lei. Ironicamente, para Rui Barbosa, essa seria uma das principais vantagens do

²⁶⁷ Vale ressaltar que o art. 59 foi, posteriormente, objeto de Emenda Constitucional, aprovada em 1926, que lhe deu nova redação.

modelo brasileiro.²⁶⁸

Nos seus primórdios – e durante muitos anos – o STF funcionaria menos como uma Suprema Corte, apesar das expectativas que lhe foram contraditoriamente direcionadas por seu idealizador,²⁶⁹ e mais como um tribunal federal de *segundo grau*,²⁷⁰ reproduzindo o principal defeito do modelo em que se inspirava.²⁷¹

Observe-se, ainda, nessa linha de raciocínio, que o fato de o STF ter jurisdição sobre causas decididas pela Justiça Estadual foi fruto de uma emenda do próprio Rui Barbosa ao primeiro projeto de Constituição, tendo essa emenda sido acatada pelo constituinte de 1891.²⁷² Tal competência recursal envolvia não só a aplicação da Constituição pelos tribunais estaduais, mas, também, a aplicação de leis federais pelos mesmos. Mais uma vez, o projeto da Constituição de 1891, capitaneado por Rui Barbosa, parecia apostar em amplas competências recursais para o STF, em detrimento de uma maior concentração em suas competências

²⁶⁸ “Destas duas maneiras de manipular e torcer a justiça, habilitando a mais poderosa das duas partes a evitar ou ajeitar o tribunal supremo, nos livraram o art. 56 e o art. 59 da nossa Constituição: o primeiro estipulando a esse tribunal um número de juízes, que a lei ordinária não pode modificar; o segundo, prescrevendo que para ele haverá recurso nas questões resolvidas pelos juízes ou tribunais federais. Com estas duas cautelas, preminindo a justiça federal, no Brasil, contra dois gravíssimos perigos, a que se acha exposta na grande república da América do Norte, reunimos, em defesa dessa justiça, na sua independência e na sua pureza, contra as seduções e compressões administrativas ou legislativas, todos os resguardos humanamente possíveis.” (BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*In: BARBOSA, Rui. “Obras Completas”. Vol. XXXII. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989, p. 227).

²⁶⁹ “Instituído principalmente com o desígnio de recusar execução às leis inconstitucionais, não havia de consentir o Supremo Tribunal Federal em que nele se executassem as mais inconstitucionais de todas as leis contrárias à Constituição. Bastaria, pois, que na evidência dessa inconstitucionalidade se envolvesse, para que, ante o seu *Non possumus*, lhe caísse aos pés, desfeita em nada, a estrondosa inépcia.” (BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*In: BARBOSA, Rui. “Obras Completas”. Vol. XXXII. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989, p. 239).

²⁷⁰ Como salienta Marcelo Caetano, “Em todos os regimes federativos é fundamental que haja um órgão jurisdicional ao qual seja entregue a fiscalização da observância da partilha de poderes feita na Constituição entre a União e os Estados e do respeito devido à doutrina nela consagrada”. (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume II: Direito Constitucional Brasileiro. 2ª edição revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 14).

²⁷¹ Essa também é, parcialmente, a conclusão a que chegou o Ministro Moreira Alves. Segundo ele: “Ao surgir com a República, ele [STF] atuava como Tribunal da Federação ou como Corte de Justiça, e não tinha sequer a missão de uniformizar, por meio de recurso extraordinário, a interpretação da Constituição e das leis federais, o que só lhe foi conferido pela Emenda Constitucional de 1926.” Palestra proferida pelo Ministro Moreira Alves, em 28.04.1982, no Instituto dos Advogados Brasileiros, sobre o tema “Missão Constitucional do Supremo e a arguição de relevância. *Apud* MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, hoje*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 239.

²⁷² Para as diversas etapas que os esboços da Constituição de 1891, v. BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*: Constituição de 1891. Ministério da Educação e Saúde: Rio de Janeiro, 1946, pp. 76-78.

constitucionais.²⁷³

3.4. O funcionamento e o processo de deliberação do STF na vigência da Constituição de 1891

3.4.1. Início das atividades do STF e aprovação do primeiro Regimento Interno

Embora tenha sido criado em 1890, o Supremo Tribunal Federal só foi efetivamente instalado por meio do Decreto nº 1, de 26.02.1891, editado imediatamente após a promulgação da Constituição de 1891, tendo começado a funcionar dois dias depois, em 28.02.1891, quando ocorreu sua primeira sessão. Durante os primeiros meses de atividade, enquanto discutiam o Regimento Interno que deveria ser adotado pelo Tribunal, os ministros utilizaram, provisoriamente, o Regimento Interno do extinto Supremo Tribunal de Justiça.²⁷⁴

O primeiro Regimento Interno do Tribunal de cúpula do regime Republicano foi aprovado em 08.08.1891. Na ocasião, muito embora a Constituição não fizesse qualquer referência ao cabimento de *recurso extraordinário*, o STF introduziu o referido recurso no

²⁷³ Araújo Castro, por sua vez, ressalta a visão negativa desenvolvida por Rui Barbosa, após a promulgação da Constituição de 1891, com relação à existência de dois níveis de justiça: “[a] Constituição de 1891, a exemplo das Constituições Americana e Argentina, adotou a dualidade de justiça, que, segundo Pedro Lessa, é inerente ao regime federativo.” (CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 197). Rui Barbosa defendeu, em 1910, a unificação da Justiça ao argumento de que: “Na União Americana, onde cada Estado é senhor do seu direito substantivo, nada mais lógico do que ser êle, outrossim, quem disponha do seu direito processual, e organize a magistratura, a que ha de competir a execução de um e outro. No Brasil, onde o direito substantivo é um só, fôrça era ser um só o sistema de processo, e ter o organismo judiciário um caráter uno... Entregue ao arbítrio dos poderes locais, a magistratura baixou, moral e profissionalmente, de nível. Profissionalmente; porque os magistrados estaduais não têm horizonte. (...) Moralmente; porque, abandonada aos interesses de província, às suas resoluções, às intolerâncias dos seus partidos, magistratura local tem que acabar resignada ao papel de instrumento político, e vegetar nessa condição desmoralizadora. A Constituição, portanto, deveria ser reformada: 1º, para que se unifique o direito de legislar sobre o processo; 2º, para que se unifique a magistratura. Se (...) se opuzerem embaraços insuperáveis, consintam-nos, ao menos, como transição para essa reforma ulterior, que se altere a Constituição, concentrando no Supremo Tribunal Federal toda a jurisprudência do país, mediante recursos, para esse tribunal, das sentenças das Justiças dos Estados em matéria de direito civil, penal e mercantil.” (CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pp. 197-198). O autor menciona que a unidade da justiça contava, à época, com apoio de grande numero de partidários.

²⁷⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 13.

ordenamento jurídico, por norma regimental, abrindo caminho de apelo ao Supremo para que este verificasse se as decisões recorridas contrariavam a Constituição, a lei federal, ou ato do governo. Como lembra Hugo Mósca, a criação do RE causou enormes discussões entre os ministros no âmbito do Tribunal:

Examinando-se os trabalhos da Comissão encarregada de redigir o Regimento do Supremo Tribunal Federal, nos primórdios da República, verifica-se que houve uma grande vacilação em torno de suas atividades, porque eram muito reduzidas as atribuições constitucionais que a Carta Provisória concedera à Corte, de sorte que na sessão do dia 15 de julho de 1891, o Ministro Cunha Barradas apresentou uma emenda (...), sugerindo a institucionalização do recurso extraordinário, como uma medida de caráter excepcional, com rito próprio, porque ele se diferenciava dos demais recursos vigentes no Império. Era nova norma processual e por isso sugeriu (o que foi aceito) que esse recurso teria, obrigatoriamente, o Parecer da Procuradoria, não oral, mas sim escrito (está expresso no texto da emenda), e que deveria subir aos autos originais, com um sentido de uma prefacial, apenas. E acrescentou na sua sugestão: ‘No julgamento destes recursos, o Tribunal se limitará a verificar se o julgamento recorrido violou algum preceito da Constituição, de Lei Federal ou Ato do respectivo Governo, aplicando à espécie o contrário à Constituição ou à Lei Federal. A decisão do Tribunal, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita ao ponto controvertido, sem poder conhecer de quaisquer outras questões porventura compreendidas no julgamento, nem no merecimento deste, fora do caso especial de sua competência constitucional.’²⁷⁵

Nascia, assim, contra a vontade de alguns ministros do STF, o Recurso Extraordinário, que, até 1894, só tinha previsão regimental.²⁷⁶ Referido recurso só veio a constar de ato legislativo por meio da Lei nº 221/1894 (art. 24).

3.4.2. Local de funcionamento

Nos primeiros anos, o Supremo funcionou de forma muito precária, em um prédio, na Rua do Lavradio, no centro do Rio de Janeiro, onde funcionava o Tribunal da Relação. Segundo Leda Boechat, “*o prédio em que funcionou o STF em seu primeiro ano primava pela pobreza e desconforto*”, o que gerava protestos de seus ministros, que sequer tinham onde guardar seus

²⁷⁵ MÓSCA, Hugo. *O Recurso Extraordinário no passado e no presente*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 13-15). Lêda Boechat informa que o regimento foi aprovado após longas discussões, e sob os protestos do Visconde de Sabará, “*que julgava indispensável a aprovação do mesmo pelo Poder Legislativo*.” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 13.

²⁷⁶ O Recurso Extraordinário estava previsto nos arts. 99 e seguintes do RISTF/1891.

papéis, visto que os juízes que atuavam no mesmo local alternadamente com o STF, quatro vezes por semana, haviam se apossado das chaves das gavetas.²⁷⁷

Em 1892, por ordem do Ministro da Justiça, o STF foi transferido para outro prédio, mas a situação continuou precária, na medida em que o tribunal continuava a dividir espaço com outro órgão jurisdicional (dessa vez, com a Corte de Apelações).²⁷⁸ Tal situação só foi definitivamente resolvida em 1909, quando a Corte instalou-se na Av. Central, hoje Av. Rio Branco. Com efeito, em 03.04.1909, o STF transferiu-se para o palácio construído para o Arcebispo, o qual fora cedido pelo Governo Afonso Pena. Lá o tribunal funcionou até 1960, quando se deslocou para a nova capital, em Brasília.

3.4.3. Composição numérica do STF

A Constituição de 1891 reduziu de 17 para 15 o número de juízes do órgão de cúpula da justiça brasileira. Com efeito, de acordo com o art. 56 da Constituição de 1891, o STF era composto por 15 magistrados, os quais deveriam ser escolhidos dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. Cabia ao Presidente da República designar um de seus membros para funcionar como Procurador-Geral da República (art. 58, §2º).

A primeira composição do Tribunal foi integralmente indicada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, sendo certo que o Senado deveria, posteriormente, referendar os nomes submetidos pelo generalíssimo. Conforme noticia Lêda Boechat,

Dos 15 Ministros nomeados, a maioria vinha do Supremo Tribunal de Justiça e pouco se demorariam no novo Tribunal. Quatro estavam na casa dos 70 anos, sete na dos 60, 3 na dos 50 e apenas um tinha menos de 50 anos. A idade média era de 63 anos.²⁷⁹

Marco Antonio Villa lembra que, dentre os Ministros indicados pelo Presidente Deodoro da Fonseca, dois acumulavam, indevidamente, outros cargos públicos: o Barão de

²⁷⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 8.

²⁷⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 9.

²⁷⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 7.

Lucena era Ministro da Justiça e Alencar Araripe era Ministro do governo. Ambos se aposentaram no STF sem que tivessem participado de nenhum julgamento.²⁸⁰

3.4.4. Administração do Tribunal

Em relação à administração do Tribunal, a Constituição assegurou, no art. 58, §1º, autonomia para que os próprios ministros escolhessem Presidente e o Vice-Presidente. Nada disse, no entanto, quanto ao prazo de duração do mandato, permitindo que a matéria fosse regulada pelo RISTF.

Em razão disso, o RISTF/1891 estabeleceu que a eleição do Presidente e do Vice-Presidente do Tribunal deveria ser realizada em escrutínio *secreto*, para um mandato de três anos (art. 5º), facultada a possibilidade de reeleição (art. 5º, §3º). Além disso, estabeleceu que a assunção do cargo era *obrigatória* pelos escolhidos, salvo escusa legítima aceita pelo Tribunal ou pelo Presidente, conforme o caso (art. 7º).

Até 1894, o Presidente e o Vice-Presidente prestaram juramento perante o Presidente da República. Isso causou graves inconvenientes, no período do governo de Floriano Peixoto, que adiou, por inúmeras vezes, a posse dos eleitos, em resposta a decisões que lhe desagradavam. Essa conduta reiterada do Presidente levou o Tribunal a reformar o seu regimento interno, em 1894, a fim de permitir que a posse fosse dada pelo próprio Tribunal.

Durante a República Velha, entre 1891 e 1910, quatro ministros ocuparam a Presidência do Tribunal, cumprindo mandatos de 3 anos. Em 1911, no entanto, foi eleito o Ministro Hermínio do Espírito Santo, que exerceu a presidência do STF, ininterruptamente, por 13 anos consecutivos, isto é, até 1924.²⁸¹

²⁸⁰ Cf. VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p. 132. De acordo com Lêda Boechat, por ocasião da apreciação dos nomes dos ministros indicados pelo generalíssimo, a Comissão de Justiça elaborou parecer contrário à aprovação dos nomes do Barão de Lucena e de Tristão de Alencar Araripe: “A Comissão, segundo Amaro Cavalcanti, impugnara aquelas duas nomeações porque os nomeados, ‘como membros do Governo, têm abusado de suas posições políticas e da confiança do Presidente da República, violando acintosa e caprichosamente muitas disposições da Constituição. Quem viola a Constituição não pode ser o guarda vigilante das leis e dos próprios preceitos constitucionais.’” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 12). A despeito disso, foram todos, ao final, aprovados pelo Senado.

²⁸¹ O Ministro Hermínio Francisco do Espírito Santo integrou a corte por 30 anos, entre 1894-1924. Cf.

3.4.5. Sessões

O art. 24 do RISTF/1891 estabeleceu que o STF deveria reunir-se em sessão ordinária, duas vezes por semana, às quartas e aos sábados. A realização de sessões extraordinárias, por sua vez, dependia de prévia convocação do Presidente do Tribunal, e estava sujeita à conveniência do serviço. As sessões ordinárias tinham início às 10 horas da manhã, com duração de 4 horas (art. 26)²⁸²; já as extraordinárias, seguiam as determinações de sua convocação. Ao longo de 1891, segundo Lêda Boechat, o STF realizou um total de “93 sessões, proferindo sentenças de pouca monta, que nem sequer estão publicadas em volume.”²⁸³ É extremamente relevante observar, no entanto, que, desde o princípio, o Supremo Tribunal estabeleceu que suas sessões seriam públicas. Veja-se, nesse sentido, o disposto no art. 29 do RISTF/1891:

Art. 29. As sessões e votações serão publicas, salvo nos casos exceptuados neste Regimento, ou quando no interesse da justiça ou da moral resolver o presidente, com aprovação do Tribunal, que se discuta e vote em sessão secreta.

Verifica-se, assim, que a publicidade das sessões de votação e de julgamento é regra que se impõe aos ministros do STF desde a República Velha.

3.4.6. Relatoria e revisão

No que tange à relatoria dos processos, o art. 38 do RISTF/1891 estabelecia que “o ministro a quem tocar a distribuição é juiz da instrução que se houver de processar no Tribunal, e relator do processo que houver de ser submetido a julgamento. Seo relatório em meza é oral, podendo lel-o si o tiver escripto”. Já o art. 40 do Regimento Interno determinava

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 46.

²⁸² Em 1909, as sessões passaram a começar às 11h e 30 minutos (cf. art. 31 do RISTF/1909).

²⁸³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 14.

a submissão do processo a *dois* revisores que se seguissem ao relator em ordem descendente de antiguidade. Assim, pelo menos 3 ministros deveriam ter pleno conhecimento da causa em debate, para viabilizar a discussão e deliberação. Esse modelo, no entanto, não era imune a críticas. O Ministro Macedo Soares, por exemplo, certa feita, ao justificar a mudança de posicionamento em determinado tema, declarou:

‘Variei de voto depois de mais apurado estudo da questão, que, da primeira vez, foi menos bem decidida pelo Tribunal. E isto é devido à péssima forma de julgamentos, herdada do extinto Supremo Tribunal de Justiça, cujos membros, transferidos para este, fizeram um regimento incompatível com a nova organização da Justiça Federal, que eles, em maioria, pela novidade da matéria, nem conheciam. Questões do maior momento são aqui apresentadas de sopetão, com o estudo apenas de um relator e dois revisores, e decididas pela grande maioria da casa, à qual nem tempo se dá para examiná-las, e há de votar na fé dos que as estudaram.’²⁸⁴

Alguns ministros já criticavam, no alvorecer do STF, a forma de deliberação adotada pelo Tribunal, que fora importada do Supremo Tribunal de Justiça, por considerá-la inadequada à discussão das relevantes questões que lhes eram submetidas.²⁸⁵

3.4.7. Deliberação

A deliberação foi disciplinada no art. 43 do RISTF/1891. Nos termos do referido dispositivo, após a exposição oral do relatório pelo ministro relator, a palavra era dada aos revisores para que fizessem as retificações que entendessem necessárias ou dissessem se estavam de acordo com ela. Seguia-se, então, a apresentação dos esclarecimentos porventura solicitados por outros ministros. Ato contínuo, o relator e os revisores apresentavam seus votos, abrindo-se, em seguida, a possibilidade de discussão do tema por todos os magistrados.²⁸⁶ O

²⁸⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, pp. 80-81.

²⁸⁵ O Ministro Luís Roberto Barroso fez, recentemente, crítica semelhante, referindo-se à surpresa causada pela divulgação da pauta de julgamento com pouquíssima antecedência, o que leva os Ministros a terem de votar no susto, de supetão. Cf. <http://jota.info/jotinhas-2>. Acesso em 06/05/2015.

²⁸⁶ “Art. 43. Os revisores, depois de feita a exposição em meza pelo relator, devem declarar si conformao-se com ella, ou fazer as rectificações que entenderem; em seguida, prestados os esclarecimentos que solicitar qualquer dos outros ministros, cada um dos três enunciará o seo parecer sobre o processo, na ordem em que o tiver visto, e abrir-se-ha a discussão entre todos os juízes, começando pela questão preliminar ou prejudicial que se levante”.

art. 44 do RISTF/1891 estabeleceu regra –que se mantém em vigor até os dias de hoje, embora seja seguidamente desrespeitada – segundo a qual cada ministro pode manifestar-se ordinariamente por duas vezes, sendo autorizado a falar uma terceira vez, para justificar eventual modificação de seu voto.²⁸⁷ Após as discussões, o Presidente colhia os votos, começando pelos ministros mais modernos na corte (art. 45).²⁸⁸

Vale observar que o Regimento do STF possuía dispositivo específico para lidar com empates na votação. Nos termos do art. 46 daquele diploma, em matéria criminal, o empate favorecia o réu. Em matéria cível, o Presidente deveria desempatar a votação se, depois de colocar as questões novamente em discussão *separadamente*, o resultado permanecesse empatado.²⁸⁹

O art. 48 estabelecia regra sobre a lavratura do acórdão. Segundo o dispositivo:

Art. 48. A sentença deve ser redigida pelo relator, salvo si fôr vencido; e neste caso, o presidente designará para redigil-a um dos juízes cujo voto fôr vencedor. Conterá as conclusões das partes, as requisições finais do Procurador Geral da República, os fundamentos de facto e de direito e as decisões; será assignada pelo presidente, relator e mais juízes, sendo-lhes permitido declarar os motivos de seo voto em seguida á assinatura.

É interessante notar que a parte final do art. 48 que o RISTF/1891 permitia a declaração dos motivos do voto vencido, o que era posto em prática. No acórdão proferido, por exemplo, no Habeas Corpus nº 300, impetrado por Rui Barbosa em favor do Almirante Eduardo Wandenkolk e outros, presos em razão da Revolta da Armada, restou consignada a manifestação do Ministro Pisa e Almeida, que votara pela concessão da ordem. Em outras palavras, o voto vencido sempre foi aceito e divulgado pelo Tribunal.

O art. 49, por fim, determinava que o ministro responsável pela redação do acórdão poderia levar os autos consigo para apresentar a sentença redigida na sessão subsequente. E impunha que a sua redação fosse aprovada pelos demais membros do tribunal,²⁹⁰ o que

²⁸⁷ “Art. 44. Cada juiz do Tribunnal pode fallar duas vezes sobre o assumpto em discussão e mais uma vez para explicar a modificação de seo voto já enunciado: nenhum fallará sem que o presidente lhe conceda a palavra, nem interromperá ao que estiver no uso della. (...)”.

²⁸⁸ “Art. 45. Encerrada a discussão, o presidente tomará os votos a começar pelo mais moderno dos juízes e seguindo até o mais antigo”.

²⁸⁹ “Art. 46. A decisão se vence por maioria dos votos dos juízes. Em matéria criminal, o empate equivale a decisão favorável ao reo. Em matéria cível, o presidente terá voto para desempate, depois de verificar que, ainda posta em votação separadamente cada uma das questões que motivarem a divergência, não chega a accordo a maioria dos juízes na decisão final.”

²⁹⁰ “Art. 49. É facultado ao relator ou ao juiz que houver de redigir a sentença levar os autos para apresental-a

evidencia interessante preocupação do Tribunal no sentido de que o voto escrito refletisse as decisões tomadas pela Corte por ocasião do julgamento.

Das regras regimentais apresentadas anteriormente extrai-se a conclusão de que o STF claramente adotava, na sua origem, um modelo de deliberação misto, que conjugava a exposição dos votos em série com a busca por uma fundamentação representativa da decisão da maioria do colegiado. O Regimento permitia a votação individual, mas levava o relator (ou ministro designado) a redigir o acórdão com os fundamentos que contaram com a opinião majoritária, que deveria ser aprovado na sessão seguinte. Sem prejuízo disso, era permitida a divulgação de divergências no acórdão, logo abaixo das assinatura dos ministros.

3.4.8. Alterações realizadas no RISTF/1891

Embora o art. 58, *caput*, da Constituição de 1891 atribuísse aos tribunais federais a prerrogativa de eleger seus Presidentes e de organizar suas secretarias, não se pode afirmar com segurança fosse, à época, vedado ao Legislativo dispor sobre matérias relativas à organização dos Tribunais, nem que eventual disciplina desses temas ferisse o princípio da separação dos poderes na concepção então vigente.

Realmente, no início da República havia dúvida sobre a competência dos tribunais no que tange a sua auto-organização, a ponto do Visconde de Sabará ter julgado indispensável submeter o primeiro Regimento Interno do STF à aprovação do Poder Legislativo.²⁹¹ Também o legislador julgava ter competência nessa seara. Tanto que aprovou a Lei nº 221/1894, que estabelecia, em seu art. 85, que “o Regimento do Supremo Tribunal Federal se cumprirá com as alterações desta lei”.²⁹² Ao que parece, o STF entendia pela existência de uma preferência

redigida na sessão imediata. Em todo caso, ella será lançada nos autos pelo secretario depois de aprovada a redacção, e com a data do dia em que foi proferida.” O Regimento Interno do STF aprovado em 1909 modificou essa norma, determinando que a redação da sentença só fosse submetida à aprovação do Tribunal, se algum juiz assim o requeresse. Veja-se: “Art. 56. É facultado ao relator, ou ao juiz designado, levar os autos consigo para redigir a sentença e apresentá-la na sessão imediata; mas em todo o caso, deverá ella ser lançada nos autos com a data em que houver sido proferida, podendo a sua redacção ser submettida á prévia aprovação do Tribunal, si o requerer algum juiz.”

²⁹¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 13.

²⁹² Não há notícia de que a referida lei tenha sido declarada inconstitucional.

de lei nessa matéria, e não de reserva de regulamento.²⁹³

Em razão das alterações determinadas pela Lei nº 221/1894, que estabeleceu normas complementares sobre a organização e o funcionamento da Justiça Federal, o STF aprovou novo Regimento Interno, em 1909, que consolidou diversas modificações implementadas anteriormente por emendas regimentais.²⁹⁴ Tais alterações foram deveras pontuais e não modificaram de forma relevante o funcionamento ou o processo de deliberação até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

3.5. A importância e o papel do STF na República Velha

3.5.1. As razões para a criação do STF

Há uma controvérsia na doutrina sobre as razões que levaram os republicanos a criar o Supremo Tribunal Federal. Em seu clássico livro sobre o Tribunal, Lêda Boechat dá a entender que, antes mesmo da proclamação da República, já havia, no seio político, a intenção de se criar uma instituição à imagem e semelhança da Suprema Corte norte americana, para conter eventuais abusos dos outros poderes. Segundo ela, em julho de 1889, Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira tiveram uma audiência com D. Pedro II, antes de embarcarem para uma missão nos Estados Unidos, e receberam do Imperador a seguinte recomendação:

‘Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem haveremos de ter

²⁹³ Sobre o tema da preferência de lei e da reserva de regulamento, veja-se o debate entre Gustavo Binbenojm e André Cyrino Rodrigues: CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 144-171.

²⁹⁴ Segundo Hugo Mósca, como a referida lei “recomendava que se procedesse à consolidação de todas as disposições vigentes sobre organização e processo federal, (...) o Supremo teve de realizar alterações em sua organização interna, começando um rosário de emendas que, afinal, foram reunidas e ordenadas em novo Regimento, na presidência do Ministro Pindahiba de Matos, em 24 de maio de 1909.” (MÓSCA, Hugo. *O Recurso Extraordinário no passado e no presente*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 16).

uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto.²⁹⁵

Mesmo que tivesse a real intenção de “*criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador*”, o Imperador não teve tempo hábil para tanto. Com a proclamação da República, em 15.11.1889, coube ao novo regime a criação do novo Tribunal.

Gustavo Direito sustenta que o STF surgiu com a missão de atuar como freio ao poder exercido pelo Executivo e de proteger a federação do excessivo desejo de descentralização daqueles que haviam defendido a proclamação da República. O problema, segundo o autor, é que os ministros nomeados para o novo tribunal possuíam vínculos com o antigo regime e não estavam acostumados a lidar com questões de Estado, notadamente porque o antigo Supremo Tribunal de Justiça não tinha nenhuma dimensão política.²⁹⁶ Nesse sentido, Luís Felipe Lopes Bosson sustenta que a República cometeu o grave erro de aproveitar no STF ministros oriundos do Supremo Tribunal de Justiça, que não comungavam dos mesmos ideais republicanos que motivaram o golpe militar. Para ele, “(...) *os ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, (...) até por questões de formação e mentalidade, não estavam preparados para o exercício das novas funções que lhe reservava o novo Regime.*”²⁹⁷ Isso se refletiu na jurisprudência do Tribunal, sobretudo nos primeiros anos de sua existência.

Já para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o Supremo foi criado e atuou para consolidar o regime republicano. O autor questiona a tese de Lêda Boechat de que já se aspirava a criação de um tribunal nos moldes norte-americanos. Para ele, a criação do STF decorreu da vontade de Rui Barbosa, e teria sido apoiada pelo Exército, que viu na nova instituição um instrumento

²⁹⁵ MENDONÇA, Carlos Süssekind de. *Salvador de Mendonça*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1960, p. 136. *Apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 1.

²⁹⁶ DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal: uma breve análise da sua criação*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 260, 2012, p. 260. Segundo Emília Costa, “*ao Supremo Tribunal, modelado na Suprema Corte norte-americana, cabia rever as decisões das cortes de apelação todas as vezes que houvesse violação de direito. Era também de sua alçada julgar conflitos que surgissem entre as autoridades judiciais e a administração federal, entre a União e os Estados, ou entre os próprios Estados. Foram transferidos para ele os poderes judiciais que, no Império, eram da alçada do Conselho de Estado.*” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 24).

²⁹⁷ FIUZA, Cézár (Coord.). *História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República*. Direito processual na história. Belo horizonte: Mandamentos, 2002, p. 177. *Apud* DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal: uma breve análise da sua criação*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 260, 2012, pp. 257-258.

para evitar eventual contragolpe monarquista:

(...) não é fácil crer na afirmativa de Rodrigues (1977), em seu clássico *História do Supremo Tribunal Federal*, de que a concepção de se criar uma Corte baseada no modelo americano seria corrente no Brasil pré-republicano. Parece mais razoável a perspectiva de Baleeiro (1968), pela qual a influência do gênio de Barbosa somou-se à pressão positivista do Exército, desejoso de uma instituição capaz de colocar freios aos excessos do Legislativo, como afiança Campos Sales na exposição de motivos do Decreto n. 848 de 11.10.1890, instituidor do Supremo Tribunal Federal. (...) Acredita-se que os homens do Governo Provisório tinham modelado o Supremo Tribunal Federal à imagem da Suprema Corte americana muito mais como um instrumento de conservação do regime político e de controle dos atos do Parlamento. Isto se explica porque as ideias republicanas eram concepções muito minoritárias naquele período. (...) A preocupação com relação a um contragolpe monárquico era uma realidade. Tanto é assim que a forma de governo republicana permaneceu como cláusula pétrea do constitucionalismo nacional por quase 1 (um) século, ou seja, até a atual Carta de 1988. O Supremo Tribunal Federal foi concebido como instituição que deveria garantir a Constituição – leia-se República, mesmo contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno da Monarquia.²⁹⁸

Isso explica, para o autor, a denegação, em 1897, de *habeas corpus* postulado em favor de monarquistas acusados de conspiração contra o regime republicano.²⁹⁹

Com o devido respeito, nenhuma das duas teses parece totalmente correta. De um lado, não parece haver elementos suficientes para sustentar, como o fez Lêda Boechat, que a criação de um Tribunal que espelhasse as atribuições da Supremo Corte norte-americana fosse uma aspiração corrente na sociedade brasileira. As elites buscavam, isto sim, a limitação do poder do Imperador e a ampliação dos poderes do Parlamento. Lembre-se, nesse sentido, que o Brasil era muito mais influenciado pela doutrina europeia do que pela norte-americana, e na Europa a luta que se travava era contra o absolutismo monárquico. Por outro lado, a tese de Álvaro Ricardo, embora crível, também não se afigura exata. Se a intenção dos republicanos fosse a de criar um tribunal capaz de zelar pela preservação do novo regime, não faria sentido que ministros do Superior Tribunal de Justiça fossem nomeados para o novo Tribunal. Afinal, é difícil imaginar que magistrados formados no regime monárquico pudessem “*revolucionar*” a jurisprudência ou ter a real noção do papel da instituição para o novo regime.

Parece-nos mais correta a ideia de que o STF surgiu por obra e inspiração de Rui Barbosa, que via o tribunal como uma instituição necessária à defesa das liberdades individuais e ao equilíbrio dos entes federativos. Só um tribunal da *federação* seria capaz de evitar, que os

²⁹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pp. 285-286.

²⁹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 287.

entes invadissem as competências uns dos outros. O que inspirou Rui Barbosa foi o ideal de limitação dos poderes, e com isso comungavam tanto os partidários da monarquia, quanto os republicanos civis.

3.5.2. A criação do controle de constitucionalidade

Seguindo a tese de que o STF surgiu como instituição para evitar qualquer contragolpe monarquista, Álvaro Ricardo de Souza Cruz defende que o controle de constitucionalidade foi instituído para atender aos interesses do governo. Veja-se o raciocínio daquele autor:

(...) o controle de constitucionalidade das leis nasceu no Brasil sob o signo dos interesses governamentais, posto que o mesmo ocorrera em 1891, na via difusa, por receio de suporte parlamentar a qualquer movimentação dos monarquistas, ou seja, por detrás do discurso de fortalecimento do Supremo, o regime militar acrescia ao Ordenamento Jurídico um instrumento castrador do Parlamento federal.³⁰⁰

O argumento não nos parece correto. Primeiro, porque o controle de constitucionalidade não era exercido por via de ação; era instrumento que, em sua origem, só podia ser utilizado pela defesa, como questão prejudicial. Para além disso, se o controle de constitucionalidade tivesse sido criado como instrumento de governo, não faria sentido que ele fosse atribuído a todos os magistrados. Se as ideias republicanas eram, à época, minoritárias, como sustenta o autor, não faria sentido conferir à magistratura como um todo o exercício do controle de constitucionalidade. Menos ainda pretender punir juízes que declaravam a inconstitucionalidade de leis, como fez o governo nos primeiros anos do regime.³⁰¹ Como se vê, ao contrário do que defende Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o controle de constitucionalidade não surgiu como instrumento de governo. Surgiu, em verdade, sob a inspiração do modelo norte-americano, como instrumento de contenção do poder, atribuído a todos os magistrados.

³⁰⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 308.

³⁰¹ Como lembra Rodrigo Brandão, “(...) não obstante a existência de expressa previsão constitucional acerca da possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, na década que se seguiu à Constituição de 1891, juízes que o exerceram sofreram processos criminais.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 100. Sobre o tema, veja-se, com maior profundidade, RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, pp. 82-89.

A lógica subjacente é a de que o Poder Judiciário precisava contar com instrumento adequado à contenção de abusos dos demais poderes. Esse instrumento foi o controle de constitucionalidade difuso. Por isso se instituiu expressamente, no Brasil, a possibilidade de controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

Nada obstante isso, como lembra Rodrigo Brandão, a importação do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade deu-se, no Brasil, pela metade. É que, sem aderir à doutrina do *stare decisis*, o controle dos abusos cometidos pelos outros poderes restou muito prejudicado:

(...)os efeitos meramente *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade, somados às sérias restrições ao acesso à justiça na República Velha, montaram um cenário no qual os atos do Poder Público só se submetiam a efetivo controle judicial quando colocavam em risco interesse de elites; mesmo nesse caso, havia o risco sempre presente de descumprimento de decisão judicial.³⁰²

A verdade é que, embora a Carta de 1891 tenha ampliado e fortalecido o papel do Poder Judiciário, instituindo, expressamente, o controle de constitucionalidade das leis,³⁰³ a ausência de efeitos vinculantes tornou o instrumento *frágil* para a contenção de abusos. Por isso, os juízes muitas vezes não foram capazes de impedir os desmandos cometidos pelo Poder Executivo no alvorecer do novo regime.³⁰⁴ Nas palavras de Daniel Sarmento, “*apesar de alguns episódios*

³⁰² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 101.

³⁰³ Veja-se, por exemplo, o art. 13, §10, da Lei nº 221/1894: “§ 10. *Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.*”

³⁰⁴ “(...) *as esperanças de instituir-se um sistema de checks and balances caíram por terra com o irromper de um ‘presidencialismo imperial’, cujos poderes absolutos se manifestam das mais diversas formas: prisões arbitrárias, desterros, expulsões, aposentadorias compulsórias e cassações de opositores e políticos, estados de sítio e intervenções federais sem a presença dos pressupostos constitucionais, golpes militares etc. (...) Diante desta realidade, parece natural o Judiciário não ter reunido as condições necessárias para controlar os atos produzidos pelos poderes políticos, sendo frequentes as mais diversas reações políticas a decisões indesejadas pelos governos de ocasião, como o descumprimento de decisões judiciais e os ataques institucionais à Corte (redução ou aumento do número de ministros, exclusão de matérias da sua apreciação, cassação de ministros, suspensão das garantias da magistratura e do Judiciário) etc. Assim, parece excessiva a crítica de João Mangabeira, no sentido de que ‘o órgão que, desde 1892 a 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal’. (...)” (MANGABEIRA, João. *Rui: o estadista da República*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. *Apud* BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 95-96). Para Rodrigo Brandão, o erro de Mangabeira está em sustentar que a supremacia judicial seria corolário da supremacia da Constituição. Na visão do professor da UERJ, “*não se deve ser ingênuo a ponto de considerar que o exercício independente do controle de constitucionalidade depende apenas da coragem do magistrado, ou que a supremacia judicial é conquistada pela positivação formal de um princípio. (...) em um contexto político altamente instável, não se pode exigir um heroísmo do Judiciário.*” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 96).*

pontuais de resistência, o Supremo Tribunal Federal foi, em geral, bastante dócil diante dos desmandos dos governantes de plantão.”³⁰⁵ A docilidade do tribunal foi, antes, o reconhecimento da incapacidade de se impor aos demais poderes, do que uma submissão s tais ilegalidades.

3.5.3. A afirmação do STF como Poder da República

A doutrina constitucional brasileira costuma afirmar que o STF exerceu relevante papel de contenção de abusos do Poder Executivo,³⁰⁶ sobretudo nos dez primeiros anos do período Republicano.³⁰⁷ A afirmação é verdadeira, embora deva ser vista *cum grano salis*.

Durante os primeiros anos da República, o Tribunal efetivamente viveu um momento de efervescência e de busca de afirmação de seu poder. Era ele constantemente provocado a manifestar-se sobre a legalidade de atos praticados às margens da ordem jurídica, que o governo desejava punir severa e exemplarmente para garantir a manutenção da ordem e da estabilidade social. Ao longo desse período, instado por inúmeros *HCs*, muitos dos quais impetrados por Rui Barbosa, o STF desenvolveu a “*doutrina brasileira do habeas corpus*”. Por obra da ousadia do jurista baiano, o escopo da garantia constitucional foi paulatinamente alargado pelo STF para abranger todos os casos de violência, coação ou iminente perigo por ilegalidade ou abuso de poder, e não apenas os atentatórios à liberdade de locomoção.³⁰⁸

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 26.

³⁰⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 96.

³⁰⁷ “*Ao encerrar-se o governo Prudente de Moraes, o Supremo Tribunal Federal podia considerar-se vitorioso. Dez anos haviam decorrido desde a Proclamação da República e, durante esse agitado período de nossa história, ele deixara de ser um poder subordinado, como fora no Império, para transformar-se em um poder independente.*” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 38).

³⁰⁸ “*Apesar dos diversos tipos de reações políticas às decisões judiciais, o período de 1891 a 1926 foi um momento áureo da jurisprudência do STF. Neste período, (...), o STF engendrou uma das mais – senão a mais – importante construção jurisprudencial da sua história: a doutrina brasileira do habeas corpus.*” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 100).

A despeito disso, não foi um período fácil para o Tribunal.³⁰⁹ Ao tentar afirmar-se como Poder da República, o STF chocava-se com os desmandos dos governantes e muitas vezes tinha de recuar. Vários são os exemplos de decisões em que o STF não conheceu de *habeas corpus*, por conta da pressão institucional do governo e para não acirrar ainda mais a disputa política de poder. O conflito entre o Tribunal e o governo foi especialmente acentuado durante a Presidência do Marechal Floriano Peixoto,³¹⁰ que assumiu após a renúncia de Deodoro da Fonseca.³¹¹ Durante a autoritária presidência de Floriano Peixoto, o STF viu-se muitas vezes impossibilitado de reunir-se em sessão de julgamento, por conta da recusa deliberada do Marechal em nomear novos integrantes para a Corte.³¹²

Com efeito, em três anos de governo, Floriano Peixoto teve a oportunidade de nomear 15 ministros. E algumas vezes, adiou a indicação para paralisar os trabalhos do Tribunal, impedindo que a Corte possuísse quórum mínimo para deliberação.³¹³ Além disso, o Presidente

³⁰⁹ “Os ministros que atuaram nos primeiros anos de vida do Supremo Tribunal Federal foram chamados a desempenhar seu papel em um dos períodos mais agitados da Primeira República.” COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 27.

³¹⁰ “Os confrontos entre o Tribunal e o Executivo multiplicaram-se durante todo o período Floriano Peixoto. O conflito era caracterizado pelos inimigos do presidente como uma luta entre a lei e a ditadura, e, pelos que o apoiavam, como um embate entre um imaginário constitucional mal pensado, na opinião do senador Aristides Lobo, e o Executivo, representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social, de cujo fortalecimento dependia a permanência da República.” Cf. COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 32.

³¹¹ Como se sabe, Deodoro da Fonseca renunciou após o fracasso do golpe de Estado que promoveu em 9.11.1893. O Marechal determinou o fechamento do Congresso e decretou Estado de Sítio, mas viu-se obrigado a recuar e a renunciar. Assim que assumiu o poder, Floriano Peixoto deu início à derrubada dos Governadores que haviam apoiado o golpe de Deodoro. Para mais detalhes, v. LYNCH, Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *O Constitucionalismo da Inefetividade: a Constituição de 1891 no Cativerio do Estado de Sítio*. In: *Revista Quaestio Iuris*, 5, pp. 85-136.

³¹² Álvaro Ricardo de Souza Cruz dá a entender que a revolta de Floriano Peixoto com o STF – de não nomear e praticamente inviabilizar o funcionamento do tribunal – está muito mais relacionada à rejeição dos nomes de Barata Ribeiro e dos generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Éverton Quadros do que por razões relacionadas à atuação do STF no caso envolvendo o Almirante Wandenkolk, preso em Santa Catarina, em 1892. Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 289.

³¹³ “Quando, em 1893, foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal a nulidade do Código Penal da Marinha, de 7 de março de 1891, Aristides Lobo, líder governista, escreveu que o Tribunal incorrera em crime de abuso de autoridade e precisava responder pelo mesmo perante o Senado. E tendo o Tribunal despertado a ira política de Floriano Peixoto, em razão daquele julgamento, ficou meses sem funcionar, porque o Marechal de Ferro não provia as vagas que iam ocorrendo e recusava-se, como então lhe competia, a dar posse ao Presidente eleito pelo Tribunal.” Em outra passagem: “Quase dois meses se escoaram sem haver sessão, por falta de número. Somente a 28 de abril de 1894 reuniu-se de novo o STF.” RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 3 e 44.

tentou subjugar o Tribunal, como já foi mencionado anteriormente, adiando indefinidamente a posse do Presidente e do Vice-Presidente eleitos pelo Tribunal, o que também inviabilizava o seu funcionamento.³¹⁴ Em resposta, o STF resolveu, em novembro de 1894, reformar seu regimento, com o que “ficou estabelecido que o presidente e o vice-presidente do Supremo passariam a prestar compromisso perante o próprio Tribunal e que ao primeiro caberia designar o procurador-geral da República.”³¹⁵ Conforme explica Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “esse ato reveste-se de imensa significação. O Supremo Tribunal Federal afirmava-se como um dos Poderes da República, distanciando-se muito do antigo Superior (sic) Tribunal de Justiça do Império.”³¹⁶

Durante a República Velha, outras medidas foram adotadas para (tentar) intimidar o Supremo e seus ministros. Certa feita, por exemplo, o governo tentou criar cinco cargos de juízes substitutos, para neutralizar decisões desfavoráveis aos seus interesses. A reforma pretendida, no entanto, não chegou a ser aprovada pelo Congresso.³¹⁷ Por essa razão, Emília Costa enfatiza com acuidade:

Apesar da frequente falta de quórum, do visível partidarismo político de seus membros, do inevitável caráter classista do Tribunal e do desrespeito do Executivo a algumas das decisões do Supremo, não se pode negar que este tenha desempenhado papel importante na construção das instituições republicanas e na defesa das garantias constitucionais e dos direitos dos cidadãos. É de admirar que um Tribunal pudesse funcionar, com uma relativa isenção, em um período em que o país viveu a maior parte do tempo em estado de sítio, com todas as garantias constitucionais suspensas.³¹⁸

A despeito de todas as vicissitudes do período, o saldo foi positivo. O STF conseguiu se afirmar como uma instituição relevante no Estado brasileiro, ainda que com alguma timidez.

³¹⁴ Sobre os embates entre Floriano Peixoto e o STF, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 96-98.

³¹⁵ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 33.

³¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 290.

³¹⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 38.

³¹⁸ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 49.

3.5.4. O STF como palco de disputas políticas

A República Velha foi um período turbulento, marcado por uma sucessão de conflitos e levantes armados, vários dos quais acabavam chegando ao Tribunal por meio de pedidos de *habeas corpus* impetrados em favor de insurgentes. Ao julgar esses casos, o STF e seus ministros não estavam imunes às paixões políticas. Tampouco conseguiam disfarçar suas próprias precompreensões sobre os temas. Como enfatiza Emília Costa, o STF foi, durante esses anos, palco de muitas contendas e disputas entre governo e oposição, e as decisões por ele proferidas dividiam politicamente os ministros, e não se encerravam nas fileiras do Tribunal. Estendiam-se, frequentemente, a debates na imprensa e prosseguiam no Congresso Nacional:

No meio desses confrontos múltiplos, o recém-criado Supremo Tribunal Federal era chamado a se manifestar, julgando pedidos de *habeas corpus*. As decisões eram examinadas pela imprensa e debatidas na Câmara. Os ministros tornavam-se alvo de críticas, de defesas e de ataques. As sessões eram concorridas. O Tribunal transformava-se em teatro para o gozo do público que lotava as galerias e se manifestava ruidosamente a favor e contra argumentos e decisões: vaiava, assobiava, aplaudia os discursos e acórdãos, apesar das reiteradas advertências do presidente, que ameaçava os manifestantes de expulsão.³¹⁹

Segundo a mesma autora, já se identificava, à época, um clima pesado entre diversos ministros. A liberdade de prolação de votos vencidos trouxe independência aos magistrados, mas acirrou, desde o princípio, as vaidades entre os julgadores. Nas palavras de Emília Costa:

No Tribunal as opiniões dividiam-se. Frequentemente havia votos vencidos. No dia seguinte as folhas comentavam os votos dos ministros. Não raro os debates iniciados no Tribunal prosseguiam no Congresso e na imprensa, representando as várias linhas políticas e grupos de interesse que se entrecrocavam. O clima de harmonia nem sempre estava presente entre os ministros, que, alvo de todas as atenções, não podiam evitar competir entre si. Esmeravam-se na justificativa dos votos e impressionavam o público com sua erudição. Rixas e ressentimentos pessoais afloravam nesses embates, mas o decoro, reforçado pelo ritual, era mantido. O viés político das decisões transparecia nos casos de *habeas corpus* ou nos de conflitos entre as oligarquias estaduais por ocasião das eleições, quando os ministros tinham de decidir entre as facções que lutavam pelo poder ou arbitrar nos embates entre União e Estado.³²⁰

Em outro trecho, a autora dá um exemplo concreto do clima de animosidade que se verificava entre os ministros do STF:

³¹⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 28.

³²⁰ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, pp. 28-29.

Apesar da relativa uniformidade dos ministros, eles divergiam nos seus votos, chegando às vezes a sérios desentendimentos pessoais, como o ocorrido entre Epitácio Pessoa e Pedro Lessa, relatado por Leda Boechat Rodrigues. A animosidade entre os dois decorreu de uma citação errada de autor norte-americano que Epitácio fizera em apoio a uma tese que defendia. Pedro Lessa interrompeu-o, dizendo que o autor citado afirmara exatamente o oposto. Como prova, mandou buscar o volume na biblioteca do Tribunal. Epitácio nunca lhe perdoou a humilhação. O incidente criou tanto mal-estar entre os dois que passaram anos sem se cumprimentar.³²¹

Segundo Marco Antonio Villa, Pedro Lessa e Epitácio Pessoa eram inimigos e não escondiam esse fato de quem quer que fosse. Não se falavam, não se cumprimentavam e arranjavam motivos fúteis para divergirem um do outro.³²²

Nesse sentido, o STF, desde a República Velha, era palco de disputas políticas. internas e externas. Daí extraímos duas conclusões. Primeiro: é equivocado afirmar que a Constituição de 1988 inaugurou a “judicialização da política”. Na verdade, há registros históricos de que, em algum grau, questões políticas foram judicializadas com frequência, com a ressalva dos períodos de ditadura, em que se reduziu a importância e a influência do STF, afastando-se da Corte a apreciação judicial atos de cunho político. Em segundo lugar, não é de hoje que se identificam rugas entre os ministros do STF. Conflitos internos, desentendimentos, rispidez entre os magistrados sempre ocorreram. A diferença é que antes não ganhavam a publicidade que ganham hoje, que só é possível com o avanço dos meios de comunicação de massa e o surgimento da TV Justiça.

³²¹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, pp. 47-48.

³²² “Tudo era motivo para divergir. Até pela imprensa travaram vários debates. Lessa, que tinha ascendência negra, em um dos artigos foi descrito por Pessoa, de forma racista, como um ‘parvasco alto e corpanzudo, pernóstico e gabola, ex-professor da Faculdade de São Paulo, que fala grosso para disfarçar a ignorância com o mesmo desastrado ardil com que raspa a cabeça para dissimular a carapinha.” (VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p. 137).

4 A REVOLUÇÃO DE 1930

A Revolução de 1930 teve como estopim o rompimento, pelo Estado de São Paulo, da política do café-com-leite. Com efeito, em 1929, São Paulo resolveu lançar Julio Prestes, então Governador de São Paulo, à Presidência da República, ao invés de apoiar a candidatura do então governador de Minas Gerais, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada. Com isso, desrespeitou a alternância de poder que havia sido institucionalizada entre os dois Estados. Em reação, o Governador de Minas Gerais decidiu apoiar Getúlio Vargas, líder político do Rio Grande do Sul, como candidato da Aliança Liberal.³²³

Nas eleições de março de 1930, a força econômica de São Paulo conduziu Julio Prestes à vitória. Inconformados, os Estados perdedores começaram a articular o golpe.³²⁴ Em outubro daquele ano, liderados por Getúlio Vargas, os Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul deflagraram um movimento armado, que depôs o Presidente Washington Luís e impediu a posse de Júlio Prestes. Chegava ao fim, assim, a República Velha.

³²³ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, pp. 273, 274.

³²⁴ Atribuir o golpe apenas à ruptura da política do café-com-leite e à derrota de Getúlio seria deveras reducionista. Como explica Luís Roberto Barroso, diversos fatores contribuíram para o desencadeamento do movimento revolucionário: “As motivações mais profundas eram muitas. Em âmbito internacional, a crise econômico-financeira de 1929 irradiava até o Brasil os seus efeitos, agravando o estado geral de insatisfação. Uma nova classe média, urbana e industrial, contrapunha-se à velha face do país, rural e agrária. Esta pequena burguesia urbana em ascensão, em cujo contexto se inseria a jovem oficialidade do Exército, tinha o seu ideário expresso no Tenentismo, movimento que em seu difuso programa defendia o voto secreto, a reforma administrativa e outras teses voltadas para a moralização das práticas políticas. (...) o processo de industrialização, estimulado por injunções da primeira guerra, fez nascer nas cidades o operariado, que começa a despertar como força política.” BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, pp. 18-19. Afonso Arinos, por sua vez, enumera as seguintes causas para o fracasso da República Velha: “O reformismo constitucional, manifesto já no próprio seio da Constituinte de 1890, acompanhou toda a vida da primeira República, para só se tornar vitorioso em 1926, quando não mais satisfazia. Já era, então, impossível deter o colapso das instituições políticas da primeira República. Tinha fracassado o federalismo sob duas formas: a primeira pelos exageros oligárquicos da ‘política dos governadores’ e a segunda pela extrema centralização iniciada nos governos de Deodoro e Floriano, restaurado pelo governo Hermes, e que depois foi regra geral, com a exceção relativa dos chamados grandes Estados, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. Tinha fracassado o papel do Congresso, preso ao poder presidencial pela farsa do reconhecimento de poderes, e pela necessidade do apoio de deputados e senadores aos governos estaduais, de que dependiam, os quais, por sua vez, dependiam do presidente da República. Tinha fracassado, finalmente, o Judiciário federal, pela sua falta de tradição política (a tradição do Judiciário do Império era francesa e não americana) e pelo desprestígio da própria Constituição. O Judiciário, com efeito, só é forte nos países em que a Constituição também é forte. Reunidos todos os fatores que vimos enumerando, a única saída possível era a revolucionária, tal como se deu em 1930.” FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 62.

Poucos dias depois do golpe, por meio do Decreto nº 19.398, de 11.11.1930, Getúlio Vargas instituiu o Governo Provisório. Apesar de ter mantido formalmente a Constituição de 1891 (art. 4º), aquele decreto autorizou, logo em seu art. 1º, o Governo Provisório a exercer, discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções do Executivo e do Legislativo, até que fosse eleita a Assembleia Constituinte. O art. 2º, por sua vez, confirmou a dissolução do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados, e das Câmaras ou assembleias municipais. Já o Poder Judiciário permaneceu em funcionamento (art. 3º), embora de forma restrita, na medida em que o art. 5º suspendeu as garantias constitucionais e excluiu os decretos e atos do governo provisório e dos interventores da apreciação judicial.

Em que pese o fato de ter mantido a Constituição de 1891 em vigor, Getúlio governou por decretos durante todo o período revolucionário, de 1930 a 1934. E impôs inúmeras alterações ao funcionamento do STF. Como lembra Emilia Costa, “*nem bem chegara ao poder, Vargas deixou clara sua intenção de intervir no Supremo.*”³²⁵

4.1. O funcionamento do STF durante a Revolução de 1930

Entre 1931 e 1934, Getúlio editou sete decretos relacionados ao funcionamento do STF, em clara demonstração de poder e de desprezo³²⁶ pela instituição:

- (i) o Decreto nº 19.656, de 3.02.1931, dispôs sobre a reorganização provisória do STF e estabeleceu regras para abreviar os seus julgamentos;
- (ii) por meio do Decreto nº 19.711, de 18.02.1931, o Governo aposentou nada menos do que seis ministros;
- (iii) o Decreto nº 20.106, de 13.06.1931, modificou e completou a reorganização provisória do STF e estabeleceu “*várias providências sobre o processo na Justiça Federal*”;
- (iv) o Decreto nº 20.381, de 9.09.1931 disciplinou o julgamento no STF em caso de

³²⁵ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 70.

³²⁶ O governo não confiava no STF. Tanto que, no art. 16 do Decreto nº 19.398/1930, que institucionalizou o governo provisório, preveu-se a criação de um Tribunal Especial para o processamento e julgamento dos crimes políticos.

- empate na votação;
- (v) o Decreto nº 20.699, de 23.11.1931, convocou o Tribunal a realizar sessões nos meses de dezembro e janeiro;
 - (vi) o Decreto nº 21.976/1932 dispôs sobre o julgamento de certos recursos pela Corte; e, por fim,
 - (vii) o Decreto nº 24.370, de 11.06.1934, editado às vésperas da promulgação do novo texto Constitucional, determinou alterações no RISTF, para abreviar o julgamento de feitos anteriores a 1933.

Nos itens que se seguem serão apresentadas as principais alterações impostas por Getúlio Vargas ao STF, durante o período revolucionário, que precedeu a promulgação da Constituição de 1934. Como se verá, a despeito da inspiração autoritária, algumas dessas medidas visavam a agilizar o processo e o julgamento de feitos no âmbito do Tribunal.

4.1.1. Composição numérica e aposentadoria compulsória

Em 3.02.1931, Getúlio Vargas editou o Decreto nº 19.656 reorganizando provisoriamente o STF e estabelecendo regras para abreviar os seus julgamentos. De plano, o decreto reduziu de 15 para 11 o número de ministros (art. 1º). Quinze dias depois, por meio do Decreto nº 19.711, de 18.02.1931, o Chefe do Governo Provisório aposentou os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca. Segundo Rodrigo Brandão, tal ato foi “*um dos mais duros ataques institucionais*” da história do Tribunal.³²⁷

Alguns historiadores sustentam que a aposentadoria dos referidos ministros teria sido uma vingança do Governo Revolucionário contra decisões por eles proferidas contrárias aos interesses dos revoltosos que participaram das sublevações de 1922, 23 e 24.³²⁸ Emilia Costa,

³²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 103.

³²⁸ “Os tenentes vitoriosos com a Revolução de 1930 haviam sido condenados pelas revoltas de 1922 e 1924 a 1927, e tinham visto sistematicamente denegados seus pedidos de habeas-corpus impetrados ao Supremo Tribunal. (...) a vingança realmente não demorou. Foram diminuídos pelo Governo Provisório os vencimentos dos ministros do STF, e demitidos seis deles pelo Decreto nº 19.656, de 18 de fevereiro de 1931.” RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV – Volume 1 / 1930-1963 Rio de Janeiro:

no entanto, sustenta que essa interpretação “*é difícil de ser comprovada*”, notadamente porque nem todos os magistrados aposentados votaram contrariamente aos interesses dos revolucionários. Além disso, outros ministros, que votaram contra foram preservados. Daí porque, segundo ela, não há como extrair essa relação de causalidade.³²⁹

No Tribunal, o Ministro Hermenegildo de Barros protestou contra a aposentadoria dos colegas, protesto esse que repercutiu e foi publicado por todos os jornais. Segundo Emília Costa:

Em sessão extraordinária do Tribunal, o ministro Hermenegildo de Barros deixou registrado seu protesto pela aposentadoria dos colegas. Mencionando que dois dos aposentados não mantinham relações pessoais com ele, pois nem sequer o cumprimentavam, disse o ministro, naquela ocasião, que não protestava por sentimento de coleguismo, mas por sentimento de classe. ‘(...) Pela minha parte’, acrescentou, ‘não tenho nenhuma honra em fazer parte desse Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos para a qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz independente, capaz de cumprir com sacrifício o seu dever’.³³⁰⁻³³¹

A despeito dessa manifestação, nenhum ministro abandonou o Tribunal em resposta à aposentadoria de seus colegas ou às intervenções realizadas na Corte. Por isso, na visão de Marco Antonio Villa,

O governo achava que tudo podia, não tinha limites. Por meio de um decreto, aposentou seis ministros do Supremo Tribunal Federal. O STF não se posicionou contra os ‘revolucionários’. Ao contrário, em novembro de 1930, negou, por 11 votos a dois, o pedido de *habeas corpus* do ex-presidente Washington Luís, que estava detido no forte de Copacabana.³³²

O fato é que após o ataque às prerrogativas e garantias dos ministros, o STF rapidamente se alinhou aos interesses dos revolucionários.

Civilização Brasileira, 2002, pp. 31-32.

³²⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 71.

³³⁰ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 71.

³³¹ O protesto do Ministro pode ser lido em RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV – Volume 1 / 1930-1963 Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 33-34.

³³² VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p. 44. O decreto ao qual o autor se refere foi o de nº 19.711/1931.

4.1.2. Garantias funcionais

O art. 8º do Decreto nº 19.398/1930, que institucionalizou o governo provisório, havia suspenso todas as garantias do funcionalismo público, inclusive as da magistratura, autorizando a anulação e revisão de nomeações, aposentadorias, reformas, pensões etc. Em junho de 1931, por meio do Decreto nº 20.106, que completou a reorganização do STF, o governo provisório derogou parcialmente a incidência do art. 8º do Decreto nº 19.398/1930, restabelecendo as garantias funcionais para os ministros do STF.

4.1.3. Criação e funcionamento das Turmas

O Decreto nº 19.656/1931 estabeleceu uma importante inovação no que tange ao funcionamento do Tribunal: determinou que o STF passasse a organizar-se em Turmas, para acelerar o julgamento dos feitos a ele submetidos. Nos feitos que não envolvessem questões constitucionais, as matérias seriam julgadas por turmas compostas por cinco juízes, que funcionariam desde que estivessem presentes três magistrados. Nos feitos que envolvessem questões constitucionais, as turmas deveriam ser compostas por sete ministros, funcionando com, no mínimo, cinco juízes.

As turmas, ao contrário da concepção atual, ainda não dividiam o tribunal em frações, mas eram formas de seleção dos magistrados que participariam do julgamento. Ao definir-se o relator, as turmas eram formadas com base na ordem de antiguidade.³³³

O Decreto nº 20.106/1931, que completou a reorganização provisória do STF determinou que as turmas fossem presididas pelo ministro mais antigo em cada uma delas (art.

³³³ Vejam-se, a propósito, os referidos dispositivos: “Art. 2º Os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal, que não envolvam questão constitucional, serão, até a organização definitiva do Supremo Tribunal, decididos, em primeiro julgamento, por turmas de cinco juizes, constituídas, em cada casa relator respectivo, os revisores e os dois juizes imediatos, em ordem de antiguidade, ao segundo revisor.

Parágrafo único. Em se tratando de feito que não tenha revisores, a turma julgadora será composta pelo relator e os quatro juizes imediatos em ordem de antiguidade.

Art. 3º Nos feitos que envolverem questão constitucional, a turma julgadora, nos casos a que se refere o art. 2º, será acrescida de mais dois juizes imediatos em antiguidade.

Art. 4º Nos casos dos arts. 2º e 3º, a turma julgadora funcionará desde que presentes no primeiro caso três e no segundo cinco de seus juizes, inclusive o relator e os revisores, sempre sob a presidência do mais antigo.”

2º), e autorizou que o RISTF estipulasse os critérios para a designação dos juízes que deveriam completar as turmas (art. 4º). Além disso, exigiu que os feitos que envolvessem questão constitucional tivessem um quórum mínimo de seis ministros, e não só de cinco, como especificava o decreto anterior (art. 8º).

4.1.4. Monocratização das decisões do Tribunal

Também com o intuito de abreviar o julgamento dos feitos no STF, o Decreto nº 19.656, de fevereiro de 1931, autorizou os ministros a decidirem determinadas questões monocraticamente e previu que essas decisões fossem atacadas por agravo. É o que se infere da leitura dos arts. 10, parágrafo único, 11 e 12 do diploma.³³⁴ O Decreto nº 20.106/1931 ampliou ainda mais os poderes do relator nos artigos 7º, 10, 11 e 12.³³⁵

³³⁴“Art. 10. Nos casos em que as partes tenham de arrazoar na instância superior, o secretário do Tribunal, verificando que o recurso foi interposto e os autos recebidos no prazo legal, abrirá as necessárias vistas, independente de despacho do relator.

Parágrafo único. Se o recurso na tiver sido interposto ou não recebidos os autos no prazo legal, o secretário logo os fará conclusos ao presidente do Tribunal, que decretará a deserção e ordenará a baixa do processo.

Art. 11. Compete ao relator o julgamento de todos os incidentes do processo, inclusive habilitações e desistências. § 1º Nos recursos extraordinários e nas revisões criminais, verificado que o pedido é inadmissível, assim como nos habeas corpus, originários quando sem a devida instruções, salvo se for pobre o paciente, deverá o relator indeferi-lo desde logo, por despacho exarado nos autos respectivos.

§ 2º O dispositivo supra se aplica aos processos já revistos.

Art. 12. Nos casos do parágrafo único do art. 10, assim como nos do art. 11, cabe agravo do despacho do presidente, ou do relator, para a turma respectiva, constituída na forma do parágrafo único do art. 2º.”

³³⁵ “Art. 7º Nos conflitos de jurisdição, quando o relator, por si mesmo ou mediante reclamação de qualquer interessado, considere tratar-se de recurso meramente protelatório, não determinará a suspensão do andamento dos processos respectivos, ou a do de um deles, ou revogará a determinação expedida, podendo, em todo o caso, autorizar as medidas acautelatórias que entender convenientes.”

“Art. 10. Inclue-se nos casos de competência do relator, a que se refere o art. 11 in principio do decreto n. 19.656, a decretação de deserção de qualquer recurso sempre que a não tenha proferido o presidente do Tribunal, nos termos do parágrafo único do art. 10 do mesmo decreto.”

“Art. 11. No § 1º do art. 11, do decreto n. 19.656, ficam suprimidas as palavras "salvo se for pobre o paciente" acrescentando-se ao mesmo artigo os seguintes parágrafos:

§ 2º Quando o relator verificar que a revisão, ou o habeas corpus, deixou de ser instruído por motivo relevante, alheio ao requerente, poderá ordenar as diligências que considerar necessárias ao conhecimento do pedido e seu julgamento.

§ 3º Quando se trate de reiteração de pedido de habeas corpus, poderá o relator admiti-lo, atendendo à relevância da matéria ou a novos documentos ou alegações.

§ 4º O indeferimento in limine, pelo relator, terá cabimento em todos os casos de manifesta incompetência do Tribunal para conhecer do pedido.

Art. 12. Cabe agravo, nos termos do art. 12, do decreto n. 19.656, das decisões proferidas pelo relator, nos casos dos arts. 10 e 11 do presente decreto.”

4.1.5. Prazos para os ministros

Outra inovação prevista no Decreto nº 19.656/1931 para acelerar o julgamento dos feitos no âmbito do STF foi a instituição de prazos para o Procurador-Geral da República e para os ministros estudarem os feitos que lhes fossem conclusos, obrigando, inclusive, que eles se justificassem, em caso de retardamento na devolução. De acordo com o art. 16 do decreto de 1931, “[c]ada ministro, (...), terá o prazo máximo de trinta dias, para estudar o feito que lhe seja concluso, (...). Se exceder do prazo determinado, o ministro dará as razões justificativas do retardamento.”

4.1.6. Prioridade de julgamento

Ainda no campo das medidas impostas para abreviar os julgamentos, por meio do Decreto nº 21.976, de 18.10.1932, o Chefe do Governo Provisório, invocando razões de ordem pública e a supremacia do interesse público sobre o do particular,³³⁶ determinou fosse assegurada prioridade de julgamento às ações ou execuções em que fossem interessadas a União, os Estados ou suas Fazendas, quando assim o requeresse o Procurador-Geral da República. Veja-se:

Art. 1º Os recursos interpostos para o Supremo Tribunal Federal, nas ações, ou execuções, em que forem interessadas a União Federal, os Estados ou suas Fazendas serão julgadas preferencialmente, quando assim o requerer o ministro procurador geral da República.

Parágrafo único. O requerimento será dirigido ao ministro presidente do Tribunal, que ordenará a inclusão do recurso, em primeiro lugar, na pauta da primeira sessão.
(...)

³³⁶ “Atendendo a que a conceituação da ordem pública justifica, em certas causas, ou na respectiva execução, o julgamento preferente dos recursos interpostos, dès que sejam interessados por qualquer forma a União Federal, os Estados ou suas Fazendas;
Atendendo a que, assim, por sobrelevar o interesse público ao particular, cumpre sempre ampará-lo com a maior eficiência, assegurando a preferência dos mesmos julgamentos quando for conveniente, DECRETA: (...)”

Coincidência ou não, o fato é que o decreto foi editado poucos dias depois do fim da revolução constitucionalista de 1932.³³⁷

Em meados de 1934, pouco antes da promulgação da nova Carta constitucional, Vargas voltou a imiscuir-se uma vez mais nos afazeres do STF. Por meio do Decreto nº 24.370, de 11.06.1934, o Presidente determinou a alteração do RISTF para abreviar o julgamento dos feitos anteriores a 1933. Referido diploma suprimiu a exigência de revisão nas apelações e REs que deram entrada no STF antes de 1933, e determinou a realização de sessões extraordinárias para o rápido julgamento dos feitos.

4.1.7. Sessões

Outra medida do Governo Provisório que modificou diretamente o funcionamento do STF envolveu a realização das sessões de julgamento. O Decreto nº 19.656/1931 determinou a realização de quatro sessões semanais, pelo menos, enquanto não fosse esgotada a pauta das causas com dia (art. 7º); determinou, ainda, fossem realizadas as alterações regimentais necessárias para organizar os trabalhos a fim de acelerar os julgamentos (art. 8º); e estabeleceu prioridade para o julgamento dos feitos de acordo com a ordem de sua antiguidade no tribunal (art. 9º).³³⁸

Em 23.11.1931, Getúlio atenuou ligeiramente o rigor do Decreto nº 19.656/1931: por meio do Decreto nº 20.699, reduziu a três por semana o número de sessões semanais no período de dezembro e janeiro, mantendo em quatro as sessões semanais, de 1º.04 a 30.11, enquanto não esgotada a pauta das causas com dia.

³³⁷ Como se sabe, em 09.07.1932, diante da demora do governo de convocar a assembléia constituinte, estourou em São Paulo a Revolução Constitucionalista, cujo objetivo era derrubar Getúlio Vargas e promulgar uma nova Constituição. O conflito findou em outubro com a derrota dos paulistas.

³³⁸ “Art. 9º Em cada sessão, e em cada classe, os feitos serão julgados pela ordem de antiguidade, contada da entrada no Tribunal.” O Decreto nº 20.106/1931 voltou a tratar do tema em seu art. 6º, dispondo que “[a] antiguidade das causas, para julgamento, será regulada pelo número respectivo; em relação a feitos de classe diversas, pela entrada no Tribunal. Ao relator cabe, todavia, pedir preferência para julgamento de causas criminais, cuja procedência lhe pareça manifesta.”

4.1.8. Deliberação

O governo provisório instituiu uma novidade importante para as deliberações: o registro taquigráficos das sessões.³³⁹ Em razão disso, os debates passaram a ser registrados. O Decreto nº 19.656/1931 determinou, em seu art. 6º, que os relatórios, as discussões e os votos fossem taquigrafados e juntados aos autos, após a revisão do relator.

No que tange à votação, o Decreto nº 20.106/1931 estabeleceu, em seu artigo 3º, que “[s]e ocorrer empate na votação, e o presidente do julgamento houver votado, será adiada a decisão, até que se possa tomar o voto de outro juiz, da turma respectiva, que não tenha participado da votação empatada.” Posteriormente, por meio do Decreto nº 20.381/1931, o Governo Provisório voltou atrás e dispôs (artigo único) que, nos feitos cíveis, em caso de empate, “(...) subsistirá a decisão recorrida; revogadas as disposições em contrário.”

4.2. A importância e o papel do STF durante o governo provisório

O STF teve importância bastante reduzida durante o Governo Provisório. As limitações impostas pelo Decreto nº 19.398/1931, que institucionalizou o regime, e as inúmeras intervenções de Getúlio Vargas no funcionamento da Corte retiraram-lhe a autonomia e a independência necessárias para o controle dos atos do Poder Executivo.³⁴⁰ É eloquente, nesse sentido, observar que o Volume IV do Livro de Lêda Boechat, que narra a História do STF do período que compreende os anos de 1930 a 1963, não dedica uma página sequer a relatar feitos importantes que tenham sido julgados pelo Tribunal.

³³⁹ Vale ressaltar que uma das mais importantes historiadoras do STF, Lêda Boechat Rodrigues, exerceu a profissão no STF.

³⁴⁰ “O Supremo permaneceria funcionando durante toda a ditadura Vargas, dando, inegavelmente, alguma aparência de legitimidade ao regime de terror imposto pela polícia política de Filinto Müller.” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 295).

5 A BREVE REDEMOCRATIZAÇÃO (1934-1937)

5.1. Antecedentes: A Assembleia Nacional Constituinte

Cedendo às pressões políticas, Getúlio Vargas assinou decreto, em 14.05.1932, que convocava, para o dia 3.05 do ano seguinte, eleições para a Assembleia Constituinte e criava comissão de juristas para a elaboração de um anteprojeto. A superveniência da Revolução Constitucionalista, em 9.07.1932, interrompeu o processo, mas, após o fim da revolta, a comissão foi constituída.³⁴¹

Em 15.11.1933 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, composta de 214 representantes eleitos pelo povo e 40 deputados eleitos pelas classes profissionais (representantes classistas), na forma do Decreto nº 22.653/1933. Segundo Afonso Arinos, com a representação classista, “*Vargas esperava anular o peso das representações dos grandes Estados.*”³⁴²

A Assembleia Nacional Constituinte tomou por base o texto encaminhado pelo governo, mas realizou alterações importantes em seu texto: atenuou o centralismo federativo; restabeleceu o Senado, que havia sido suprimido; restabeleceu o sufrágio universal, direto e secreto, em substituição à proposta de eleição indireta do Presidente. No mais, o anteprojeto foi acolhido em suas linhas principais, trazendo inovações no que tange à disciplina da economia, do trabalho, da família e da educação.³⁴³

³⁴¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 125. Como ressalta Daniela Sarmiento, a Comissão era composta juristas com ideologias e visões bastante heterogêneas: “*havia liberais, como Afrânio Mello Franco e Carlos Maximiliano; integrantes mais próximos ao pensamento social de esquerda, como João Mangabeira e José Américo de Almeida, e pensadores que aderiam a um autoritarismo nacionalista de direita, como Oliveira Vianna.*” SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 30.

³⁴² FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 125.

³⁴³ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 31.

5.2. A Constituição de 1934

A Constituição de 1934, promulgada em 16.07, representou um marco no constitucionalismo brasileiro, consagrando direitos sociais, na esteira da Constituição de Weimar, de 1919.³⁴⁴ Em linhas gerais, tratava-se de uma constituição analítica, composta por 187 artigos no texto principal e 26 relativos às disposições transitórias, que enunciou um amplo rol de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais à percepção de um salário mínimo, a uma jornada de trabalho limitada a oito horas diárias, a repouso semanal remunerado, a férias anuais remuneradas e à indenização por demissão sem justa causa, e que disciplinava a intervenção do Estado na economia, com viés nacionalista.

Em relação à organização dos Poderes, a Carta de 1934 extinguiu o cargo de Vice-Presidente e estabeleceu que o Presidente da República seria eleito para mandatos de quatro anos, vedada a reeleição para o período subsequente. Nada obstante, não chegaram a ser realizadas eleições diretas durante a curtíssima vigência do texto constitucional.³⁴⁵ No âmbito do Poder Legislativo, a Constituição criou a figura dos representantes classistas, eleitos indiretamente pelas associações profissionais, em número correspondente a um quinto dos representantes do povo eleitos por sufrágio universal e direto. O número de Senadores foi reduzido para dois, eleitos para mandatos de oito anos. No que diz respeito ao Poder Judiciário, a Carta mudou a denominação do órgão de cúpula do Poder Judiciário: o Tribunal deixou de chamar-se Supremo Tribunal Federal e passou a denominar-se de Corte Suprema (arts. 63, “a”, e 73 e ss.). Impôs, ainda, a aposentadoria compulsória dos ministros aos 75 anos (cf. art. 64, a).³⁴⁶ Para além disso, o texto constitucional de 1934 referendou a alteração que havia sido promovida pelo Governo Provisório, que fixara a composição do Supremo em onze ministros (art. 73), estabelecendo, no entanto, que, por proposta do próprio tribunal, esse número poderia ser aumentado para até dezesseis, mas não reduzido (art. 73, §1º). De mais a mais, devolveu aos Tribunais o poder de organizarem seus regimentos internos (art. 67, a). A carta previu,

³⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 103.

³⁴⁵ Getúlio Vargas foi eleito indiretamente pela própria Assembleia Constituinte, em 15.07.1934, para exercer mandato até 03.05.1938.

³⁴⁶ Até então, o cargo era vitalício.

ainda, a possibilidade de divisão interna do Tribunal em Câmaras ou Turmas, constitucionalizando a inovação promovida por Getúlio durante o governo provisório (art. 73, §2º). A competência do Tribunal foi fixada nos arts. 75 a 77.

No que tange ao controle de constitucionalidade, a Carta de 1934, apesar de ter mantido o modelo difuso e incidental,³⁴⁷ introduziu novos e relevantes mecanismos, a exemplo: (i) da previsão de atribuição, pelo Senado Federal, de efeitos *erga omnes* à lei declarada inconstitucional (art. 91, IV), (ii) da criação da representação interventiva (art. 12, §2º), (iii) da criação da reserva de plenário (art. 179), e (iv) da criação do mandado de segurança (art. 113, 33). Em análise crítica sobre as inovações introduzidas pela Constituição de 1934 em relação ao controle de constitucionalidade, Álvaro Ricardo de Souza Cruz sustenta que elas atendiam exclusivamente a interesses do governo. Veja-se:

a inovação no processo de controle de constitucionalidade daquela Corte atendia exclusivamente aos interesses do Governo. Naquele ano, introduziu-se no Brasil a representação interventiva de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais que, antes de significar uma solução judicial de conflitos federativos, era instrumento de centralização do Estado brasileiro, impondo através do Supremo, uniformidade dos princípios constitucionais sensíveis a todos os Estados-membros.³⁴⁸

Com as devidas vênias, o argumento não se sustenta. A Comissão convocada por Vargas para elaborar o anteprojeto da Constituição não propôs a introdução da ação direta interventiva. O anteprojeto concentrava o poder de decretar a intervenção no Presidente da República e em seu Conselho da República.³⁴⁹ Em verdade, a inovação surgiu nos debates da Comissão dos 26³⁵⁰, composta por membros do Legislativo responsáveis por estudar o anteprojeto antes que ele fosse avaliado pela Assembleia Constituinte. Araújo de Castro informa, nesse sentido, que o §2º do art. 12 da Constituição de 1934 foi proposto por Raul Fernandes e Levi Carneiro.

³⁴⁷ Conforme explica Hugo Mósca, a Constituição de 1934 foi a primeira que contemplou, expressamente, a figura do recurso extraordinário, muito embora tal recurso já estivesse incorporado ao regimento interno do STF desde 1891. (MÓSCA, Hugo. *O Recurso Extraordinário no passado e no presente*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 24).

³⁴⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pp. 296-297.

³⁴⁹ Nesse sentido, as discussões travadas entre a segunda e a quarta reunião da Comissão. (AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (org). *Elaborando a Constituição Nacional: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Ed. Fac-similiar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, pp. 14-64).

³⁵⁰ Sobre o funcionamento da Comissão dos 26 e para um apanhado genérico dos vários eventos que influenciaram a formação da Assembleia Nacional Constituinte de 1933. Cf. BRITTO, Lemos. *A Nova Constituição Brasileira: precedida de uma notícia histórica e seguida de um amplo índice alfabético remissivo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934, pp. 5-76.

Transcreva-se, por oportuno, as razões apresentadas por Raul Fernandes³⁵¹ para justificar a redação do dispositivo:

(...) Fui eu quem, não tendo descortinado todo alcance da medida preocupado também com a autonomia dos Estados, sugeri a inovação; em vez de conhecer o Tribunal da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção, conheceria da constitucionalidade da lei que motivasse a intervenção. O texto, assim, porém é insuficiente, porque os Estados podem violar a Constituição sem lei... Dess'arte, se é a lei federal a submetida ao controle do Judiciário, todas as hipóteses estão cobertas. O Supremo Tribunal, a Corte Suprema, examine se a lei do Congresso Nacional é constitucional; quer dizer, se realmente, o Estado está com a razão, que ele é que está com o princípio constitucional e que a malícia, o erro e o abuso se encontram do lado do Poder Legislativo, declara que a lei é inconstitucional e não lhe dá execução. Eis aí o sistema completo.³⁵²

Não nos parece, portanto, que a inovação tenha sido criada como instrumento de governo, para reforçar as prerrogativas do Poder Executivo. Ao revés, tal inovação teve o propósito, ao menos em tese, de gerar um maior equilíbrio entre os poderes, obrigando que a atuação do Legislativo fosse avaliada pelo Judiciário.³⁵³ Reforça essa conclusão o fato de que a Constituição de 1937, que foi fruto de um dos momentos mais autoritários do País, suprimiu a ação direta interventiva (cf. art. 9º). Do ponto de vista fático, o instituto permaneceu sem

³⁵¹ Vale ressaltar, no entanto, que Raul Fernandes era considerado “*um dos pró-homens da situação e pessoa da confiança íntima do chefe do Governo Provisório*”. Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 279.

³⁵² *Apud* CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1935, p. 108.

³⁵³ Nessa linha de entendimento é a opinião de Victor Nunes Leal, para quem o instrumento foi criado com o propósito, democrático, de restringir os poderes discricionários do Presidente da República e do Congresso Nacional. Confira-se: “*A representação interventiva foi instituída pelo art. 8º, parágrafo única, da CF de 1946, tendo por objeto exclusivamente o confronto de atos estaduais com os princípios fundamentais do art. 7º, VII. A finalidade política da inovação parece clara (e nisto ousamos divergir do ilustre Prof. José Olympio de Castro Filho): o que ela teve em vista foi limitar o poder discricionário do Presidente da República e do Congresso quando de natureza essencialmente jurídica o motivo da intervenção. Por isso, a Constituição faz depender a intervenção de decisão convergente do STF. Basta confrontar o citado art. 8º com os arts. 9º e 13 da CF de 1946, bem como o art. 11, §§1º, “c”, e 2º, da CF de 1969. Hoje, por este último dispositivo, a representação interventiva também alcança, além dos princípios do n. VII do art. 10, a hipótese do n. VI: intervenção nos Estados para “prover à execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária.”* (LEAL, Victor Nunes. *Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado*. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Org.). “Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional”. 1ª ed, v. 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1328). No mesmo sentido, Gilmar Mendes sustenta o seguinte: “*Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal’, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, a à h, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia das lei interventiva, de iniciativa do Senado (Art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (Art. 12, §2º). (...).*” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193).

utilização até a promulgação da Constituição de 1946,³⁵⁴ que alterou o escopo do instituto.

5.3. A importância e o papel do STF no período

Nem a Constituição de 1934 nem a Corte Suprema foram capazes de garantir a normalidade institucional e a estabilidade democrática. O ambiente político não era propício a uma Carta Liberal, como a aprovada naquele ano. A Constituição estava na contramão das ideologias autoritárias (nazi-fascista e comunista) que se difundiam na Europa.

No Brasil, essas ideologias também se difundiram e ganharam adeptos na década de 1930, gerando enorme instabilidade política no País. De um lado, estava a Ação Integralista Brasileira (AIB), movimento de inspiração nazi-fascista. De outro, a Aliança Nacional Libertadora (ANL), que congregava diferentes segmentos da esquerda e da direita. No meio, o Exército, que, fortalecido após a Revolução Constitucionalista de 1932, se agrupava em torno de Getúlio Vargas. O confronto entre esses grupos e ideologias gerou o ambiente para o golpe que pôs fim à efêmera Constituição democrática de 1934.

O clima político em 1934 era especialmente ruim e se acirrou bastante no ano seguinte. O ano de 1934 foi marcado por greves gerais no Rio de Janeiro, São Paulo, Belém e Rio Grande do Norte e por conflitos entre integrantes da AIB e da ANL. Em outubro de 1934, durante uma manifestação contra o fascismo, antifascistas e integralistas entraram em choque. Em resposta ao acirramento das tensões, o governo apresentou duras medidas: propôs, no início de 1935, a aprovação de uma Lei de Segurança Nacional. Apesar das críticas recebidas, a proposta foi aprovada pelo Congresso e promulgada em 4.04.1935. A Lei de Segurança Nacional, no intuito de assegurar a ordem, criminalizou a greve de funcionários públicos; a provocação da animosidade das forças armadas; a incitação ao ódio entre classes; a propaganda subversiva; e a organização de associações ou partidos com o intuito de subverter a ordem política ou social. Nada disso foi suficiente para conter os ânimos de ambas as partes.

³⁵⁴ “A Constituição vigente reproduziu o §2º do artigo 12 de 1934, quanto à participação do Supremo Tribunal Federal no exame dos princípios constitucionais da União e a apreciação de sua obediência pelos Estados. Somente agora, porém, mereceu ele aplicação com uma extensão e profundidade que talvez não estivessem previstas pelo legislador Constituinte.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 228).

Em 05.07.1935, Carlos Lacerda leu um manifesto de Prestes – já então na clandestinidade – que apelava para a derrubada do “governo odioso” de Vargas e a tomada de poder por um governo popular. O discurso foi o ensejo que o governo queria para extinguir a ANL, o que foi feito por meio do Decreto nº 229, de 11.07.³⁵⁵ Em novembro de 1935, os comunistas tentaram, então, realizar um fracassado golpe para depor Getúlio. O levante, liderado por Luís Carlos Prestes, que ficou conhecido como “Intentona Comunista”, eclodiu em diferentes pontos do território nacional, de forma desarticulada, entre 23 e 27 de novembro, e foi rapidamente asfixiado. Daí para frente, o clima político só piorou.

Tais acontecimentos serviram de estopim para a decretação de comoção intestina, equivalente ao estado de guerra, que levou à restrição substancial das liberdades individuais, precipitando a promulgação da Constituição de 1937 e do Estado Novo. Segundo Luís Roberto Barroso, “a partir do movimento comunista de novembro de 1935, as instituições políticas de 1934 só conservariam ‘aparência de vida.’”³⁵⁶ Com efeito, o medo e o fantasma de um golpe comunista permitiram que o governo obtivesse, dos mais diferentes segmentos da sociedade – inclusive do STF –, todo o apoio de que precisava para a adoção de medidas de exceção. O Congresso Nacional, pressionado, aprovou, em 18.12.1935, três emendas constitucionais que

³⁵⁵ Sobre o tema, veja-se o Mandado de Segurança nº 111, impetrado pela ANL na Corte Suprema contra o decreto que a dissolveu. Do acórdão proferido no julgamento extrai-se o seguinte excerto: “(...) Foi o Chefe de Polícia da Capital quem, baseado em grande numero de documentos, sugeriu ao Governo o fechamento das sedes e núcleos da ‘Aliança Libertadora’, disseminados por diversos pontos do território nacional, ‘visto ser essa sociedade civil – diz o officio de fl. 30 – uma organização creada por determinação da Terceira Internacional, e que visava a alteração da ordem, a tomada violenta do poder, o assalto à propriedade, a subversão da organização sociale e a mudança do regimen.’ Essa informação prestada pelo Governo, segundo jurisprudência corrente e tranquila, formada em casos análogos, tem por si uma presumpção juris tantum de ser a expressão da verdade, e a requerente não ilidiu nem sequer procurou illidir, de maneira alguma, essa presumpção, que, já por isso, deve subsistir, como prova da defesa do acto administrativo de pura policia. A informação, além da razoável presumpção de verdade que ella contém, vem acompanhada de copiosa documentação, que lhe dá solida base. O acto, pois, do fechamento das sedes e núcleos da impetrante, longe de ser um acto manifestamente ilegal, funda-se em expresso dispositivo de lei, que o permite, até seis mezes, quando a sociedade, depois de registrada, passar a exercer atividade subversiva da ordem política ou social. Allega-se, porem, que o preceito formulado no art. 29 da lei n. 38 de 4 de abril do corrente anno, infringe a Constituição da República, e que o dec. n. 229 de 11 de julho também do mesmo anno, ordenando aquelle fechamento, a viola, especialmente, em seu art. 2. A alegação, porém, é de inteira improcedência. É verdade que a Constituição consagra a plena liberdade de associação, e proscreve a dissolução compulsória, não permitindo que associação alguma seja dissolvida, senão por sentença judiciaria. Mas, o proprio mandamento constitucional só garante a liberdade de associação, com a declaração expressa de ser ella exercida para fins lícitos, de sorte que uma lei ordinária pode vedal-a, verificado não ser lícito o objeto a que a associação se propõe. É que se deu no caso ora em apreciação.” (trecho do voto do Ministro Arthur Ribeiro, p. 15). Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Ms111.pdf>. Acesso em 20.04.2015.

³⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 21.

ampliaram os poderes do Presidente da República. De outro lado, o STF foi leniente com a violenta repressão governamental e acolheu e referendou as medidas de exceção adotadas pelo governo. Como relata Emília Costa, “*nem mesmo a instituição do mandado de segurança pela Constituição de 1934, (...), foi suficiente para devolver ao Supremo Tribunal a importante função de defesa dos direitos dos cidadãos que tivera no passado.*”³⁵⁷ Realmente, como enfatiza Marco Antonio Villa:

A repressão à revolta comunista de 1935 teve no STF um aliado silencioso – assim como o foi o Congresso. O Supremo fechou os olhos à violência legal representada pela Lei de Segurança Nacional e pelo famigerado Tribunal de Segurança Nacional.³⁵⁸

Data desse período a famigerada decisão do STF, de não conhecer do *habeas corpus* nº 26.155, impetrado em favor de Olga Benário Prestes. A simplória decisão, que abriu caminho para a expulsão da jovem judia comunista para a Alemanha nazista, onde viria a ser morta em um campo de concentração, tem a seguinte fundamentação:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de Maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, afim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país.

A Corte Suprema, indeferindo não somente a requisição dos autos do respectivo processo administrativo, como também o comparecimento da paciente e bem assim a perícia médica afim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e

Atendendo a que a mesma paciente é estrangeira e a sua permanência no país compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça;

Atendendo a que, em casos tais não há como invocar a garantia constitucional do habeas corpus, à vista do disposto no art. 2 do decreto n. 702, de 21 de março deste ano:

Acordam por maioria, não tomar conhecimento do pedido.

Custas pelo impetrante.

Corte Suprema, 17 de junho de 1936. - E. Lins, presidente. - Bento de Faria, relator.

(A decisão foi a seguinte: “Não conheceram do pedido, contra os votos dos senhores ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espinola, que conheciam e indeferiam.”)³⁵⁹

Refém dos acontecimentos, permeada pelo autoritarismo então vigente, o STF não foi

³⁵⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 75. A autora relata que o primeiro mandado de segurança julgado pela Corte Suprema, em 10.09.1934, foi denegado, ao argumento de que os atos praticados pelo governo provisório estavam, pela Constituição, excluídos da apreciação judicial. Tratava-se de caso que envolvia um ex-praça do Corpo de Marinheiros Nacionais expulso das forças armadas por ato do Ministro da Marinha.

³⁵⁸ VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p. 138.

³⁵⁹

Disponível

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC26155.pdf>. Acesso em 20.04.2015.

capaz, durante o breve período democrático, de se manter imune às paixões políticas, e acabou referendando os desmandos do governo.

6 O ESTADO NOVO (1937-1945)

Em 1936, com a aproximação do término do mandato do Presidente da República, previsto para 1938, teve início a campanha sucessória. Apresentaram-se, desde logo, como candidatos Armando Salles de Oliveira, ex-governador de São Paulo, alinhado com a burguesia industrial e cafeeira, José Américo de Almeida, político paraibano alinhado com o movimento de 1930, e Plínio Salgado, pela Ação Integralista Brasileira. Getúlio, no entanto, não desejava sair do poder e já conspirava abertamente pelo golpe. Como a Constituição de 1934 vedava a reeleição, a única forma de permanecer no governo era rompendo a legalidade.

O pretexto foi fabricado. Diante do crescente temor da sociedade com a instalação de um regime comunista, o governo articulou, em 30.09, o farsesco Plano Cohen, que narrava detalhes de uma pretensa insurreição comunista. A farsa permitiu que Getúlio Vargas, com o apoio dos militares, promovesse, em 10.11.1937, a dissolução do Congresso, e, em seguida, fizesse um discurso à Nação, outorgando a Carta de 1937.³⁶⁰ Nascia, assim, o Estado Novo,³⁶¹ que ficou marcado na história como um período de grande autoritarismo, censura e cerceamento às liberdades individuais, perseguições políticas, mas também de industrialização (foi durante esse período que teve início o primeiro ciclo de industrialização brasileira, de apelo nacionalista, em setores considerados estratégicos) e de avanços no campo trabalhista.

A Constituição de 1937, como lembra Luís Roberto Barroso: “*não desempenhou papel algum, substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário. Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão (...) à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto*

³⁶⁰ Segundo Afonso Arinos: “Acabava-se a farsa de uma campanha presidencial que ninguém, no fim, tomava a sério, e o estabelecimento da ditadura veio tranquilizar um povo cansado, que esperava coisas piores.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 127).

³⁶¹ Como ressalta Afonso Arinos: “Na Europa, a Itália, a Alemanha, a Polônia, Portugal e Espanha, para só falar nestes países, abandonaram as tradições do Estado de direito. Não era de se esperar que o Brasil, cujas tradições institucionais não tinham nada de sólido, deixasse de fazer o mesmo. Getúlio Vargas era a personalidade mais indicada para tal passo. Sua presença na chefia do poder revolucionário de 1930 marcava esses instantes, não comuns na História, do encontro justo entre o homem e as circunstâncias. Outro fosse o ambiente mundial, e maior seria a resistência nacional às suas ambições de poder. Ele teria então, provavelmente, realizado o governo previsto pelo programa da Aliança Liberal. Mas este programa, já o dissemos, estava atrasado em 1930. E Vargas exprimia melhor que ninguém o novo ambiente de abandono da racionalização do direito.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 64-65).

aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais.”³⁶²Nada obstante, é importante apresentar as principais características do texto outorgado.

6.1. A Constituição de 1937

Fruto da mente de Francisco Campos, a Constituição de 1937 apelou para a emoção, o medo e a comoção³⁶³ da população para instituir um Estado forte e autoritário. A Carta de 1937, que ganhou o apelido de “Polaca”, por ter sido inspirada na Constituição polonesa de 1935, sofreu ainda forte influência da Constituição portuguesa de 1933, que vigorou durante o regime salazarista.

Como ressalta Luís Roberto Barroso, no plano da divisão vertical dos poderes, “o *Texto* mantinha o regime federativo, que teve, no entanto, caráter meramente ‘nominal’, de vez que, na prática, restabeleceu-se o unitarismo do Império, com interventores designados pelo Poder Central.”³⁶⁴No que se refere à separação horizontal, a Carta rompeu com a harmonia e independência dos poderes, impondo a supremacia constitucional do Poder Executivo e a centralização do poder na pessoa do Presidente da República. Com efeito, a Constituição conferiu ao Presidente, na qualidade de “*autoridade suprema do Estado*” (art. 73), poderes para “*expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13*” (art. 74, b),³⁶⁵ “*decretar a mobilização das*

³⁶² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 24.

³⁶³ Já no início, o preâmbulo da Carta apelava para o risco iminente de guerra civil e de um golpe comunista Daniel Sarmiento, no entanto, salienta que: “*nem o Brasil encontrava-se na iminência de uma guerra civil, nem a ameaça de tomada de poder pelos comunistas era séria. As agitações por que passava o país podiam ser enfrentadas sem o rompimento da ordem constitucional. Todavia, sem esta ruptura, Vargas não teria como manter-se à frente do governo.*” SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 38.

³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 23.

³⁶⁵ Os arts. 12 e 13 da Constituição, por sua vez, estabeleciam o seguinte: “*Art 12 – O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.*

Art 13 - O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. (...)”

forças armadas” (art. 74, f); “*intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais*” (art. 74, j); “*decretar o estado de emergência e o estado de guerra nos termos do art. 166*” (art. 74, k). Além disso, conferiu a ele, também, poderes para “*indicar um dos candidatos à Presidência da República*” (art. 75, a); “*dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art. 167*” (art. 75, b); “*designar os membros do Conselho Federal – órgão correspondente ao Senado Federal – reservados à sua escolha;*” (art. 75, d); “*adiar, prorrogar e convocar o Parlamento*” (art. 75, e); bem como de confirmar o mandato dos governadores que estavam em exercício ou intervir no Estado para nomear novos governadores (art. 176). De mais a mais, tendo em vista a decretação do estado de emergência pelo art. 186 da Constituição,³⁶⁶ o Presidente ficou autorizado a deter e determinar o desterro de qualquer pessoa; censurar a correspondência e as comunicações; suspender a liberdade de reunião; determinar a realização de busca e apreensão em domicílio; e suspender imunidades parlamentares (arts. 168 e 169). Tais atos, como em toda ditadura, estavam imunes ao controle jurisdicional (art. 170).

Em razão dos amplos poderes conferidos ao Presidente de República, os demais Poderes foram esvaziados. De acordo com a Constituição, o Poder Legislativo deveria ser exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República. O Parlamento era bicameral e estava dividido entre a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal (órgão que substituiu o Senado). Os deputados eram eleitos para mandatos de quatro anos, por votação indireta. Já os conselheiros federais para mandatos de seis anos, sendo um representante por Estado, eleito pela respectiva Assembleia,³⁶⁷ e outros 10 nomeados pelo Presidente da República. No entanto, como o Congresso Nacional ficou fechado durante todo o Estado Novo, o Presidente exerceu plenamente, e sem qualquer constrangimento, os poderes legislativos, modificando unilateralmente, inclusive, a própria Constituição.

O Poder Judiciário, por sua vez, teve sua estrutura reduzida e simplificada. O art. 90 da nova Carta arrolou como órgãos do Poder Judiciário o STF, os juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, e os juízes e tribunais militares. A Constituição de 1937 não fez referência à Justiça Eleitoral nem à Justiça Federal.³⁶⁸ Com a extinção da Justiça

³⁶⁶ O estado de emergência foi decretado pelo art. 186 da Constituição, por prazo indeterminado, e acabou perdurando durante todo o Estado Novo.

³⁶⁷ O Governador tinha poder de vetar o escolhido (art. 50, parágrafo único).

³⁶⁸ Mas do que deixar de prever a Justiça Federal, a Constituição a extinguiu. Tanto assim que o art. 185 estabeleceu

Federal, a Constituição determinou que todas as causas fossem processadas e julgadas pela Justiça dos Estados (art. 107). A Justiça do Trabalho foi brevemente mencionada no art. 139, mas não estava listada dentre os órgãos do Poder Judiciário (art. 90). Os arts. 172 e 173 previram a criação de tribunais militares para o julgamento, dentre outros, dos crimes cometidos contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições. Com essa autorização, o governo instituiu, em 1938, o Tribunal de Segurança Nacional, tribunal de exceção que tinha o objetivo de intimidar os adversários do regime.

Em relação ao STF, a Carta de 1937 restabeleceu a denominação original. Além disso, manteve em onze o número de ministros, permitindo, assim como a Constituição anterior, a elevação desse número para até 16 (art. 97). As competências do Supremo foram fixadas nos arts. 101 e seguintes. Merece destaque, no entanto, o fato de que, com a extinção da Justiça Federal, a Constituição voltou a atribuir ao STF competência para analisar direta e imediatamente os recursos envolvendo os feitos de interesse da União julgados pelos juízes estaduais. É o que se infere da leitura do art. 109:

Art. 109 – Das sentenças proferidas pelos Juízes de primeira instância nas causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente, haverá recurso diretamente para o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único – A lei regulará a competência e os recursos nas ações para a cobrança da dívida ativa da União podendo cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em Juízo a Fazenda Federal.

No que tange especificamente ao controle de constitucionalidade, o art. 96 da Constituição conferiu ao Presidente da República o poder de submeter a decisão de inconstitucionalidade ao exame do Congresso Nacional. E este podia confirmar a constitucionalidade da lei, pelo voto de dois terços de seus membros. Como lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Francisco Campos “*compreendia o controle da constitucionalidade como técnica de preservação das elites brasileiras em face da preservação do status quo que a mesma promovia, devendo, pois, o Judiciário submeter-se ao controle do Poder Legislativo.*”³⁶⁹ Assim, longe de pretender promover um diálogo institucional, a iniciativa tinha

que “[o] julgamento das causas em curso na extinta Justiça Federal e no atual Supremo Tribunal Federal será regulado por decreto especial que prescreverá, do modo mais conveniente ao rápido andamento dos processos, o regime transitório entre a antiga e a nova organização judiciária estabelecida nesta Constituição.” A medida foi implementada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 6, de 16.11.1937: “Art. 1º Ficam extintos os cargos de juízes federais dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre e os dos respectivos escrivães e demais serventuários.”

³⁶⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 296.

viés flagrantemente autoritário. Na medida em que o Presidente governava com a força e tinha poderes para cassar e suspender direitos políticos de qualquer parlamentar, seria fácil obter ampla maioria no Congresso Nacional. O fato, no entanto, é que, como o Parlamento não funcionou durante o Estado Novo, “o Presidente reputou-se competente para, (...), afastar decisões do STF por decreto-lei, como, de fato, mais tarde o faria.”³⁷⁰

Isso sem mencionar o uso do expediente da aposentadoria compulsória. De fato, como a Constituição de 1937 reduziu a idade para aposentadoria compulsória dos magistrados de 75 para 68 anos (art. 91, a), foram pegos, de imediato, pela aposentadoria três ministros do STF: o Presidente, Edmundo Lins, o Vice-Presidente, Hermenegildo de Barros, e o Ministro Ataulfo de Paiva. Outros dois ministros acabaram tendo que se aposentar compulsoriamente pouco tempo depois (os Ministros Cândido Mota e Carlos Maximiliano), ao atingirem a nova idade-limite fixada na Carta.³⁷¹ Com esse estratagema, no alvorecer do Estado Novo, Vargas tinha “um Supremo Tribunal do qual estavam praticamente ausentes os ministros nomeados durante a Primeira República.”³⁷² Nesse ambiente, como sintetiza Rodrigo Brandão, não havia condições políticas para a expansão do Judiciário, tendo em vista (i) que o arranjo institucional era caracterizado pela forte concentração de poderes nas mãos do Presidente da República; (ii) a prevalência de uma filosofia política autoritária e estatalista; e (iii) os reflexos desses fatores no direito positivo e na prática política nacional. Por isso, para ele, “não é de causar surpresa que o STF, no período de 1930 e 1945, tenha tido o menor grau de independência da sua história, tornando-se submisso ao governo.”³⁷³

³⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 104.

³⁷¹ Em carta dirigida ao então Presidente do STF, o Ministro Hermenegildo de Barros, que já contava à época mais de 70 anos, declarando que não mais iria ao Tribunal, escreveu: “Saio do Pretório perfeitamente bem, porque não fui violentamente aposentado, como os meus colegas em 1931, mas em virtude de lei, boa ou má, o que não vem ao caso discutir. O futuro melhor o dirá, o que não impede que desse logo seja dito que a Constituição do dia 10 enfeixou nas mãos do Presidente da República os poderes legislativo e judiciário. A este não deixou sequer a faculdade que sempre se lhe reconheceu, de nomear os empregados da Secretaria do Tribunal”. BARROS, Hermenegildo de Barros. *Memórias do juiz mais antigo do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1942, vol. 4, pp. 211-212. *Apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV – Volume 1 / 1930-1963 Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 40. Ainda segundo a autora, os outros ministros aguardaram a expedição do decreto de aposentadoria para deixar o Tribunal (pp. 40-41).

³⁷² COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 73.

³⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 106.

6.2. O funcionamento e o processo de deliberação do STF durante o Estado Novo

Durante a fugaz vigência da Constituição de 1934 e parte da Constituição de 1937, o STF foi regido formalmente pelo RI aprovado em 1909, que regulava o funcionamento e o processo de deliberação de forma muito semelhante ao estabelecido no Regimento anterior.³⁷⁴ Na prática, no entanto, o funcionamento do Tribunal era balizado pelos inúmeros decretos aprovados pelo Governo Vargas.

O fato é que, em razão sobretudo da edição do Decreto-Lei nº 1.608/1939, que aprovou o CPC/1939, a Corte viu-se obrigada a editar novo regimento, em 1940, para adaptar suas disposições às novas normas processuais impostas por Vargas. Assim é que, às vésperas da entrada em vigor do referido diploma,³⁷⁵ o STF aprovou, em 25.01.1940, o novo Regimento Interno, o qual deveria entrar em vigor junto com o diploma processual (art. 312). Nos itens que se seguem serão apresentadas as principais alterações.

6.2.1. Administração do STF

O RISTF/1940, assim como o de 1909, fixou o mandato do Presidente e do Vice-Presidente do STF em três anos, proibida a reeleição para o triênio imediato (art. 7º). Não interessava à ditadura Vargas, no entanto, que o Tribunal tivesse uma administração independente. Em razão disso, em nova ingerência do Executivo sobre o Poder Judiciário, o governo editou o Decreto-Lei nº 2.770, de 11.11.1940, que conferiu ao Presidente da República o poder de nomear, dentre os ministros do Tribunal, o Presidente e o Vice-Presidente do STF para mandato por tempo indeterminado (art. 1º). O Ministro Eduardo Espínola, que havia sido

³⁷⁴ Eleição do Presidente e Vice-Presidente eram realizadas por voto secreto, para servirem por 3 anos (art. 6º); as sessões ordinárias eram realizadas às quartas e sábados (art. 29), tendo início às 11h e 30min, com duração de 4 horas (art. 31); previa dois revisores (art. 50); permitia que cada magistrado falasse, ordinariamente, por até 2 vezes, e uma terceira para explicar a mudança (art. 51); e critérios de desempate (art. 54).

³⁷⁵ O art. 1.052 do CPC/1939 determinou, inicialmente, que o Código entrasse em vigor no dia 1º.02.1940. Posteriormente, a data foi alterada para 1º.03, pelo DL nº 1.965/1940.

indicado por Getúlio, em 1931, para compor a Corte, foi escolhido, então, Presidente do STF e exerceu o mandato até se aposentar, em 1945. Naquele ano, o ditador escolheu José Linhares o novo Presidente do Tribunal. Com isso, acabou escolhendo seu próprio sucessor. Como se sabe, o Ministro José Linhares foi convocado pelos militares a assumir, em 29.10.1945, a Presidência da República, após a deposição de Vargas.

6.2.2. Divisão do STF em Turmas

A pretexto de dar cumprimento ao art. 185 da Constituição, Getúlio Vargas editou, em 16.11.1937, o Decreto-Lei nº 6 que, além de dispor sobre a extinção da Justiça Federal, estabeleceu regras relativas ao funcionamento do STF. No que interessa mais diretamente ao presente trabalho, o diploma estabeleceu, em seu art. 5º, o seguinte:

Art. 5º - Todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal serão julgados por turmas de cinco juizes, revogado o artigo 3º do decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931.

§ 1º As turmas funcionarão separadamente, no mesmo dia ou em dias diferentes, na forma prescrita pelo regimento interno.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal determinará quais os ministros que deverão compor cada uma das turmas.

Em outras palavras, a regra geral imposta pelo Estado Novo era a de que o julgamento de todos os feitos fosse realizado pelas Turmas, e não pelo Pleno. O STF só deveria reunir-se em Plenário para apreciar os embargos que viessem a ser interpostos contra os julgamentos proferidos pelas Turmas, na forma estabelecida no art. 6º daquele mesmo diploma legal. A competência das Turmas era abrangente e residual; e as do Pleno exaustivas (art. 23). Em razão disso, o julgamento dos REs eram de competência das Turmas, e não do Plenário.

6.2.3. Substituição de ministros

O DL nº 6/1937 previu a substituição dos ministros do STF por desembargadores do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na ordem de antiguidade (art. 8º). Em cumprimento a essa norma, o RISTF/1940 estabeleceu, em seu art. 17 que as Turmas deveriam funcionar com

a presença de ao menos três ministros desimpedidos. Nos termos do parágrafo único, “*não havendo quatro Ministros em exercício, proceder-se-á à convocação dos desembargadores, na forma do art. 14, Parágrafo único, deste Regimento. No caso de impedimento será convocado um Ministro da outra Turma.*”

Em 1946, o Presidente Dutra alterou a redação do art. 8º do DL nº 6/37, por meio do Decreto-Lei nº 9.216, de 30.04.

6.2.4. Revisão do feito

Em razão do advento do CPC/1939 operou-se importante alteração no que tange à revisão dos processos: ao invés de dois revisores, a norma processual determinou a revisão por apenas um juiz. É o que se depreende da leitura dos arts. 783 e 874 do CPC:

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

Art. 874. Nas apelações, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, revistas e ações rescisórias, será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade.

Assim, por força da alteração imposta pelo CPC/1939, o RISTF/1940 previu, no art. 48, que os casos que demandassem revisão passariam a ter um único revisor.

6.2.5. Sessões

O RISTF/1940 deixou de fixar os dias da semana em que deveriam ocorrer as sessões ordinárias. Nesse sentido, o art. 55 do regimento passou simplesmente a dispor que “[o] Tribunal se reunirá em sessão plena, ou de Turma, nos dias previamente designados, e extraordinariamente sempre que o Presidente julgar conveniente, ou resolver o Tribunal.”

Já no que tange ao horário, o art. 56 da norma regimental determinou que as sessões tivessem início às 13 horas e duração de quatro horas. Em relação à publicidade das sessões, não houve alteração. O art. 57 manteve a regra de que as sessões e votações deveriam ser públicas, “*exceto se, por motivo relevante, o Tribunal resolver que funcione em sessão secreta*”.

6.2.6. Ordem de julgamento

O art. 60 do RISTF/1940 expressamente estabeleceu uma ordem de prioridade para os julgamentos. De acordo com a norma, no Tribunal Pleno dever-se-ia observar a seguinte ordem: 1º) *habeas corpus* originários e recursos de sua denegação; mandados de segurança e recursos ordinários de sua concessão ou denegação; 2º) conflitos de jurisdição e de atribuição; 3º) suspeições postas aos ministros; 4º) extradição de criminosos requerida por outras nações; 5º) processos crimes da competência originária do Tribunal e revisões criminais; 6º) reforma de autos perdidos, quando tivessem de ser restauradas sentenças do Plenário; 7º) ações cíveis originárias; 8º) homologação de sentenças estrangeiras; 9º) ações rescisórias; 10º) embargos.³⁷⁶ A ordem de prioridade estabelecida para as classes processuais revela uma preferência, do STF, em primeiro lugar, pela análise de questões relativas a direitos fundamentais (por meio de *habeas corpus* e mandados de segurança), seguida de um interesse pela solução de questões processuais (conflitos de jurisdição e de atribuições, e suspeições), por questões relativas a crimes envolvendo estrangeiros e nacionais e, por fim, por questões cíveis e matérias já decididas (ações cíveis originárias e recursos oriundos das Turmas).

Já no âmbito das Turmas, a ordem estabelecida era a seguinte: 1º) reforma de autos perdidos; 2º) agravos; 3º) apelações; e 4º) recursos extraordinários. A ordem estabelecida no regimento interno evidencia um maior peso para o julgamento de matérias de interesse da União (por meio de apelações) do que pelo julgamento de questões próprias da jurisdição constitucional, por meio de recursos extraordinários.

O art. 61, por fim, determinava que, dentro da mesma classe processual, os processos obedecessem à sua ordem de antiguidade, que deveria ser contada da data do preparo do processo na Secretaria do Tribunal ou do seu recebimento.³⁷⁷

³⁷⁶ Vale observar que a ordem de prioridade das classes processuais diferia substancialmente da estabelecida no art. 35 do RISTF/1909.

³⁷⁷ “Art. 61. Os julgamentos que o Regimento não mandar sejam realizados na primeira sessão, ou na imediata, obedecerão à rigorosa antiguidade dos feitos, em relação aos da mesma classe. Parágrafo único. A antiguidade conta-se da data do preparo na Secretaria, e, se não fôr caso dêste, do termo de recebimento.”

6.2.7. Deliberação

Ao tratar especificamente do julgamento dos processos no âmbito do STF, o CPC/1939 estabeleceu, em seu art. 783, §1º, regras muito superficiais sobre a deliberação a ser adotada. Segundo o dispositivo:

Art. 783. Processado e instruído o feito de acordo com o disposto no art. 801 e seus parágrafos, e ouvido o Procurador Geral da República, o relator o passará, com o seu "visto", ao juiz revisor, que pedirá a designação de dia para julgamento.
 § 1º Na sessão designada, feito o relatório, tomar-se-ão os votos, lavrando-se o acordo em conformidade com o vencido.
 (...)

Essa disciplina mínima do tema era complementada pelo art. 875, a teor do qual:

Art. 875. Na sessão de julgamento, feita pelo relator a exposição dos fatos, o Presidente, se o recurso não fôr de agravo ou embargos declaratórios, dará a palavra sucessivamente ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze (15) minutos a cada um, para a sustentação das respectivas conclusões, passando o Tribunal a julgar, de acôrdo com o seu regimento interno.

O regimento interno, por outro lado, não estabeleceu qualquer novidade sobre o tema.

6.2.8. Acórdãos

Em relação à redação dos acórdãos, a norma regimental estabeleceu três novidades: (i) a possibilidade de dispensa da juntada das notas taquigráficas, (ii) a previsão de declaração de voto e (iii) a necessidade de redação da ementa. Realmente, embora permanecesse em vigor norma que determinava que os relatórios, votos e debates fossem taquigrafados, o RISTF/1940 permitiu que o relator dispensasse a juntada das notas, desde que o acórdão resumisse as alegações das partes, os fundamentos de fato e de direito e a conclusão do STF. A norma regimental autorizou, ainda, expressamente – embora isso já fosse admitido ordinariamente pelo Tribunal – a juntada de declarações de voto por outros ministros. A novidade veio contemplada no art. 69. Por fim, pela primeira vez, o RISTF fez menção à necessidade de elaboração da ementa. Nos termos do art. 74, “[a]ssinado o acórdão e publicado em audiência, a Secretaria extrairá copias, em uma das quais o relator fará a ementa para a inserção no

volume da 'Jurisprudência' e respectivo registro. (Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, art. 18). (...)"

6.3. A importância e o papel do STF no Estado Novo

Há muito pouco a se dizer sobre a importância e o papel do STF durante o Estado Novo.³⁷⁸ O discurso da ameaça comunista alimentou medidas autoritárias do Estado Novo. As medidas econômicas voltadas à industrialização do País interessavam e agradavam as elites; o reconhecimento de direitos trabalhistas deu ao governo a sustentação popular de que necessitava. O Exército, fortalecido e embebido pelo Poder, mantinha sua lealdade ao ditador. Tolhido em suas principais funções, diante do enorme poder atribuído ao Executivo, e do apoio angariado por Vargas, seria quase um suicídio institucional adotar uma postura liberal ou garantista. Para além disso, a renovação da composição da Corte em razão das inúmeras nomeações realizadas por Getúlio Vargas³⁷⁹ tornava o STF um Tribunal alinhado com a ideologia majoritária e conivente com os abusos de poder. A soma de tudo isso foi a aniquilação quase completa do poder e das funções políticas anteriormente desempenhadas pelo Supremo.

³⁷⁸ "A ditadura do Estado Novo humilhou o STF. Primeiro, por meio da Constituição de 1937, a nomeação do presidente e do vice da Corte seria da alçada não mais dos próprios pares, mas do presidente da República. (...) Mas o pior foi o constante desprezo para com a Corte Suprema. Tudo era feito pelo ditador, certo da conivência dos ministros. Não foi deferido nenhum habeas corpus, durante oito anos, que pudesse prejudicar a repressão governamental. Um exemplo: Raul Pedrosa foi preso em dezembro de 1935. Solicitou habeas corpus. Aguardou seis anos. Finalmente, foi-lhe concedido em abril de 1941." (VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p 139).

³⁷⁹ "Durante os dezoito anos em que esteve no poder (1930 a 1945 e 1951 a 1954), Vargas nomeou três procuradores e 21 ministros do Supremo Tribunal Federal. Com isso, conseguiu renovar totalmente o Tribunal." COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 73.

7 O PERÍODO DEMOCRÁTICO (1945-1964)

Com a aproximação do fim da Segunda Guerra Mundial e o crescente desgaste do Estado Novo, “*Vargas deu início à uma série de medidas liberalizantes, a partir da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, que alterou profundamente a feição da Carta de 1937.*”³⁸⁰ Em seus *consideranda*, a Lei Constitucional nº 9 declarou presentes as condições necessárias à entrada em funcionamento do sistema de órgãos representativos previstos na Constituição; justificou a preferência por eleições diretas ao invés de indiretas; e a necessidade de que o Parlamento tivesse amplos poderes para, inclusive, avaliar a conveniência de alteração da Constituição de 1937.

Na sequência, adotou outras medidas que deram seguimento à distensão em favor da democracia. Dentre elas, merecem destaque: (i) a anistia aos presos políticos, em abril de 1945, e (ii) a convocação de eleições federais, em maio, para o dia 02.12 daquele ano; e (iii) a autorização para a constituição de partidos políticos (essas duas últimas medidas foram, ambas, adotadas por meio do Decreto-Lei nº 7.586/1945). Partidários de Vargas, no entanto, deflagraram, com o apoio silencioso do Presidente, um movimento que ganhou a alcunha de “*Queremismo*”, o qual defendia a permanência do ditador no poder. Como Vargas era figura carismática e gozava de apoio das massas, a repercussão popular do movimento fez a oposição temesse pelo respeito ao sufrágio. Em razão disso, em 29.10.1945, as Forças Armadas, lideradas pelo General Góis Monteiro, depuseram Getúlio e entregaram o governo a José Linhares, então Presidente do STF.

O novo Presidente deu prosseguimento ao processo de democratização e convocou, em 12.11.1945, eleições para a Assembleia Constituinte. Tais eleições foram realizadas juntamente com as eleições presidenciais, em 2.12. daquele ano.³⁸¹ Na ocasião, foi eleito presidente o

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 24.

³⁸¹ “*Face a recursos numerosos, impertinentes e a consultas que visavam adiar a posse do ilustre General Eurico Gaspar Dutra, através da Lei Constitucional nº 21, de 23 de janeiro de 1946, baixou norma (...) que representou um golpe definitivo em aspirações menos nobres de prosélitos da demagogia, que estavam querendo desencadear nova crise política: (...) Frente a essa patriótica medida, pôde a Nação ver assegurado que o eleito seria empossado, na data marcada, como foi, a 30 de janeiro de 1946, e também o Tribunal Superior Eleitoral ficar liberto de mais de quinhentos recursos, de todos os tipos e modelos, que os eternos falsos juristas haviam dado acesso, para procrastinar a consagração do veredito irrefutável das urnas.*” MÓSCA, Hugo. *Linhares, Chefe de Estado*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 34-35. A referida lei estatuiu que “*a proclamação pelo Tribunal Superior Eleitoral do Presidente da República,*

General Eurico Gaspar Dutra, ex-Ministro do governo Vargas. Dutra continuou a exercer poderes amplos e a legislar por meio de Decretos-Lei até a promulgação da nova Constituição.

7.1. A Constituinte

A Constituinte eleita em 2.12.1945 foi instalada em 2.02.1946. De plano foi constituída a Comissão de Constituição que decidiu não apresentar projeto próprio, valendo-se da Constituição de 1934 como o texto-base para a elaboração do anteprojeto. O projeto primitivo, como ficou conhecida a primeira versão, foi apresentado ao Plenário da Assembleia Constituinte em 27.05 e sofreu mais de 4000 emendas. Após a análise de todas elas, foi publicado, em 08.08, o texto do “projeto revisto”. Na sequência, e com o intuito de agilizar os trabalhos, os relatores das subcomissões apresentaram pareceres verbais aos pedidos de destaque, os quais eram imediatamente submetidos à votação. Dessa forma chegou-se, em pouco tempo, à redação final do texto, que foi promulgado em 18.09.1946. Com a promulgação da nova Carta, os representantes eleitos em 2.12.1945 assumiram o exercício da função legislativa ordinária.

7.2. A Constituição de 1946

Apesar de contemporânea de uma época de desenvolvimento do direito constitucional,³⁸² o constituinte brasileiro de 1946 não foi capaz de captar e adaptar à realidade

eleito em 2 de dezembro de 1945, independará da solução de dúvidas, impugnações ou recursos suscitados ou interpostos, desde que a votação impugnada não possa alterar a colocação já obtida pelos candidatos, segundo os votos apurados”.

³⁸² “O Código Político promulgado em 18 de setembro de 1946 foi contemporâneo de uma fecunda época de construção constitucional em todo o mundo. Com o fim da Segunda Guerra, diversos Estados tornaram-se independentes, elaborando seus estatutos fundamentais. Outros tantos, findos os regimes ditatoriais, reordenavam suas instituições. Conforme notícia Afonso Arinos, entre 1946 e 1949, vinte e um países editaram novas Constituições, sem contar a América Latina, onde oito Estados inauguraram novas Leis básicas ou reformaram a fundo as existentes.” BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, pp. 25-26.

nacional as ideias que se difundiam no exterior. A bem da verdade, e sem demérito aos nossos constituintes de 1946, não se trata de uma questão de incompreensão. Longe disso. A questão é que as preocupações que permeavam os constituintes, de lá e de cá, eram diversas.

De fato, enquanto na Europa o objetivo primordial das novas Constituições era conter as maiorias e evitar a “coisificação” da pessoa humana, a fim de impedir novas atrocidades como as que foram cometidas pelos regimes nazi-fascistas, no Brasil, o *leit motif* era a restrição aos poderes do chefe do Executivo. As preocupações, embora semelhantes – contenção de abusos e arbitrariedades – diferiam em grau e profundidade. Nesse sentido, embora Vargas tenha, inegavelmente, atuado como um ditador, seus desmandos, abusos e arbitrariedades não se comparam aos praticados na Europa. Para além disso, na Europa havia uma preocupação com o a contenção não só dos abusos do Poder Executivo, como também do Legislativo, que participou ativamente das violações a direitos humanos, aprovando leis e medidas tomadas pelos ditadores. Já no Brasil, como o Legislativo sequer funcionou durante a ditadura Vargas, o centro de nossas preocupações era conter o exercício do Poder Executivo e valorizar o Congresso. No cenário brasileiro de então, não havia, portanto, ambiente para a ascensão do Poder Judiciário. O objetivo era restabelecer a normalidade democrática e devolver ao Legislativo suas funções. Assim, apesar de o País ter sido influenciado pelos movimentos de constitucionalização que se verificaram no pós-guerra, a Constituição de 1946 não aderiu ao movimento neoconstitucionalista. Dito isso, vejamos as principais características da Constituição de 1946.

No plano ideológico, Daniel Sarmiento ressalta que “a Constituição de 1946 buscou conciliar liberalismo e democracia com o Estado Social.”³⁸³ Isso redundou em um texto analítico, com 222 artigos no seu corpo principal, além de 36 destinados às disposições transitórias. Sua principal preocupação foi a de afastar-se das características autoritárias da Constituição anterior.³⁸⁴ Foi sob a égide da Constituição de 1946, como salienta Luís Roberto Barroso, que, pela primeira vez, se “*permitiu certa autenticidade no processo*

³⁸³ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 49.

³⁸⁴ Poder-se-ia até dizer que a Constituição de 1946 foi capaz de restabelecer o regime democrático em sua plenitude. Trata-se, no entanto, de uma meia verdade. Com efeito, em razão do medo e das ameaças que o comunismo representava, sobretudo dentro de um contexto de Guerra Fria, o TSE aprovou, em 07.05.1947, o fechamento do PC, cassando um senador e quinze deputados que haviam sido eleitos pelo partido.

representativo.”³⁸⁵ Nesse sentido, a Magna Carta assegurou o direito ao voto secreto e universal. Mais que isso, determinou que o seu exercício fosse obrigatório para homens e mulheres alfabetizados. Também com o texto de 1946, os partidos tiveram, pela primeira vez, um marco normativo constitucional.

A Constituição de 1946 buscou, ainda, restaurar um federalismo mais equilibrado entre União e Estados. A comparação com a Carta de 1937 mostra avanços significativos. Nada obstante isso, o constituinte optou por enumerar taxativamente, em um extenso rol, as competências da União, e deixar as competências residuais para os Estados (art. 18, §1º). Ainda no plano federativo, embora não reconhecesse os municípios como entes federativos, o Texto lhes assegurava ampla autonomia. Realmente, os municípios podiam eleger seus prefeito e vereadores; se auto-administrarem, possuíam tributos próprios, e tinham poderes para organizar seus serviços públicos (art. 28).

Em matéria de estrutura e de funcionamento dos Poderes, como ressalta Luís Roberto Barroso, a carta praticamente não trouxe novidades. Ela refletiu, em grande medida, o modelo da Constituição de 1891.³⁸⁶ Manteve-se, nesse sentido, o regime presidencialista, proibindo a reeleição do Presidente (ou do Vice, caso tivesse exercido a presidência) no período imediatamente subsequente (art. 139, I, a); criou-se, novamente, a figura do Vice-Presidente (instituição que havia sido extinta, em 1934, durante a era Vargas); e fixou-se, em cinco anos, o prazo dos mandatos (art. 82).

Em relação à chefia do Poder Executivo, no entanto, a Constituição instituiu uma particularidade. Ela não exigia que o Presidente e o Vice-Presidente integrassem a mesma chapa (art. 81), o que permitiu a eleição de candidatos de partidos e ideologias diferentes, fator de instabilidade política e, para alguns, um dos principais motivos do fracasso institucional. Não há como deixar de mencionar, ainda, no que tange ao Poder Executivo, a adoção, no Brasil, a partir de 1961, de um breve período parlamentarista. Como se sabe, para tentar contornar a ameaça de golpe das forças armadas - que eram contrárias a que o Vice, João Goulart, assumisse a Presidência após a renúncia de Jânio Quadros -, o Congresso Nacional aprovou, às pressas, a Emenda Constitucional nº 4/1961, que instituiu o regime de gabinete, retirando parcela

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 27.

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 26.

significativa dos Poderes do Presidente. Em razão disso, os militares aceitaram a posse do Vice na Presidência.³⁸⁷

No entanto, para o jurista, o parlamentarismo brasileiro instaurado em 1961 falhou por diversas razões. *Primeiro*, porque o Presidente João Goulart “*não se satisfez com as funções que lhe ficaram reservadas, e que eram, politicamente, de grande importância, porque implicavam em manter o Estado de direito no país.*”³⁸⁸ *Segundo*, porque os primeiros-ministros nomeados não compreenderam a real dimensão e importância de suas funções. *Terceiro*, porque os governadores que aspiravam à Presidência, e o Presidente em exercício, fizeram de tudo para minar o regime. Na síntese do autor, “*em vez de trabalharem para construir o novo regime, os responsáveis por ele só se esforçaram para destruí-lo.*”³⁸⁹ Isso levou ao fiasco do parlamentarismo que, em plebiscito realizado em 1963, foi amplamente rejeitado pela população. Voltava-se, assim, ao regime presidencialista.

No que tange ao Poder Legislativo, a Constituição de 1946 lhe deu nítida prevalência em relação ao Executivo, com o fito de reduzir e conter os abusos praticados durante o Estado Novo. Como lembra Daniel Sarmento, “*o constituinte preocupou-se em restituir a dignidade ao Legislativo e ao Judiciário.*” Por isso, segundo ele, “*instituiu um sistema, rígido de separação de poderes, vedando tanto o exercício cumulativo de funções, como a sua delegação (art. 36, §§1º e 2º).*”³⁹⁰ Isso gerou um enorme problema, que comprometia a adoção das rápidas medidas exigidas por um mundo em transformação e colocava o Executivo, muitas vezes, como refém das vontades do Legislativo. Segundo Luís Roberto Barroso:

A reação aos abusos do Executivo no período anterior levaram o constituinte de 46 a restringir-lhe o desempenho, notadamente na área de produção legal, no momento em que em todo o mundo tal competência se alargava. Numa sociedade em transformação

³⁸⁷ É importante mencionar que, segundo Afonso Arinos, desde o alvorecer da República, alguns grupos políticos já defendiam a adoção, pelo Brasil, do regime parlamentarista. Nesse grupo destacavam-se ex-monarquistas, que foram levados à aderir ao fato consumado da República, e republicanistas adeptos da doutrina francesa de governo (da Terceira República), que ganhou força a partir de 1870. A despeito da pressão desses grupos, foi a corrente de Rui Barbosa, que professava inescandível predileção pelas instituições norte-americanas, que prevaleceu. (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 71).

³⁸⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 71.

³⁸⁹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 72.

³⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 50.

acentuada, a legislação se produzia de forma morosa e insatisfatória. A rigidez gerou a distorção, com a invasão da esfera de reserva legal por atos normativos subalternos, gestados no Executivo, sem controle do órgão de representação popular.³⁹¹

Ainda sobre o Poder Legislativo, cumpre observar que a Constituição adotou um poder bicameral, composto por deputados e senadores. Os deputados – em número mínimo de sete e máximo a ser fixado por lei (art. 58) – eram eleitos para mandatos de quatro anos (arts. 56 e 57), em número proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal. Já nos Territórios, o número de deputados era fixo. Cada Território elegia um único deputado. Para o Senado, a Constituição estabeleceu o número fixo de três senadores por Estado, a serem eleitos por votação majoritária, para mandatos de oito anos, com renovação de um terço e dois terços a cada quatro anos. Vale observar, por fim, que a Constituição de 1946 não manteve a representação classista.

O Poder Judiciário, por outro lado, sofreu algumas alterações estruturais importantes: a Carta incluiu a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral dentre os órgãos do Poder Judiciário, e previu a criação do Tribunal Federal de Recursos como órgão de segunda instância. Em que pese tenha criado o TFR, o constituinte decidiu *não* reestabelecer a Justiça Federal de primeira instância. Prova disso é que o art. 94, II, não enumera entre os órgãos do Poder Judiciário os juízes federais, mas apenas aquele tribunal federal.³⁹² Assim, a jurisdição federal de primeira instância continuou a ser exercida pelos juízes estaduais.³⁹³

A Constituição fixou, no art. 98, que o STF seria composto por onze ministros, sendo certo que tal número poderia ser elevado, por lei, de iniciativa próprio tribunal. Diferentemente da Carta anterior, portanto, a Constituição não estabelecia número máximo de ministros. Deixava essa definição à iniciativa da própria Corte. Em relação à aposentadoria compulsória, a Constituição adotou uma solução intermediária frente à fixada nas Constituições de 1934 (75 anos) e de 1937 (68 anos): o §1º do art. 95 determinou que a compulsória alcançasse os magistrados aos 70 anos. Em matéria de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1946 adotou sistemática semelhante à da Constituição de 1934: controle difuso para lidar com a generalidade dos casos, e ação direta para discutir, em tese, a intervenção federal. Por outro

³⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, pp. 26-27.

³⁹² Somente com o AI nº 2, de 27.10.1965, o art. 94 da Carta de 1946 foi alterado, com a introdução do TFR e dos juízes federais na estrutura do Poder Judiciário.

³⁹³ O TFR foi efetivamente criado por meio da Lei nº 33, de 13.05.1947, e previu, em seu art. 11, a eventual substituição dos ministros do STF pelos Juízes do novo Tribunal.

lado, não foi mantida a inovação trazida com a Constituição de 1937, que permitia ao Congresso referendar lei declarada inconstitucional pelo STF e, assim, assegurar a sua vigência.

Em matéria de direitos fundamentais, a Carta de 1946 foi avançada: enunciou um rol extenso e moderno de garantias, que contemplava não só direitos políticos como também sociais. Datam dessa época, por exemplo, o fim da censura prévia à liberdade de expressão; a instituição da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional em face da ameaça a direitos individuais (art. 141, §4º); e o retorno ao texto constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Quem olha apenas para a Constituição de 1946 acha que, como ela durou mais de 20 anos e foi responsável por um longo período democrático, foi uma carta razoavelmente bem-sucedida. A verdade é que, olhando de perto para os fatos históricos, observa-se que o período de vigência da Constituição de 1946 foi um período tumultuado politicamente, apesar de juridicamente estável.³⁹⁴ Assim, conquanto exaltada por conta da consagração de direitos fundamentais, “*como instrumento de governo, ela foi deficiente e desatualizada desde a primeira hora.*”³⁹⁵ Segundo Afonso Arinos, a Constituição de 1946 padecia de dois defeitos graves, que foram responsáveis por sua ruína: “*O primeiro (verdadeiro absurdo no regime presidencial) residia na possibilidade de o presidente e o vice-presidente serem eleitos por partidos diferentes. O segundo era a coexistência do voto proporcional, com o regime presidencial.*”³⁹⁶

Para além desses dois aspectos, um terceiro merece destaque: a absoluta submissão do Executivo ao Legislativo. Como se disse, para evitar os abusos cometidos por Vargas, que legislou sem a participação do Congresso Nacional, a Carta esvaziou a participação do Executivo no processo legislativo. Isso o colocava em situação de debilidade, obrigado que estava a negociar, sem muito poder de barganha,³⁹⁷ qualquer medida que demandasse aprovação legislativa.

³⁹⁴ Entre 1946 e 1964 foram aprovadas apenas 4 emendas constitucionais. Três delas sem maior importância ou impacto.

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 26.

³⁹⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 128.

³⁹⁷ Poder este que surgiu com a Constituição de 1988, como discute, em profundidade, a ciência política contemporânea no Brasil. A propósito, v. MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013.

7.3. O funcionamento e o processo de deliberação do STF durante o período democrático

Houve apenas duas alterações relativamente ao funcionamento e ao processo de deliberação do STF no período compreendido entre 1946 e 1964: a devolução ao Tribunal de sua autonomia administrativa e mudança nas regras de substituição de ministros da Corte.

7.3.1. Administração

A autonomia administrativa foi, em parte, reconquistada ainda antes da promulgação da Constituição de 1946, até pelo fato de o então Presidente do STF, Min. José Linhares, ter assumido a Chefia do Poder Executivo, após a derrubada de Getúlio Vargas em outubro de 1945. Como lembra Hugo Mósca, ao assumir a Presidência da República, uma das primeiras decisões do Presidente José Linhares “*foi restabelecer o direito desta Suprema Corte de eleger, entre seus pares, o Presidente e o Vice-Presidente (...)*”³⁹⁸ Realmente, José Linhares, no curso do processo de redemocratização, editou o DL nº 8.561, de 4.01.1946, devolvendo ao STF o poder de nomear seus Presidente e Vice-Presidente.

Em outro ato que buscava devolver ao Tribunal a autonomia perdida durante o Estado Novo, o Presidente José Linhares, por meio do DL nº 8.632, de 11.01.1946, assegurou ao próprio STF competência para organizar a sua secretaria e os seus serviços auxiliares, provendo os cargos, demitindo, licenciando e aposentando funcionários da secretaria e serviços auxiliares. Tais medidas foram, posteriormente, incorporadas ao art. 97 da Constituição de 1946.

7.3.2. Substituição de ministros

³⁹⁸ MÓSCA, Hugo. *Linhares, Chefe de Estado*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 35.

Como ressaltado anteriormente, o art. 8º do DL nº 6/1937 autorizava a substituição dos ministros do STF por desembargadores do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na ordem de antiguidade. Em 1946, o Decreto-Lei nº 9.216, de 30.04, alterou a redação do referido dispositivo do DL nº 6/37, para atribuir ao STF a decisão sobre a necessidade, ou não, de convocação de desembargadores para a substituição de ministros, bem assim para dispor, em benefício do princípio da eficiência, que o desembargador que já tivesse analisado os autos participasse do julgamento, mesmo que cessado o período de substituição.

7.3.3. A mudança para Brasília

Com o anúncio do início da construção de Brasília e da pretensão do Presidente Juscelino Kubitschek de transferir para lá a Capital do Brasil, os ministros do STF passaram a discutir a efetiva necessidade de mudar a sede do Tribunal para o novo Distrito Federal. A necessidade de mudança do STF, do antigo endereço, na Avenida Rio Branco, no Rio de Janeiro, para a Praça dos Três Poderes, na capital projetada e idealizada por Oscar Niemeyer e Lúcio Costa, não era pacífica e gerava discussões entre os ministros. Apesar de algumas resistências, às vésperas da inauguração da nova Capital, o Plenário aprovou a mudança, após muitos debates, durante a sessão administrativa realizada no dia 13.04.1960.

A inauguração da nova sede do Tribunal se deu durante a 12ª Sessão Extraordinária da Corte, realizada no mesmo dia da instalação da Capital em Brasília (21.04.1960). À cerimônia compareceram apenas oito ministros (Barros Barreto, Lafayette de Andrada, Nelson Hungria, Cândido Mota Filho, Villas Bôas, Gonçalves de Oliveira, Sampaio Costa e Henrique D'Ávila), e outras autoridades. Na oportunidade, o Presidente do Tribunal comunicou a suspensão dos prazos processuais e das atividades da Corte, para a adoção das providências necessárias à efetiva instalação do STF. Em razão disso, a primeira sessão plenária na nova sede só foi realizada em 15.06.1960.³⁹⁹

7.4. A importância e o papel do STF no período democrático

³⁹⁹ Cf. informações retiradas do sítio do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124568>. Acesso em 25/05/2014.

O STF não conseguiu ocupar, em sua plenitude, seu papel político de defesa dos direitos e garantias fundamentais no período democrático. A Corte julgou de forma errática matérias importantes, muito influenciada pelo contexto político mundial da Guerra Fria e pelas disputas entre capitalistas e comunistas. O caso envolvendo a extinção do Partido Comunista Brasileiro e a cassação dos mandatos do único senador e dos dezessete deputados eleitos pela agremiação é exemplo eloquente disso. Foram apresentados a julgamento na Corte um RE, interposto contra a decisão do TSE que decretara o cancelamento do Partido, pedido de *habeas corpus* contra o fechamento de sua sede, e dois MSs impetrados contra os atos das Mesas do Congresso que declaravam extintos os mandatos do Senador Luís Carlos Prestes e dos deputados Maurício Grabois e João Amazonas.

O recurso extraordinário não foi conhecido, nos termos do voto do Ministro Laudo Ferreira de Camargo, em decisão de abril de 1948. O *habeas corpus* impetrado pelo Senador Luís Carlos Prestes e pelos deputados Maurício Grabois e João Amazonas alegava que eles estavam sendo impedidos, pela polícia, de entrar e sair da sede da agremiação e dos comitês locais do partido, antes de publicado o acórdão da Justiça Eleitoral. Afirmavam, ainda, que o partido havia sido constituído como sociedade civil e que eles, na qualidade de diretores da entidade, tinham o direito de exercer atos relativos à guarda e disposição dos bens privados da associação. O Ministro Castro Nunes, relator, não conheceu do pedido ao argumento de que o instrumento processual utilizado (*habeas corpus*) era inadequado. Os MSs tiveram sorte semelhante. No primeiro, julgado em maio de 1948, os impetrantes argumentavam que a Lei nº 211/1948, que autorizara a cassação dos parlamentares, era inconstitucional. Sustentavam, ainda, que a Constituição não exigia filiação partidária e que, portanto, a cassação do registro do partido não poderia ser estendida aos deputados e senadores. O Tribunal se dividiu em relação às questões preliminares, mas, no mérito, denegou a ordem por unanimidade.⁴⁰⁰

Para além disso, o STF não teve qualquer papel no desenrolar das crises institucionais pelas quais o Brasil passou nas décadas de 1950 e 1960. Foi mero expectador. Um expectador

⁴⁰⁰No entendimento do relator, Min. Hahnemann Guimarães, acolhido pelo STF: “*a democracia adotada era a de um Estado de partidos*’. Assim, o cidadão não designava um candidato incumbido de substituir sua vontade pela dele; não votava em certo indivíduo, votava em uma política, um programa, um partido. (...) A Lei de 1946 [Constituição] acolhera esse regime de representação e, portanto, uma vez cancelado o registro do partido, ficava justificada a cassação dos mandatos.” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, pp. 118-119).

privilegiado, que estava no centro do Poder, é verdade, mas que não passou disso. O grande exemplo disso deu-se quando do contragolpe que assegurou a posse de Juscelino Kubitschek,⁴⁰¹ oportunidade em que o STF absteve-se convenientemente de se pronunciar, reconhecendo sua impotência diante da força das armas. Nas palavras do Min. Nelson Hungria: “*Contra uma insurreição pelas armas, coroada, de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força.*”⁴⁰²

No plano institucional, no entanto, a Constituição de 1946 representa um marco importante para o STF. É a partir dela que a Corte começa a ganhar feições mais próximas das de uma Suprema Corte (ou de um Tribunal Constitucional). Realmente, a criação do TFR, pela Constituição de 1946, permitiu que o Supremo se demitisse do papel de Tribunal de Apelação das causas da União e assumisse mais a função de árbitro dos conflitos da federação e de guardião da Constituição.⁴⁰³

⁴⁰¹ Em 3.10.1955, foram eleitos Presidente, Juscelino Kubitschek, do PSD, e para Vice-Presidente, João Goulart, ex-ministro de Vargas, do PTB. Após as eleições, teve início nova conspiração para impedir a posse dos eleitos, ao argumento de que nenhum deles havia obtido a maioria absoluta dos votos válidos. Café Filho sofre um enfarte em 3.11.1955, assumindo a presidência Carlos Luz, presidente da Câmara. Para assegurar a posse, “(...) o General Henrique Lott, recém-exonerado do Ministério da Guerra, convencido de que, com o envolvimento do Presidente, tramava-se o desrespeito ao resultado das urnas, deflagrou um dos mais curiosos episódios da história militar do país: um golpe preventivo, destinado a assegurar a legalidade constitucional. Carlos Luz é declarado impedido pelo Congresso, sendo sucedido por Nereu Ramos, presidente do Senado, que governa sob estado de sítio até a transmissão do cargo. Café Filho, restabelecido da enfermidade, foi impedido de reassumir.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, pp. 29-30).

⁴⁰² O trecho consta de aresto em que se apreciou mandado de segurança impetrado por Café Filho no dia em que foi votado seu impedimento pelo Congresso Nacional (Resolução nº 21, de 22.11.1955). Café Filho buscou no STF a garantia do exercício de suas funções constitucionais. O STF, contudo, em decisão que se aproxima de um conveniente juízo de *non liquet*, decidiu suspender o julgamento, até que fosse suspenso o estado de sítio. Em voto sempre lembrado, o Ministro Nelson Hungria registrou: “*Contra uma insurreição pelas armas, coroada, de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. (...) O impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica. Não conheço do pedido de segurança.*” Apud BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 30, nota de rodapé 57.

⁴⁰³ “*Para aliviar o Supremo Tribunal Federal do elevado número de processos, [a Constituição de 1946] criou o Tribunal Federal de Recursos, passando-lhe a competência de julgar em grau de apelação as causas em que a União participasse como autora, ré, assistente ou oponente. Ao livrar-se dessa atribuição, ‘o STF teve salientado o seu papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição e o papel de guardião da Constituição.’*” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 109).

8 A DITADURA MILITAR (1964-1985)

8.1. Antecedentes: os governos Jânio Quadros e João Goulart

Jânio Quadros venceu as eleições presidenciais de 03.10.1960 com um discurso conservador, mas reformista, de moralização da Administração Pública. Na ocasião, João Goulart foi eleito novamente Vice-Presidente, pelo PTB.⁴⁰⁴ O governo de Jânio Quadros, no entanto, foi breve e desastroso. Poucos meses após assumir, em 25.08.1961, o Presidente renunciava ao cargo.⁴⁰⁵ Como o Vice João Goulart estava em visita oficial à China, assumiu interinamente o Presidente da Câmara, Ranieri Mazzili. Instaurou-se nova crise. Os ministros militares vetaram a posse de João Goulart, num prenúncio do golpe. O governador do Rio Grande do Sul articula, com o apoio do 3º Exército, uma campanha legalista. Em meio ao impasse, a solução foi a aprovação, às pressas, de Emenda Constitucional (EC nº 04/1961), instituindo parlamentarismo. A inovação, como já se viu, durou pouco. Inconformado com a perda de poder, João Goulart conseguiu antecipar a realização do plebiscito previsto na EC 4/1964. E, diante da ampla campanha em prol do presidencialismo, a população rejeitou o modelo parlamentarista. Após o plebiscito realizado em janeiro de 1963, tendo em vista a opção pelo retorno ao presidencialismo, foi promulgada a EC nº 6/1963.

Com o restabelecimento dos poderes do Presidente da República, o golpe militar de 31.03.1964 começou a ser articulado. As greves sucessivas, o clima de instabilidade política e a radicalização do discurso do Presidente em defesa da reforma agrária e das reformas de base formaram o pano de fundo propício para o Golpe, apoiado pelos setores conservadores da sociedade, nutridos pelo temor do comunismo, e por parcela significativa da opinião pública.

8.2. O Golpe de 1964

⁴⁰⁴ A Constituição de 1946, como já se ressaltou, permitia a eleição de Presidente e Vice-Presidente que não integrassem a mesma chapa.

⁴⁰⁵ Os motivos que levaram Jânio Quadros a renunciar não são totalmente claros. Parte significativa da historiografia atribui a renúncia a um erro de cálculo de Jânio Quadros, que acreditava, diante do temor que o governo Jango representava para as elites, que seria reconduzido ao cargo com o apoio dos militares, com poderes mais amplos.

Diferentemente de Getúlio Vargas, quando chegaram ao poder, os militares buscaram dar um ar de legalidade ao novo regime. Por isso, dizendo-se detentores de poder constituinte originário, mantiveram a Constituição de 1946 em vigor e criaram uma normatividade paralela, supraconstitucional. Em 09.04.1964 era, assim, editado o AI nº 1, que institucionalizou o golpe de Estado, estabelecendo: eleições indiretas para a Presidência da República, suspensão das garantias de vitaliciedade e estabilidade; possibilidade de dispensa, demissão ou aposentadoria compulsória de servidores dos três níveis; possibilidade de cassação de direitos políticos e mandatos legislativos. Dois dias depois, em 11.04.1964, o Congresso Nacional elegeu o General Castelo Branco Presidente da República, com o intuito de cumprir o mandato do Presidente deposto e convocar eleições para sua sucessão. Poucos meses depois, o que era para ser provisório, começou a tornar-se permanente: em julho de 1964, o mandato de Castelo Branco foi prorrogado até março de 1967.

Nos primeiros anos da ditadura militar, o STF gozava de uma relativa autonomia e chegou a proferir corajosas decisões, contrárias aos interesses do regime militar.⁴⁰⁶ Atribui-se essa relativa autonomia ao espírito *legalista* do General Castelo Branco. Nada obstante isso, como assinala Oscar Vilhena Vieira, a linha dura dos militares tinha profunda desconfiança em relação aos ministros indicados pelos Presidentes anteriores, em especial com Victor Nunes Leal e o Presidente Ribeiro da Costa.⁴⁰⁷ Um discurso incisivo do Presidente do STF, que sustentava a necessidade de restabelecimento democrático e a inconstitucionalidade de projeto que visava elevar o número de ministros da Corte foi o estopim para a edição do AI nº 2, em 27.10.1965,⁴⁰⁸ que elevou para dezesseis a composição do STF.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ “Apesar do contexto autoritário e de uma postura adesista do STF que a princípio se anunciara, surpreendentemente o Tribunal teve, nos primeiros anos da ditadura militar (1964/1968), um dos seus momentos mais elevados. (...)” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 113.

⁴⁰⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, pp. 79-80.

⁴⁰⁸ O AI nº 2/1965 também recriou a Justiça Federal e determinou que a nomeação dos seus juízes se desse por ato do Presidente da República (art. 105). Além disso, aumentou a composição do TFR de 9 para 13 juízes, determinando, ainda, alterações na forma de provimento de seus cargos (art. 103). É interessante notar que a recriação da Justiça Federal se deu em um contexto autoritário.

⁴⁰⁹ “A animosidade dos militares com o STF atingiu o seu clímax com a manifestação do Ministro Ribeiro da Costa, na qual o presidente do STF não só reputara inconstitucional projeto que visava a aumentar o número de ministros do STF, como também afirmara que já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação. A resposta ao Tribunal não tardaria: com a edição

Em 26.11.1965, foi promulgada a EC nº 16, que alterou diversos dispositivos da Constituição relativos ao Poder Judiciário. A mais importante inovação da EC nº 16/1965 foi, como se sabe, a introdução, no Brasil, do controle concentrado de constitucionalidade,⁴¹⁰ por meio da alteração da redação da alínea *k* do art. 101, I, da Constituição de 1946.⁴¹¹ As razões que levaram à criação do novo instituto, no entanto, geram controvérsia na doutrina. De um lado, situam-se autores que sustentam que a novidade nada teve de autoritária. Essa era a posição de Aliomar Baleeiro e Celso Agrícola Barbi.⁴¹² Em estudo mais recente, Gilmar

do Ato Institucional nº 02, de 27/10/1965, o STF sofreria mais um duro ataque institucional, com o aumento do número de ministros de 11 para 16 (as novas vagas foram preenchidas por ministros com militância partidária na UDN, e, portanto, alinhados ideologicamente ao governo), e com a suspensão das garantias da estabilidade e da vitaliciedade por seis meses, de modo que os seus membros poderiam deles ser alijados por procedimento sumário, cujo controle judicial limitar-se-ia a formalidades extrínsecas.” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 113-114). Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “[o] discurso do Ministro Ribeiro da Costa, de 20 de outubro de 1965, rompeu o tênue equilíbrio entre o Supremo e o ‘Comando Revolucionário’” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 305). Marcelo Caetano, no entanto, sustenta que a edição do AI-2 não teve qualquer intuito de retaliar o STF. Segundo ele: “*Houve quem, na altura, atribuisse a razões políticas esta reforma; mas a alta qualidade dos novos juízes nomeados para preenchimento das vagas criadas, a ampliação simultânea dos poderes do Supremo, a reconhecida necessidade de acelerar o julgamento de processos acumulados e de aliviar a carga que pesava sobre cada juiz, tudo isso permite afastar a ideia de que a reforma tivesse tido o objetivo de subjugar o Tribunal.*” (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume II: *Direito Constitucional Brasileiro*. 2ª edição revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 450). O argumento, com todo o respeito que merece o constitucionalista português, não se sustenta. O fato de terem sido nomeados juristas respeitados ou que houvesse processos acumulados no tribunal não afasta a conclusão de que, para o regime, era conveniente aumentar o número de ministros para diluir e neutralizar a influência daqueles que estavam desalinhados com o governo.

⁴¹⁰ É importante notar que a PEC previa, ainda, a alteração do art. 64 da Constituição de 1946, para atribuir efeitos *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal. Como se extrai da exposição de motivos: “*Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito erga omnes de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação (...).*” Essa proposta, no entanto, foi rejeitada. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 204-205.

⁴¹¹ A EC nº 16/1965 também modificou o art. 103, que tratava do TFR, autorizando a criação de outros tribunais, em diferentes regiões do País (art. 103, §2º). Não se tratava propriamente de uma inovação, pois o art. 105 da Constituição de 1946, em sua redação original, já dispunha nesse sentido. A alteração do art. 103 apenas permitiu a utilização do art. 105 para recriar os juízos federais de primeira instância.

⁴¹² Com efeito, Aliomar Baleeiro sustentava que: “*(...) a Revolução, que não pode ser sentenciada pelas paixões, interesses e ressentimentos do presente, quis manter o Supremo no papel político que inspirou a sua criação pelos fundadores da República. Ao invés de enfraquece-lo, no meu entender, deu-lhe poderes políticos ainda mais graves e com maiores responsabilidades, como a competência para declarar, em tese, a inconstitucionalidade de leis federais e não, apenas, como antes, a das estaduais contrárias ao art. 7º, VII, da Carta de 1946. Quis, penso, manter e prestigiar o Supremo na apóstrofe de Ésquilo, nas Eumênides, que Rui invocou no primeiro dos habeas corpus políticos de 1892: ‘Eu instituo este Tribunal venerando, severo, incorruptível, guarda vigilante desta terra através do sono de todos, e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja de hoje pelo futuro adiante!’*” (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro:

Mendes defende essa visão,⁴¹³ ao argumento de que foi o próprio STF que sugeriu a adoção do novo instrumento constitucional. De fato, conforme se extrai da exposição de motivos enviada pelo então Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República:

A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da ‘controvérsia constitucional sobre as leis novas com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento de processos congêneres. Afeiçoasse, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VIII do art. 7º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.⁴¹⁴

De outro, diversos doutrinadores viram na criação do controle concentrado um instrumento a serviço do governo para concentração de poder e controle dos Estados. Nas palavras do Ministro Evandro Lins e Silva, que foi aposentado compulsoriamente pelos militares:

(...) essa ideia de que aumentaram os poderes do Supremo é uma ilusão evidentemente. Aumentaram seus poderes puramente de Tribunal Judiciário. Com o AI-3 (*sic*) suprimiu-se o poder que o Supremo deve ter, como órgão da soberania nacional, de julgar as ações do Executivo ou as leis do Congresso, de declarar a inconstitucionalidade de atos abusivos que o Presidente da República pudesse praticar, a pretexto de que estava defendendo o país contra a subversão ou a corrupção.⁴¹⁵

Álvaro Ricardo de Souza Cruz ressalta, por sua vez, que a EC nº 16/65 deve ser vista em conjunto com o AI-2. Com efeito, o mencionado Ato Institucional havia suspenso

Forense, 1968, p. 134). No mesmo sentido, Celso Agrícola Barbi: “Criou-se, assim, o exame da inconstitucionalidade, por via de ação, também de lei federal, o que, sem dúvida, nada tem a ver com o problema de intervenção federal que é a matéria do art. 8, parágrafo único, da Constituição. O dispositivo da Emenda Constitucional, trouxe profunda modificação no sistema constitucional brasileiro, ao instituir o exame de constitucionalidade das leis federais, assim como estaduais, por iniciativa do Procurador-Geral da República, sem distinguir entre leis de direito público e de direito privado, sem vincular o juízo constitucional a uma finalidade determinada, como fazia o art. 8º, parágrafo único, da Constituição, que se destinava a preparar ou a evitar a intervenção federal nos Estados.” (BARBI, Celso Agrícola. “Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; e BARROSO, Luis Roberto (orgs). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. 1a ed. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97).

⁴¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 203-206.

⁴¹⁴ BRASIL, Constituição (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n. 16: Reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p. 24. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 204.

⁴¹⁵ LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*. Entrevistas e notas de Marly Motta e Verena Albertini. Editoria de texto de Dora Rocha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 407. *Apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 308.

garantias da magistratura e aumentado o número de ministros. E o fez, segundo o autor, não por reconhecer a necessidade de aumento do número de ministros, mas sim como estratégia para neutralizar o tribunal. Por isso, para ele, a atribuição de legitimidade para a propositura da ação direta exclusivamente ao Procurador-Geral da República também se inseria nesse contexto, sobretudo porque o PGR exercia cargo de confiança do regime militar. Nas palavras do autor, “(...) o controle da constitucionalidade, concebido como mecanismo de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, surge no Brasil, sob todas as suas formas, como instrumento de repressão do Estado.”⁴¹⁶

Em nossa visão, o controle concentrado não surgiu como instrumento de garantia de direitos fundamentais, nem como medida para reduzir o excessivo número de processos em andamento no STF. Surgiu, isto sim, como medida de interesse do governo, que estava, como bem observou Álvaro Ricardo de Souza Cruz, diretamente associada ao aumento da composição da Corte. A reforma não foi motivada pela crise do Judiciário, mas encontrou nela o pretexto ideal para a ampliação do controle exercido pelo governo sobre Estados e governadores contrários à regime autoritário, dentro do quadro legalista defendido por Castello

⁴¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 308. Rodrigo Brandão segue o mesmo entendimento, argumentando que: “(...) a circunstância de a legitimidade ativa para a RI ser exclusiva do Procurador-Geral da República, à época detentor de cargo de livre-nomeação e exoneração pelo Presidente e responsável pela chefia da advocacia da União, denotava que o propósito da instituição do controle abstrato no Brasil não era o de fortalecer o papel do Judiciário de protetor de direitos fundamentais, senão o de transformar o STF em instrumento do regime, notadamente para imunizar os efeitos de decisões judiciais indesejadas.” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 114). Ainda sobre o tema, veja-se Lênio Streck: “Para alguns pode parecer um paradoxo o fato de o regime militar, em 1965, ter introduzido o controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, aquilo que duas Constituições anteriores, frutos de processos constituintes, não fizeram, o regime autoritário fez. Para Clèmerson Clève, o paradoxo está ‘no fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.’ Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do establishment. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação da EC 16/65, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma nova Constituição. Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas.” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 2004, p. 448). Daniel Sarmiento acrescenta que “(...) como as decisões na representação de inconstitucionalidade possuíam eficácia erga omnes, tal ação, na prática, diminuía os poderes dos juízes e tribunais ordinários na jurisdição constitucional, transferindo-os para o STF, que, pela sua composição política, era tido como mais confiável pelo governo. E, além disso, pela representação era possível o controle dos atos normativos dos Estados, que podiam eventualmente ser governados pela oposição.” (SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 61, nota de rodapé 140).

Branco. Tratava-se, o controle de constitucionalidade por via de ação, em sua origem, de um instrumento para a intervenção (jurídica) do governo sobre os Estados.

A instituição do controle concentrado de constitucionalidade, a cargo do Procurador-Geral da República, não foi a única medida adotada pelo governo militar que interferiu diretamente no funcionamento e no processo de deliberação do STF. O AI-2 e a EC nº 16/65 também instituíram outras diretrizes, relacionadas à competência e ao julgamento pelo Tribunal. De fato, o AI-2 introduziu o parágrafo único ao art. 98 da Constituição de 1946 determinando que o Tribunal se dividisse em três turmas de cinco ministros cada. Logo em seguida, o art. 5º da EC nº 16/65 introduziu o §1º ao art. 101 da Constituição, delineando as competências do Plenário e das Turmas.

8.3. A Constituição de 1967

A Constituição de 1946 já era uma obra desfigurada quando caiu por terra definitivamente.⁴¹⁷ O Governo chegou a constituir, por meio do Decreto nº 58.198/1966, uma comissão para elaborar um anteprojeto de Constituição. A minuta produzida pela referida comissão, no entanto, foi desconsiderada integralmente pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva,⁴¹⁸ que ficou responsável por redigir nova versão. Por meio do Ato Institucional nº 4, de 7.12.1966, o governo convocou o Congresso a se reunir extraordinariamente, entre 12.12 daquele ano, e 24.01.1967, para votar o projeto.⁴¹⁹ A votação foi mais simbólica do que efetiva. A Constituição foi empurrada “goela abaixo” do Congresso, que não teve tempo hábil

⁴¹⁷ Como observa Daniel Sarmiento, “*além dos Atos Institucionais, também foram editadas diversas emendas à Constituição, gerando um sistema constitucional altamente confuso, para dizer o mínimo, em que pouco sobrava do texto originário da Constituição de 46.*” SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 61.

⁴¹⁸ Carlos Medeiros viria a se tornar, posteriormente, Ministro do STF.

⁴¹⁹ Daniel Sarmiento assinala que a Constituição de 1967 é fruto do desejo dos militares da linha moderada de reconstitucionalizar o País. Os prazos foram exíguos, segundo se alega, para que Castelo Branco pudesse legar um novo Estado ao seu sucessor, Costa e Silva, integrante da “linha dura”. (SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pp. 62-63).

para discuti-la ou modificá-la. Conforme ressalta Luís Roberto Barroso,

[a] rigor técnico, foi Carta outorgada, ainda que pela via oblíqua da imposição do Executivo ao Legislativo, que, de resto, não havia sido investido de poder constituinte originário pela soberania popular. A menos que se admitisse a discutível tese de que seria delegatário do poder desta natureza ainda detido pelo movimento vitorioso.⁴²⁰

Luís Roberto Barroso assinala, ainda, que a Carta de 1967 tem como característica principal a concentração de poder em sentido vertical e horizontal. Houve, segundo o professor e ministro, a transferência, para a União, de rendas que antes pertenciam a Estados e Municípios, com o conseqüente esvaziamento da importância dos entes federativos, o que impôs a dependência financeira e política desses entes à União. Foram concentradas, no Poder Executivo, inúmeras competências, especialmente no que tange à iniciativa privativa do processo legislativo, retirada, em grande margem, da esfera do Congresso. Nesse sentido, a Constituição de 1967 autorizou o Chefe do Poder Executivo a editar Decretos-Lei. O instrumento – que já havia sido adotado na vigência do Estado Novo e fora abolido pela Carta de 1946 –, apesar de autoritário, ganhou feições um pouco mais liberais do que as que possuía na Constituição de 1937. Realmente, o art. 58 da Carta de 1967 permitiu a edição de decretos com força de lei, em matérias de segurança nacional e de finanças públicas. Nada obstante isso, o expediente acabou utilizado para dispor sobre quase todo tipo de matéria. A feição relativamente mais liberal envolvia a submissão do DL à aprovação ou rejeição do Congresso Nacional, no prazo de 60 dias. Segundo o parágrafo único, “*Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.*” Em tese, pois, era facultado ao Congresso o controle dos atos praticados pelo Executivo. Na prática, no entanto, a teoria era outra. Ainda no que tange ao Poder Executivo, a Constituição de 1967 instituiu eleições presidenciais indiretas, a serem realizadas por colégio eleitoral formado pelo Congresso Nacional e por delegados das Assembleias Legislativas (arts. 76 e 77). O Vice-Presidente, que tinha de integrar a mesma chapa do Presidente, exercia, de acordo com o art. 79, §2º, a Presidência do Congresso Nacional, nos moldes do que se dá nos EUA.⁴²¹

⁴²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 36.

⁴²¹ No que tange à organização do Poder Legislativo, a Constituição de 1967 manteve sistema bicameral semelhante ao adotado pela Constituição de 1946: deputados eleitos diretamente, pelo sistema proporcional, tendo cada Estado direito a, no mínimo, sete cadeiras e o máximo que a lei fixasse; e três senadores por Estado, eleitos diretamente pelo sistema majoritário. A principal diferença estava no número máximo de deputados. De acordo com o §2º do art. 41, “[o] número de Deputados será fixado em lei, em proporção que não exceda de um para

O Poder Judiciário não sofreu qualquer mudança significativa em relação às aquelas estatuídas no AI-2 e na EC 16/1965. Na verdade, tais alterações, sobretudo as impostas pelo AI-2, foram constitucionalizadas com o novo texto de 1967 (v. arts. 107 e seguintes). Em matéria de direitos fundamentais, o rol “*era generoso, ainda que insincero*”. Segundo Daniel Sarmento, a Constituição de 1967 reproduziu, no art. 150, os mesmos direitos individuais e sociais consagrados na Carta anterior, com o importante acréscimo do respeito à integridade física e moral do detento e presidiário.⁴²²

Diante da efêmera existência da Constituição de 1967 – que durou pouco mais de dois anos –, a análise da importância e do funcionamento do STF no período será realizada adiante, à guisa de conclusão sobre o período da ditadura militar. Por ora, então, a análise prossegue com o advento do AI-5 e a outorga da Constituição de 1969.

8.4. A Constituição de 1969

8.4.1. Antecedentes: A edição do AI-5 (1968)

Em 15.03.1967, assume a Presidência o General Costa e Silva, alinhado com os militares integrantes do grupo “linha dura”. Surgem, no período, focos de oposição ao governo militar organizadas por estudantes e trabalhadores (greves, manifestações de grande porte) e de resistência armada. O ambiente explosivo era propício à prevalência das posições dos militares da linha dura, que conseguiram se impor no regime e recrudescer a repressão. Isso se dá a partir do advento do Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968.

Tendo como causa imediata discurso do Deputado Márcio Moreira Alves⁴²³, a edição

cada trezentos mil habitantes, até vinte e cinco Deputados, e, além desse limite, um para cada milhão de habitantes.”

⁴²² SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 66.

⁴²³ Em seu discurso, o Deputado sugeriu a realização de um boicote à Parada do Sete de Setembro e que as esposas dos militares fizessem greve de sexo enquanto durasse a repressão. O Presidente solicitou à Câmara autorização para processar o parlamentar por crime contra a segurança nacional. Como o Legislativo não concedeu a autorização pleiteada em votação realizada no dia 12.12.1968, o governo, no dia seguinte, baixou o AI-5.

do AI-5 marcou a institucionalização da ditadura. Ou, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, “[f]oi com o Ato Institucional nº 5, que a ditadura tirou sua máscara”.⁴²⁴ O AI-5: autorizou que o Presidente decretasse o recesso do Congresso (medida que foi editada concomitantemente, por meio do Ato Complementar nº 38); conferiu ao Executivo plenos poderes para legislar sobre todas as matérias durante o recesso do Legislativo; permitiu que a União interviesse diretamente, sem os constrangimentos estabelecidos pela Constituição, em Estados e Municípios; possibilitou que o Presidente suspendesse direitos políticos e cassasse integrantes do Poder Legislativo de qualquer nível; suspendeu as garantias da magistratura; autorizou o confisco de bens; suspendeu a garantia constitucional do *habeas corpus*; e afastou o controle jurisdicional de atos praticados com respaldo no diploma. A partir de então, a Constituição de 1967, embora formalmente estivesse em vigor, deixou de ser aplicada. Disseminaram-se prisões arbitrárias, a tortura a presos políticos e a censura aos veículos de comunicação. E, com base no AI-5, os militares aposentaram compulsoriamente, em 16.01.1969, os Ministros Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima. Outros dois ministros (Antônio Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada) deixaram a Corte em solidariedade aos colegas e em repúdio à violência institucional do ato.

Em seguida, por meio do AI-6, de 1º.02.1969, o governo voltou a reduzir a composição do STF, de dezesseis para onze ministros, bem como a alterar a competência recursal do STF (art. 114, II e III). A redução das cadeiras, segundo o Ministro Luiz Gallotti, não tinha relação com as aposentadorias punitivas. A intenção do governo era deixar claro que o governo não aposentara aqueles ministros com a intenção de nomear novos.⁴²⁵

Em agosto de 1969, Costa e Silva foi afastado do exercício da Presidência, vitimado por um derrame. O Vice-Presidente, Pedro Aleixo, substituto constitucional, foi impedido de

⁴²⁴ “Ministros aposentados relembram os colegas cassados”. Matéria divulgada pelo STF em 16 de janeiro de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101692>. Acesso em 23.01.2014.

⁴²⁵ Em suas palavras: “Não houve correlação entre o Ato n.º 6, que reduziu o número de ministros de 16 para 11, e as aposentadorias punitivas de três deles, as quais como já disse, foram anteriores. Segundo ouvi do Ministro da Justiça, Prof. Gama e Silva, quis o Governo, extinguindo os cargos dos ministros aposentados, evitar a suposição de que tivesse querido obter a abertura de vagas, para nomear novos ministros.” (VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 183). Para o Ministro Antônio Gonçalves de Oliveira, por sua vez, como os Atos Institucionais nº 5 e 6 restringiram a competência do STF para julgar *habeas corpus* e outras questões relativas à segurança nacional, o número de ministros perdeu importância. (VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 193).

assumir pelos três ministros militares, que editaram o AI-12.⁴²⁶ Em 25.10.1969, convocado por meio do AI-16, que declarou a vacância dos cargos, o Congresso se reuniu para homologar a indicação do General Emílio Garrastazu Médici à presidência da República. Pouco antes da eleição do novo Presidente, o Congresso aprovou a EC nº 1, de 17.10.1969. Mais do que uma simples emenda, a EC nº 1/69 introduziu nova Constituição, dado o elevado número e a profundidade das alterações que promoveu.

8.4.2. As características da Carta de 1969

No geral, a Constituição de 1969 reproduziu as mesmas características da Carta de 1967. Nada obstante isso, convém anotar as principais alterações impostas: (i) o mandato presidencial foi ampliado de quatro para cinco anos; (ii) o Vice-Presidente deixou de exercer a Presidência do Congresso Nacional; (iii) ampliaram-se os poderes do Presidente da República, por meio da previsão de novas competências privativas no processo legislativo e da abrangência dos decretos-lei; (iv) houve a redução do número de deputados federais e nas assembleias legislativas; (v) foram impostas restrições às imunidades parlamentares, de tal forma que os crimes contra a honra e contra a segurança nacional deixaram de estar abrangidos pela garantia.

Em relação ao Poder Judiciário, a Constituição de 1969 incluiu, dentre os órgãos do Poder Judiciário, os Tribunais e juízes estaduais (art. 112, VI).⁴²⁷ Além disso, previu a instituição de processos submetidos a rito sumaríssimo (art. 112, parágrafo único). Seguindo as alterações promovidas pelo AI-6, a nova Carta fixou, ademais, em onze o número de ministros do STF.⁴²⁸ No mais, dispôs sobre o Poder Judiciário de forma bastante semelhante à Constituição de 1967.

⁴²⁶ As razões para o golpe foram o fato de o Vice-Presidente ser civil e de ter votado contrariamente à edição do AI-5, em 1968.

⁴²⁷ O dispositivo (art. 112) passou a reger o Poder Judiciário como um todo, e não apenas o da União, como fazia a Constituição de 1967 (art. 107).

⁴²⁸ “Outra importante novidade foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 1/69, com o parágrafo único do art. 119. Tendo em consideração o acúmulo de causas sem maior significação, passou a permitir que o Supremo Tribunal disciplinasse, à vista da natureza, espécie ou valor pecuniário, os casos enumerados nas alíneas ‘a’ e ‘d’ d inc. III, do art. 119.” (FALCÃO, Djaci. Palestra proferida na década de 1970 na PUC/SP. *Apud* MÓSCA, Hugo. *Djaci Falcão, o decano da Corte, e suas sugestões aos constituintes de 87*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 194).

8.5. O funcionamento e o processo de deliberação do STF durante a ditadura militar

8.5.1. Composição numérica do STF

Como se disse, entre 1965 e 1969, o STF funcionou com dezesseis ministros. Essa estrutura foi instituída pelo AI-2/1965, incorporada à Constituição de 1967, e revogada pelo AI-6/1969, que reduziu o número de juízes novamente para onze.⁴²⁹ Na visão dos magistrados que compunham o STF à época, a ampliação da composição do STF foi a forma encontrada pelo governo Castello Branco para intervir no STF, sem agredir-lhe frontalmente como fez Getúlio Vargas, em 1931. Para Aliomar Baleeiro:

A meu ver, Castello Branco, diante daquele antagonismo da Revolução aos cinco ministros do STF, cuja filosofia política ela reputava hostil às suas diretrizes, encarou duas soluções drásticas: a) aposentá-los, como fez Vargas em 1931, em relação aos juízes execrados pelos revolucionários de 1922, 1923, 1924 e 1930; ou b) elevar de quase 50% o número dos ministros, como tentou fazê-lo F. D. Roosevelt aos “Justices” incompatíveis com o New Deal. Castello conhecia perfeitamente o projeto de *packing the Court*, de Roosevelt, pois a ele se referiu em conversa comigo cerca duma semana antes do AI n.º 2. Preferiu a solução menos brutal e que viria a corrigir a congestão das pautas do STF. Não me parece que tivesse cometido, com isso, um erro tático. Em política raramente a escolha é entre o bom e o ruim, mas a menos má entre duas soluções más, sem melhor alternativa.⁴³⁰

Em idêntico sentido, o Ministro Luiz Gallotti afirmou:

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em reunião de que participei, opinara contrariamente ao aumento do número de seus ministros. Mas o Presidente Castello Branco, que resistiu com firmeza às pressões dos que reclamavam o afastamento de ministros, considerou preferível aumentar-lhes o número, em vez de praticar aquela violência. (...).⁴³¹

⁴²⁹ Nos consideranda constou o seguinte: “*CONSIDERANDO haver o Governo, que ainda detém o poder constituinte, admitido, por conveniência da própria Justiça, a necessidade de modificar a composição e de alterar a competência do Supremo Tribunal Federal, visando a fortalecer sua posição de Corte eminentemente constitucional e, reduzindo-lhes os encargos, facilitar o exercício de suas atribuições;*”

⁴³⁰ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 180.

⁴³¹ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 182.

Nada obstante isso, há quem sustente que a ampliação do número de ministros não estava relacionada a aspectos políticos, mas exclusivamente à sobrecarga do Tribunal. Segundo o Ministro Antonio Gonçalves de Oliveira, diante da redução das competências recursais do STF, não se justificava a manutenção do número de magistrados da corte em dezesseis, razão pela qual pôde o Tribunal voltar a ser composto por onze ministros.⁴³²Essa também era a opinião do Ministro Prado Kelly. Embora longo, o trecho transcrito a seguir é bastante elucidativo:

Na visita com que o ilustre colega me distinguiu nesta semana, cingiu-se a nossa conversa aos motivos que levaram o Presidente Castello Branco a promover, em 1965, a reforma do Supremo Tribunal. Limitei-me, na oportunidade, a ler-lhe as sucintas razões — adotadas pelo Chefe de Estado e prestigiadas pelo douto conselho do Ministro da Justiça, Sen. Milton Campos — que constaram de parecer apresentado ao Governo, em agosto daquele ano, pela Comissão nomeada para o estudo de valiosas contribuições que tinham oferecido ao Governo altos órgãos da magistratura (o Supremo e o Tribunal Federal de Recursos), entidades representativas de advogados e publicistas (Conselho Federal da OAB, Associação dos Advogados de São Paulo, Instituto de Direito Público e Ciência Política) e juristas da autoridade do Prof. José Frederico Marques. A tônica de todas as críticas e o alvo de todos os projetos tinha sido a necessidade, fundamente sentida, de apressar a solução dos litígios nas instâncias superiores. Na análise então realizada convergiriam, no geral, as opiniões do Presidente da Comissão, Min. Orosimbo Nonato, do exímio Advogado Dario de Almeida Magalhães e do terceiro membro a quem coube o encargo de relator. Depois do Ato Institucional n.º 5, de 1968, veio a reduzir-se o quadro da Alta Corte. E, como o Presidente Costa e Silva houvesse confiado ao Vice-Presidente Pedro Aleixo a redação de emendas à Constituição, pedi-me esse último, com anuência do primeiro, que oferecesse sugestões à planejada reforma no capítulo do Judiciário. Em carta de 28 de maio de 1969 ao Vice-Presidente, na qual me externei sobre vários alvites pertinentes ao objeto da consulta, insisti nesta ponderação:

Não se deveu a contingências políticas, e sim a uma imposição do sistema, a fixação do quadro em 16 Ministros. Para rendimento do serviço urgiam a simplificação do mecanismo processual e uma distribuição flexível de tarefas entre os órgãos julgadores. Algo mais se exigia: distinguir entre o “contencioso da instituição” e o “contencioso da lei federal”, para situar o primeiro no plenário do Supremo e o segundo nas suas Turmas. O plenário passaria a concentrar em si, como ainda concentra, as funções das modernas Cortes

⁴³² “Os três Ministros aposentados não tinham, não tiveram atuação partidária pessedista-petebista. O que ocorreu foi que os Atos n.ºs. 5 e 6 diminuíram a competência do Supremo. Deixou a Corte de julgar habeas corpus denegados por outros Tribunais como habeas corpus originários. Os habeas corpus denegados passaram a ser julgados somente através de recursos, com tramitação demorada e, nos casos referentes à segurança nacional, crime político, ordem econômica e economia popular, a garantia do habeas corpus ficou suspensa, conforme preceito expresso no mesmo Ato Institucional. Com essas restrições, as causas de possíveis conflitos ficaram praticamente superadas. Com a aposentação compulsória dos Mins. Hermes Lima, Evandro Lins e Victor Nunes Leal, com meu pedido de aposentadoria e do Ministro Lafayette de Andrada, o Ato n.º 6 fez voltar o número de Ministros para 11. Com aquelas aposentadorias e as alterações na competência do Supremo, perdeu-se o interesse na questão de número de ministros. E, assim, pôde o Ministro da Justiça de então, Prof. Gama e Silva, fazer prevalecer seu ponto de vista de que a Corte deveria ficar com 11 Ministros; não ficaria bem, para a Revolução, segundo aquele Ministro, aproveitar aquelas vagas para nomear juizes partidários do movimento de 1964. Podia parecer que o Governo queria vagas para seus juristas partidários da Revolução. Verdade é que a idéia de aumentar-se o número de juizes da Corte nunca foi simpática ao Supremo, como ainda agora não o é, embora muitos juristas, publicistas, advogados e estudiosos a defendessem e a defendam para esvaziar-se a pauta de julgamento, sempre, desde muitos anos como até agora, muito sobrecarregada de processos.” (VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, pp. 193-194).

Constitucionais e de Justiça Política, somando-as, por contingência da ordem federativa, à sua condição de árbitro dos Estados-membros e de poder nacional em face de Estados estrangeiros. As Turmas autonomamente pelo correto cumprimento das leis federais, e só em caso de divergência entre si na aplicação do direito ensejariam embargos a fim de que o Pleno, por sua vez, desse a última palavra, em proveito da unificação da jurisprudência. Mas para que as Turmas suportassem o peso dos encargos, que antes havia recaído, com milhares de recursos ordinários e extraordinários, sobre a corporação em sua integridade não havia como admiti-las a menos de três, as quais, a bem dizer, correspondiam a outros tantos Tribunais da União. E, porque atingiam a tal eminência, parecia forçoso que os integrantes de cada Turma não fossem menos de cinco, para manter-se em nível próprio o padrão do colegiado, com a autoridade indispensável aos respectivos arestos e a confiança das partes, levando em conta que até para “teses constitucionais” (e não, como aqui, para “interpretação de leis ordinárias”) a Suprema Corte dos Estados Unidos pode deliberar com seis dos seus nove membros. O sistema funcionou com pleno êxito a partir da sua adoção e exibiu resultados admiráveis em 1966 e 1967. Já os pressentira o Presidente Castello Branco em discurso de 5 de outubro do primeiro ano: ‘O Supremo Tribunal tem hoje revigorada a sua capacidade’. E, ao completar-se o segundo ano, a safra de julgados, conforme consta de relatório, foi de 7.879 processos, dos quais 7.634 tinham sido distribuídos no mesmo exercício. Refiro-me a estes dados, não só por confirmarem a diligência dos magistrados e o afluxo contínuo de feitos, senão também por aclararem outro aspecto da reforma: enquanto o Plenário decidiu 601 casos, decidiram as Turmas 5.925. É nelas afinal que recai o grosso da carga forense. Donde tenho por demonstrada a desvantagem de suprimir uma das Turmas, o que só aconteceu por circunstâncias alheias à dinâmica do serviço judiciário, quando se diminuiu para 11 o número de Ministros. Tal diminuição foi tão contingente quanto a de 1931: uma e outra ao arrepio da tradição firmada no Império e na 1ª República — 17 e 15 magistrados respectivamente.⁴³³

Ao analisar o tema, por sua vez, o Ministro Oswaldo Trigueiro ficou – para usar uma linguagem coloquial – “em cima do muro”. Para ele, a iniciativa do governo revolucionário de ampliar a composição do Tribunal justificava-se tanto por razões de demanda de trabalho quanto para alinhar o STF a regime militar.⁴³⁴

Em nossa visão, o excesso de recursos no STF não foi, por si só, fator para o aumento do número de ministros. Do contrário, não teria havido a redução novamente da composição do

⁴³³ VALE, Oswaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, pp. 195-197.

⁴³⁴ “Não me parece que o Presidente Castello Branco tenha tido o propósito de rebaixar o Supremo Tribunal, que a Constituição de 1967 manteve com as prerrogativas tradicionais. É verdade que fez uso dos poderes discricionários, previstos no Ato Institucional n.º 2, para aumentar o número de Ministros, sem afastar nenhum deles. Era uma providência que, com algumas boas razões, se podia justificar diante da necessidade de abreviar-se o julgamento dos processos acumulados. Além disso, o Supremo Tribunal – que, no Império, tinha 17 Ministros, e, na Primeira República, 15 – era, em 1965, um dos menores tribunais do País, com a agravante de não contar com juizes substitutos. A fórmula adotada pelo AI n.º 2, além de não ter caráter punitivo, certamente se inspirou na malograda iniciativa do Presidente Roosevelt, há 40 anos passados. Como quer que seja, o Mar. Castello Branco foi mais brando com o Supremo Tribunal do que o Bacharel Getúlio Vargas que, em 1931, reduziu o número dos ministros, castigando com a aposentadoria os que não concederam os habeas corpus impetrados pelos revolucionários de 1922 a 1924.” (VALE, Oswaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, pp. 202-203).

Tribunal, em 1969, por meio do AI-6. A sobrecarga de trabalho – que já era um fato irrefutável à época – serviu apenas de pretexto para a adoção da medida. Foi a justificativa perfeita para que a ditadura militar pudesse diluir e neutralizar a influência dos magistrados tidos por independentes ou contrários ao “*espírito revolucionário*”, sem interferir abertamente, sobre a organização do Poder Judiciário. A medida, para além de justificada, enquadrava-se na moldura legalista defendida pelo Presidente Castello Branco e não soava antidemocrática para a população e para os setores que apoiavam o golpe.

8.5.2. Administração do STF

Durante a ditadura, não foram adotadas quaisquer medidas para determinar a designação do Presidente do Tribunal pelo governo ou para limitar o prazo de duração do mandato. Sobre o tema, aliás, uma história curiosa merece ser recordada. Como relata o Ministro Antonio Gonçalves de Oliveira, diante dos embates entre o Ministro da Guerra, Costa e Silva, e o Presidente do STF, Ministro Ribeiro da Costa, o Tribunal solidarizou-se com seu Presidente e ampliou o prazo de duração de seu mandato:

(...) o então Ministro da Guerra, Mar. Costa e Silva, para se fortalecer junto à chamada linha dura, fez, perante a tropa, veementes acusações ao Supremo. Para evitar resposta e discussões entre o Ministro da Guerra e o Presidente Ribeiro da Costa, tão veemente, os Ministros solidarizaram-se com seu Presidente, aumentando o prazo de seu mandato de dois anos para até atingir ele a compulsória, aos 70 anos. Faltavam, então, dois anos para essa compulsória.⁴³⁵

Tal medida foi adotada por meio de ER, aprovada em 25.10.1965, por meio da qual se inseriu no Regimento Interno em vigor a seguinte disposição transitória (personalíssima): “*O Min. Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa exercerá a presidência do Supremo Tribunal Federal até o término de sua judicatura*”.

O Regimento Interno de 1970 fixou o mandato do Presidente e do Vice-Presidente do STF em dois anos, a contar da posse, proibida a reeleição para o período imediato (art. 13). Posteriormente, o referido dispositivo foi alterado, por meio da ER nº 2, para uniformizar a data de eleição e posse do Presidente e do Vice.

⁴³⁵ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 192.

8.5.3. Divisão em Turmas e competência do Plenário

Conforme anteriormente narrado, desde 1931, o Supremo Tribunal Federal divide-se em Turmas e Plenário, para agilizar o julgamento das causas que lhe são submetidas. Para evitar quaisquer discussões sobre a constitucionalidade dessa divisão interna,⁴³⁶ a questão foi constitucionalizada em 1934, e reproduzida nas Cartas subsequentes de 1937, 1946, 1967 e 1969. A grande diferença é que, a partir da EC nº 16/1965, o constituinte passou a disciplinar, também, as competências do Plenário e das Turmas do STF. Realmente, nos termos dos §§ 1º e 2º ao art. 101 da Constituição, incluídos pela referida Emenda:

Art. 101. (...)

§ 1º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento;

- a) das causas de competência originária de que trata o inciso I, com exceção das previstas na alínea h, a menos que se trate de medida requerida contra ato do Presidente da República, dos Ministros de Estado, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas;
- c) dos recursos interpostos de decisões das Turmas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal;
- d) dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, c);
- e) das revisões criminais (inciso IV);
- f) dos recursos que as Turmas decidirem submeter ao Plenário do Tribunal.

§ 2º Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos I, h (com a ressalva prevista na alínea a do parágrafo anterior), II, a e b, e III, deste artigo, e distribuídas na forma da lei.⁴³⁷

Conforme se extrai da leitura do art. 120, parágrafo único, da Constituição de 1969, era da competência exclusiva do plenário: (i) julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o PGR, nos crimes comuns; (ii) os

⁴³⁶ “(...) obediente à letra da Constituição americana, que menciona ‘uma’ Corte Suprema, esta não se divide em Câmaras ou Turmas. Todas as causas são submetidas aos 11 justices (sic). No Brasil, há mais de 30 anos, foram criadas as Turmas, afinal consagradas constitucionalmente pelo Ato Institucional nº 2, que fixou a competência delas e a do Pleno. Hoje, o assunto está regulado pelo art. 115 e § da Constituição de 1967, tendo havido reforma do Regim. Int. em 16-3-1967 (ver Apêndice). Desde as últimas sessões de 1965, as Turmas julgam a maior parte dos feitos, tais como habeas corpus e seus recursos ordinários, recursos ordinários de mandados de segurança, agravos de instrumento, recursos extraordinários, conflitos de jurisdição, etc. Essas causas são as mais numerosas, representando, atualmente, mais de 80% da totalidade dos processos, que transitam no Supremo Tribunal.” (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Ésse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 116-117).

⁴³⁷ A Constituição de 1967 dispunha sobre o tema no art. 115, parágrafo único. A Constituição de 1969, em seu art. 120, parágrafo único.

Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do TCU e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, nos crimes comuns e de responsabilidade; (iii) os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios; (iv) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou territórios ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos de administração indireta; (v) os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das mesas da Câmara e do Senado Federal, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, bem como os impetrados pela União contra atos de governos estaduais; (vi) a declaração de suspensão de direitos na forma do artigo 154; e (vii) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 120, parágrafo único, *a*). As demais matérias enunciadas no art. 119 da Constituição podiam ser atribuídas ao Plenário ou às Turmas, pelo regimento interno do STF.

No RISTF/1970, as competências jurisdicionais do Plenário e das Turmas foram enumeradas nos arts. 6º e 7º (Plenário) e no art. 10 (Turmas). Em matéria de RE, por exemplo, a regra era a competência das Turmas para julgá-los (art. 10, III, do RISTF/1970), exceto em causas decididas pelo TSE e pelo TST, quando a decisão contrariasse a Constituição. Nessashipóteses, os REs deveriam ser julgados pelo Plenário, nos termos do art. 7º, IV, do RISTF/1970.

Cumprе mencionar, por fim, que o art. 40 do RISTF autorizava a convocação de ministros da outra para completar o quórum, seguindo-se em ordem crescente de antiguidade.

8.5.4. Monocratização das decisões do Tribunal

O RISTF/1970 foi o primeiro a organizar e enunciar, em seção específica, as competências atribuídas ao relator. O feixe de atribuições conferidas ao ministro sorteado evidencia uma tendência à monocratização das decisões do Tribunal, como forma de conferir agilidade ao andamento dos feitos. Tais atribuições, exceto quando expressamente ressalvado em sentido contrário,⁴³⁸ prescindiam de validação pelo Plenário. Com esse intuito, o relator foi

⁴³⁸ Como no caso do art. 22, V, que autorizava o relator, *ad referendum* do Plenário, a determinar, nos processos

autorizado a “*arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente; e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (art. 98) ou for evidente a sua incompetência.*” (art. 22, §1º).

8.5.5. Prazos

O RISTF/1970 também foi o primeiro a enumerar os prazos (impróprios) para os ministros do STF, de forma assegurar a rápida solução do litígio. Nos termos do art. 107, salvo em caso de acúmulo de serviço, os ministros submetiam-se aos seguintes prazos: I - dez dias para atos administrativos e despachos em geral; II - vinte dias para o visto do revisor (art. 25, III); III - trinta dias para o visto do relator (art. 22, X).

O art. 139, por sua vez, estabeleceu que os processos com pedido de vista – inovação do RISTF/1970 – deveriam ser devolvidos para prosseguimento da votação até a segunda sessão ordinária subsequente. Considerando que o STF realizava duas sessões ordinárias por semana, o prazo para devolução de vista, em regra, não era superior a uma semana. A intenção era assegurar que a deliberação fosse realizada sem solução de continuidade.

8.5.6. Sessões

O RISTF/1970, tal qual o anterior, não mencionava a periodicidade das sessões ordinárias. Deixava essa designação em aberto (art. 127). Nada obstante isso, conforme notícia Aliomar Baleeiro, a regra era a realização de uma sessão ordinária pelas Turmas por semana, e duas pelo Plenário.⁴³⁹

da sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito susceptível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

⁴³⁹ “*Cada Turma celebra uma sessão ordinária por semana, às tardes, mas não raro, convoca outra, extraordinariamente, pela manhã, quando há muitos feitos aguardando julgamento. O Plenário – ou o Pleno, como é conhecido – reúne-se duas vezes por semana, às 4ª e 5ª feita, à tarde. Às vezes, para desafogar a pauta, também se reúne pela manhã.*” (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 117).

No mais, as sessões ordinárias tinham início às 13h30 e duração de quatro horas, nos termos do art. 128 do RISTF/1970. Quanto à publicidade das sessões, mesmo durante a ditadura militar, nada mudou. De acordo com o art. 129, “[a]s sessões e votações serão públicas, salvo o disposto nos arts. 156, 237, VII, e 262, bem como se, por motivo relevante, o Plenário ou a Turma resolver que sejam secretas. (...)” Vale ainda chamar a atenção para um aspecto curioso das sessões. Segundo Aliomar Baleeiro, “[n]as sessões de Pleno, comparecem em média seis a oito advogados em cada sessão, mas nas Turmas, frequentemente, nenhum se apresenta.”⁴⁴⁰

8.5.7. Ordem de julgamento

De acordo com o art. 150 do RISTF/1970, no Plenário, tinham prioridade os seguintes processos, nessa ordem: 1º) as causas criminais, quando o réu estivesse preso; 2º) os *habeas corpus*; 3º) os pedidos de extradição; 4º) os conflitos de jurisdição; 5º) os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral; 6º) os mandados de segurança; e 7º) as reclamações. A comparação com a ordem de preferência estabelecida no RISTF/1940 demonstra uma mudança sensível na definição dos casos prioritários:

Ordem de Prioridade – Julgamento pelo Pleno

Prioridade	RISTF/1940	RISTF/1970
1º	habeas corpus originários e recursos de sua denegação; mandados de segurança e recursos ordinários de sua concessão ou denegação;	as causas criminais, quando o réu estivesse preso;
2º	conflitos de jurisdição e de atribuição;	os habeas corpus;
3º	suspeições postas aos ministros;	os pedidos de extradição;
4º	extradição de criminosos requerida por outras nações;	os conflitos de jurisdição;
5º	Processos crimes da competência originária do Tribunal e revisões criminais;	os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral;
6º	reforma de autos perdidos, quando tivessem de ser restauradas sentenças do Plenário;	os mandados de segurança;

⁴⁴⁰ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 117.

7º	ações cíveis originárias;	reclamações
8º	homologação de sentenças estrangeiras;	-
9º	ações rescisórias	-
10º	embargos	-

A prioridade de julgamento para casos criminais, com réu preso, e para *habeas corpus*, parece indicar uma opção mais garantista do STF, em tempos sombrios. Já a classificação do mandado de segurança na penúltima posição na ordem de preferência parece refletir a relativa desimportância do instrumento processual na vigência do regime militar.

Já nas Turmas, de acordo com o RISTF/1970, a ordem de prioridade era bem mais simples: 1º) as causas criminais, quando o réu estivesse preso; 2º) os *habeas corpus* (art. 154). Em todas as demais causas, nos termos do art. 133 do RISTF/1970, o STF deveria seguir, sempre que possível, a ordem de antiguidade dos feitos em cada classe, nos termos do art. 133.

8.5.8. Deliberação

No âmbito do RISTF/1970, a deliberação foi disciplinada nos arts. 136 e seguintes. De acordo com o art. 136, após a apresentação do relatório, o Presidente deveria dar a palavra, primeiro ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e depois, ao réu, recorrido ou impetrado, para a sustentação de suas razões. O art. 137 fixou prazo máximo de quinze minutos para a exposição oral, exceto nas ações penais originárias. Em seguida, era dada a palavra ao Procurador Geral, pelo mesmo prazo. Além disso, o art. 138 do RISTF/1970 reproduziu regra que vinha desde o primeiro regimento, a teor da qual cada ministro pode manifestar-se ordinariamente por duas vezes sobre o assunto em discussão, e uma terceira vez, se fosse o caso, para explicar eventual modificação de seu voto.

É com o art. 139 do RISTF/1970 que surge, pela primeira vez, a previsão regimental do pedido de vista. De acordo com o dispositivo, “[s]e algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.” A intenção parece ter sido, de um lado, permitir que os ministros pudessem esclarecer dúvidas e analisar autos que não lhes foram originariamente distribuídos ou encaminhados para revisão, a fim de assegurar um julgamento mais adequado da questão, sem perder de vista a necessidade de rápida conclusão do julgamento. Daí a exiguidade do prazo da

vista, que se justificava para evitar que o processo fosse esquecido pelos demais ministros, em razão da suspensão do julgamento.

De acordo com o art. 140 do regimento interno, após o debate oral, o Presidente deveria colher os votos do relator e do revisor, se houvesse, seguindo-se a votação na ordem inversa de antiguidade. O art. 141 determinou que as questões preliminares fossem julgadas antes do mérito, “*deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas*”. O art. 145, por fim, autorizava a conversão do “*julgamento em diligência, quando necessário à decisão da causa.*”

8.5.9. Acórdãos

As regras sobre a lavratura dos acórdãos foram estabelecidas nos arts. 89 e 90 do RISTF/1970, transcritos a seguir:

Art. 89 - As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, no qual o relator se reportará às notas taquigráficas do julgamento, que dele farão parte integrante.

Parágrafo único - Dispensam acórdão as decisões a que se referem os arts. 12 e 297, § 1º.

Art. 90 - Subscrevem o acórdão o Ministro que presidiu o julgamento e o relator que o lavrou (art. 140, §§ 2º e 3º).

Parágrafo único - O relator mencionará, ao pé do acórdão, o nome do Presidente, se a sua assinatura por ausência, ou outro motivo relevante, não puder ser colhida em tempo. Nesta hipótese, para efeito de publicação e fornecimento de certidões, ambos figurarão como signatários.

O art. 92 estabeleceu, por sua vez, preceito relativa à elaboração das notas taquigráficas e à sua revisão, exigindo que dela constasse o relatório, os votos, e as perguntas feitas aos advogados e as respostas por eles apresentadas. A tônica do dispositivo parece ter sido a de privilegiar os debates orais em detrimento da decisão escrita, na medida em que estabeleceu a prevalência das notas taquigráficas, se o teor delas não coincidissem com o do acórdão. Confira-se:

Art. 92 - Em cada julgamento, as notas taquigráficas registrarão o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e, salvo o disposto no art. 94, serão juntas aos autos, com o acórdão, depois de revistas e rubricadas.

§ 1º - As notas taquigráficas do debate comum, a que se refere o art. 132, serão trasladadas para o processo chamado em primeiro lugar e anexadas aos demais em cópia autêntica.

§ 2º - Prevalerão as notas taquigráficas, se o seu teor não coincidir com o do acórdão.

§ 3º - As inexatidões materiais e os erros de escrita ou de cálculo, contidos na decisão, poderão ser corrigidos por despacho do relator (art. 22, XIV), através de reclamação, quando referentes à ata (art. 85), ou por via de embargos de declaração (art. 314), quando couberem.

§ 4º - As notas taquigráficas não devolvidas no prazo de vinte dias, contados da data da entrega no Gabinete do Ministro, poderão ser trasladadas para os autos, com a observação de não terem sido revisadas.

Uma observação relevante diz respeito ao disposto no §4º do art. 92, que determinava a remessa das notas taquigráficas à revisão dos ministros e conferia a eles o prazo de vinte dias para essa tarefa. Tal norma, que se repete até hoje, o que será explorado adiante, vem sendo utilizado de forma, data vênua, equivocada, para cancelar injustificadamente manifestações proferidas pelos ministros durante a sessão.

O art. 94, por sua vez, permitia que o relator dispensasse a juntada das notas taquigráficas, se redigisse o acórdão de tal forma a nele fazer refletir as alegações das partes, os motivos e as conclusões do julgamento. Nessa hipótese, era facultado aos demais ministros a declaração de voto, para que o resultado fosse o mais fidedigno possível em relação à deliberação proferida durante a sessão. Veja-se o teor do dispositivo:

Art. 94 - Será lícito ao relator dispensar a juntada das notas taquigráficas, fazendo constar do acórdão o resumo das alegações das partes, os motivos e as conclusões do julgamento; neste caso, será facultado aos demais Ministros fazer declaração de voto, em seguida à assinatura do relator.

Parágrafo único - É também dispensável a juntada de notas taquigráficas, nos casos do art. 12, quando a deliberação de remessa de processo ao Plenário não for tomada no curso do julgamento (art. 80, § 1º, II).

Em resumo, a ideia da juntada das notas taquigráficas parece ter sido a de evitar a necessidade de elaboração de votos escritos individuais. Da leitura dos dispositivos transcritos, parece-nos que cabia ao relator, a partir das notas taquigráficas dos debates, extrair os fundamentos que contaram com o apoio da maioria. Tanto que o art. 89 determinava que o relator se reportasse, no acórdão, às notas taquigráficas do julgamento. Apesar disso, a prática parecia já muito dissociada da normatividade regimental.⁴⁴¹

⁴⁴¹ Como ressaltava Aliomar Baleeiro, em livro publicado na década de 1960: “Geralmente, os ministros redigem previamente os votos, para serem lidos. Terminado o julgamento, os autos, o relatório e os votos vão para a Seção de Taquigrafia, que junta as notas ou resumos dos debates. Os ministros fazem a revisão das notas taquigráficas e das cópias do relatório e do voto. Os originais ficam arquivados. No passado, o relator redigia do próprio punho o acórdão e a ementa. Atualmente, só esta é redigida pelo juiz. O Acórdão tem hoje sentido apenas formal, pois os fundamentos e o alcance da decisão constam dos votos escritos ou taquigrafados, que o integram.” (BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 119).

8.5.10. Efeito vinculante

O RISTF/1970 previu, em seu art. 97, regra de vinculação interna das Turmas e do Pleno do STF às declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. De acordo com o dispositivo, “[a] declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada por maioria qualificada (art. 178), aplicar-se-á aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo disposto no art. 99.” Tal regra, no entanto, não estabelecia qualquer vinculação aos enunciados das Súmulas, disciplinados no art. 98.

O art. 99, por sua vez, autorizava que qualquer ministro propusesse a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada nas Súmulas. Não se estabeleceu, contudo, qualquer regra mais rígida para a revisão, alteração ou cancelamento nem da jurisprudência constitucional, nem dos enunciados das Súmulas.

8.5.11. As limitações ao cabimento de REs e o surgimento da Arguição de Relevância

“(…) é preciso que se tenha confiança na sensibilidade dos juízes que integram o Supremo Tribunal Federal na aferição da relevância das questões federais, (...). Só a ignorância – para excluir a hipótese de má fé – pode explicar críticas no sentido de que o instrumento processual da arguição de relevância se criou para permitir ao Tribunal julgar as poucas causas que quer julgar. Essa injúria não pode ser assacada a juízes cuja média anual de julgamentos vem atingindo, constantemente, limites muito próximos do milhar de processos para cada um deles.”⁴⁴²

O art. 119, parágrafo único, da Constituição de 1969 permitiu que o RISTF definisse as hipóteses de cabimento dos REs previstos nas alíneas “a” e “d” do permissivo constitucional. Em outras palavras, a Carta de 1969 autorizou que o Tribunal restringisse o cabimento daquele recurso nos casos em que a decisão recorrida contrariasse dispositivo da Constituição ou

⁴⁴² Palestra proferida pelo Ministro Moreira Alves, em 28.04.1982, no Instituto dos Advogados Brasileiros, sobre o tema “Missão Constitucional do Supremo e a arguição de relevância. *Apud* MÓSCA, Hugo. *Relevância, tema sempre polêmico*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 217-218.

negação vigência a tratado ou lei federal (alínea “a”), bem assim quando desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro Tribunal ou o próprio STF (alínea “d”).

Valendo-se de tal poder, o art. 308 do RISTF/1970 dispôs ser inadmissível o RE contra decisões proferidas: (i) nos processos por crime ou contravenção, a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; (ii) nos litígios decorrentes de acidente do trabalho e das relações de trabalho; (iii) nos mandados de segurança, quando não julgado o mérito; e (iv) nas causas cujo benefício patrimonial não excedesse a sessenta vezes o maior salário mínimo vigente, quando uniformes os pronunciamentos das instâncias ordinárias, e de trinta vezes, quando entre elas tenha havido divergência ou se tratasse de causa de instância única.⁴⁴³

Tais medidas, no entanto, não foram suficientes para reduzir, de forma significativa, o número de recursos extraordinários. Em razão disso, em 12.06.1975, o Supremo aprovou a ER nº 3, que alterou o art. 308 do regimento de 1970, para ampliar as hipóteses de inadmissibilidade do RE e instituir a arguição de relevância.

A Arguição de Relevância da questão federal foi disciplinada nos §§3º e 5º do art. 308 do RISTF/1970. O instrumento, segundo o diploma, tinha que ser deduzido após as razões da petição do Recurso Extraordinário e seria processada por meio de instrumento apartado (§4º). Além disso, mesmo que o Tribunal de origem admitisse o RE, o recorrente podia requerer o processamento da relevância também.

A criação do instrumento por meio de emenda regimental ensejou críticas no sentido de que, diante da inexistência de norma legal, o STF não poderia ter disposto sobre o tema, inovando na ordem jurídica. A crítica era improcedente, tendo em vista a autorização constante do parágrafo único do art. 119 da Carta de 1969, que permitia que o RI restringisse o cabimento de recursos quando a decisão recorrida desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro Tribunal ou o próprio STF (alínea “d”). De todo o modo, para evitar discussões, a EC nº 7 positivou o instrumento.⁴⁴⁴

⁴⁴³ “Tentou-se, no passado, restringir as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários, como forma de reduzir a sobrecarga de trabalho. Eliminou-se, por exemplo, o recurso contra decisões em alçada inferior a dois salários, o que redundou em críticas por suposta violação ao duplo grau de jurisdição.” (ROSAS, Roberto. *Novas perspectivas do Recurso Extraordinário*. In: “Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1976, pp. 352-371, p. 357).

⁴⁴⁴ Segundo o Ministro Celso de Mello, “(...) o requisito da relevância foi, de certa maneira introduzido em 1931 em nosso sistema de direito positivo pelo Decreto n.º 20.106 (...) Foi constitucionalizado em função não do recurso de embargos, mas do recurso extraordinário, como um pré-requisito de admissibilidade. E o saudoso

É importante observar que a AR não era aplicável a todas as hipóteses de cabimento do RE enumeradas no art. 119, III, da Constituição de 1969. Na verdade, só era cabível nos casos em que a decisão contrariasse a legislação federal ou divergisse da interpretação dada à legislação federal por outro Tribunal ou pelo STF (art. 119, III, “a” e “d”). As demais hipóteses (alíneas “b” e “c”) cuidavam de hipótese relativa à preservação da supremacia da Constituição e não da interpretação da legislação federal, de modo que não se fazia necessária a Arguição de Relevância *da questão federal* em tais hipóteses, pois não havia questão federal em debate. Conforme esclarecia o Ministro Oscar Dias Corrêa:

A arguição de relevância surgiu, à feição do *certiorari*, para possibilitar o acesso ao Supremo Tribunal Federal de questões que, embora de pequeno valor e relevo – aparentemente – podem ter, pela generalidade com que aparecem, reflexos de ordem moral, política, social, na ordem jurídica, que mereçam o exame pela Corte Maior. Vale dizer: além dos recursos que sobem ao Supremo Tribunal Federal sem obstáculos e dos que sobem pelo provimento dos agravos, há ainda os que a ele chegam pelo acolhimento da arguição de relevância. (...) em matérias que dizem respeito a questões constitucionais, repete-se, não houve, nunca, nem há qualquer restrição ao cabimento de recurso para o Supremo Tribunal Federal, que sempre foi e é, primacialmente, Corte Constitucional.⁴⁴⁵

A decisão sobre a existência, ou não, da relevância da questão federal, era, diferentemente das demais tomadas pelo STF, uma decisão eminentemente *política*, relacionada à política judiciária. Por isso, era tomada em Conselho, isto é, em reunião fechada, e dispensava a publicação de acórdão.⁴⁴⁶

Ministro VICTOR NUNES LEAL mencionava esse aspecto da flexibilidade da solução sugerida pelo Supremo Tribunal Federal para deixar ao seu ponderado critério, mediante um novo requisito, que é a admissibilidade dos recursos extraordinários em função do grau maior de relevância jurídica, econômica, social, cultural das questões submetidas à sua apreciação e afirmava que esse instrumento serviria inclusive para valorizar a própria atividade jurisdicional dos Tribunais ordinários, não havendo que se falar em denegação de Justiça, pois até teria havido pelo menos duas manifestações: uma no primeiro e outra no segundo grau de jurisdição.” (MELLO FILHO, José Celso de. Cadernos IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), Reforma Constitucional do Poder Judiciário, Série de Propostas Legislativas, Volume 1 - janeiro de 2000. Organizado por Petrônio Calmon Filho - São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 1999, p. 19/ 20).

⁴⁴⁵ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 39-40.

⁴⁴⁶ Como esclarece Moreira Alves: “O julgamento em tese da relevância, ou não, da questão federal é antes ato político do que, propriamente, ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência, ou não, de um interesse que não é do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao Tribunal Supremo do país a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas transcende dele, pela importância jurídica, social, econômica ou política da questão mesma em julgamento, abstraídos os interesses concretos das partes litigantes. É, aliás, em virtude desse caráter político, advindo do julgamento em tese, que se explica e se justifica a circunstância de se admitir que a arguição de relevância da questão federal seja acolhida ainda quando a maioria do Tribunal se manifesta pela sua rejeição, e desde que essa minoria se forme com o mínimo de quatro votos em onze possíveis.” (Palestra proferida pelo Ministro Moreira Alves, em 28.04.1982, no Instituto dos Advogados Brasileiros, sobre o tema “Missão Constitucional do Supremo e a arguição de relevância. Apud MÓSCA, Hugo. *Relevância, tema sempre*

Para alguns autores, a criação da AR representou um retrocesso e permitiu que o STF se abstinhasse de decidir questões sensíveis, de interesse do governo. Essa é a posição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Mais uma vez, fundamentado como instrumento de desafogo do Tribunal, a ‘arguição de relevância da questão federal’ constitui flagrante violação ao princípio da livre acessibilidade ao Poder Judiciário. Num quadro autoritário, permitiu ao Supremo desvencilhar-se de questões que poderiam constrangê-lo diante do Executivo, agindo de forma rápida e longe dos holofotes da imprensa, por meio de sessão secreta. Por fim, a decisão sequer exigia do Supremo uma satisfação ao jurisdicionado, pois não carecia de fundamentação jurídica. Era o arbítrio em todo seu ‘esplendor.’⁴⁴⁷

As críticas do autor nos parecem, no entanto, precipitadas. Embora o instrumento pudesse ser usado para evitar o confronto com o Executivo, não há provas de que o STF tenha se valido dele dessa forma. Seria necessário aprofundar a análise das causas em que não houve o reconhecimento da relevância para se chegar a essa conclusão. Essas críticas, ademais, não podem ser transpostas para o novel instituto da repercussão geral. É verdade que há algum risco de o STF usar mal o novo instrumento. Mas, como visto, o controle concentrado de constitucionalidade surgiu como um instrumento autoritário, mas nem por isso se sustenta, hoje, que ele mantém essa característica. Tudo depende do uso que se dê aos instrumentos e da mentalidade de seus aplicadores. E o ambiente é, hoje, muito favorável à adoção democrática da repercussão geral.

8.6. A importância e o papel do STF durante o governo militar

Quando o golpe militar foi deflagrado, em 31.03.1964, não havia nada que o STF pudesse fazer para garantir a preservação da ordem constitucional. Embora não pudesse impedir, não era de se esperar que apoiasse o movimento. Mas a verdade é que grande parte dos ministros do Tribunal, assim como a opinião pública, apoiou a “revolução”. Tanto que, na madrugada do dia 02.04.1964, o Presidente do STF compareceu ao Congresso Nacional para

polêmico. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 211-212).

⁴⁴⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pp. 311-312.

participar da sessão solene que declarou a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente.⁴⁴⁸

O apoio inicial se transformou, em pouco tempo, em uma postura de maior independência. E isso, aos olhos da ditadura, foi visto como rebeldia. Já era tarde, todavia, para rebelar-se. Os militares promoveram alterações que esvaziaram os poderes do STF. Em razão disso, não teve o Tribunal condições de enfrentar o governo ou seus atos. Apesar de incomodado com a situação, e dos atritos que se verificavam de quando em vez, o Tribunal acabou habituado em sua posição passiva. De fato, durante a maior parte do período da ditadura militar, o STF foi, do ponto de vista político, uma instituição abatida, apática, obediente ao regime militar.⁴⁴⁹ Absteve-se de analisar a legitimidade dos atos institucionais aprovados pelo regime militar; recusou-se a apreciar casos excluídos da apreciação jurisdicional, e chegou, inclusive, a reconhecer à normatividade paralela superioridade hierárquica em relação à Constituição.⁴⁵⁰ Como observou Aliomar Baleeiro, o STF seguiu o direito positivo. Se o direito posto havia sido alterado pela “revolução”, não cabia ao STF rebelar-se, mas adaptar suas decisões à nova normatividade vigente:

O AI n.º 5/1968 mudou fundamentalmente a estrutura constitucional, suspendendo quase todas as garantias da Constituição-Castello de 1967. O STF, como não podia deixar de fazê-lo, cumpriu o Direito em vigor, o desse AI n.º 5, já que não mais vigorava, em sua parte mais importante, a Constituição de 1967. Naturalmente, sua jurisprudência, a partir de fevereiro de 1969 (quando recomeçaram seus trabalhos após o AI n.º 5/68), foi menos liberal do que até dezembro de 1968, porque o mudara o Direito novo que ele estava adstrito a aplicar.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ Como lembra Aliomar Baleeiro: “Em 1964, houve idílio inicial entre a Revolução e o Supremo. O em presidente do Tribunal foi convocado para a sessão histórica, às 3h da madrugada de 2 de abril, quando o Congresso proclamou a vacância do Poder Executivo e nele investiu o presidente da Câmara dos Deputados. Assistiu à posse deste, no Palácio do Planalto, ao raiar do dia, quando o edifício ainda estava ocupado pelas Casas Civil e Militar do ex-presidente da República na posse de metralhadoras. Disso fez relato fiel no discurso com que agradeceu a visita das Mesas do Senado e da Câmara, em 16 de abril de 1964, em nome do Congresso, pela solidariedade a este dada pelo Supremo na madrugada de 2. O presidente H. Castelo Branco, logo após a posse, visitou o S.T.F.” (BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 132-133).

⁴⁴⁹ Segundo Gilmar Mendes *et al*, “o papel político da Corte reduziu-se significativamente a partir de 1969. É muito provável que, afora uma ou outra questão de algum relevo, a grande contribuição da Corte no período esteja associada ao desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade, com a consolidação da representação de inconstitucionalidade como instrumento próprio de impugnação de leis estaduais e federais.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 897.

⁴⁵⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 308.

⁴⁵¹ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de

Foi um período tenebroso para o STF. Como lembra Marco Antonio Villa , “*alguns ministros chegaram até a colaborar com o governo na redação do famoso (e triste) Pacote de Abril de 1977, que, (...), fechou o Congresso Nacional.*”⁴⁵² E a realidade não contribuía em nada para melhorar esse quadro. Além de ter perdido credibilidade e de não gozar mais do prestígio de que desfrutara outrora, o Supremo ainda era um Tribunal lento, assoberbado de trabalho, que não prestava jurisdição no tempo e na velocidade que dele se exigia. Em termos outros, embora tenha deixado, ainda na década de 1950, de ter diversas competências recursais, o Tribunal continuava sobrecarregado, beirando a paralisia.

O aumento do número de ministros não foi suficiente para reduzir o excesso de trabalho. A divisão interna do Tribunal em Turmas melhorou o funcionamento e a produtividade geral, mas não impediu que a demanda continuasse a crescer.⁴⁵³ A situação era tão crítica que a Corte viu-se na contingência de ter de adotar providência radical: arquivar os processos parados há mais de dez anos, quando as partes não manifestassem interesse em vê-lo julgado, após a publicação de editais.⁴⁵⁴ Dessa crise surgiram novas propostas para lidar com o excesso de trabalho. A restrição ao cabimento de recursos extraordinários e a instituição da arguição de relevância da questão federal. A intenção era filtrar as demandas que chegavam ao STF e permitir que ele pudesse analisar os casos mais importantes, em menor tempo. Mas essas medidas também tiveram impactos reduzidos, quando não nulos. O STF chegou à Constituição de 1988 recebendo, anualmente, ainda mais processos do que recebera nos anos anteriores. As

Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, pp. 180-181.

⁴⁵² VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p. 144.

⁴⁵³ “(...) ao longo do tempo, a expansão demográfica e econômica da Nação tem sido incomparavelmente mais rápida do que os paliativos tentados para atenuar a massa incessantemente aumentada de apelos ao Pretório Excelso. Debalde seus juízes redobram de esforços. Debalde foram menos liberalizados os despachos de admissão dos recursos extraordinários pelos presidentes dos Tribunais estaduais. Convém assinalar-se que foram sobretudo os recursos extraordinários a causa principal de feitos no Supremo. Nos 60 primeiros anos, até 1950, eles não chegavam a 17.000. No fim de 1965, o número total já excedia de 60.000. Nos últimos 15 anos, portanto, entraram causas em volume quase igual ao quádruplo dos primeiros 60.” (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 123).

⁴⁵⁴ “O Supremo Tribunal Federal adotou uma providência drástica e realística, que lhe tem angariado acerbas críticas dos advogados, alguns dos quais já puseram em dúvida a legalidade da iniciativa. Refiro-me à emenda, que acrescentou ao Regimento Interno o art. 309-A, em 29 de maio de 1964, pelo qual se recursos extraordinários, agravos de instrumento e embargos se acharem paralisados há mais de 10 anos, publicar-se-ão editais, duas vezes, e se, após 90 dias, as partes não manifestarem interêsse no feito, êste será apresentado pelo Relator em mesa, para respectivo arquivamento. Raramente, os litigantes têm pedido o andamento dêsses recursos velhos, alguns dos quais com 20, 30 e 50 anos, e, às vezes, mais.” (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 124).

estatísticas oficiais do STF referentes ao período corroboram essa conclusão:

Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁵ – Movimento Processual nos anos de 1964 a 1988

Movimentação STF	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971	1972	1973
Processos Recebidos	8.960	8.456	7.378	7.614	8.612	8.023	6.367	5.921	6.253	7.093
Processos Distribuídos	8.526	13.929	7.489	7.634	8.778	10.309	6.716	6.006	6.692	7.298
Julgamentos	7.849	6.241	9.175	7.879	9.899	9.954	6.486	6.407	6.523	8.049
Acórdãos publicados	7.511	5.204	6.611	6.479	6.731	5.848	3.328	3.491	3.926	4.340

Movimentação STF	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983
Processos Recebidos	7.352	8.775	6.877	7.072	8.146	8.277	9.555	12.494	13.648	14.668
Processos Distribuídos	7.854	9.324	6.935	7.485	7.815	8.433	9.308	12.853	13.846	14.528
Julgamentos	7.986	9.083	7.565	7.947	8.848	10.051	9.007	13.371	15.117	15.260
Acórdãos publicados	4.459	3.913	3.377	3.741	3.755	3.554	3.366	3.553	4.080	4.238

Movimentação STF	1984	1985	1986	1987	1988					
Processos Recebidos	16.386	18.206	22.514	20.430	21.328					
Processos Distribuídos	15.964	17.935	21.015	18.788	18.674					
Julgamentos	17.780	17.798	22.158	20.122	16.313					
Acórdãos publicados	5.178	4.782	5.141	4.876	4.760					

Fonte: Relatórios Anuais e Secretaria de Informática do STF 2014. Dados atualizados até 08.03.2015

Embora não tenham sido bem-sucedidas, algumas experiências adotadas durante o regime militar merecem ser analisadas e, quiçá, testadas novamente, agora em ambiente de democracia plena. Um exemplo diz respeito a uma melhor divisão e definição das competências do Plenário e das Turmas. Com efeito, com a EC nº 16/1965, as sessões do Plenário foram reservadas para os casos de competência originária do STF, atribuindo-se às Turmas as demais competências. Outra medida adotada durante a ditadura, que poderia ser novamente testada,

⁴⁵⁵ Os dados relativos a esta tabela foram retirados do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em 08.03.15. Os dados relativos ao período entre 1940 a 1963 e 1989 em diante foram suprimidos.

envolve a criação de uma Terceira Turma no âmbito do STF. A medida pode ajudar a reduzir o estoque de recursos aguardando julgamento no âmbito daquele Tribunal. Essas e outras propostas serão apresentadas em maiores detalhes na terceira parte deste estudo.

9 O STF PÓS-CRFB DE 1988: DO DESCONHECIMENTO À SUPEREXPOSIÇÃO.

9.1. A redemocratização e a Assembleia Nacional Constituinte

9.1.1. Antecedentes

A redemocratização brasileira foi um processo imposto de dentro para fora.⁴⁵⁶ De fato, foi por iniciativa da própria ditadura, durante o governo do General Ernesto Geisel, eleito em janeiro de 1974, que se iniciou o processo “lento, gradual e seguro” de distensão do regime militar que pavimentou o caminho para a democracia. Em 1974, realizaram-se eleições para o Legislativo, em clima de moderada liberdade. Também foi o General que, segundo se conta, vedou, em 1976, o uso da tortura pelos militares.⁴⁵⁷ Ainda durante o seu governo, foi promulgada a ECnº 11/1978, que revogou os Atos Institucionais naquilo que contrariassem a Constituição de 1969, restabelecendo uma certa normalidade institucional.

O processo, evidentemente, não foi marcado apenas por avanços. Alguns retrocessos ocorreram, em razão da reação da linha dura do exército. Dentre eles, merece destaque o “Pacote de Abril”, por meio do qual o Presidente, invocando os poderes do AI-5, aprovou unilateralmente, duas Emendas à Constituição (ECs nºs 7 e 8/1977).⁴⁵⁸ Para este trabalho,

⁴⁵⁶ Como salienta Daniel Sarmento: “(...) a transição do regime burocrático-autoritário em direção à democracia não foi liderada pelos setores mais radicais da sociedade (...), mas por uma coalizão formada entre as forças moderadas que davam suporte ao governo militar e os setores também moderados da oposição. Tratou-se de modelo conhecido como ‘transição com transação’, em que as mudanças foram negociadas, não resultando de rupturas violentas. No processo político que se desenvolveu no país, o início da transição decorreu de iniciativa de elementos do próprio regime autoritário, que, durante a sua fase inicial, ditaram o seu ritmo e impuseram os seus limites. E as forças do regime autoritário, mesmo depois de perderem o protagonismo no processo histórico de redemocratização, mantiveram um amplo poder de barganha, e até mesmo de veto.” (SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 80).

⁴⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 74, nota de rodapé 169.

⁴⁵⁸ A EC nº 8/1977, por sua vez, prorrogou a realização de eleições indiretas para governador (art. 13, §2º); estabelecia números mínimos e máximos de deputados (art. 39, §2º); determinava a eleição de 1/3 dos senadores por votação indireta (art. 41, §2º); reduzia o quórum para aprovação de emendas à Constituição, de 2/3 para maioria absoluta (art. 48); e estendia o mandato presidencial de cinco para seis anos (art. 75, §3º).

merece destaque a EC nº 7, que instituiu chamada advocatória, que permitia ao Procurador-Geral da República solicitar a imediata apreciação do caso pelo STF, quando houvesse risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas (art. 119, I, “o”), ampliou o escopo da representação por inconstitucionalidade (art. 119, I, “l”), para permitir a propositura da ação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, bem assim criou o Conselho Nacional da Magistratura, órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário (art. 112, II), composto por sete ministros do STF, com atribuições correccionais e disciplinares (art. 120).

O processo de abertura, apesar de algumas idas e vindas, se ultimou no Governo Figueiredo. Apesar da resistência interna de alguns segmentos militares ao nome do General João Baptista Figueiredo, ele foi eleito para suceder Geisel e assumiu, em março de 1979, com o compromisso de restabelecer a legalidade democrática. Durante o seu governo, foi aprovada a Lei da Anistia, que permitiu a libertação de presos políticos e o retorno dos exilados ao País. Além disso, foi promulgada a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que possibilitou a criação de novos e importantes partidos nacionais (PMDB, PT, PDT, PTB, dentre outros), bem como foi publicada a EC nº 15, de 1981, que restabeleceu eleições diretas para governador.

Em 1983, o deputado Dante de Oliveira propôs Emenda Constitucional para restabelecer as eleições diretas para a Presidência. A Emenda rapidamente ganhou o apoio de diversos setores da sociedade civil e deu início a uma campanha de mobilização nacional. O movimento pelas eleições diretas – “Diretas Já” –, no entanto, foi derrotado no Congresso Nacional, que rejeitou, em 25.04.1984, a PEC, levando às lágrimas milhões de brasileiros que acompanhavam a votação. Eram necessários 320 votos. A proposta obteve 298. Faltaram 22. Apesar de a campanha das “Diretas Já” não ter sido plenamente exitosa, ela acabou acelerando o processo final de abertura democrática.

Assim é que, em 1985, após longo e conturbado período de distensão militar, o Brasil elegeu, de forma indireta, o seu primeiro Presidente civil em mais de 20 anos: Tancredo Neves venceu Paulo Maluf, por ampla margem de votos do colégio eleitoral. No entanto, pouco antes de assumir, Tancredo Neves morre, em 21.04.1985, vítima de súbita enfermidade. Em meio à comoção nacional, o Vice, José Sarney, assumiu a Presidência. E propôs e conseguiu votar, sem demora, Proposta de Emenda Constitucional (convertida na EC nº 26, de 27.11.1985), por meio da qual o Congresso Nacional convocou eleições para a Assembleia Constituinte, a realizarem-se no ano seguinte. O presidente José Sarney chegou a constituir uma comissão encarregada da elaboração do anteprojeto de Constituição. A Comissão Afonso Arinos, como entrou para a história, elaborou projeto e o encaminhou ao Presidente. José Sarney, entretanto,

engavetou a proposta – ao que se diz –, contrariado com a sugestão de adoção, no País, do regime parlamentarista.

9.1.2. As propostas apresentadas pelo STF à Comissão Afonso Arinos

A pedido do professor Afonso Arinos de Melo Franco, o STF encaminhou, em 30.06.1986, à Comissão de elaboração do anteprojeto de Constituição, suas “*sugestões sobre o tratamento constitucional do Poder Judiciário pela futura Assembleia Nacional Constituinte.*”⁴⁵⁹ A análise de alguns aspectos dessa proposta representa importante elemento para compreender como os ministros que compunham a Corte durante a fase de transição desejavam que o Supremo fosse moldado pela Constituinte.

No que interessa ao escopo deste estudo, os ministros do STF sugeriram: (i) algumas mudanças na competência originária do Tribunal;⁴⁶⁰ (ii) a manutenção do Conselho Nacional da Magistratura, como órgão do STF, com atribuições correccionais;⁴⁶¹ (iii) a criação de mais Tribunais Federais, denominados de Tribunais Regionais Federais, em substituição ao TFR, que estava sobrecarregado;⁴⁶² (iv) a criação de um Tribunal Superior Federal;⁴⁶³ e (v) a

⁴⁵⁹ Cf. Exposição de Motivos das propostas apresentadas pelo STF à Comissão Afonso Arinos, em 30.06.1986, publicada no Diário da Justiça de 14.07 daquele ano. A íntegra daquele documento pode ser lida em CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 149-173.

⁴⁶⁰ Cf. item II.8 do texto da exposição. (CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 151). Vide, também, art. 11 da proposta.

⁴⁶¹ A bem da verdade, o Conselho Nacional da Magistratura foi criado pela EC nº 7/1977 e estava inserido no rol dos tribunais. Cf. item II.2 do texto da exposição e o art. 2º da proposta do STF em CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 151 e pp. 156-157, respectivamente.

⁴⁶² Cf. item II.13 da exposição e arts. 14 e 15 da proposta. (CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 152 e pp. 163-164). Pela sugestão do STF, os membros do TFR passariam a ser ministros do TSF (v. disposições gerais e transitórias).

⁴⁶³ Cf. item II.8 do texto da exposição e arts 12 e 13 da proposta. (CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 151 e p. 162). Pela proposta do STF, o TSF seria composto por 15 ministros vitalícios, com mais de 35 anos, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado, sendo 9 dentre juízes dos TRFs, 3 dentre membros do MPF, e 3 entre advogados de notório saber jurídico e idoneidade moral. De acordo com o art. 13, o TSF teria a seguinte competência:

“Art. 13. *Compete ao Tribunal Superior Federal:*

I – processar e julgar originariamente:

a) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

manutenção no âmbito do STF, da competência para julgar REs, nos moldes definidos na Constituição de 1969, com algumas poucas alterações.⁴⁶⁴ A proposta do STF estabelecia, ainda, (vi) a aprovação de dispositivo semelhante ao existente nas Constituições de 1967/1969, que deixava ao Tribunal a definição das matérias da competência do Plenário e das Turmas, enumerando, no entanto, algumas que deveriam ser, obrigatória e necessariamente, julgadas pelo Pleno.

Por outro lado, o Supremo manifestou desaprovação a algumas sugestões que começavam a ser discutidas pela opinião pública. Assim, por exemplo, nada obstante seus ministros tenham sugerido a criação de um Tribunal Superior Federal, eles deixaram claro que eram contrários à transferência, para aquele Tribunal ou qualquer outro, a competência de uniformizar a interpretação da legislação federal. Veja-se:

II.11. Desaprova, por outro lado, a Corte a ideia de se criar um Tribunal Superior de Justiça (abaixo do Supremo Tribunal Federal), com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do país. Isso afetaria, sobremaneira, a autonomia das Justiças Estaduais, que ficariam sob a jurisdição de

b) os juízes dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, os juízes federais, os juízes do trabalho, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e de responsabilidade;

c) os habeas corpus e mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, Presidente do Tribunal ou de seus órgãos e membros, e do responsável pela direção geral da Polícia Federal;

d) os conflitos de jurisdição entre seus órgãos, entre Tribunais Regionais Federais, entre os Tribunais Regionais Federais e juízes subordinados a outros Tribunais Regionais Federais, e entre juízes subordinados a tribunais diversos.

II – julgar, em recurso ordinário, os habeas corpus e mandados de segurança decididos, originariamente, pelos Tribunais Regionais Federais.

III – julgar, mediante recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, violar letra de tratado ou lei federal, declarar sua inconstitucionalidade, ou divergir de julgado do Supremo Tribunal Federal, do próprio Tribunal Superior Federal ou de outro Tribunal Regional Federal.”

⁴⁶⁴ Como se lê na exposição de motivos, “II.10. Pela proposta, o Supremo Tribunal Federal conserva sua competência para julgar recurso extraordinário nos moldes atuais. Mas suscita a necessidade de algumas alterações no sistema em vigor: a) quanto ao dissídio entre julgados, só cuidaria dos que envolvessem seus próprios acórdãos, de Tribunais Superiores Federais ou Tribunais Estaduais, pois o conflito entre julgados de Tribunais Regionais (Federais, Eleitorais ou do Trabalho) devem ser resolvidos pelos respectivos Tribunais Superiores; b) o recurso extraordinário, por negativa de vigência de tratado ou lei federal e por dissídio jurisprudencial, além disso, somente será cabível se o Supremo Tribunal Federal reconhecer a relevância da questão federal nele considerada; c) a relevância da questão federal deve aferir-se diante de seus reflexos na ordem jurídica, levando-se em consideração os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa.” CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 151. A principal novidade no que tange à arguição de relevância era a constitucionalização de algumas balizas para a sua identificação, em termos muito parecidos aos que acabariam por ser instituídos, após o advento da EC nº 45/2004. Veja-se, a propósito, o art. 11, III, da proposta, em especial seu §2º (“§2º Para o efeito do disposto no inciso I do Parágrafo anterior, considera-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos e sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”). (CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 161-162).

um Tribunal Federal, que não seria um Tribunal de toda a Federação como Corte Suprema. E também essa Corte Judiciária haveria de alcançar proporções gigantescas para dar conta de suas tarefas, com os graves inconvenientes já realçados.⁴⁶⁵

Também por isso, os ministros enfatizaram que era despropositada a pretensão de transformar o STF em uma Corte Constitucional, exclusivamente para lidar com o contencioso constitucional, sem o tratamento de questões de direito federal. Na visão daqueles magistrados, era fundamental que o STF continuasse julgando as questões federais de maior repercussão. Além disso, segundo eles, as peculiaridades brasileiras tornavam recomendável que “*esse Tribunal seja a própria cúpula do Poder Judiciário Nacional, o mais afastado possível das influências locais, regionais ou setoriais.*” Confira-se:

II.12. Considerou, ainda, o Supremo Tribunal Federal injustificável sua transformação em Corte Constitucional, de competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal. É importante que um Tribunal, de caráter nacional, com jurisdição em todo o país, continue exercendo competência sobre as questões federais de maior repercussão na ordem jurídica. É importante, também, que esse Tribunal seja a própria cúpula do Poder Judiciário Nacional, o mais afastado possível das influências locais, regionais ou setoriais. Considerou-se, ademais, que o Brasil tem peculiaridades históricas, geográficas, sociológicas, étnicas, com uma formação filosófica, política, econômica, moral e religiosa tão diversificada que é muito perigosa a adoção pura e simples de modelos alienígenas para solução de seus problemas judiciários.⁴⁶⁶

No que se refere à ampliação da legitimidade ativa para a representação por inconstitucionalidade, a Corte rechaçou a proposta, sugerindo a manutenção da exclusividade para a sua propositura nas mãos do Procurador-Geral da República.⁴⁶⁷ O peso e a importância institucional do STF fizeram com que várias dessas sugestões acabassem sendo acatadas pela própria constituinte.

⁴⁶⁵ Antes mesmo de manifestar sua desaprovação, os ministros já haviam consignado o seguinte, no item anterior: “II.10. (...). Não passa de utopia imaginar um Tribunal capaz de julgar recursos extraordinários contra acórdãos de todos os Tribunais do Brasil, para interpretação de lei federal. Seriam necessários tantos Ministros que o Colegiado jamais poderia se reunir com todos os Membros. E as maiorias ocasionais acabariam por forma uma jurisprudência instável. Afora isso, o gigantismo de Cortes Judiciárias não tem, sabidamente, produzido resultados satisfatórios. (...)” Cf. CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 151-152.

⁴⁶⁶ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 152.

⁴⁶⁷ “II.9. Quanto à pretendida outorga de legitimidade para representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a certos órgãos do Poder Público (Executivo, Legislativo, e Judiciário) ou, mesmo, a entidades de direito público ou privado, entendeu a Corte que ela deve continuar a cargo, exclusivamente da Procuradoria-Geral da República. (...)” (CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 151).

9.1.3. A Assembleia Nacional Constituinte

Eleita em novembro de 1986,⁴⁶⁸ a Assembleia foi instalada, em 1º.02.1987, pelo então Presidente do STF, Ministro José Carlos Moreira Alves. Logo na segunda sessão, o deputado Plínio Sampaio, eleito pelo PT, suscitou questão de ordem relativa à possibilidade de participação dos ditos “senadores biônicos”, que haviam sido eleitos, anos antes, de forma indireta para o Senado. O Ministro Moreira Alves, resolvendo a questão de ordem, decidiu favoravelmente à participação daqueles 23 senadores. Em seguida, a Assembleia elegeu como seu Presidente o deputado Ulisses Guimarães, parlamentar que teve destacada atuação na oposição ao regime militar.

Os trabalhos da assembleia foram divididos em 24 subcomissões agrupadas de 3 em 3 em 8 comissões temáticas. Cada uma dessas comissões ficaria responsável pela elaboração de um projeto parcial, o qual deveria ser encaminhado à Comissão de Sistematização. A primeira minuta da Constituição, elaborada pelo relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral, continha nada menos do que 551 artigos.⁴⁶⁹ A segunda minuta era ligeiramente mais curta, mas ainda assim demasiadamente extensa: continha 496 artigos. Após sua aprovação, o projeto foi submetido a novas emendas, de iniciativa tanto dos constituintes, como da população. Daniel Sarmiento dá notícia de que, durante a Constituinte, foram apresentadas 122 emendas de iniciativa popular, que reuniram assinaturas de mais de 12 milhões de brasileiros. Eram emendas em todos os sentidos, das mais esdrúxulas e exóticas – como a que desejava o reconhecimento constitucional da mediunidade – às mais adequadas e compatíveis com o desejo de participação popular. A Constituição que se construía era, assim, fruto da celebração da volta

⁴⁶⁸ Como relata Boris Fausto, nas eleições de 1986, o PMDB conquistou a maioria absoluta das cadeiras da Câmara e do Senado. Elegeu 261 Deputados para a Câmara, de um total de 487 vagas em disputa (53% dos lugares), e 38 Senadores, de um total de 49 cadeiras, ficando com uma bancada final de 45 Senadores (considerando os que estavam na metade de seu mandato). Cf. FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 445.

⁴⁶⁹ Segundo Luís Roberto Barroso: “A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo.” BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 42.

da democracia,⁴⁷⁰ num ambiente cívico, dialético e com uma variada gama de facções e interesse.⁴⁷¹ Nesse sentido, pode-se dizer, com Luís Roberto Barroso que “*os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões.*”⁴⁷²

Cada grupo buscou constitucionalizar seus interesses, surgindo daí uma Constituição detalhista que pretendia afastar suas questões do debate entre as maiorias eventuais. Aliás, é interessante notar que esse movimento de constitucionalização do maior número de matérias, acompanhado do acesso à justiça, são indícios fortes de que – a despeito da fragilidade do Poder Judiciário e da relativa convivência de alguns de seus integrantes com os desmandos do regime militar – o constituinte acreditava que só o Poder Judiciário seria capaz de barrar eventuais investidas incompatíveis com o texto constitucional. Em trabalho elaborado à época da Constituinte, o falecido Ministro Oscar Dias Corrêa salientou que a instituição gozava de enorme prestígio no seio social e que isso podia ser demonstrado pelo fato de todos quererem submeter seus litígios ao STF.⁴⁷³ A afirmação é, ainda hoje, ilustrativa da realidade brasileira. Por isso, não nos parece correto sustentar que a Carta de 1988 tem a extensão que tem hoje por conta de fatores exclusivamente relacionados ao processo constituinte. Na verdade, o grau de detalhamento dos direitos constitucionais, a textura aberta de várias de suas normas são demonstrações eloquentes de que a sociedade brasileira desejava, de certa forma, delegar ao Poder Judiciário em geral, e ao STF, em particular, amplos poderes para intervir nos mais diversos assuntos, atuando como árbitro do jogo político.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foram longos. Após mais de um ano e meio de discussões, em 05.10.1988, a nova Constituição foi, enfim, promulgada. O resultado, embora possa ser criticado a partir de diversos prismas, foi – sem dúvida nenhuma – muito

⁴⁷⁰ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 15.

⁴⁷¹ “*O texto da Constituição, muito criticado por entrar em assuntos que tecnicamente não são de natureza constitucional, refletiu as pressões dos diferentes grupos da sociedade. As grandes empresas, os militares, os sindicalistas etc. procuraram introduzir no texto normas que atendessem a seus interesses ou se harmonizassem com suas concepções. Em um país cujas leis valem pouco, (...) trataram assim de fixar o máximo de regras no texto constitucional, como uma espécie de maior garantia de seu cumprimento.*” (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 446).

⁴⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 42.

⁴⁷³ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 52.

positivo.

9.2. A Constituição de 1988

Eventuais críticas que possam ser dirigidas à Constituição de 1988 não podem – nem devem – minimizar o seu papel e a sua importância. É ela o produto – até agora bem sucedido – do nosso conturbado processo de amadurecimento institucional. É, ainda, a responsável pelo período de maior estabilidade democrática já vivenciado no País. Durante o processo de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, pela primeira vez em nossa história a solução para a crise institucional não passou pelo recurso às forças armadas. E isso tem enorme valor e importância para a consolidação democrática.

Durante esses mais de 25 anos de vigência da Carta de 1988, as eleições transcorreram dentro da normalidade; as sucessões presidenciais não deram ensejo a rupturas institucionais, a despeito de termos eleito Presidente da República, no final de 2003, um ex-operário, líder de um dos mais importantes partidos de “esquerda” do País. Os sucessivos escândalos de corrupção, que envolveram importantes políticos brasileiros, foram igualmente solucionados dentro da legalidade democrática. O País está mudando. A passos lentos, é verdade. Mas a Constituição de 1988 teve – e continua a ter – importante papel nessa mudança.

9.2.1. As Características da Carta

A Constituição de 1988 representa um instrumento *compromissório*, fruto do acordo possível entre as diversas correntes ideológicas que conseguiram voz na Assembleia Nacional Constituinte. Isso dá a ela um tom mais sereno e menos radical. É ela, também, uma Constituição que enuncia diretrizes e objetivos a serem perseguidos em curto, médio e longo prazos por quaisquer agentes públicos. A Carta não é, contudo, um texto exclusivamente voltado à organização do Estado e à proteção de direitos fundamentais. Ela se imiscuiu em muitos temas, que, em princípio, não seriam constitucionais, como questões de direito de família. Isso fez dela um texto *analítico e extenso*.

Em matéria de federalismo, a Carta promoveu a descentralização do Poder entre União, Estados e Municípios. Estes últimos foram, pela primeira vez, alçados à condição de entes federativos autônomos. Aos Estados e Municípios foram atribuídas competências legislativas e administrativas exclusivas e concorrentes com as da União, que melhoraram o equilíbrio federativo. No que diz respeito à organização dos poderes, a Constituição de 1988 buscou resgatar a importância e a dignidade do Legislativo e do Judiciário, sem privar o Executivo de instrumentos para atuação rápida e eficaz em assuntos urgentes. A ideia era evitar os problemas de ingovernabilidade vividos durante a vigência da Constituição de 1946. De fato, ao Poder Executivo foram atribuídas a iniciativa privativa de leis em determinados assuntos e a possibilidade de adoção de medidas provisórias, o que lhe confere ampla possibilidade de interferência na agenda do Poder Legislativo.

No que se refere ao Judiciário, a Constituição reforçou sua autonomia administrativa e financeira; assegurou prerrogativas para o exercício independente da função jurisdicional; alargou o acesso à Justiça; criou novos tribunais; redistribuiu competências jurisdicionais entre eles; ampliou os instrumentos de defesa coletiva de direitos (*e.g.*, mandado de segurança coletivo); expandiu os meios de controle de constitucionalidade; fornecendo as bases para que o Poder Judiciário estendesse sua importância e papel políticos.

No que tange às competências do STF, a comparação das atribuições da Corte nas Constituições de 1988 e de 1969 evidencia que houve uma tímida limitação das competências recursais. Isso decorreu, em grande medida, da pressão exercida pelos próprios ministros do STF sobre a Assembleia Nacional Constituinte. Talvez por receio de que a constituinte esvaziasse o Supremo e eles perdessem poder e importância, o Tribunal, como se viu, foi contrário à criação do STJ. Observe-se o contrassenso. Muito embora os ministros reclamassem, de longa data, da sobrecarga de trabalho na Corte, no momento em que se podiam aliviá-la sobremaneira, outros incentivos falaram mais alto. A principal preocupação dos ministros, manifestada explicitamente, era contra a criação de uma Corte Constitucional, que pudesse estar acima, em importância e estatura, do STF.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ A consequência da tímida modificação de competências recursais, da ausência (ou melhor, da não criação) de instrumentos para filtrar a subida de recursos ao STF, e da ampliação das competências originárias foi o agravamento da caótica situação que a Corte já vivenciava. Não que esses tenham sido os únicos fatores para a situação chegar ao ponto a que chegou. Não foram. Mas é inegável que contribuíram para isso. Nem o fato de se ter ampliado o papel do controle de constitucionalidade abstrato foi suficiente para evitar o quadro de disfuncionalidade da Corte. Conforme ressalta Gilmar Mendes, “(...) *sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob o modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto de controle de constitucionalidade passa a ter precedência ou primazia*”

A proteção e promoção dos direitos fundamentais foi um dos objetivos centrais da Constituição. Ela ocupou-se de direitos individuais e coletivos, políticos, sociais e econômicos. É representativo, nesse sentido, o fato de o rol de direitos e garantias fundamentais ter sido incluído logo na abertura do texto constitucional. Trata-se de medida simbólica, que demonstra a importância desses direitos para a construção do novo Estado Democrático de Direito. Aliás, as maiores inovações trazidas pela Carta relacionam-se diretamente à proteção de direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade: ao lado do controle difuso, ganhou importância o controle concentrado de constitucionalidade, que se mostrou o grande caminho para fortalecimento do STF. Novas ações foram criadas, tanto para o controle difuso de constitucionalidade (mandado de segurança coletivo, *habeas data*, mandado de injunção), quanto no âmbito do controle concentrado (ADI, ADO e ADPF). Com essas mudanças, o País passou a adotar, de uma vez por todas, e sem acanhamento, um modelo *misto* de controle de constitucionalidade das leis.

Além disso, é digno de nota a preocupação do constituinte com a ampliação da legitimidade para essas novas ações. No âmbito do controle difuso permitiu-se que vários desses novos instrumentos fossem manejados por sindicatos e associações, na defesa dos interesses não só de seus associados, mas de todos os substituídos processuais. Isso sem falar que o texto de 1988 ampliou significativamente os legitimados à propositura das ações de controle concentrado, “democratizando”⁴⁷⁵ a ferramenta e transformando-a em instrumento para o

após a Constituição de 1988, é verdade também que é exatamente após 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 20.02.2013).

⁴⁷⁵ Juliano Zaiden e Alexandre Costa sustentam que essa democratização, no entanto, foi parcial. Segundo os mencionados autores, diante da adoção de um conceito restritivo de entidade de classe de âmbito nacional, privilegiou-se interesses de grupos econômicos, em detrimento de minorias excluídas do debate e da participação democrática. Cf. COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq, realizada no âmbito da Universidade de Brasília, p. 22, nota de rodapé 23. Disponível em http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf. Acesso em 10.08.2014. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento propôs uma releitura dessa jurisprudência Cf. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. acesso em 07/06/2015. E, em recente decisão monocrática, proferida no bojo da ADI nº 5291/DF, o Ministro Marco Aurélio Mello também defendeu a revisão da vetusta e restritiva jurisprudência defensiva adotada pelo Tribunal em matéria de legitimação ativa de entidades de classe, a fim de promover a efetiva democratização do controle concentrado de constitucionalidade. Esses esforços interpretativos são salutares. O STF não deve temer a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, que pode, inclusive, substituir, em determinadas circunstâncias, o controle difuso assegurando, em curto espaço de tempo, uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade de determinada norma, conferindo, assim, segurança jurídica aos

efetivo controle dos atos do Poder Público. A participação dos partidos políticos é digna de destaque, neste sentido.

9.2.2. As reformas constitucionais

A Carta de 1988 já foi alterada por mais de 88 Emendas Constitucionais.⁴⁷⁶ Algumas das modificações pelas quais a Constituição passou foram prosaicas; outras profundas e relevantes, e alteraram, substancialmente, a fisionomia do Estado brasileiro. A maioria delas justificada pela necessidade de se adequar a estrutura jurídica do País a um contexto de maior abertura política e econômica. A despeito das sucessivas e reiteradas alterações pelas quais passou, a Constituição de 1988 se mantém praticamente intacta naquilo que tem de mais essencial no âmbito do neoconstitucionalismo: sua Carta de Direitos e garantias individuais. De fato, nossa Carta de Direitos praticamente não foi alterada ao longo desses anos. Na verdade, foi incrementada pelas ECs nºs 26/2000 e 45/2004, que introduziram, respectivamente, o direito à moradia no rol dos direitos sociais, e a razoável duração do processo no de direitos individuais.

A Constituição de 1988 passou, no entanto, por algumas alterações importantes para este estudo, as quais serão destacadas. Para o escopo deste trabalho, merecem especial atenção as ECs nº 03/1993 e 45/2004, que serão analisadas a seguir.

9.2.2.1.A Emenda Constitucional nº 03/1993: A Introdução da ADC e do efeito vinculante

jurisdicionados.

⁴⁷⁶“*Nem eu mesmo domino a Carta da República, tantas são as emendas. Costumo em palestras narrar, no âmbito do folclore, caso de um cidadão que foi comprar a Constituição e o dono da livraria disse que não trabalhava com periódicos.*” A crítica partiu do ministro Marco Aurélio, com seus nada menos do que 25 anos de STF, ao votar em MS sobre requisitos para aposentadoria tendo em vista a EC 20/98, que alterou o sistema de previdência social. Para S. Exa., o texto constitucional ‘é modificado como se pudéssemos ter no Brasil melhores dias via diplomas legais, quando na verdade precisamos de homens, especialmente públicos, que observem as leis existentes’. A propósito: a CF tem 88 emendas. A primeira, de 1992, dispõe sobre a remuneração dos deputados estaduais e dos vereadores; a mais recente, da semana passada, aumenta a idade da aposentadoria compulsória. (MS 26.646). Cf. “Carta de Retalhos. In: Migalhas. Publicado em 14.05.2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/pilulas/220505>. Acesso em 14.05.2015.

Em 1992, o deputado Roberto Campos encampou estudo elaborado por Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins, e propôs, por meio da PEC nº 130/1992, a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). As sugestões oriundas daquela proposta foram incorporadas à PEC nº 48/1991 (reforma tributária emergencial), e aprovadas pelo Congresso Nacional, por meio da EC nº 3, de 17.03.1993. Foi, assim, introduzido, explicitamente,⁴⁷⁷⁻⁴⁷⁸ na Constituição de 1988, a ADC como instrumento de controle concentrado, com o objetivo de obter o reconhecimento da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, com efeitos *erga omnes*.

A ideia subjacente à ADC é a de que, embora os atos normativos já gozem de presunção de constitucionalidade, a multiplicação de causas que discutem a compatibilidade da norma com o texto constitucional justifica a adoção de um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, com o objetivo de afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea. Ao julgar procedente o pedido formulado na ADC, o STF ratifica a presunção de constitucionalidade da lei e a transforma em absoluta ou *iuris et de iure*.⁴⁷⁹ Nesse diapasão, a

⁴⁷⁷ Como lembram Luiz Guilherme Marinoni *et al*, “antes da EC 3/93 não existia norma a regular os efeitos derivados das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade. Foi a jurisprudência do STF que, paulatinamente construiu a tese dos efeitos erga omnes da decisão de inconstitucionalidade. À luz da EC 1/1969, o STF inicialmente submetia a decisão de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato ao Senado Federal, para que este determinasse a suspensão da execução da lei. Porém, ainda antes da Constituição Federal de 1988, o STF passou a entender que as suas decisões, proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, produziam efeitos erga omnes, e, por isso, dispensavam a atuação do Senado Federal.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 973-974, nota de rodapé 594). O precedente nessa matéria, segundo os autores, é a Rp 1016, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 20/09/1979, DJ 26-10-1979).

⁴⁷⁸ Gilmar Mendes sustenta que a introdução da ADC não representou propriamente uma inovação na ordem jurídica brasileira. Segundo ele, desde a edição da EC nº 16/65, que instituiu a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral, já era admissível a apresentação de pedido concentrado, perante o STF, com o intuito de obter a declaração de constitucionalidade do ato impugnado. Segundo ele, “a imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16/65 (...) não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir ‘desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas’.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 210-215). Havia, no entanto, jurisprudência do STF, como o próprio Ministro Gilmar reconhece, que sustentava que não era possível utilizar a ADI para obtenção de declaração de constitucionalidade. Veja-se, nesse sentido: STF, Rp 1349, Rel. Min. Aldir Passarinho, Pleno, j. em 08/09/1988, DJ 10-08-1989).

⁴⁷⁹ O instrumento foi bastante criticado à época de sua introdução e a inovação foi tachada de inconstitucional por autores de renome, como Geraldo Ataliba e Jorge Miranda. Geraldo Ataliba sustentava, por exemplo, que o instituto violava a separação dos poderes, o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e à ampla defesa. (ATALIBA, Geraldo. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Revista de Processo, v. 20, n. 78, p. 7-8, abr./jun. 1995). Jorge Miranda, por sua vez, criticou o instituto argumentando que (i) bastaria atribuir força obrigatória à não declaração de inconstitucionalidade; e (ii) a ADC diminui o campo de fiscalização difusa e importa numa espécie de sanção judiciária a medidas legislativas. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito*

EC nº 3/93 introduziu o §2º ao art. 102 da Constituição, estabelecendo, expressamente, que “[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

A despeito de ter sido criada para estabilizar discussões jurídicas, a introdução da ADC no ordenamento jurídico brasileiro não contribuiu de forma significativa para a redução do número de processos em curso no STF. Com efeito, a limitação constitucional do objeto da ação às leis e atos normativos *federais*— diferentemente da ADI, que pode atacar leis federais, estaduais e distritais – reduz sua utilidade como instrumento para evitar a multiplicação de litígios. A maior parte das normas – aquelas que são produzidas pelos 26 Estados e pelo Distrito Federal – não podem ser afirmadas constitucionais, com eficácia contra todos e efeitos vinculantes, em sede de ADC. Seja como for, o fato é que, mesmo no plano do controle da legislação federal, o instrumento tem sido usado com parcimônia por seus legitimados. Isso ajuda a explicar o reduzido número de ADCs ajuizadas até a data de conclusão deste trabalho: apenas 36.

9.2.2.2.A Emenda Constitucional nº 45/2004: A reforma do Poder Judiciário

Em 2004, o Congresso Nacional aprovou uma ampla reforma do Poder Judiciário. Após longo debate e tramitação, foi promulgada a EC nº 45/2004 que alterou dispositivos atinentes a todos os ramos do Poder Judiciário.

Em linhas gerais, a referida emenda: (i) reconheceu como direito fundamental o direito

Constitucional, Tomo VI. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 72).A ADC chegou a ter sua constitucionalidade questionada na ADI nº 913. A ação, no entanto, não foi conhecida por ilegitimidade ativa da requerente (STF, ADI 913 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 18/08/1993, DJ 05-05-1995). A controvérsia, no entanto, foi decidida no julgamento da QO na ADC nº 1 e todas as objeções foram rejeitadas. O STF acolheu o argumento de que o controle de constitucionalidade concentrado é realizado por meio de um processo objetivo ao qual não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito aos processos subjetivos. Veja-se a ementa do julgado: “*Ação Declaratória de Constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 03/93, no tocante a instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a Ação Declaratória de Constitucionalidade.*” (STF, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 27/10/1993, DJ de 16/06/1995).

à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); (ii) conferiu *status* constitucional aos tratados e convenções internacionais em matérias de direitos humanos aprovados, em dois turnos, por três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional; (iii) alterou critérios para o provimento do cargo de juiz; (iv) modificou as prerrogativas dos magistrados; (v) estabeleceu parâmetros mais claros e objetivos para a promoção dos juízes aos tribunais, por antiguidade e merecimento; (vi) dispôs sobre a execução orçamentária do Poder Judiciário, ampliando a autonomia frente ao Executivo e ao Legislativo; (vii) transferiu competências do STF para o STJ; (viii) modificou a estrutura e o funcionamento dos TRFs, da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho e da Justiça Estadual, determinando, dentre outras providências, a descentralização de seu funcionamento e a criação de justiças itinerantes; (ix) assegurou maior autonomia ao Ministério Público e às Defensorias; (x) criou o CNJ e o CNMP como órgãos de fiscalização do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente; (xi) introduziu os institutos da repercussão geral e da Súmula Vinculante para (tentar) aliviar e reduzir a sobrecarga de processos e recursos no STF.

A criação da repercussão geral e da súmula vinculante, e os impactos que eles geraram sobre o funcionamento do STF, merecem atenção especial para esta tese, e serão aprofundados a seguir.

9.2.2.2.1. Repercussão Geral

A EC nº 45/2004 introduziu um novo parágrafo ao art. 102 da CRFB, estabelecendo mais um requisito de admissibilidade para o RE. Além dos requisitos vigentes, o recorrente passou a ter de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais debatidas nos autos, para viabilizar o pronunciamento do STF. Veja-se a redação do novo §3º:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Para disciplinar o instituto, o legislador editou a Lei nº 11.418/2006 que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC/1973. No âmbito interno do STF, o instituto foi regulado

inicialmente pela ER nº 21, de 30.04.2007,⁴⁸⁰ e desde então sua disciplina vem sendo aperfeiçoada por sucessivas Emendas Regimentais.⁴⁸¹

A adoção do instituto reconheceu a incapacidade material e fática de o STF analisar todo e qualquer caso em que se discute questão constitucional, oferecendo a ele um instrumento para restringir o acesso à Corte e para controlar sua própria agenda. A previsão de um filtro para as demandas era pedida por membros do tribunal, que julgavam conveniente a reintrodução de um mecanismo semelhante à arguição de relevância.⁴⁸² Mais do que um instrumento de filtro e de agenda, o que mais chama a atenção é o fato de que, pela primeira vez, o constituinte autorizou a eventual formação de coisa julgada inconstitucional. Com efeito, na medida em que somente os casos que possuem repercussão geral deverão ser apreciados pelo STF, questões que digam respeito a inconstitucionalidades de menor relevo transitarão em julgado. Trata-se de verdadeira

⁴⁸⁰A ER nº 21, de 30.04.2007, alterou os arts. 13, 21, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328 e 329, e revogou o §5º do art. 321, permitindo ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência ou à Súmula do Tribunal, realizando mudanças no RE para adequá-lo à sistemática da repercussão geral. Falava-se em adoção de meio eletrônico, mas não ainda em plenário virtual.

⁴⁸¹A ER nº 22, de 30.11.2007, acrescentou o §4º ao art. 21 do RISTF para determinar que o relator comunique à presidência as matérias sobre as quais proferir decisão de sobrestamento ou devolução dos autos, nos termos do art. 543-B do CPC. A ER nº 23, de 11.03.2008, por sua vez, acrescentou o art. 328-A ao RISTF, determinando aos tribunais de origem que não proferissem juízo de admissibilidade sobre RE já sobrestados ou que viessem a ser interpostos, bem como que não remetessem agravos de instrumento contra decisões de inadmissibilidade, até que o STF decida a matéria. Já a ER nº 27, de 28.11.2008, alterou o §1º do art. 328-A, mudando um pouco a questão relativa ao sobrestamento, na origem, dos agravos contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários. A ER nº 31, de 29.05.2009, voltou a modificar o art. 324 do RISTF. A referida emenda inseriu o §2º ao art. 324 invertendo a presunção de existência de repercussão geral, quando o relator declarar que a matéria é infraconstitucional. Em razão dessa mudança, nessa específica hipótese, o descumprimento do prazo comum de vinte dias, pelos demais ministros, deixou de ser considerado manifestação da existência de repercussão geral. A ER nº 42, de 2.12.2010, além de realizar outras modificações, acrescentou os arts. 323-A e 325-A ao RISTF. O primeiro, para dispor sobre a possibilidade de julgamento do mérito do RE, perante o plenário virtual, para reafirmação da jurisprudência dominante da Corte. O último, para tratar da distribuição por prevenção de casos relacionados ao mesmo tema, quando reconhecida a repercussão geral. A ER nº 47, de 24.02.2012, novamente alterou o art. 324, §2º, sobre o reconhecimento da inexistência de repercussão geral.

⁴⁸²O Ministro Celso de Mello foi um dos (muitos ministros) que se manifestou favorável ao retorno do requisito de relevância. Em palestra sobre a necessidade de reforma do Poder Judiciário, o ministro afirmou: “*Entendo recomendável discutir, ainda, a possível reintrodução em nosso sistema constitucional do instrumento da arguição de relevância, para permitir ao Supremo Tribunal o exercício do poder de selecionar com prudente discricção as causas suscetíveis de exame jurisdicional em sede de recurso extraordinário, à semelhança do que já ocorreu sob o domínio da Carta anterior e do que hoje se verifica no sistema argentino. O Congresso da Argentina, em 1990, pela Lei Federal argentina 23.774, de 1990, introduziu no art. 280 do seu Código de Processo Civil, o requisito da transcendência, permitindo que esse requisito atue como instrumento de filtragem, de escolha e seleção pela Suprema Corte das causas, em função, precisamente, do seu maior grau de relevância, à semelhança do que já também ocorre nos Estados Unidos, desde a Reforma Judiciária, introduzida em 1925 pelo Congresso Norte-Americano, refiro-me ao writ of certiorari.*” Cadernos IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), Reforma Constitucional do Poder Judiciário, Série de Propostas Legislativas, Volume 1 - janeiro de 2000. Organizado por Petrônio Calmon Filho - São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 1999, pp. 19/20.

revolução no âmbito do sistema jurídico brasileiro, que sempre resistiu ao esvaziamento das possibilidades recursais.

A introdução do instituto amplia os poderes das instâncias ordinárias, pela atribuição de maior relevância a seus julgados. Esses órgãos passam, com a EC nº 45/2004, a compartilhar com o STF a responsabilidade pelo controle de constitucionalidade, especialmente no que tange à interpretação constitucional. Realmente, uma vez que não apenas as decisões do STF serão definitivas em matéria constitucional, aumentam o peso e a importância das instâncias ordinárias no controle de constitucionalidade.⁴⁸³ Há, nesse sentido, uma ampliação efetiva dos agentes responsáveis pelo controle de constitucionalidade, em linha com as ideias de Peter Häberle, de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.⁴⁸⁴

A adoção da repercussão geral insere-se em um contexto de objetivização (ou abstrativização) do controle difuso de constitucionalidade. Com a Constituição de 1988, com o advento das ECs nº 3/93 e 45/2004, e com a aprovação das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, o controle concentrado ganhou primazia como principal instrumento de o controle de constitucionalidade.

É verdade, também, que a repercussão geral guarda algumas semelhanças com o instituto da arguição de relevância. Ambas foram criadas para dar mais poderes para o STF escolher os casos que seriam julgados. Ambos os institutos exigem que o recorrente demonstre, em preliminar, a relevância da questão debatida. Nada obstante isso, os dois institutos são, em essência, profundamente diferentes.⁴⁸⁵⁻⁴⁸⁶ As principais diferenças, a nosso sentir, são duas. Em

⁴⁸³ “(...) o saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL (...) afirmava que esse instrumento [arguição de relevância] serviria inclusive para valorizar a própria atividade jurisdicional dos Tribunais ordinários, não havendo que se falar em denegação de Justiça, pois até ali teria havido pelo menos duas manifestações: uma no primeiro e outra no segundo grau de jurisdição.” MELLO, Celso. Cadernos IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), Reforma Constitucional do Poder Judiciário, Série de Propostas Legislativas, Volume 1 - janeiro de 2000. Organizado por Petrônio Calmon Filho - São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 1999, pp. 19/20.

⁴⁸⁴HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁴⁸⁵ “Não obstante tenham a função de ‘filragem recursal’, a ‘arguição de relevância’ e a ‘repercussão geral’ não se confundem. Enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário a priori incabível, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do STF controvérsias que assim não se caracterizam. Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de ‘relevância’, aquele exige, para além da relevância da controvérsia constitucional, a transcendência da questão debatida.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 838).

⁴⁸⁶ “Assim que entrou em vigor, o requisito da repercussão geral despertou comparações com a controvertida

primeiro lugar, o julgamento da arguição de relevância era realizado em sessão secreta, em Conselho, e dispensava fundamentação. No quadro normativo da Constituição de 1988, não há espaço para a prolação de decisões secretas, não fundamentadas.⁴⁸⁷ Em segundo lugar, a arguição de relevância estava relacionada ao cabimento do RE pela alínea “d” do art. 119, III, da Constituição de 1969, que envolvia o papel de interpretação e uniformização da legislação federal, que, então, era exercido pelo STF e, com a Carta de 1988, passou para o STJ. A admissibilidade do RE pelas demais alíneas prescindia da apresentação da AR. Em outras palavras, a Arguição de Relevância dizia respeito exclusivamente à *questão federal*. O recorrente deveria demonstrar que a matéria federal debatida no âmbito do recurso transcendia os interesses exclusivos das partes e tinha impactos mais amplos. No caso da repercussão geral, por sua vez, a exigência se aplica a todas as alíneas do art. 102, III, da Constituição. O recorrente precisa demonstrar que a *questão constitucional* discutida é relevante e transcende os interesses dos litigantes.

Embora o constituinte reformador tenha, com o art. 102, §3º, introduzido um novo requisito de admissibilidade para o RE, autorizando, de certa forma, o STF a escolher o que julgar, ele não conferiu plena liberdade (discricionariedade) à Corte. Ao contrário, prevaleceu

arguição de relevância da questão federal, existente no regime constitucional anterior. A arguição de relevância tinha por principal objetivo – tal como a repercussão geral – racionalizar o volume de trabalho que chegava à Corte, já assustador à época. No entanto, há importantes diferenças entre os institutos, sobretudo no que toca ao procedimento. Sob a Constituição anterior, prevaleceu a tese de que a arguição de relevância não ostentava natureza tipicamente jurisdicional, sendo antes questão política. Disso decorria a apreciação em sessão administrativa secreta e a ausência de fundamentação, características que não poderiam ser repetidas no mecanismo atual em razão das regras contidas no art. 93, IX, da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 140-141)

⁴⁸⁷ O julgamento da existência de repercussão geral em Plenário Virtual, a nosso sentir, não fere o disposto no art. 93, IX, da CRFB. Não se trata de julgamento secreto. As decisões são proferidas em *seriatim* e são disponibilizadas, na medida em que são proferidas. Em sentido semelhante, defendendo a constitucionalidade do Plenário Virtual, v. Fredie Didier e Leonardo Cunha: “*O julgamento sobre a repercussão geral não se dará em sessão pública, com debates, discussões e, até mesmo, sustentação oral. Isso poderia ofender o princípio do contraditório, afastando o dever de debate entre juiz e partes. Para que não haja inconstitucionalidade no procedimento, impõe-se que se lhe confira ampla publicidade. O julgamento eletrônico não parece inconstitucional. O que se revela inconstitucional é um julgamento secreto, sem publicidade. (...) A falta de manifestações suficientes no prazo de vinte dias acarreta um julgamento tácito ou implícito. A interpretação construída em torno do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal abomina e impede a existência de julgamentos tácitos ou implícitos, por contrariar a exigência de fundamentação nas decisões judiciais. Não há, contudo, inconstitucionalidade nesse procedimento eletrônico previsto no Regimento Interno do STF. É que (...) a existência de repercussão geral é presumida, somente deixando de existir em caso de manifestação de pelo menos oito ministros do STF. A manifestação tácita confirma a presunção já existente, não ofendendo a exigência constitucional de fundamentação explícita.”* (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Artigo 102, parágrafo terceiro*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (coord.). “Comentários à Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1315).

uma certa dose de desconfiança em relação ao STF. Por isso, o §3º estabelece que o Supremo só pode recusar a repercussão geral pela manifestação de dois terços de seus membros. A exigência de um quórum qualificado para a recusa da repercussão geral reduz a importância do instituto como mecanismo de filtragem de processos a serem julgados pelo Tribunal. Afinal, nem sempre é fácil fazer com que oito ministros reconheçam a inexistência de repercussão geral. Sobretudo quando houver vacância de uma das cadeiras do Tribunal ou quando impedido um magistrado de se pronunciar sobre a matéria, por qualquer razão. A estipulação desse quórum qualificado é de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, tendo em vista que, para a própria declaração de inconstitucionalidade – pronunciamentos que se reveste da maior gravidade, por representar o reconhecimento da prática de um ilícito constitucional pelo Poder Legislativo – a Constituição exige “apenas” o pronunciamento da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 97).⁴⁸⁸

Além disso, aquele requisito, associado às regras de funcionamento do Plenário Virtual,⁴⁸⁹ reduzem a utilidade do instrumento como filtro para o acesso à Corte Suprema e, de certa forma, banalizam⁴⁹⁰ a repercussão geral. Não é por outra razão que o STF já reconheceu a existência de repercussão geral em mais de 700 casos, e não tem dado conta de julgá-los com celeridade.⁴⁹¹ Analisando tais dados, Luís Roberto Barroso concluiu que, levando em conta o tempo médio que o STF leva para julgar as questões concernentes à repercussão geral e o

⁴⁸⁸ Ana Paula Ávila defende, em sentido semelhante, que a exigência de quórum qualificado para a modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade seria inconstitucional, por representar uma exigência desproporcional no que se refere à ponderação de valores em jogo. V. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁴⁸⁹ De acordo com o art. 324 do RISTF/Atual, os ministros têm vinte dias, após a manifestação do relator, para se pronunciarem no Plenário Virtual acerca da repercussão geral da matéria. Transcorrido este prazo, o silêncio será reputado como favorável a repercussão geral da matéria, salvo quando o Relator declarar que a matéria é infraconstitucional, hipótese em que a ausência de pronunciamento, naquele prazo, será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral.

⁴⁹⁰ “(...)Tu concordas ou não que houve um abuso no Supremo dessa história de repercussão geral. Tudo virou repercussão geral. No momento em que tu abusas do instituto, ele perde a qualificação.” (CARNEIRO, Luiz Orlando; RECONDO, Felipe. *Para Nelson Jobim, vontade de legislar do STF desqualifica o Parlamento*. Entrevista do Ministro aposentado Nelson Jobim ao portal de notícias jurídicas “Jota”. Publicada em 17.09.2014. Disponível em <http://jota.info/materias15-para-nelson-jobim-vontade-de-legislar-do-stf-desqualifica-o-parlamento>. Acessada em 18.09.2014.

⁴⁹¹ “(...) o STF não cuidou, ainda, de varrer o próprio quintal. (...) ainda não logrou, a Corte maior, encontrar meios eficazes para julgar os quase 700 recursos extraordinários que tiveram repercussão geral reconhecida e que emperram centenas de milhares de outros processos, sobrestados nas instâncias inferiores.” NUNES, Jorge Amaury. *Cuide do seu quintal*. In: “JOTA”. Disponível em <http://jota.info/materias13-cuide-do-seu-quintal>. Publicado em 16.09.2014. Acesso em 18.09.2014.

número de processos com a repercussão geral reconhecidas, caso não se reconhecesse a repercussão geral em mais nenhum processo de agora em diante, o STF, ainda assim, levaria doze anos para julgar aqueles processos que já tiveram repercussão geral reconhecida.⁴⁹²

9.2.2.2.2. Súmulas Vinculantes

A EC nº 45/2004 também trouxe outra inovação digna de nota: autorizou o STF a editar Súmulas Vinculantes (art. 103-A da CRFB). De acordo com a Constituição, com a redação que lhe foi dada pela referida EC, a aprovação dos enunciados vinculantes depende do voto favorável de dois terços dos membros da Corte, isto é, de oito ministros, após reiteradas decisões no mesmo sentido.

Para regulamentar o novo art. 103-A da Constituição, o legislador editou a Lei nº 11.417, de 19.12.2006. No âmbito do STF, o instituto foi, inicialmente, disciplinado por meio das Resoluções STF nº 381 e 388, ambas de 2008.⁴⁹³ Posteriormente, em 2011, por meio da ER nº 46, de 06.07.2011,⁴⁹⁴ o STF incluiu o novo instituto em seu regimento interno. Apesar de as SVs só terem sido disciplinadas em 2008 pelo STF, isso não impediu que o Tribunal aprovasse enunciados normativos, por meio de um procedimento *ad hoc*. Com efeito, as treze primeiras SVs foram aprovadas antes da edição de normas internas no âmbito do STF.

⁴⁹² “Tomando-se como referência a média anual de julgamento de processos com repercussão geral admitida, seriam necessários mais de 12 (doze) anos para julgamento do estoque de repercussões gerais já reconhecidas (330 : 27). Mesmo que se levasse em conta o número recorde de repercussões gerais julgadas em 2013, ainda assim seriam necessários mais de 7 (sete) anos para liquidar o estoque (330 : 44). E isso em um cenário contrafactual e indesejável, no qual não se reconheceria qualquer nova repercussão geral ao longo dos próximos anos.” (BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Mimeo. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 03.09.2014).

⁴⁹³ A Resolução STF nº 381, de 29.10.2008, estabeleceu procedimentos para a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes, criando nova classe processual, denominada de Proposta de Súmula Vinculante (PSV). A Resolução STF nº 388, de 5.12.2008, disciplinou o processamento das propostas de edição, revisão e cancelamento das súmulas.

⁴⁹⁴ A referida ER acrescentou o inciso XXVIII ao art. 55 e os arts. 354-A a 354-G ao RISTF.

a) Origens do instituto: brevíssima perspectiva histórica

A inovação é fruto do aprimoramento das Súmulas de Jurisprudência Predominante do STF. Em 1963, por força e obra do Ministro Victor Nunes Leal, o STF aprovou ER nº 46⁴⁹⁵ disciplinando a edição de Súmulas contendo uma síntese da jurisprudência predominante no âmbito do Tribunal.⁴⁹⁶

De acordo com o relato de seu idealizador, a ideia da edição de súmulas de jurisprudência dominante surgiu da dificuldade pessoal que o Ministro Victor Nunes Leal teve para tomar conhecimento, ao chegar à Corte, das decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes. Segundo o Ministro, o hábito, à época de seu ingresso no STF, era o de que ministros recorressem à memória para recordar *se e como* determinada matéria havia sido julgada no passado. Como lhe faltava memória de julgamentos dos quais não participara, porque ainda não integrava o Tribunal, o Ministro passou a adotar o hábito de tomar notas e sistematizar os temas das decisões. Em suas bem-humoradas palavras:

64. Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive de tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento.

65. Daí surgiu a ideia da Súmula, que os colegas mais experientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves – tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais Ministros. Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a Súmula é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal

⁴⁹⁵ A Emenda Regimental foi aprovada em 30.08.1963 e o enunciado das primeiras 370 Súmulas foi aprovado na sessão plenária realizada em 13.12.1963.

⁴⁹⁶ Aliomar Baleeiro ressalta que as Súmulas diferiam tanto dos assentos quanto do instituto dos prejudgados. “*Já se tem procurado justificar a Súmula com os prejudgados ressuscitados pelo art. 861 do Código de Processo Civil ou com os assentos das Ordenações Manuelinas e Filipinas (destas no Liv. I, Tít. V, §5º). Mas, no assento, suscitava-se a dúvida ao redor, que a submetia à Mesa Grande, para depois ser anotada, como regra futura, no ‘livrinho’ da Relação ou da Casa da Suplicação, a menos que entendessem de levar a controvérsia à decisão d’el-rei. A Súmula não se baseia na solução provocada por uma dúvida, mas na predominância da jurisprudência sobre cada tese controvertida, de sorte que, como no stare decisis, o Supremo se inclina a julgar do mesmo modo sem novo debate.*” (BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 127-128).

o relator, não só da respectiva emenda regimental, como dos seus primeiros 370 enunciados. (...).⁴⁹⁷

A súmula surgiu, pois, como *método* de trabalho, “*destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante*”,⁴⁹⁸ como mecanismo para lidar com o excessivo número de processos submetidos ao STF, permitindo rápida solução para questões já pacificadas. Por meio da sistematização de sua jurisprudência, o STF passou a localizar “*os precedentes com menor dificuldade*”⁴⁹⁹ e julgar casos idênticos em menor tempo. Para além disso, a iniciativa tinha também, segundo seu autor, o propósito (lateral) de servir, ao lado da Revista Trimestral de Jurisprudência, de repertório de jurisprudência.

A Súmula Vinculante foi criada também com esses propósitos. Mas ela precisou ir além. E buscou criar um sistema de pacificação coercitiva da jurisprudência do STF. E a medida se fez necessária porque, ao contrário do que acreditava o Ministro Victor Nunes Leal,⁵⁰⁰ o tempo não se encarregou de fazer com que os juízes e tribunais respeitassem, voluntariamente, o entendimento já sumulado.

b) Objeto

⁴⁹⁷ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro na súmula do STF*. In: RDA, v. 145, pp. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf. Acesso em 15.05.2014.

⁴⁹⁸ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro na súmula do STF*. In: RDA, v. 145, pp. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf. Acesso em 15.05.2014.

⁴⁹⁹ “62. (...) não se pode subestimar sua função de repertório oficial da jurisprudência predominante da Alta Corte. É quase certo, aliás, que foi esta a primeira motivação da experiência da Súmula. Ela correspondeu, sob este aspecto, à necessidade de sistematizar os julgamentos do Tribunal, para se localizarem os precedentes com menor dificuldade. Ainda hoje é muito espinhosa a tarefa. 63. Veio, assim, a Súmula, na mesma linha da publicação em dia da Revista Trimestral de Jurisprudência, (...). Um passo adiante, em busca de solução mais perfeita, será inevitavelmente a computação eletrônica das decisões judiciais.” LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro na súmula do STF*. In: RDA, v. 145, pp. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf. Acesso em 15.05.2014.

⁵⁰⁰ “83. Não importa que o crescimento da Súmula signifique alargar uma das vias de acesso ao Supremo, através do recurso extraordinário. Essa abertura visa, precisamente, prestigiar sua jurisprudência predominante, com o que se poderá reduzir, de alto a baixo, em toda a estrutura do Poder Judiciário, uma série imensa de pleitos, cujos fomentadores já estarão advertidos da próxima derrota na Alta Corte. 84. Essa é a perspectiva certa, a médio prazo, de uma das alternativas. Da outra, nenhuma possível vantagem imediatista, que resultasse do cerceamento do recurso extraordinário, poderá compensar os males, que todos sofrerão, de maior número de questões jurídicas não resolvidas pelo Supremo Tribunal.” LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro na súmula do STF*. In: RDA, v. 145, pp. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf. Acesso em 15.05.2014.

De acordo com o art. 103-A, §1º, da Constituição, “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. O texto constitucional é, como se observa, amplo o suficiente para abarcar normas de natureza constitucional, federal, estadual ou municipal.⁵⁰¹ O que é determinante para o seu cabimento é que haja controvérsia atual, relevante e capaz de gerar a multiplicação de processos sobre a mesma questão. Em outras palavras, ela é instrumento voltado, precipuamente, à solução de litígios de massa, bem como de controvérsias atreladas a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

c) Legitimidade ativa

A Lei nº 11.417/2008, com respaldo no disposto no art. 103-A, §2º, conferiu a um número maior de legitimados autorização para a apresentação de proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciados de Súmula Vinculante. De fato, o art. 3º da referida lei, além de conferir legitimidade ativa aos mesmos legitimados para a propositura da ADI, ainda acrescentou: (i) o Defensor Público-Geral da União (inciso VI); e (ii) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Militares (inciso XI). Admitiu, ainda, que a proposta parta (iii) de Município, de forma incidental, desde que surja no curso de processo do qual seja parte (§1º).

A enumeração de um rol mais extenso de legitimados à apresentação de proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciados de SVs é extremamente salutar, na medida em que tende a democratizar a jurisdição constitucional fazendo com que a sua edição não esteja exclusivamente atrelada a interesses político-governamentais. A previsão legal, todavia, merece

⁵⁰¹ Nesse sentido: “Tendo em vista a competência ampla do Supremo Tribunal Federal, essas normas poderão ser federais como estaduais ou municipais. É possível, porém, que a questão envolva tão-somente interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 916).

algumas críticas. A primeira diz respeito à omissão de órgãos importantes. Ficaram de fora do rol dos legitimados, injustificadamente, os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados. A lei também não conferiu legitimidade ativa aos Defensores Públicos-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Em relação àqueles até é possível argumentar que a restrição se justifica, tendo em vista que o Ministério Público é uno (art. 127, §1º e 128 da CRFB) e é chefiado pelo PGR (art. 128, §1º, da CRFB) – embora isso não se afigure justificativa adequada nem suficiente.

Já em relação à Defensoria Pública, embora o §4º do art. 134 da CRFB, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 80/2014, enuncie a unidade como um dos princípios fundamentais da instituição, não se pode confundir a Defensoria Pública da União com a dos Estados e do Distrito Federal. Trata-se de instituições independentes (cf. art. 134, §§1º e 2º da CRFB), chefiadas por autoridades diferentes. Não há que se falar, desse modo, que o Defensor Público-Geral da União exerceria a chefia da instituição como um todo, sob pena de violação ao pacto federativo (art. 2º da CRFB). Daí porque, a atribuição de legitimidade exclusivamente a este impede – de forma injustificada e, portanto, inconstitucional – que os demais Defensores-Gerais dos Estados, os quais gozam das mesmas prerrogativas e garantias constitucionais, exerçam a mesma atribuição que foi conferida ao chefe da instituição da União. Na medida em que aos Defensores Públicos-Gerais da União e dos Estados e do Distrito Federal são conferidas as mesmas garantias e prerrogativas constitucionais (art. 134 da CRFB), a eles devem ser asseguradas, igualmente, as mesmas prerrogativas legais, o que importa no reconhecimento da possibilidade de deflagração de pedidos de edição, revisão ou cancelamento de SV. Parece-nos, pois, em razão desses fundamentos, que o art. 3º, VI, da Lei nº 11.417/2006 incide em inconstitucionalidade parcial por omissão, por contemplar apenas o Defensor Público-Geral *da União* dentre os legitimados ativos.

A outra crítica diz respeito à forma de deflagração do processo pelos Tribunais Superiores e pelos demais tribunais legitimados. A lei não deixa claro qual é o órgão, dentro desses Tribunais, competente para formular o pedido de edição, revisão ou cancelamento da SV, o que pode dar margem a inúmeras discussões.⁵⁰² Seria possível, por exemplo, que um órgão fracionário do Tribunal de Justiça oficiasse ao STF requerendo a aprovação de uma nova

⁵⁰² Talvez nem fosse o caso de o legislador federal dispor sobre a matéria, mesmo. Em outras palavras, o silêncio da lei pode ter sido eloquente, de forma a deixar aos próprios tribunais organizarem internamente qual (ou quais) são os órgãos competentes para tanto. Mas, na falta de disposição regimental, caberá ao STF decidir quando admitir a iniciativa de um Tribunal.

SV? Ou essa atribuição seria exclusiva do Presidente do TJ? Ou deveria ser previamente aprovada pelo Órgão Especial e/ou pelo Tribunal Pleno? A atribuição dessa competência pode ficar a cargo do Regimento Interno do Tribunal? Nada disso parece ter sido pensado (ou disciplinado) pelo legislador ordinário, o que confere enorme poder ao STF para decidir como melhor lhe aprouver. A despeito da abertura conferida pelo legislador ao prudente arbítrio da Corte, seria de todo recomendável que essas matérias fossem disciplinadas pelo RISTF (cf. art. 10 da Lei nº 11.417/2006),⁵⁰³ mas, até a data de conclusão desse estudo, não foram objeto de deliberação.⁵⁰⁴

Por outro lado, a despeito de ser positiva a democratização do acesso à Corte, não se pode perder de vista que a ampliação do rol de legitimados pode ensejar – ao menos num primeiro momento – o agravamento da *crise* de funcionamento e deliberação vivenciada pelo STF atualmente. Na medida em que se aumenta o número de legitimados à deflagração do processo objetivo, maiores as chances de crescer o número de processos dessa classe processual. É claro que isso pode ser mitigado no médio e no longo prazo, imaginando-se que as SV sejam bem sucedidas na sua missão de minimizar os males da massificação processual.

d) Quórum para edição

As críticas feitas, anteriormente, relativas ao quórum necessário para o reconhecimento da inexistência de repercussão geral, são igualmente aplicáveis à aprovação, revisão ou cancelamento de enunciados normativos. Isso porque, a Constituição e a lei exigem votação favorável de dois terços dos membros da Corte (de oito ministros), para esse fim. Ocorre que, como os efeitos da edição de um enunciado normativo são rigorosamente idênticos aos da declaração de (in)constitucionalidade de uma lei por meio de interpretação conforme a Constituição ou de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, que têm eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99), e que

⁵⁰³ “Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

⁵⁰⁴ O RISTF/1980 disciplina o processamento de pedidos de edição, revisão e cancelamento de SVs nos arts. 354-A a 354-G. Nenhum desses dispositivos, todavia, trata sobre legitimação ativa ou sobre os requisitos para a deflagração de processo.

podem ser pronunciadas pela maioria absoluta dos ministros (isto é, por seis ministros – cf. art. 97 da CRFB e art. 23 da Lei nº 9.868/99), não há porque exigir um quórum qualificado para a edição de Súmulas Vinculantes. Para burlar a exigência, bastaria que qualquer legitimado propusesse, em vez da aprovação de um enunciado de SV, a declaração de (in)constitucionalidade do ato normativo objeto de controvérsia judicial relevante.

e) Número de Súmulas Vinculantes

Embora seja possível identificar alguns pontos fora da curva, como regra, o STF tem editado SVs com parcimônia. Desde a criação do instituto, foram aprovadas, até a conclusão deste trabalho, 48 Súmulas Vinculantes, embora haja mais de 700 outros enunciados de Súmula de jurisprudência predominante do STF em vigor, que poderiam ter sido transformados em vinculantes, reduzindo e facilitando, sobretudo, o funcionamento e o processo de deliberação de nossa Suprema Corte.

É razoável dizer que o número relativamente reduzido de SV se deve, de um lado, à crítica e à resistência que o instituto sofreu no início por parte de significativo número de operadores do Direito, inclusive dos próprios ministros. Mas há outras dificuldades. É que, se forem editados muitos enunciados normativos, as portas do STF estarão abertas a um número inédito de reclamações (inclusive contra atos administrativos), o que pode dificultar, ainda mais, o próprio funcionamento da Corte.⁵⁰⁵ O remédio, na dose errada, pode virar veneno. E

⁵⁰⁵ “Não se pode garantir também que a diminuição do número de processos que ocorrem anualmente ao STF seja uma decorrência automática do reconhecimento da eficácia erga omnes às decisões prolatadas pelo Pretório Excelso no exercício do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que tal efeito, por si somente, abriria os caminhos para o manejo de Reclamações Constitucionais, tanto em desfavor de decisões judiciais, como de simples atos administrativos, sem que se fizesse necessário o pré-questionamento da matéria constitucional, ou o esgotamento das instâncias ordinárias. A partir de então, como todas as decisões irradiariam eficácia erga omnes, se facultaria amplo acesso ao STF, o que poderia redundar, inclusive, no aumento da quantidade de processos naquela Corte. O acesso direto à Corte Excelsa, através de Reclamações Constitucionais, restaria, pois, sobejamente facilitado, ao contrário do quanto pretendido pelas recentes reformas perpetradas no texto da Carta Magna Federal e na legislação infraconstitucional de regência. O STF corre o risco, inclusive, de se tornar uma instância predominantemente executora de suas próprias decisões, em desabono de sua função de interpretação. A esse respeito, merece destaque a doutrina de André Ramos Tavares: “Contudo, o maior problema da súmula vinculante parece ser o que chamo de ‘mecanismo de auto-imposição dependente’. Sim, porque o descumprimento da súmula vinculante impõe uma atuação sucessiva e custosa ao STF, transformando-o em uma espécie de oficial de execução de suas próprias decisões, situação não apenas altamente constrangedora para um Tribunal dessa envergadura, mas também inviabilizadora do exercício de suas funções fundamentais.” (ALMEIDA, Pablo Antonio Cordeiro de. *Garantia do dissenso na Jurisdição Constitucional*: julgamento da Reclamação 4.335, pelo

esse talvez seja o principal motivo que explique o fato de terem sido editadas poucas SVs ao longo desses nove anos de vigência do instituto.⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷

Seja como for, o Ministro Lewandowski tem sustentado, em palestras e reuniões, que uma de suas metas é que o Tribunal edite entre 50 e 100 Súmulas Vinculantes até o final de seu mandato.⁵⁰⁸ E isso, de fato, já vem se concretizando na prática. Dos 48 enunciados em vigor, 14 foram aprovados depois que o Ministro Ricardo Lewandowski assumiu a Presidência do STF, em 31.07.2014. Há, no entanto, muitos outros temas, com os quais o STF se defronta frequentemente, que deveriam ser objeto de edição de SVs. Não faz nenhum sentido, por exemplo, que, diante da convocação de uma determinada pessoa para depor perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), os ministros do STF tenham de conceder liminares em *habeas corpus* preventivos, para assegurar a elas o direito (i) de permanecerem caladas, a fim de não produzirem provas contra si mesmas, ou de (ii) serem assistidas por advogado. Esse e outros temas deveriam, em nossa visão, ser objeto imediato de edição de enunciado vinculante para aliviar a Corte do julgamento de questões pacificadas, mas que continuam a sobrecarregar o STF desnecessariamente. Com efeito, trata-se de matéria recorrente e pacífica no âmbito da

STF, em 2014, p. 13. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/pablo-almeida-tese-congresso-mp.pdf>. Acesso em 01.02.2015).

⁵⁰⁶ Em 1981, Victor Nunes Leal já advertia que “(...) ampliar a abrangência da Súmula representa, de um lado, alargar a faixa de simplificação do serviço do Supremo Tribunal, pela previsão de novas matérias, cuja decisão se dará de modo rápido e pouco formalístico, frequentemente por despacho individual dos relatores. De outro lado, contudo, quanto mais abrangente for a Súmula, pela inclusão de novos enunciados, mais larga ficará aquela porta excepcional de acesso ao Supremo por meio de recurso extraordinário. Não tenho ideia de que lado penderá a balança, com a ampliação da Súmula. Aumentará ou diminuirá a carga de serviço do Tribunal?” Nada obstante isso, concluía o saudoso jurista que a abertura das portas do STF era um mal menor do que a manutenção de inúmeras controvérsias sem solução definitiva: “81. Qualquer que seja a resposta, parece que o Supremo Tribunal não pode ter hesitações nessa matéria. O interesse público coincide, iniludivelmente, com o alargamento da incidência da Súmula. Que ela tenha, o mais breve possível, 2000 ou 3000 enunciados! Assim o país se tranquilizará com o encerramento, não definitivo, mas firme, de muitas dúvidas que ainda enxameiam a aplicação do direito positivo.” LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro na súmula do STF. In: RDA, v. 145, pp. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf. Acesso em 15.05.2014.

⁵⁰⁷ Em sentido semelhante: “O Supremo começou timidamente. Agora, os ministros vão experimentar o resultado da edição das súmulas. Será que o STF será invadido pelas reclamações? Como vai funcionar? Como se redige uma súmula? Se a redação da súmula tiver teor muito genérico, pode suscitar diversas divergências interpretativas com base naquele entendimento e abrir mais caminho para reclamação. É um processo experimental para o STF”. ITO, Marina. Entrevista: Patrícia Perrone Campos Mello, advogado. In: Consultor Jurídico. Publicado em 07.09.2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar. Acesso em 08.06.2012.

⁵⁰⁸ “Reunião-almoço com Ricardo Lewandowski. Desafios e Perspectivas do Judiciário.” In: Revista Letrado nº 110, outubro-dezembro de 2014, São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, pp. 20-21.

Corte, como se observa da leitura de recentíssima decisão do Min. Celso de Mello.⁵⁰⁹ Anote-se, por oportuno, que não há qualquer óbice à intervenção do STF nessa matéria, conforme já salientou o STF, em mais de uma oportunidade,⁵¹⁰ de modo que a edição de SV sobre a abrangência e os Poderes das CPIs não configuraria violação à separação de Poderes.

Tampouco se poderia afirmar que enunciado sobre esse tema seria ineficaz, porquanto editado para regular matéria própria da atividade legislativa. Embora o art. 103-A da CRFB estabeleça que as Súmulas só têm efeitos vinculantes “*em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”, e não abranja, em princípio, o Poder Legislativo, isso não significa que os limites do poder de investigação das CPIs não poderia ser objeto de SV. É que, conforme estabelece o art. 58, §3º da Constituição, “*as comissões parlamentares de inquérito, (...) terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, (...)*”. Nesse sentido, na medida em que as CPIs dispõem de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, neste específico ponto, elas se equiparam e atuam como se fossem órgãos do Poder Judiciário, estando, por isso mesmo, sujeitas à observância do art. 103-A. O que a EC nº 45/2004 quis vedar, ao deixar de mencionar o Poder Legislativo, foi a cristalização do Direito, pela interpretação de que um enunciado normativo editado pelo STF não poderia, eventualmente, ser superado pelo advento de nova lei que disponha sobre o tema em sentido diverso.

Como se vê, o STF tem, ainda, muito a contribuir, sobretudo em *matéria penal*, que enseja grandes controvérsias e entendimentos contrários no âmbito do próprio Judiciário. Embora haja o risco de abertura das portas do STF a uma enxurrada de reclamações, nossa visão é otimista. Temos a impressão de que o número ainda seria menor do que o de eventuais recursos ordinários em *habeas corpus* e de *habeas corpus* julgados originariamente pelo STF.

f) Súmulas vinculantes: regras ou princípios

⁵⁰⁹ STF, HC nº 128.390 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 25.05.2015.

⁵¹⁰ RTJ 173/805-810, 806, Rel. Min. Celso de Mello; e STF, HC 88.015-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 416/2006.

As reflexões em torno das SVs não podem ignorar, ainda, a forma como elas são escritas. A questão que se coloca aqui é a seguinte: como os enunciados devem ser redigidos? Tratando-se de verdadeiras normas jurídicas, dado seu caráter imperativo, geral e abstrato, devem possuir estruturas de regras ou de princípios, para usar a nomenclatura que se consagrou a partir da obra de Ronald Dworkin?⁵¹¹

A adoção de uma redação mais próxima da enunciação de regras tem a vantagem de reduzir a subjetividade relativa à aplicação da SV e limitar sua incidência apenas a casos idênticos (ou muito semelhantes) aos que já foram decididos.⁵¹² Por outro lado, a utilização de uma linguagem aberta,⁵¹³ com a adoção de conceitos jurídicos indeterminados, permite a aplicação do enunciado a hipóteses que não deram ensejo à sua edição, em benefício de uma interpretação mais abrangente. A abertura semântica pode, no entanto, ensejar a inclusão de situações fáticas não expressamente desejadas no âmbito normativo da Súmula e, desse modo, talvez desvirtuar o papel normativo desempenhado pelo STF.⁵¹⁴ O principal problema da edição

⁵¹¹ A distinção entre regras e princípios é uma das mais candentes no âmbito da Teoria do Direito contemporânea. Basicamente, pode-se dizer, na esteira da corrente dominante que, “*o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo é fática e juridicamente possível.*” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Vírgilo Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. pp. 90-91. Para uma perspectiva diferente, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Para o início da discussão, na doutrina constitucional, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. pp. 23-126.

⁵¹² Exemplo de súmula editada como regra: “*SV nº 20. A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.*”

⁵¹³ Para a discussão sobre textura aberta do Direito. Cf. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 161-200; STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵¹⁴ Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso da SV nº 13. De acordo com o enunciado da referida Súmula Vinculante: “*a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*” A amplitude do enunciado obrigou o STF a interpretar sua abrangência, na Rcl nº 6650, para excetuar do seu programa normativo os cargos políticos. Veja-se a ementa do julgado: “*Agravo regimental em medida cautelar em reclamação. Nomeação de irmão de governador de estado. Cargo de Secretário de Estado. Nepotismo. Súmula Vinculante nº 13. Inaplicabilidade ao caso. Cargo de natureza política. Agente político. Entendimento firmado no*

de uma norma com textura mais aberta é o de que, ao invés de pacificar a interpretação da norma jurídica subjacente, a SV criará nova norma que dará ensejo a muitas novas interpretações.⁵¹⁵

A opção por uma ou outra forma depende do caso concreto. Nesse sentido, a escolha por um ou outro estilo de redação está diretamente associada à forma como o Supremo vê a sua função jurisdicional.⁵¹⁶ Caberá ao STF decidir como redigir os enunciados. De qualquer modo, é importante que os ministros não percam de vista que, em certos casos, pode ser recomendável a edição de um texto específico, que não dê margem a interpretações dúbias, e, em outros, ao contrário, pode ser mais interessante a adoção de uma linguagem aberta, que permita o enquadramento de questões não expressamente previstas. Em linha de princípio, os enunciados devem ser editados como regras.

g) Compatibilidade entre os institutos da repercussão geral e das Súmulas Vinculantes

juízo do Recurso Extraordinário 579.951/RN. (...). 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. (...) (STF, Rel 6650 MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. em 16/10/2008, DJe-222 de 21-11-2008).

⁵¹⁵ O Ministro Victor Nunes Leal era de opinião de que as Súmulas não deviam dar margem a interpretações que exigissem esclarecimentos quanto ao seu correto significado, na medida em que, ela própria já é o resultado de um processo interpretativo. Por isso, para ele, os enunciados deveriam ser escritos com clareza de forma a expressar o entendimento prevalecente no Tribunal. Veja-se: “46. *Cuidando da Súmula como método de trabalho - (...) -, é oportuno mencionar que estes não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal. 47. Deve, pois, a Súmula ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.*” LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro na súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, v.145, p. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf. Acesso em 15.05.2014.

⁵¹⁶ Na análise da PSV nº 85, que confere natureza alimentar aos honorários de sucumbência, aprovada pelo Plenário no dia 27.05.2015, o Ministro Marco Aurélio sugeriu a exclusão do enunciado de referências a dispositivos constitucionais e legais, ao argumento “*de que o Supremo não deve lançar verbetes em suas súmulas, mas apenas o entendimento firmado por seus integrantes*”. Cf. RODAS, Sérgio. *Prioridade no recebimento: Nova Súmula Vinculante confere natureza alimentar a honorários de sucumbência*. In: CONJUR. Publicado em 27.05.2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015mai27/Stfconferenaturezaalimentarhonorariossucumbenciasumula>. Acesso em 28.05.2015.

O *caput* do art. 103-A da CRFB causa certa perplexidade a respeito da compatibilidade da repercussão geral e das Súmulas Vinculantes. De acordo com o dispositivo, como se viu, o STF poderá editar SV “*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, (...)*”. A perplexidade aventada decorre da seguinte questão: se as SVs só podem ser editadas após reiterados julgados e a repercussão geral foi criada justamente para evitar que o STF se pronuncie, inúmeras vezes, sobre uma mesma matéria, quando, então, será possível editar aqueles enunciados vinculantes? Em outras palavras: é possível, de alguma forma, harmonizar as exigências e finalidades desses dois institutos?

Em nossa visão, com todo o respeito, não faz sentido – e a rigor sequer deveria ser possível – editar SV a partir do julgamento de reiterados RE, após o advento da sistemática da repercussão geral. Na verdade, a leitura que nos parece mais correta é a de que as Súmulas Vinculantes se prestam à objetivização do controle incidental de constitucionalidade exercido pelo STF no âmbito de *outras* classes processuais como, por exemplo, em mandados de segurança ou *habeas corpus*, bem como para converter as súmulas convencionais em SV, sem que, para isso se faça necessária a exigência de uma controvérsia atual.⁵¹⁷

Nada obstante isso, o STF reconhece e admite a edição de SV a partir do julgamento de REs com repercussão geral reconhecida,⁵¹⁸ aceitando, desse modo, a sobreposição entre os institutos destinados à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.⁵¹⁹

⁵¹⁷ O art. 8º da EC nº 45/2004 expressamente autorizou o constituinte derivado a converter as súmulas convencionais em SV.

⁵¹⁸ Em fevereiro de 2011, foi julgado pelo plenário do STF, o RE nº 588.149, de São Paulo, em que havia sido reconhecida Repercussão Geral. Na ocasião, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade de previsão legal de cobrança de ICMS sobre as operações de vendas, por seguradoras, de veículos envolvidos em sinistros. O julgamento foi proferido por sete votos a três. A despeito disso, ao final do julgamento, o então Presidente do STF, Min. Cezar Peluso, propôs a aprovação de Súmula Vinculante sobre o tema, o que foi aprovada por unanimidade. Na ocasião, foi aprovada súmula sem a observância do procedimento estabelecido na Resolução do STF. Só depois, por meio da ER nº 46/2011 passou-se a admitir, expressamente, a possibilidade de deliberação imediata sobre súmula, independentemente da análise do presidente ou da Comissão de Jurisprudência, em caso de reconhecimento de Repercussão Geral. Neste caso, a proposta pode ser apresentada diretamente ao plenário. Tal prática já havia sido adotada algumas vezes pelos Ministros, como reconheceu o Min. Ricardo Lewandowski no momento da deliberação para aprovação da Súmula Vinculante nº 11: “(...) *reconhecidamente o Supremo Tribunal Federal adotou uma praxe salutar e logo após votada a repercussão geral nós elaborarmos uma súmula vinculante. Isso tem desatracado os nossos trabalhos, tem esclarecido os jurisdicionados. Parece-me uma prática que, data venia, deve ser mantida. Vencedores ou vencidos, temos que nos conformar com a maioria formada no Plenário.*” O Min. Eros Grau, no entanto, foi contrário a essa postura, ressaltando a necessidade de reiteradas decisões para que uma súmula fosse aprovada: “*Hoje fico muito preocupado com o fato de da repercussão geral chegarmos diretamente à súmula. Porque há casos e casos. E hoje julgamos uma porção de recursos extraordinários, entre os quais seguramente há casos inteiramente distintos um do outro. Só queria anotar essa minha preocupação.*”

⁵¹⁹ A ER nº 46, de 6.07.2011, introduziu no RISTF expressamente essa possibilidade no art. 354-E, a teor do qual “[a] proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá versar sobre questão com

h) Remédio contra o descumprimento deSVs: reclamação

Uma novidade significativa, que interfere diretamente com o funcionamento do STF, diz respeito ao cabimento de reclamação para a preservação do entendimento sumulado da Corte. Até o advento da EC nº 45/2004, a reclamação só era cabível contra *decisões judiciais*. Com a edição da referida emenda, no entanto, essa ação constitucional passou a ser cabível também contra ato administrativo omissivo ou comissivo que viola o enunciado da SV.

É digno de nota, ainda, o fato de que, embora o art. 103-A, §3º, da Constituição não exija o esgotamento das instâncias administrativas, a lei condicionou a formulação desse pedido ao esgotamento das vias administrativas. É o que se infere da leitura do art. 7º, §1º.⁵²⁰ Tal dispositivo foi, evidentemente, editado com o propósito de evitar uma inundação de reclamações constitucionais. Nesse sentido, *em princípio*, o §1º do art. 7º da Lei nº 11.417/2006 é fruto de uma ponderação legislativa razoável, entre a possibilidade de correção do erro interpretativo pela própria Administração Pública, no exercício de sua autotutela, e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), por meio do imediato acesso à mais alta Corte do País.

No entanto, tal exigência deve ser lida à luz da Constituição. A restrição de acesso imediato ao STF só será legítima se, na esfera administrativa, couber recurso com efeito suspensivo, como, aliás, exige a Lei do Mandado de Segurança (art. 5º, I, da Lei nº 12.016/2009). Em casos que tais, se for possível corrigir o desvio na esfera administrativa, sem causar qualquer dano à parte, será constitucional impedir o imediato acesso ao STF. Caso, entretanto, a decisão seja suscetível de causar lesão à parte em razão do descumprimento do

repercussão geral reconhecida, caso em que poderá ser apresentada por qualquer Ministro logo após o julgamento de mérito do processo, para deliberação imediata do Tribunal Pleno na mesma sessão.”

⁵²⁰ “Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”

enunciado da SV, o acesso ao STF deve ser franqueado sem que o dispositivo represente óbice legítimo à admissibilidade da ação constitucional.

i) Consequências do descumprimento das Súmulas Vinculantes

O legislador ordinário foi intolerante com a perpetuação do erro e com o descumprimento flagrante e reiterado das decisões do STF, ao introduzir, na Lei nº 9.784/99 – que versa sobre o processo administrativo no âmbito federal e, nesse específico ponto, é aplicável também às autoridades estaduais e municipais – o art. 64-B, a teor do qual:

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

A lei prevê a responsabilização pessoal, nas esferas cível, administrativa e penal, da autoridade que, após a procedência da reclamação, insistir em descumprir o enunciado vinculante. Trata-se de medida importante para dar eficácia plena ao instituto, que cria incentivos para que os administradores obedeçam as decisões do STF, independentemente de reclamação.

A legislação, contudo, é omissa no que tange à responsabilidade dos magistrados pelo descumprimento de enunciados vinculantes. E a doutrina diverge sobre essa possibilidade. Patrícia Perrone, por exemplo, é contrária a qualquer tipo de punição de juízes e tribunais por conta do descumprimento de orientação firmada pelo STF. Segundo ela,

não dá para punir o juiz porque ele teve uma interpretação diversa da dominante ou porque entendeu que, no caso específico, a súmula não se aplicava. Não é essa a ideia do sistema de precedentes vinculantes. (...) quando o juiz vai discordar de um entendimento pacificado, eu entendo que ele tem o ônus de demonstrar por que está afastando a Súmula.⁵²¹

Nossa compreensão é relativamente diversa. Para nós, o problema deve ser analisado em termos mais profundos. É que o descumprimento de um precedente gera inúmeras

⁵²¹ ITO, Marina. *Entrevista: Patrícia Perrone Campos Mello, advogada*. In: Consultor Jurídico. Publicado em 07.09.2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar. Acesso em 08.06.2012.

consequências, que devem ser levadas em consideração. Em *primeiro lugar*, representa uma injustificável quebra de isonomia, pois coloca pessoas em situações idênticas submetidas a regramentos distintos. Em *segundo lugar*, produz situação de clara ineficiência, pois gera trabalho e despesas de recursos públicos tanto dos juízes de primeira instância quanto do STF, sobrecarregando a Suprema Corte desnecessariamente. Em *terceiro lugar*, porque cria uma situação de clara esquizofrenia jurídica, obrigando a parte a ter que recorrer àquele Tribunal para ver observada uma decisão que deveria ser cumprida. *Por fim*, demonstra insubordinação ao entendimento da instância máxima do Poder Judiciário. Nada disso pode ou deve ser desconsiderado.

Não se quer, com isso, sustentar que os juízes e tribunais devam ser punidos única e exclusivamente por manifestarem entendimentos divergentes daquele adotado pelo STF. Mas há um limite de razoabilidade para a divergência, em benefício do adequado funcionamento do STF e do Poder Judiciário como um todo. A autonomia e independência do Judiciário não podem ser confundidas com rebeldia e discricionariedade. Pensamos, nessa linha de raciocínio, que é dever dos magistrados que tiverem conhecimento do descumprimento, voluntário ou involuntário, de enunciado normativo, dar conhecimento do fato à Corregedoria, ao Presidente do Tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme o caso, para que esses órgãos, no exercício de suas competências disciplinares e correcionais instaurem processo para apurar as razões para o descumprimento da SVE puna, se for o caso, respeitando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o magistrado que houver desrespeitado os efeitos vinculantes, deliberadamente, sem justo motivo ou fundamentação adequada.

Evidentemente, não é qualquer descumprimento de enunciado de Súmula Vinculante que deve ensejar a punição de magistrados. É necessário que, tal como se exige para punição de autoridades administrativas, o órgão julgador tenha sido cientificado de decisão que cassou sua manifestação contrária à SV e insista, em casos semelhantes, em adotar o mesmo entendimento, em prejuízo da unidade do Direito e em grave violação à estrutura hierárquica do Poder Judiciário. Tudo, é claro, com a máxima cautela, para que não se esvazie a independência necessária ao exercício da magistratura.

j) Efeitos concretos das Súmulas Vinculantes. Necessidade de estudos empíricos

Ainda não existem estudos empíricos sobre os efeitos das SVs sobre o número de recursos e o tempo de duração dos processos. É importante que se investigue, sobretudo na jurisprudência dos Tribunais inferiores, se tais enunciados têm sido aplicadas para abreviar a tramitação de processos idênticos. Há, ainda, de se indagar se as súmulas efetivamente reduziram o número de casos julgados pelo STF. Por outro lado, é importante investigar e acompanhar de perto, as reclamações propostas sob a alegação de violação a enunciados vinculantes. É que, conforme bem observado por Patricia Perrone “*o excesso de reclamação só vai acontecer se houver uma resistência muito grande dos juízes em acatar o entendimento do STF.*”⁵²² O número de decisões de procedência em reclamações é um fator que demonstra a observância (ou a falta de obediência) dos juízes e tribunais inferiores aos precedentes da Suprema Corte. Essas são questões relevantes, que demandam estudo próprio aprofundado.

9.3. O funcionamento e o processo de deliberação do STF na vigência da Constituição de 1988

As reformas constitucionais e legais implementadas a partir da década de 1990 valorizaram os precedentes e produziram alguns resultados importantes para o STF. A introdução de filtros, a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às ações de controle abstrato de constitucionalidade, a ampliação dos poderes dos magistrados para a prolação de decisões monocráticas, a criação da repercussão geral e das SV, tudo isso permitiu que houvesse uma significativa redução do número de processos na Corte. Tais medidas, no entanto, não foram suficientes para aliviar a carga de trabalho. Se, por um lado, houve diminuição do número de recursos daquelas classes, por outro, o STF sentiu um aumento expressivo do número de reclamações e de *habeas corpus*.⁵²³

⁵²² ITO, Marina. *Entrevista: Patrícia Perrone Campos Mello, advogado*. In: Consultor Jurídico. Publicado em 07.09.2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar. Acesso em 08.06.2012.

⁵²³ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 02/06/2012. Vejam-se, também, as estatísticas disponíveis na página do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica>). Acesso em 08/02/2013.

Essas iniciativas também não reduziram o atraso e a demora nos julgamentos colegiados. A pauta do STF está sobrecarregada. Logo que o Ministro Ricardo Lewandowski assumiu a Presidência do Tribunal, a imprensa circulou notícia de que havia mais de 600 processos pautados,⁵²⁴ isto é, liberados por seus relatores para julgamento, aguardando uma brecha para a inclusão em uma das sessões do Plenário.⁵²⁵ Há processos na fila há anos.⁵²⁶ A demora no julgamento de questões constitucionais é extremamente preocupante e compromete o ordenamento jurídico e o Estado de Direito. Além disso, gera o risco de consolidação de situações inconstitucionais, o que pode abalar a força normativa da Constituição e a credibilidade dos poderes instituídos.

A redução do número de processos verificada em razão das reformas, sobretudo após o advento da EC nº 45/2004, evidencia que a crise tem, de fato, componentes externos. Nada obstante isso, os resultados mais modestos do que eram esperados demonstram, igualmente, que o problema tem raízes internas que se relacionam ao funcionamento e à forma de deliberação do próprio Tribunal. O objetivo deste tópico é demonstrar isso.

9.3.1. Crescimento do número de processos

Nos últimos 30 anos, o número de ações no STF aumentou exponencialmente. Em 1985,

⁵²⁴ “Julgamento de processos com repercussão geral é desafio para Lewandowski.” Publicado em 15.08.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/processos-repercussao-geral-sao-desafio-lewandowski>. Acesso em 15/08/2014.

⁵²⁵ Esse cenário se agravou muito nos últimos anos, sobretudo em razão do julgamento da AP nº 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa (caso Mensalão), que tomou a atenção dos Ministros por incontáveis sessões plenárias ao longo do ano de 2012 e parte de 2013, atrasando e, em alguns casos, impedindo o julgamento de inúmeras outras questões. O caso, de enorme vulto e repercussão, chamava a atenção de toda a opinião pública e inegavelmente estava entre os mais urgentes a serem julgados pelo Tribunal (nos termos regimentais, como se verá adiante, as causas criminais estão em quarto lugar na ordem das classes prioritárias de acordo com o RISTF atual). Nada obstante isso, não há como negar que ela praticamente gerou a paralisação das atividades do Tribunal e da apreciação colegiada de outras questões surgidas nesse período.

⁵²⁶ O caso mais antigo – e emblemático – aguardando julgamento da Corte é a Ação Originária nº 158, de 1969, de relatoria da Min. Rosa Weber. No entanto, há 6 processos com mais de 30 anos e cerca de 150 que já estão há períodos que variam entre 20 e 29 anos aguardando julgamento da Corte. Cf. “Estoque antigo: 700 processos do século passado ainda aguardam julgamento no STF”. Publicado em 03.01.2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-03/700-processos-seculo-passado-ainda-aguardam-julgamento-stf>. Acesso em 01/02/2015.

ano que marca o fim da ditadura militar, o número de processos protocolados no Tribunal foi de 18.206, já o número de julgamentos foi de 17.798. Com a promulgação da Constituição de 1988, a situação se intensificou. Antes da EC nº45/2004, a Corte alcançou, em 2007, a incrível marca de 119.314 processos protocolados e 159.522 julgamentos. Como, se pode concluir, o entupimento dos canais de acesso ao Tribunal alcançou números impressionantes, mesmo levando em conta seu passado marcado por números elevados. Após a EC nº 45/04, houve uma redução, ainda insuficiente, nos assustadores números relacionados às atividades da Corte. Em 2014, o número de processos protocolados foi de 79.943 acompanhados de 92.722 julgamentos monocráticos e de 15.242 julgamentos colegiados.⁵²⁷

No que concerne ao número total de processos que chegaram ao Tribunal, é interessante adotar a divisão feita pela pesquisa da FGV intitulada “O Supremo em Números”, que considera o STF, em função de suas vastas competências, uma corte múltipla, dentro da qual residiriam uma Corte Constitucional, uma Corte com competências para julgar processos ordinários e, por fim, uma Corte Recursal. A pesquisa concentra-se no período entre 1988 e 2009, revelando que, em sua competência constitucional, o Tribunal recebeu 6.199 processos. Já em suas matérias de sua competência ordinária foram 95.306. Por fim, em sua competência recursal, o impressionante número de 1.120.597 processos – número que representa, segundo aquele relatório, mais de 90% dos processos encaminhados à Corte.⁵²⁸

Desse modo, o que se percebe é que a Constituição de 1988, associada à prática do Supremo Tribunal no período democrático, aumentou exponencialmente os números do Tribunal, gerando uma Corte ainda mais atarefada e, portanto, incapaz de realizar as expectativas que lhe foram direcionadas.

9.3.2. Organização interna

Embora a Constituição de 1988 já se aproxime dos seus 30 anos, o STF não editou novo

⁵²⁷ Esses dados podem ser encontrados no próprio site do STF, na parte referente às estatísticas do Tribunal. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em 03/03/2015.

⁵²⁸ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 02/06/2012.

regimento interno para adaptar-se às novas e importantes atribuições que lhe foram conferidas pelo constituinte. O Regimento Interno atualmente em vigor continua a ser aquele aprovado em 15.10.1980. É verdade que, desde sua edição, aquele diploma já sofreu inúmeras reformas – para ser mais preciso, 49 ER. No entanto, isso não significa que ele tenha sido adequadamente alterado e adaptado.

É, de certa forma, lamentável observar que nenhuma ER foi aprovada especificamente para adequar o RISTF/1980 à Constituição de 1988. A primeira Emenda Regimental aprovada após a promulgação da CRFB – ER nº 3, de 18.04.1989 –, por exemplo, limitou-se a estabelecer que “[o]s Recursos Extraordinários e os Agravos de Instrumento processados nos mesmos autos de Arguições de Relevância, não apreciadas até 7 de abril de 1989, terão como Relator, independentemente de nova distribuição, o das respectivas Arguições.” (art. 1º). Não dispôs sobre nada além disso. E a leitura das outras ERs que se seguiram corrobora essa afirmação. No geral, elas se restringiram, com raríssimas exceções, a realizar alterações pontuais, mais voltadas à ampliação dos poderes do Presidente e dos relatores, do que à conformação do texto regimental à nova ordem jurídica. Por isso, ainda se encontram no RISTF a disciplina de institutos que já não integram a ordem jurídica. Alguns exemplos ajudam a demonstrar o ponto.

O art. 5º do RISTF, v.g., continua a atribuir ao plenário a competência para processar e julgar, originariamente, “a declaração de suspensão de direitos prevista no art. 154 da Constituição” (inciso VI); “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;” (inciso VII); e “o pedido de avocação e as causas avocadas a que se refere o art. 119, I, o, da Constituição.” (inciso IX). A Constituição de 1988, contudo, não contemplou os institutos da suspensão de direitos e da avocatória. Por outro lado, embora tenha ampliado o controle de constitucionalidade concentrado, a Carta atual, como se sabe, alterou a denominação da ação, que deixou de se chamar “representação por inconstitucionalidade”, e não admitiu o cabimento da nova ação para mera interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, medida essa que, como visto, havia sido introduzida na Constituição de 1969 pela EC nº 7/1977.

Há, além disso, um capítulo inteiro dedicado à homologação de sentença estrangeira (Título VIII – Dos Processos Oriundos de Estados Estrangeiros, Capítulo II, arts. 215 a 224), apesar dessa competência ter sido transferida, pela EC nº 45/2004, ao STJ. E outros dois capítulos voltados a especificar o processamento da avocatória (Título IX – Das Ações Originárias, Capítulo III, arts. 252 a 258) e da suspensão de direitos (Título IX – Das Ações Originárias, Capítulo VII, art. 276), que, repita-se, não foram recepcionados pela Constituição

de 1988.

Como se vê, o RISTF mantém, ainda hoje, passados quase 30 anos da promulgação da Constituição, e a despeito de toda a evolução jurídica verificada nesse período, um texto desatualizado, preso ao passado. Um texto que é, em muitos aspectos, inclusive, incoerente e incompatível com a ordem constitucional em vigor e com as demandas trazidas pelo alargado acesso à justiça. A despeito disso, o STF não se preocupou – e parece não estar preocupado – em corrigir esse equívoco. Na verdade, a forma que o STF encontrou para dar alguma coerência e norte para a compreensão de quem precisa consultá-lo – se é que isso é possível – foi fazer inúmeras remissões aos dispositivos atuais da Constituição e das leis ordinárias atualmente em vigor. Isso, a nosso sentir, não basta nem justifica que se dê ao RISTF atual uma indevida sobrevida. O STF precisa de um novo regimento interno que esteja à altura dos desafios diários e antenado à realidade jurídica brasileira atual.⁵²⁹

A falta de preocupação do STF em adequar seu regimento interno à realidade constitucional atual demonstra o descuido dos ministros da Corte – em suas diversas composições pós-Constituição de 1988 – pelas normas regimentais do Tribunal. É como se os ministros dissessem que não há nada sobre o que dispor que já não tenha sido definido pela Constituição e pelas leis ordinárias aprovadas após 1988. A realidade, porém, é bem diversa. Há, como se verá adiante, inúmeras questões que deveriam ser disciplinadas pelo próprio Tribunal, para melhorar e otimizar o seu funcionamento e, sobretudo, seu processo de deliberação.

O desapareço pelo RISTF é tão nítido que os ministros não sentem qualquer constrangimento em desrespeitar e descumprir normas regimentais expressas, que foram recepcionadas pela ordem Constitucional de 1988. Dois exemplos ilustram o que se está a afirmar. Em benefício da ordem dos trabalhos, o art. 133 do RISTF só autoriza que cada ministro fale duas vezes sobre o assunto e uma terceira, se necessário, para explicar eventual modificação de seu voto. Em qualquer caso, nenhum deles deverá interromper quem estiver usando da palavra, ou poderá falar sem autorização do Presidente. Quem acompanha as sessões do STF, no entanto, sabe que essa norma não passa de mera ficção jurídica. Embora os ministros se tratem, via de regra, com respeito e consideração, e sigam a ordem de votação

⁵²⁹O RISTF poderia, nesse sentido, ser bastante simplificado, na medida em que suas normas devem obediência às leis processuais em vigor. Assim, por exemplo, faz-se desnecessário dispositivo como o art. 260, que determina que o relator fixe o prazo para a contestação da ação rescisória. Tal prazo já se encontra estabelecido em lei e a manutenção no RISTF desse tipo de disposição só causa confusão para advogados e partes.

regimentalmente estabelecida, não é incomum a interrupção do raciocínio de quem está com a palavra, a realização de apartes sem autorização, bem como o uso da palavra por quantas vezes o ministro quiser, sem qualquer constrangimento. Isso causa desordem e compromete a funcionalidade e o processo de deliberação do Tribunal.

Não se quer, com essa afirmação, defender uma interpretação rigorosa e absolutista da regra regimental. É claro que há situações em que a complexidade da matéria em votação enseja inúmeras intervenções, até para que seja possível esclarecer algum ponto. No entanto, na generalidade dos casos, é importante que o debate, a discussão e a deliberação sejam minimamente regrados, a fim de (tentar) alcançar-se algum tipo de consenso. O que não faz sentido, com as devidas vênias, é a abertura de um debate sem qualquer ordem, em que cada um fala quando quer e quantas vezes quer. Não estamos, aqui, defendendo a regra. Ela existe, estava prevista em todos os regimentos internos anteriores, e não nos parece inconstitucional *prima facie*. Assim, se os ministros a julgarem inadequada, é importante que a alterem. Mas que a alterem de forma consciente, substituindo-a por outra, que seja mais adequada a reger o processo de deliberação atualmente adotado e à dinâmica do colegiado. Não se pode é simplesmente ignorá-la.

Outro exemplo eloquente de descumprimento, reiterado e sistemático, do RISTF envolve os pedidos de vista. Segundo o art. 134 do RISTF, “[s]e algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.” Tal dispositivo foi regulamentado pela Resolução STF nº 278, de 15.12.2003. De acordo com a referida resolução, o ministro que formular pedido de vista deverá devolvê-lo em até 10 dias. Após a devolução, o julgamento do processo deverá prosseguir na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação de nova pauta. A resolução diz, ainda, que o prazo da vista pode ser prorrogado, uma única vez, automaticamente. Assim, decorridos 20 dias, o Presidente deverá comunicar o atraso ao ministro e adotar as providências para dar seguimento ao julgamento. No entanto, como enfatizam Diego Arguelhes e Ivar Hartmann a partir dos dados reunidos no “III Relatório da pesquisa Supremo em Números: Supremo e o Tempo” produzido pela FGV/Direito Rio,⁵³⁰ embora o número de pedidos de vista seja relativamente pequeno – 2,2% dos processos julgados nas Turmas ou no Plenário – dentro desse universo,

⁵³⁰ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

(...) a violação ao Regimento Interno é a regra, e não a exceção. Apenas um em cada cinco pedidos de vista são devolvidos no prazo regimental. Na verdade, o prazo regimental parece fazer sentido para alguns processos, mas não para a maioria deles. Enquanto as vistas tempestivas têm média de 15 dias, as demais alcançam 44 dias. Essa notável diferença aponta para a existência de pelo menos dois tipos muito distintos de vista: ou respeita-se o prazo para devolução tipicamente com alguma folga, ou a vista excederá em muito o prazo. O contraste só aumenta se considerarmos que a duração média dos pedidos de vista que ainda estavam em aberto em dezembro de 2013 era de 1095 dias.⁵³¹

O desrespeito ao prazo para a devolução da vista evidencia que alguns ministros podem estar se valendo desse instrumento com propósitos *estratégicos*, para evitar a conclusão de um julgamento em sentido contrário à sua posição – como forma de obstruir a conclusão de um julgamento⁵³² - ou para amadurecimento de um debate polêmico no seio da sociedade. Pedidos de vista não pode ser utilizado como obstrução; não podem se tornar “perdidos de vista”. Seja qual for o caso, o pedido de vista parece ter se desvirtuado, ou simplesmente mudou de significado. Deixou de ser um instrumento para a reflexão pessoal do ministro que ainda não formou uma convicção e passou a ser usado, em muitos casos, para retardar a decisão de processos polêmicos.

9.3.3. Administração do STF

Atualmente, o Presidente do STF é eleito em votação secreta, para um mandato de dois anos, vedada a reeleição para o período imediato (art. 12). Os ministros, no entanto, seguem uma norma convencional, não escrita, de rotatividade na Presidência do Tribunal. Pelo costume estabelecido entre eles, que é seguido há anos, a eleição deve observar a ordem de antiguidade do tribunal, do mais velho para os mais novos.⁵³³

Assim, por exemplo, o ministro que tiver ingressado no Tribunal imediatamente após o atual presidente será eleito para o mandato subsequente. O Presidente Lewandowski (nomeado

⁵³¹ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. *A irrelevância do Regimento Interno do STF*. In: JOTA. Publicado em 09.10.2014. Disponível em <http://jota.info/j9zbn>. Acesso em 09.10.2014.

⁵³² A ideia de que o voto-vista vem sendo utilizada como forma de obstrução do julgamento deve ser atribuída a Gustavo Binenbojm.

⁵³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 899.

em 16.03.2006) será, portanto, sucedido pela Ministra Carmen Lúcia, atual Vice-Presidente, nomeada em 21.06.2006. Já se sabe, também, que, por ocasião da eleição da Ministra Cármen Lúcia para a Presidência do STF, será eleito Vice-Presidente o Ministro Dias Toffoli, nomeado em 23.10.2009.

A Presidência das Turmas, por sua vez, é exercida, de acordo com o art. 4º do RISTF, com a redação que lhe foi dada pela ER nº 25, de 26.06.2008, pelo ministro mais antigo dentre seus membros, para um mandato de um ano, sendo vedada a recondução até que todos os integrantes da Turma tenham exercido ao menos uma vez a Presidência. Não há Vice-Presidência nas Turmas. Nos termos do §7º do art. 4º do RISTF, “[o] *Presidente da Turma é substituído, nas suas ausências ou impedimentos eventuais ou temporários, pelo Ministro mais antigo dentre os membros que a compõem.*” Antes da promulgação da ER nº 25/2008, que determinou a rotatividade dos ministros nos órgãos fracionários, a Presidência da Turma era exercida pelo ministro mais antigo, dentre seus integrantes. O cargo era vitalício e, por isso, o dispositivo não estipulava qualquer prazo para o mandato.

9.3.4. Poderes do Presidente

O cargo de Presidente do STF é, hoje, por inúmeras razões, extremamente importante e estratégico. Na atualidade, mais do que em qualquer outra época durante o período republicano, o Presidente do STF goza de poderes extensos. Essa afirmação não tem relação direta com o fato de o Presidente do STF ser o quarto na linha sucessória no País.

Além das funções administrativas, o Presidente do STF tem funções importantíssimas na definição da agenda de trabalho da Corte. Com efeito, o RISTF, em seu art. 13, III, dá ao Presidente o papel de dirigir os trabalhos da Corte e, portanto, de definir sua pauta de trabalho. É, assim, o Presidente quem define a ordem dos julgamentos. E numa realidade congestionada, escolher o que será julgado faz toda diferença.

Por fim, é importante ressaltar que o Presidente da Corte tem o poder de prolatar um voto de qualidade, o chamado voto de Minerva, da tragédia de Ésquilo. A ER nº 35, de 2.12.2009, alterou os arts. 13, 40 e 146, dispondo que a prolação de voto de qualidade pelo Presidente do STF se dá quando o RISTF não previr solução diversa e o empate decorrer de impedimento, suspeição, vaga ou licença médica superior a trinta dias. Além disso, o Presidente

tem a prerrogativa de convocar ministro licenciado para completar o quórum no plenário.

9.3.5. Divisão do STF em Turmas

Diferentemente de outros textos constitucionais, a Constituição de 1988 não estabeleceu como o STF deveria dividir-se ou organizar-se internamente. Não estipulou número de Turmas ou de julgadores por Turma. Tampouco dispôs sobre as matérias de competência do Plenário e das Turmas. Na verdade, a Carta atribuiu privativamente aos Tribunais a competência para *“eleger seus órgãos diretivos e 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;”* (art. 96, I, “a”), como parte da autonomia e independência asseguradas ao Poder Judiciário.

O RISTF atual, seguindo a orientação pretérita, mantém a existência de duas Turmas, compostas, cada qual, por cinco ministros (arts. 3º e 4º). O Presidente do Tribunal preside e participa das sessões plenárias, inclusive com direito a voto, mas não integra nenhuma das duas Turmas. Isso se dá para que possa desempenhar as demais atribuições que o cargo lhe impõe.

É importante salientar que a dinâmica de funcionamento das Turmas é sensivelmente diversa – e mais rápida – que a do Plenário. Isso se dá, em primeiro lugar, porque o Plenário delibera sobre questões mais importantes e complexas do que as Turmas, o que acaba exigindo a elaboração de votos mais longos e fundamentados. Em segundo lugar, porque, como é necessário colher o voto de onze ministros, é natural que os julgamentos do Plenário sejam mais demorados. Em terceiro lugar, porque as sessões do Plenário possuem muito mais visibilidade, sendo inclusive televisionadas, e atraem maior atenção da sociedade e criam incentivos para maiores cautelas dos ministros.

Colher o voto de cinco ministros de uma turma é muito mais rápido do que de onze. Sobretudo em um ambiente não televisionado onde os ministros se sentem menos impelidos a explicitar suas posições pessoais sobre os temas e podem, muitas vezes, se limitar a acompanhar o relator. Por isso, também, no âmbito das Turmas, os debates e as divergências – votos individuais, votos vencidos e pedidos de vista – tendem a ser menores. Com mais frequência que no Plenário, os ministros se permitem, nas Turmas, decidir o recurso por meio da leitura da ementa. Isso ocorre principalmente nos casos mais simples, naqueles que já possuem

jurisprudência pacificada, e em relação a alguns tipos de recursos específicos, como os embargos de declaração e agravos regimentais.

Por conta desses fatores, as Turmas têm melhores condições de julgar um maior número de casos do que o Plenário, como evidenciam as estatísticas disponibilizadas pelo próprio STF.⁵³⁴ Isso tem levado a uma paulatina ampliação das competências das Turmas em detrimento do Plenário.⁵³⁵ Recentemente, a ER nº 49, de 3.06.2014, transferiu para as Turmas a competência para o julgamento de ações referentes ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), além de um grupo de crimes comuns envolvendo agentes estatais, corroborando a tendência de dar maior feição de Corte Constitucional ao Plenário.

9.3.6. Monocratização das decisões

Desde meados da década de 1990 verifica-se uma tendência crescente à monocratização de decisões de órgãos que, tradicionalmente, deliberavam de forma preponderantemente colegiada. Essa tendência pode ser observada pelas inúmeras leis processuais aprovadas pelo Congresso Nacional, que conferiram aos magistrados poderes bastante abrangentes para decidir as causas individualmente. A autorização para decisões monocráticas é a forma que o legislador tem encontrado para dar celeridade aos julgamentos de questões mais simples, diante do expressivo aumento de demandas judiciais que sobrecarregam todas as instâncias do Poder Judiciário.

No âmbito do STF essas alterações legislativas se refletiram em inúmeras ER editadas

⁵³⁴ Vejam-se os dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica>. Acesso em 03/03/2015.

⁵³⁵ A ER nº 9, de 8.10.2001, alterou os arts. 6º, 9º, 10, 149, 161 e 162, transferindo, parcialmente, para as Turmas a competência para julgar as reclamações constitucionais. A ER nº 44, de 2.06.2011, alterou os arts. 5º, 21, 231, 232, 233, 234, 235, e acrescentou o art. 230-A, 230-B e 230-C, mudando a competência do Pleno, bem como os poderes do relator, em matéria de crimes de competência originária do STF. A ER nº 45, de 10.06.2011, alterou os arts. 5º, 6º e 9º do regimento interno, que versam sobre as competências do plenário. Por fim, a recente ER nº 49, de 3.06.2014, alterou os arts. 5º, 6º, 9º, 67, 135, 234 e 324, e acrescentou o inciso XI ao art. 5º, e as alíneas i, j e k ao art. 9º do regimento interno. Todas essas alterações visaram a transferência de competências do Plenário para as Turmas, com o intuito de liberar a pauta daquele colegiado.

para ampliar as competências do Presidente e dos ministros do STF,⁵³⁶ de forma a minimizar a sobrecarga e a demora no julgamento dos feitos. De fato, seria absolutamente impossível lidar com tantos processos se os ministros tivessem que submeter todas as suas decisões aos órgãos colegiados. Embora o crescimento do número de decisões monocráticas se imponha como uma necessidade para que os tribunais em geral – e o STF em particular – possam lidar com o elevado número de demandas, há uma certa relutância, no âmbito da doutrina, à monocratização das decisões judiciais de órgãos colegiados. Fala-se em violação ao princípio da colegialidade, que é corolário do devido processo legal.

Não discordamos da importância e da preferência por decisões colegiadas. Apenas não adotamos o entendimento de que é melhor uma decisão colegiada demorada do que uma monocrática célere. Em nossa visão, muitas vezes é melhor decidir monocraticamente do que aguardar, indefinidamente, por uma oportunidade para decidir o caso de forma colegiada. E isso mesmo quando estão em xeque questões constitucionais da mais alta relevância e transcendência.

9.3.7. Prazos

O RISTF estabeleceu alguns prazos para os ministros e para o julgamento⁵³⁷ das causas

⁵³⁶A ER nº 13, de 25.03.2004, acrescentou o parágrafo único ao art. 161, para permitir que o relator julgasse a reclamação monocraticamente, quando a matéria fosse objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. A ER nº 19, de 16.08.2006, atribuiu ao Presidente a competência para despachar, como relator, “até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como os recursos que, conforme jurisprudência do Tribunal, tenham por objeto matéria destituída de repercussão geral.” (art. 13, V, “c”). A ER nº 21, de 30.04.2007, alterou os arts. 13, 21, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328 e 329, e revogou o §5º do art. 321, permitindo ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência ou à Súmula do Tribunal. A ER nº 24, de 20.05.2008, voltou a alterar o art. 13, V, para ampliar os poderes do Presidente autorizando-o a negar seguimento monocraticamente a recursos e incidentes. A ER nº 28, de 18.02.2009, modificou o art. 205 para permitir que o relator julgue, inclusive monocraticamente, Mandado de Segurança, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. A ER nº 30, de 29.05.2009, deu nova redação ao art. 192, para permitir que o relator denegue ou conceda a ordem de *habeas corpus* desde logo, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. A ER nº 33, de 7.08.2009, introduziu dois incisos no art. 21 (que tratam da competência do relator) para determinar que ele aprecie pedidos de assistência judiciária, e possa praticar quaisquer atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no regimento. A ER nº 41, de 16.09.2010, alterou os arts. 13, 21, 324 e 341, ampliando as competências do Presidente e do Relator. A ER nº 42, de 2.12. 2010, no que interessa ao ponto, acrescentou o inciso V-A ao art. 21 para conferir ao relator poderes para decidir questões urgente no plantão judicial realizado nos sábados domingos e feriados.

⁵³⁷ No que se refere ao julgamento, o principal prazo está relacionado à deliberação sobre *habeas corpus*: “Art.

que lhes são submetidas. Tais prazos, no entanto, são sistematicamente descumpridos, sobretudo em razão da sobrecarga de trabalho. A regra geral encontra-se prevista no art. 111 do RISTF. A teor do referido dispositivo, salvo acúmulo de trabalho, os ministros devem proferir despachos e atos administrativos em 10 dias; devolver processos com visto em 20 dias, quando funcionarem como revisor; e em 30 dias quando forem relatores.⁵³⁸ Os ministros dispõem, ainda, conforme já esclarecido, de até 20 dias para analisar os autos, quando formularem pedido de vista (cf. art. 134).

Os gabinetes dos ministros devem, ainda, nos termos do art. 96, §2º, liberar os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo (comum) de 20 dias, contados da sessão de julgamento. Em seguida, os autos devem ser encaminhados pela secretaria ao relator, para elaboração do acórdão e da ementa, no prazo de 10 dias. (art. 96). O acórdão, por sua vez, deve, nos termos do art. 95, parágrafo único, do RISTF, ser publicado no prazo de 60 dias, da sessão de julgamento, salvo motivo justificado.

Para manifestação sobre a existência de repercussão geral, os ministros dispõem de 20 dias, os quais serão contados da disponibilização, no plenário virtual, da manifestação do relator (art. 324).

Os prazos para a apreciação de propostas de edição, revisão e cancelamento de SV são ainda mais exíguos. De acordo com o art. 354-A do RISTF, compete ao Presidente do STF, no prazo de 5 dias, analisar a adequação formal da proposta. Após a manifestação do PGR, o Presidente deverá submeter as manifestações e a proposta “*aos Ministros da Comissão de Jurisprudência, em meio eletrônico, para que se manifestem no prazo comum de quinze dias; decorrido o prazo, a proposta, com ou sem manifestação, será submetida, também por meio eletrônico, aos demais Ministros, pelo mesmo prazo comum.*” (art. 354-C). Nos termos do art. 354-D, decorridos esses prazos, a proposta deve ser incluída em pauta, para deliberação.

192. *Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.*

§ 1º *Não se verificando a hipótese do caput, instruído o processo e ouvido o Procurador-Geral em dois dias, o Relator apresentará o feito em mesa para julgamento na primeira sessão da Turma ou do Plenário, observando-se, quanto à votação, o disposto nos arts. 146, parágrafo único, e 150, § 3º. (...).*”

⁵³⁸ “Art. 111. Os prazos para os Ministros, salvo acúmulo de serviço, são os seguintes:

I – dez dias para atos administrativos e despachos em geral;

II – vinte dias para o visto do Revisor;

III – trinta dias para o visto do Relator.”

9.3.8. Prioridade de julgamento

A ordem de prioridade de julgamento do plenário foi estabelecida nos arts. 125, IV, e 145 do RISTF. A comparação com a ordem vigente no regimento anterior evidencia poucas alterações. Veja-se:

Ordem de Prioridade – Julgamento pelo Pleno

Prioridade	RISTF/1970	RISTF/1980
1º	as causas criminais, quando o réu estivesse preso;	os processos em mesa (art. 125, IV)
2º	os habeas corpus;	os habeas corpus;
3º	os pedidos de extradição;	os pedidos de extradição;
4º	os conflitos de jurisdição;	as causas criminais e, dentre estas, as de réu preso;
5º	os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral;	os conflitos de jurisdição;
6º	os mandados de segurança;	os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral;
7º	Reclamações	os mandados de segurança;
8º	-	as reclamações;
9º	-	as representações;
10º	-	os pedidos de advocação e as causas avocadas.

Nas Turmas, a ordem de prioridade foi também invertida em relação ao RISTF/1970. Na vigência daquele regimento, como se disse, deviam ser julgadas em primeiro lugar as causas criminais, quando o réu estivesse preso, e, na sequência os *habeas corpus*. O RISTF atual determina que sejam julgados, em primeiro lugar, os processos em mesa (art. 125, IV), seguindo-se os habeas corpus, as causas criminais e dentre essas as de réu preso, as reclamações (art. 149).

O RISTF atual determina, ainda, que “[o]s julgamentos a que o Regimento não der prioridade realizar-se-ão, sempre que possível, de conformidade com a ordem crescente de numeração dos feitos em cada classe.” (art. 128). E que, dentro da classe processual, terão preferência os julgamentos que já tiverem sido iniciados (art. 138). Por fim, cumpre mencionar que duas resoluções, uma de 2003 e outra de 2009, asseguraram prioridade para idosos e pessoas portadoras de doença grave, em observância à legislação em vigor.⁵³⁹ Não há, no

⁵³⁹Resolução STF nº 277, de 11.12.2003, posteriormente revogada pela Resolução STF nº 408, de 21.08.2009, que

entanto, dados que permitam aferir se essas prioridades vêm sendo observadas.

9.3.9. Sessões

De acordo com o art. 123 do RISTF, em sua redação original, “*as sessões ordinárias começarão às 13h30m e terminarão às 17h30m, com intervalo de trinta minutos, podendo ser prorrogadas sempre que o serviço exigir.*” A ER nº 7, de 6.04.1998, alterou o *caput* do referido dispositivo para estabelecer novo horário para as sessões ordinárias (início às 14h e término às 18h, com intervalo de 30 minutos).

As sessões ordinárias da Turma têm lugar às terças-feiras e ocorrem simultaneamente. As do Plenário têm lugar às quartas-feiras. Já as sessões extraordinárias tanto do Plenário quanto das Turmas têm, de acordo com o parágrafo único do art. 123, “*início à hora designada e serão encerradas quando cumprido o fim a que se destinem*”. No STF realizam-se, de longa data, sessões extraordinárias do Plenário às quintas-feiras, com início no mesmo horário das sessões ordinárias e com o mesmo prazo de duração (a partir das 14h e com duração de 4h). De tão comuns e constantes chega a ser difícil sustentar que, ainda hoje, são sessões extraordinárias.

Apesar de o horário de início da sessão estar previsto no RISTF (e na convocação extraordinária), via de regra, as sessões plenárias raramente têm início no horário aprazado. Os atrasos são constantes. O reinício das sessões, após o intervalo, também não era pontual. O intervalo nunca durava apenas 30 minutos, nem no Plenário nem nas Turmas. Era comum que se estendessem por até uma hora. Nesse tempo, além de lanchar, os ministros aproveitavam o intervalo para receber advogados e assessores, para audiências e despachos. Isso frequentemente acabava atrasando o reinício das sessões.

Recentemente, no entanto, diante do enorme número de feitos em pauta aguardando julgamento, o Presidente Lewandowski decidiu acabar com o intervalo na sessão plenária.⁵⁴⁰ Tratar-se-ia de iniciativa salutar para agilizar os trabalhos do STF, não fosse o fato

assegurou prioridade a idosos e pessoas portadoras de doenças graves.

⁵⁴⁰ Cf. BRÍGIDO, Carolina. *Supremo reduz tempo de sessões plenárias de julgamentos na Corte: Ministros concordaram em acabar com o intervalo e marcar as audiências para o fim da sessão*. In: “O Globo”. Publicado em 23.04.2015. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/supremo-reduz-tempo-de-sessoes-plenarias-de->

de que, de acordo com a notícia, o Tribunal resolveu terminar a sessão uma hora mais cedo. Em outras palavras, os ministros deliberaram, contra o regimento interno, iniciar as sessões às 14h e terminá-las às 17h.

9.3.10. Deliberação

O processo de deliberação adotado pelo STF é substancialmente diverso daquele adotado por outras Cortes Constitucionais e Tribunais Supremos. A começar pelo fato de que, no STF, todas as deliberações são realizadas em sessão pública, sem combinação prévia (expressa) de votos entre os ministros. Os julgadores têm ampla liberdade para analisarem o caso a partir dos fundamentos constitucionais que considerarem relevantes para o deslinde da controvérsia e, via de regra, sobretudo no Plenário, proferem votos *individuais*, ainda que concordem com o relator, em seus fundamentos ou apenas em suas conclusões. Não há, por outro lado, qualquer norma expressa ou tácita que constranja os ministros a votarem em bloco. Em outras palavras, os ministros podem divergir uns dos outros e geralmente o fazem, sem medo de expor as inconsistências ou incoerências de outros votos.

Nas turmas, observa-se maior tendência à formação (involuntária, é verdade) de opiniões da corte. De fato, nas Turmas é mais frequente que os ministros adiram ao voto do relator, mesmo quando, eventualmente, guardem ressalvas sobre um ou outro fundamento. A deliberação é mais ágil e são excepcionais as situações em que os ministros proferem votos individuais ou fazem juntar votos escritos para acompanhar a maioria. Pedidos de vista também são menos frequentes, embora ocorram.

9.3.10.1. As críticas atuais ao modelo de deliberação do STF

O modelo e a forma de deliberação adotados atualmente pelo STF têm suscitado críticas diversas. Tem-se apontado que, no plenário, os ministros STF (*i*) não realizam propriamente

 julgamentos-na-corte-15959189. Acesso em 03/05/2015.

uma deliberação; (ii) têm dificuldades de formar consensos sobre fundamentos; e (iii) proferem votos demasiadamente extensos, os quais são lidos em sessão, acarretando excessiva demora quando em julgamento casos mais emblemáticos ou complexos, e o atraso no julgamento de outros processos. Isso torna (iv) a pauta irreal; além de (v) dificultar a identificação das teses jurídicas. A sobrecarga da pauta do plenário acarreta um problema colateral importante, que envolve a não apreciação de liminares em ADI, gerando risco de consolidação de situações inconstitucionais. Vejamos essas questões em maiores detalhes.

9.3.10.1.1. Dificuldade de formação de consensos

O modelo de deliberação adotado pelo STF tem atraído, nos últimos anos, a atenção de estudiosos, por trazer dificuldades para a operacionalização de precedentes. Com efeito, em um ambiente em que há ampla liberdade para que os ministros votem, partindo cada qual de suas próprias premissas, torna-se extremamente difícil identificar que posição contou com a adesão da maioria. Pode até ser fácil identificar o resultado do julgamento, por meio da leitura do seu dispositivo. O problema, no entanto, reside na identificação dos fundamentos (a *ratio decidendi*) que levaram o tribunal a votar desse ou daquele jeito, de forma a tentar extrair uma racionalidade aplicável a outros casos semelhantes.

Em razão disso, alguns autores vêm defendendo alterações substanciais no modelo de deliberação atualmente adotado pela Suprema Corte brasileira.⁵⁴¹ Esses autores sustentam que a Corte deveria emitir uma decisão que não representasse exclusivamente o ponto de vista individual dos ministros, mas que contasse com o apoio da efetiva maioria dos julgadores. Oscar Vilhena Vieira posiciona-se nesse sentido:

Hoje o que temos é a somatória de onze votos (que em um grande número de casos já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante

⁵⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso. *Deciding without deliberating*. I-CON (2013, Vol. 11 No. 3, 557-584. Oxford University Press and New York University School of Law. 2013. Disponível em <http://icon.oxfordjournals.org>. Acesso em 26.09.2013; MENDES, Conrado Hübner. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão consultado em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Acesso em dia 04/06/2014; e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). “Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 483-502.

para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da *quaestio iuris* submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político. (...) Após tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja onze votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de padrões interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau.⁵⁴²

As críticas são, de fato, pertinentes. O processo de deliberação adotado atualmente pelo STF tem gerado, como já se disse, inúmeros e graves problemas, que precisam ser equacionados. A questão que se coloca é como fazer isso. Esses autores, embora apontem o problema, não indicam soluções. O propósito da terceira parte deste estudo é justamente apresentar propostas para enfrentar esse problema, que compromete a identificação e aplicação dos precedentes a casos semelhantes, colocando em xeque a integridade do Direito, a segurança jurídica e a isonomia.

9.3.10.1.2. Votos extensos

Na atual quadra, o que se tem visto é que, nos casos de grande repercussão (que são a cada dia mais numerosos em razão da crescente judicialização da política), todos os ministros têm elaborado votos individuais, a partir das premissas que consideram relevantes para o julgamento do caso. E esses votos são apresentados aos seus pares em sessões desnecessariamente longas e estafantes.⁵⁴³ Disso resultam votos e acórdãos extensos

⁵⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). “Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 501/502.

⁵⁴³ Embora não encare a multiplicidade de votos como um problema, o professor Luís Roberto Barroso identifica que a leitura deles em sessão gera dificuldades para o adequado funcionamento do STF. Em razão disso, propõe solução que nos parece insatisfatória: a leitura em sessão de um resumo com os “melhores momentos” de cada voto. Veja-se o que defende o ilustre professor: “*A leitura de votos extremamente longos, ainda que possa trazer*

ecomplexos, em que não é fácil (para dizer o mínimo) extrair a tese jurídica endossada pelo Tribunal. A tabela a seguir ajuda a ilustrar o ponto.⁵⁴⁴

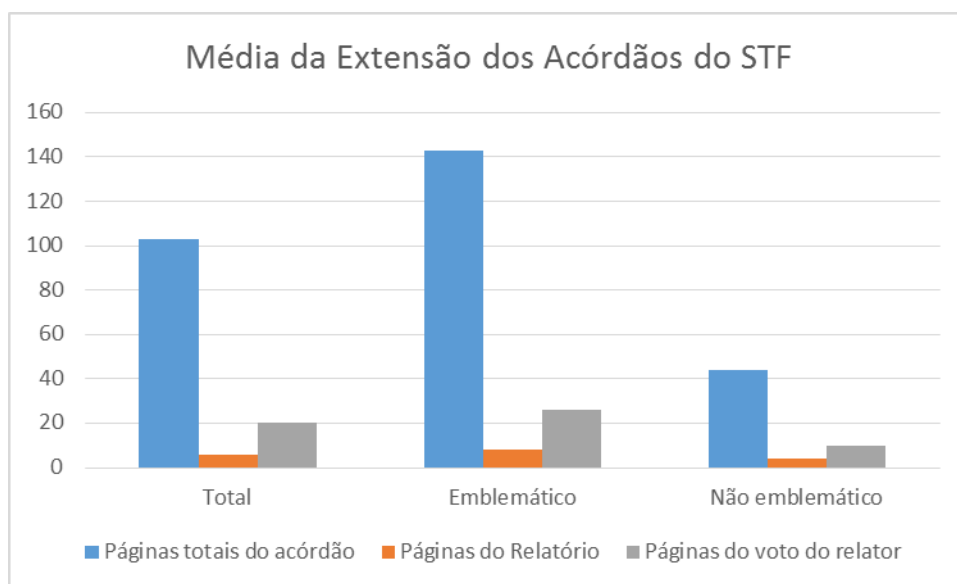
Ano	Classificação	Numeração	Caso	Relator	Total de páginas	Relatório	Voto do relator
2013	Emblemático	ADI 4.357	Inconstitucionalidade sistemática dos precatórios	Carlos Britto	326	17	33
2013	Emblemático	ADI 4.543	Inconstitucionalidade da reintrodução do voto impresso	Carmem Lucia	42	5	18
2013	Emblemático	AgRg e QO na AP 470	Cabimento dos embargos infringentes e execução imediata das condenações que se tornaram definitivas	Joaquim Barbosa	277	7	10
2013	Emblemático	AgRg no MS 31816	Controle jurisdicional do devido processo legislativo	Luiz Fux	98	5	15
2013	Emblemático	AgRg no MS 32.033	Controle jurisdicional do devido processo legislativo	Gilmar Mendes e Teori Zavascki	314	9	103
2013	Emblemático	AI 759.543	Controle jurisdicional sobre políticas Públicas complexas	Celso de Mello	31	1	26
2013	Emblemático	AP 565	Perda de mandato parlamentar em razão de condenação criminal transitada em julgado	Carmem Lucia	315	32	7
2013	Emblemático	ED na PET 3.388	Raposa Serra do Sol	Luís Roberto Barroso	93	18	39
2013	Emblemático	RE 440.028	Controle jurisdicional sobre políticas Públicas complexas	Marco Aurélio	17	2	7
2013	Emblemático	RE 626.489	Validade da instituição e incidência imediata de prazo decadencial razoável para a revisão de benefício previdenciário	Luís Roberto Barroso	41	5	15
2014	Emblemático	ACO 1680	Racionalização da jurisdição em geral, e do STF em particular	Teori Zavascki	67	2	13
2014	Emblemático	ADC 33	Inconstitucionalidade da alteração das bancadas estaduais por ato do TSE	Rosa Weber e Gilmar Mendes	90	1	31
2014	Emblemático	ADI 4947	Inconstitucionalidade da alteração das bancadas estaduais por ato do TSE	Rosa Weber e Gilmar Mendes	215	9	32
2014	Emblemático	ADI 5130	Inconstitucionalidade da alteração das bancadas estaduais por ato do TSE	Rosa Weber e Gilmar Mendes	225	1	31
2014	Emblemático	AO 1814	Racionalização da jurisdição em geral, e do STF em particular	Marco Aurélio	50	3	1
2014	Emblemático	ARE 709.212	Inconstitucionalidade do prazo de 30 anos para cobrança de valores	Gilmar Mendes	84	5	24

grande proveito intelectual para quem os ouve, torna os tribunais disfuncionais. (...) isso é especialmente verdadeiro em relação ao Supremo Tribunal Federal. (...) nas sessões plenárias, muitas vezes o dia de trabalho é inteiramente consumido com a leitura de um único voto. E a pauta se acumula. E o pior: (...) depois de certo tempo de exposição, os interlocutores perdem a capacidade de concentração e a leitura acaba sendo para si próprio. Não há problema em que a versão escrita do voto seja analítica. A complexidade das questões decididas pode exigir tal aprofundamento. Mas a leitura em sessão deveria resumir-se a vinte ou trinta minutos, com uma síntese dos principais argumentos. Ou, em linguagem futebolística, um compacto com os melhores momentos” (BARROSO, Luís Roberto. *A revolução da brevidade (sobre a necessidade de advogados, Ministros e operadores jurídicos em geral serem mais objetivos e menos prolixos)*. In: “Temas de Direito Constitucional”, Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 524.

⁵⁴⁴Os processos foram classificados como emblemáticos quando presentes na seleção anual preparada pelo Ministro Luis Roberto Barroso para o Conjur. A seleção conta também com decisões monocráticas. Nesse caso, utilizou-se os acórdãos posteriores, quando existentes. Quando não havia acórdão, ignorou-se a decisão. Os acórdãos de embargos de declaração não foram incluídos nessa análise. Os demais processos (classificados como não-emblemáticos) foram selecionados de forma randômica dentro dos informativos de jurisprudência produzidos pelo STF. Aberto um informativo de forma aleatória, foram selecionados processos de controle de constitucionalidade e de repercussão geral presentes naquele informativo. Para fins de representação, foi incluída uma ação de competência originária (Ação Penal). Não foram selecionados mais que dois processos por informativo.

			referentes ao FGTS, fixando-se o prazo de cinco anos					
2014	Emblemático	Rcl 4335	Discussão do papel do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade	Gilmar Mendes	197	8	51	
2014	Emblemático	RE 631.240	Racionalização da jurisdição em geral, e do STF em particular	Luís Roberto Barroso	91	6	22	
2013	Não emblemático	ADI 3.726		Joaquim Barbosa	16	3	4	
2013	Não emblemático	RE 215.811		Marco Aurélio	25	2	6	
2013	Não emblemático	RE 606.199		Teori Zavascki	43	3	4	
2013	Não emblemático	RE 648.629		Luiz Fux	51	2	3	
2013	Não emblemático	RE 728.188		Ricardo Lewandowski	56	2	10	
2014	Não emblemático	ADI 351		Marco Aurélio	9	2	2	
2014	Não emblemático	ADI 510		Carmem Lucia	20	4	9	
2014	Não emblemático	ADI 584		Dias Toffoli	13	4	6	
2014	Não emblemático	ADI 800		Teori Zavascki	18	4	13	
2014	Não emblemático	AP 465		Carmem Lucia	171	12	48	
2014	Não emblemático	RE 595.838		Dias Toffoli	44	3	9	
2014	Não emblemático	RE 573.232		Ricardo Lewandowski	70	4	12	
Média					Total	103	6	20
					Emblemático	143	8	26
Mediana					Não emblemático	44	4	10
					Total	68,5	4	14
					Emblemático	92	5	23
					Não emblemático	34	3	7.5

A partir dessa tabela, que é meramente exemplificativa, é possível elaborar o seguinte gráfico:



Como se vê, a média de páginas dos acórdãos emblemáticos é três vezes superior a de processos não emblemáticos. Parece clara, portanto, a necessidade de mudanças no processo de

tomada de decisão. Realmente, não é possível que se tenha um sistema funcional de precedentes sem que estes sejam redigidos em termos claros e objetivos. A revisão do procedimento de deliberação, além de necessária para racionalizar a tomada de decisão, se impõe por incidência do devido processo legal e da cláusula do Estado de Direito, dos quais decorrem deveres de deliberação, de formação de consenso, de clareza e de segurança jurídica.⁵⁴⁵

Realmente, não é possível que se tenha um sistema de valorização de precedentes sem que deles se possa extrair uma *ratio decidendi*. Só que, para que seja possível identificar as razões fundamentais de um julgado, faz-se necessário que os ministros falem a mesma língua, analisem as mesmas matérias, partam do mesmo ponto. Do contrário, não há como identificar um fundamento determinante adotado pela maioria. A questão que se coloca, novamente, é a mesma: como fazer com que os ministros votem sobre as mesmas matérias, partindo das mesmas premissas? É preciso alterar o modelo ou a forma de deliberação atualmente adotados? Como se verá na próxima parte, é preciso, sim, mudar o procedimento adotado pelo STF. Mas essa mudança não necessariamente precisa ser *radical*. Não precisamos mudar para um modelo de deliberação misto. Os ministros podem continuar votando em *seriatim*, desde que se façam algumas alterações que facilitem a discussão das teses jurídicas.

9.3.10.1.3. Sessão de leitura de votos e, conseqüente, demora no julgamento de casos emblemáticos

Na linha do que já foi argumentado anteriormente, as sessões acabam servindo para que os ministros leiam votos produzidos anteriormente, reduzindo quase a zero a margem de deliberação. Esse modelo enfadonho parece-nos incompatível com a literalidade do art. 133 do RISTF, que privilegia a exposição oral das razões de decidir. De acordo com o referido dispositivo:

Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos.

⁵⁴⁵ O respeito ao devido processo legal e ao Estado de Direito não impõe que todos os ministros tenham de se pronunciar, por escrito, em separado, a respeito da matéria objeto de deliberação.

Ainda que o art. 133 do RISTF não limite o tempo de manifestação dos ministros, o regramento prevê que cada um dos ministros poderá expor seu pensamento duas vezes e, mais uma vez, se houver modificação do voto. Nessa toada, aparentemente, o RISTF preve a realização de uma verdadeira deliberação, exigindo que os ministros tentem, de maneira razoável, compartilhar suas opiniões sobre o assunto em discussão, antes de prolatar seus votos. Contudo, o que se percebe no dia-a-dia do Tribunal, sobretudo, no Plenário, é exatamente o oposto disso. Em geral, os votos são levados por escrito e os ministros os leem algumas vezes em sua integralidade.

Tome-se como exemplo o julgamento da ADI nº 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia. Na sessão do dia em 10.06.2015, o Plenário do STF, por unanimidade, julgou procedente o pedido principal formulado pela Associação Nacional de Editores de Livros – ANEL para conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, no sentido de que a publicação de obras biográficas independe de autorização prévia do biografado e de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas), sejam elas pessoas públicas ou privadas. Embora o processo tenha sido, a rigor, o primeiro a ser julgado naquela sessão, como o voto da relatora continha mais de 120 páginas e todos os ministros presentes fizeram questão de ler, ainda que parcialmente, trechos dos seus respectivos votos, naquela assentada só foi possível julgar aquele feito. Essa não é uma situação excepcional.

A despeito da relevância do caso, deve-se perquirir se não há nenhuma outra forma de deliberação que o STF possa adotar para julgar litígios dessa magnitude e importância de forma mais célere. Seria o caso, por exemplo, de sugerir a fixação de um prazo regimental, semelhante aquele existe para as manifestações orais dos advogados, para que os ministros possam expor oralmente suas posições, objetivando tornar o trabalho da Corte mais célere e menos repetitivo?⁵⁴⁶ A questão será retomada na terceira parte deste estudo.

⁵⁴⁶ Questionado sobre formas de otimizar o trabalho do Tribunal, respondeu o Ministro Luis Fux, em entrevista para o Blog do Noblat: “Continuar a eliminar esse acervo e diminuir o tempo de exposição dos integrantes da Corte que expõem seus votos. Concedendo, regimentalmente, o mesmo prazo que se concede aos advogados para sua exposição, permitindo o julgamento de um maior número de recursos na mesma sessão. Ademais, seria de bom alvitre submeter ao Plenário Virtual os casos de não cabimento de Recursos Extraordinários em razão de determinadas matérias, evitando que subam ao STF por agravo.” Cf. <http://noblat.oglobo.globo.com/entrevistas/noticia/2014/12/luiz-fux-defende-reducao-de-tempo-de-exposicao-de-votos-dos-ministros-do-stf.html>. Acesso em 03/06/2015, às 22:15.

9.3.10.1.4. Pauta irreal

Do ponto de vista teórico, a pauta de julgamentos tem um duplo propósito: (i) permitir que os advogados saibam, com antecedência mínima de 48 horas, se seu caso será julgado, para que possam se preparar para a sustentação oral ou comparecer ao Tribunal; e (ii) servir como um indicador, para os membros da Corte, de quais processos serão discutidos nas sessões do Tribunal, permitindo que eles possa se preparar adequadamente para o debate, se familiarizar com as discussões e os temas, para proferir um voto melhor informado.

Na prática, no entanto, a pauta não tem cumprido nenhum desses dois objetivos. Primeiro, porque a publicação da inclusão em pauta não confere previsibilidade aos advogados sobre quando o processo será julgado. A publicação do despacho é condição, mas não é o único fator determinante para a efetiva inclusão de um processo em pauta. Assim, só em raríssimas circunstâncias um determinado processo é incluído em pauta imediatamente após a publicação do despacho. Via de regra, após a publicação, ele entra numa fila, que, como se disse, contém aproximadamente 600 processos. E lá permanece aguardando a decisão do Presidente a respeito do momento mais conveniente para colocá-lo em julgamento.

Segundo, porque a Presidência tem divulgado uma pauta demasiadamente extensa, que não reflete a capacidade de julgamento atual do Tribunal. É comum a inclusão de dezenas de processos, mas, ao fim da sessão, apenas um ou dois terem sido julgados. Isso dificulta muito a vida não só dos advogados, como também dos próprios ministros. Dos advogados, porque, mesmo quando superada a barreira anterior e o processo é efetivamente incluído em pauta, isso não lhe garante que ele será apregoado. Há relatos de situações em que os advogados e as partes têm que se deslocar, por semanas seguidas, para Brasília, por conta da sucessiva inclusão de um mesmo processo em pauta, sem julgamento, porque não se observa nenhuma ordem, senão a vontade do Presidente de apregoar o caso que lhe convenha.

Para os magistrados, essa pauta irrealista atrapalha igualmente o adequado funcionamento e a organização dos ministros e de seus gabinetes. Para não julgar no reflexo, os ministros têm que se preparar e estudar o caso para formarem uma convicção sem a necessidade de formulação de pedido de vista. A inclusão de um número elevado de feitos, que não têm condições de ser julgados em uma única sessão, somado ao fato de que atualmente é o Presidente que escolhe, discricionariamente, quais casos serão efetivamente julgados, enseja o desperdício de precioso tempo dos ministros no estudo de mais casos do que o necessário. É

essa a crítica inclusive do Ministro Celso de Mello, que não entende a razão da adoção de uma pauta tão extensa quando nas sessões são julgados, no máximo, dois ou três processos. Com as mesmas preocupações, o Ministro Luís Roberto Barroso sustenta que a pauta deveria ser divulgada com maior antecedência, para permitir que os julgadores possam se preparar adequadamente.⁵⁴⁷

Uma pauta que retratasse de forma mais realista a capacidade de trabalho do Tribunal, serviria melhor a ambos os propósitos.

9.3.10.1.5. Dificuldades para identificação das teses

Outro problema grave ensejado pelo modelo de deliberação atualmente adotado pelo Plenário do STF diz respeito à dificuldade de identificação das teses jurídicas aprovadas pela maioria em determinado julgamento. Não se pode confundir o acórdão e a parte dispositiva do julgado, com os seus fundamentos. O acórdão e o dispositivo fazem coisa julgada material e enunciam a conclusão a que o Tribunal chegou. Mas não são suficientes para explicar o *iter* percorrido pelos julgadores até aquela conclusão. Na medida em que o STF é um tribunal que julga exclusivamente questões jurídicas, é preciso que o Tribunal seja capaz de identificar quais são as perguntas que devem ser, por todos, respondidas. Não basta que todos cheguem a um mesmo resultado. É preciso mais. É preciso que todos concordem, em maior ou menor grau, com os mesmos fundamentos.

Na doutrina, tais discussões já são suscitadas há algum tempo. Do ponto de vista do direito processual, José Carlos Barbosa Moreira já alertava sobre os graves problemas decorrentes da prática dos tribunais de confundir o acórdão, pura e simplesmente, com a série de votos proferidos pelos juízes que participaram no julgamento, o que torna difícil, nesses casos, aferir qual a tese jurídica que foi adotada.⁵⁴⁸ No direito constitucional, preocupando-se

⁵⁴⁷ “Reclamação Geral”. In: JOTA. Publicado em 16.10.2014. Disponível em: <http://jota.info/jotinhas-2>. Acesso em 25.11.2014.

⁵⁴⁸ Em passagem emblemática de seus Comentários ao CPC, José Carlos Barbosa Moreira critica o modelo atual nos seguintes termos: “*O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais adotaram o costume de fazer consistir o acórdão, pura e simplesmente, na série de votos proferidos pelos juízes que hajam participado do julgamento. Semelhante orientação não se afeiçoa à sistemática legal e pode gerar inconvenientes graves. Se a decisão for unânime na conclusão, ou resultou de votos que em maioria, para ela convergiram, mas*

mais diretamente com a maneira de deliberar do STF, Oscar Vilhena Vieira aponta a incoerência e a disfuncionalidade de termos onze votos diferentes sobre um mesmo caso, sugerindo que um processo de deliberação mais eficiente daria ensejo à criação de parâmetros mais claros de julgamento nos trabalhos da Corte.⁵⁴⁹

9.3.10.1.6. Ausência de apreciação de liminares em ADIs

Ao menos desde o advento da Lei nº 9.868/99, o STF tem evitado conceder liminares monocraticamente em ADI, exceto nos períodos de férias e recesso. Sustenta-se, nesse sentido, que o art. 97 da Constituição e o art. 10 do referido diploma legal proíbem a apreciação monocrática do pedido.⁵⁵⁰ Essa interpretação, associado à sobrecarga da Pauta do Plenário, tem feito com que a concessão de medidas liminares em ADIs sejam excepcionalíssimas. Alguns dados ajudam a evidenciar o ponto.

Ao longo de 2012, foram ajuizadas 177 ADIs no STF. Dentro desse universo, os autores formularam pedido de medida cautelar em 167 ações. No entanto, tais pedidos só foram

votante houve que, num caso ou no outro, partiram de premissas diferentes, não raro se tornará difícil identificar a tese jurídica abraçada pelo tribunal. Faz-se mais agudo o problema à medida que cresce a tendência a prestigiar os precedentes” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, v.5, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 700).

⁵⁴⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). “Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 501/502.

⁵⁵⁰ “A reserva de plenário para a decisão cautelar admite uma única exceção, precisamente definida no art. 10, caput, da Lei 9.868/99, a qual decorre não do caráter urgente de eventual medida, mas da impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso. Assim, obviamente, ante a impraticável reunião dos magistrados em sessão plenária nos períodos de recesso do Tribunal, o Regimento Interno da Corte confere poderes ao Ministro Presidente para decidir sobre questões urgentes (art. 13, VIII), o que envolve também os pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. E ressalte-se que, apesar de a Lei 9.868/99 mencionar apenas a palavra “recesso”, ela aplica-se também aos períodos de “férias” do Tribunal. (...) Portanto, a única exceção à reserva de plenário prevista pela lei encontra-se no excepcional poder conferido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal para decidir cautelarmente nos períodos de recesso e de férias. De toda forma, mesmo nessa hipótese excepcional, deverá a medida cautelar ser levada ao referendo do Tribunal Pleno tão logo termine o período de recesso ou de férias (art. 21, IV e V, RI-STF).” (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012, p. 9).

efetivamente apreciados em 7 casos.⁵⁵¹No ano de 2013, a Corte recebeu 184 novas ADIs.⁵⁵² Dessas, em 169 houve pedido de medida cautelar. Apesar disso, o Tribunal só deferiu o pedido em 4 ações: um de forma monocrática pelo relator (ADI 4917), outro pelo Presidente (ADI 5017) e dois foram pelo pleno (ADIs 4907 e 4992). Nas demais, os pedidos sequer foram analisados.

A partir dessas informações é possível constatar que o STF não tem apreciado, com frequência, pedidos de liminar. Em verdade, tem transferido para o futuro a análise desses pedidos em cerca de 97% das ADIs. É espantoso aferir que em apenas um número ínfimo de casos o pedido de medida cautelar é, efetivamente, analisado. A constatação dessa situação propõe questionamentos que não podem ser ignorados. Desse modo, pergunta-se: por que o STF não tem apreciado os pedidos de medida cautelar formulados em ADIs? A resposta, mais óbvia, é a de que isso se dá porque a pauta está sobrecarregada e os ministros entendem que não podem concedê-la monocraticamente, salvo em situações excepcionalíssimas. Daí o reduzido número de casos em que houve apreciação da liminar. Isso gera graves riscos de consolidação de situações inconstitucionais. A demora na apreciação do pedido equivale, em grande medida, ao seu indeferimento e mantém a norma impugnada em vigor, produzindo efeitos.

Será que há, de fato, óbices processuais que inviabilizam essa análise monocrática pelo relator? O fato de a pauta do Plenário estar sobrecarregada justifica que esses pedidos fiquem sem resposta por longos períodos? Como endereçar o problema, sem violar a Constituição? Essas são algumas das questões que se pretende responder na terceira parte do estudo.

⁵⁵¹ Em 3, o pedido foi deferido pelo Plenário (ADIs 4715, 4739 e 4759); em 2 a liminar foi deferida monocraticamente pelos relatores (ADI 4843 e 4874); e nas outras 2, a liminar foi indeferida monocraticamente (ADIs 4848 e 4856). Nesse período, o julgamento do pedido de cautelar de 1 ação foi suspenso em razão de pedido de vista formulado (ADI 4725); e outras 2 ações foram apresentadas em mesa e o pedido de liminar estava pendente de apreciação, até a entrega deste trabalho (ADIs 4726 e 4788). Houve, ainda, um caso em que, submetida a ação ao Plenário, para apreciação da liminar, a ADI foi julgada prejudicada por reproduzir discussão semelhante a de outra ação (ADI 4795). Não foram contabilizadas as liminares indeferidas pelo Presidente do Tribunal, durante o recesso. O número de liminares e de ações apreciadas em 2012 foi especialmente baixo. Tal fato pode ser explicado, em parte, pelo julgamento da AP 470, que tomou a pauta do Supremo por cerca de 4 meses

⁵⁵² A pesquisa tomou como base as ações distribuídas entre 1º.01 e 31.12.2013. Refere-se às ADIs 4894 a 5081. Seria de se esperar, portanto, que tivessem sido propostas 187 ações. Ocorre que a ADI 5001 não existe. Houve um erro autuação do RE 760.459. O pedido de ingresso de *amicus curiae*, formulado no bojo da ADI 5062, foi autuado, indevidamente, como uma nova ação e ganhou o número 5067. Tal erro foi constatado e cancelada a distribuição. O mesmo ocorreu em relação à ADI 5068. O pedido de *amicus curiae* formulado na ADI 5065 foi autuado indevidamente.

9.3.10.2. O impacto da TV Justiça sobre o processo de deliberação do STF

“Até a mudança para Brasília, podia-se contar nos dedos o número de profissionais que militavam na Corte. Não sabemos se atingia a dez. Eram velhos professores as personalidades que monopolizavam a advocacia na Suprema Corte, que parecia para os recém-formados um verdadeiro espantalho. Era, na frase feliz de Levi Carneiro, uma catedral em que ninguém podia entrar a não ser com boa roupagem (jurídica e intelectual, naturalmente).”⁵⁵³

Em 17.05.2002, o Ministro Marco Aurélio, então Presidente do STF, no exercício interino da Presidência da República, sancionou a Lei nº 10.461/2002, que alterou o marco regulatório da TV por Assinatura⁵⁵⁴ para reservar, em favor do STF, um canal para a divulgação dos serviços essenciais à Justiça e dos atos do Poder Judiciário.⁵⁵⁵ No discurso que proferiu na ocasião, o Ministro ressaltou que a criação do canal representava um marco histórico importante, porque, além de assegurar a indispensável transparência dos atos do Poder Judiciário, exercia, ainda, funções pedagógicas, permitindo que a população pudesse conhecer, compreender e fiscalizar o funcionamento da Justiça, ampliando sua cidadania.⁵⁵⁶ Dias depois, o Min. Marco Aurélio publicou artigo intitulado “O Judiciário cada vez mais perto”, na Folha de S. Paulo, no qual voltou a ressaltar a importância da nascente TV Justiça para a aproximação

⁵⁵³ MÓSCA, Hugo. *Os advogados, o antigo e o novo regimento*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 121.

⁵⁵⁴ A Lei nº 10.461/2002 introduziu uma alínea ao art. 23 da Lei nº 8.977, de 6.01.1995 (conhecida como Lei do Cabo). De acordo com o referido dispositivo: “Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações: I - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA: (...) h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;” Recentemente, a Lei do Cabo foi parcialmente revogada pela Lei nº 12.485, de 12.09.2011, que criou o serviço de acesso condicionado. A despeito disso, o art. 23 da Lei nº 8.977/1995 restou preservado (cf. art. 37 da Lei nº 12.485/2011).

⁵⁵⁵ A instituição efetiva da TV Justiça se deu por meio da Resolução nº 232, de 1º.07.2002, do STF. Referida resolução, que possui apenas três artigos, outorgou à assessoria de imprensa do Tribunal a coordenação das atividades, da operação e da programação da TV Justiça (art. 2º). A resolução encontra-se disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao232.pdf>. Acesso em 21.05.2012.

⁵⁵⁶ Discurso proferido pelo então Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio, no exercício do cargo de Presidente da República, na cerimônia de assinatura do ato para sanção da lei que criou a TV Justiça. Palácio do Planalto, 17.05.2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100078&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em 20.05.2012.

da Justiça do cidadão comum.⁵⁵⁷

A TV Justiça foi a primeira televisão do mundo com foco em programação jurídica, com ênfase no direito do cidadão à informação. E o STF foi o primeiro tribunal a transmitir seus julgamentos ao vivo por meio da televisão e da rádio. Desde a criação do canal, foram transmitidas centenas de sessões plenárias ao vivo.⁵⁵⁸ Em 2011, segundo informações da ANATEL, a TV Justiça já estava disponível para cerca de 11 milhões de assinantes de TV a cabo.⁵⁵⁹

A iniciativa brasileira foi seguida por outras cortes mundo afora. Países como o Reino

⁵⁵⁷ “(...) *Erigida, assim, à condição de entidade divina, hermética e, portanto, inacessível aos comuns mortais, pouco a pouco a Justiça foi se distanciando da comunidade à qual cumpre servir, como se esse isolamento pudesse garantir o máximo de circunspeção e imparcialidade. Felizmente, esse quadro vem se alterando nos últimos tempos. (...) finalmente a magistratura parece haver entendido a necessidade de sair das torres de marfim nas quais se procura resguardar, de onde provém a maioria das sentenças inverossímeis, apartadas da realidade e, por isso mesmo, desacreditadas já no nascedouro. (...) É que a transparência, tônico infalível da cidadania, outorga confiabilidade e, por conseguinte, maior respeito. Por sua vez, a população, melhor informada, credencia-se a participar decisivamente das escolhas que afetam os rumos do País, de forma a poder exigir, por exemplo, o efetivo cumprimento das leis. Assim também a TV Justiça, criada pela Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002, objetiva conferir publicidade aos procedimentos jurisdicionais, tornando-os, desse modo, mais acessíveis à população, que há muito reclama do distanciamento do Poder Judiciário, em parte devido também pela linguagem excessivamente técnica e por isso obscura, usada nos meios forenses. (...) a TV Justiça vem para demonstrar que a coisa não é tão abominável quanto se pensa. Além de atender ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais, o canal tem função didática, pois oferece aos cidadãos a oportunidade de conhecer como funciona a Justiça brasileira, facultando aos operadores do Direito acesso imediato aos julgamentos e decisões, de maneira a complementar os benefícios já obtidos com a utilização da internet. (...) Estou certo de que a TV Justiça haverá de contribuir para a imprescindível desmitificação do dia-a-dia do Judiciário brasileiro, a resultar na aproximação dos jurisdicionados - que, assim, terão mais condições de exercitar o inalienável direito à cidadania. (...)”* (MELLO, Marco Aurélio. *O Judiciário cada vez mais perto*. In: Folha de S. Paulo de 19.05.2002. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em 20.05.2012). Em sentido semelhante, Gilmar Mendes ressaltou: “*Trata-se de um canal de aproximação entre o cidadão e tais órgãos, definidos na Constituição como essenciais à Justiça. (...) a TV Justiça tem a função de esclarecer, informar e ensinar às pessoas como defender seus direitos. A atuação da TV Justiça nos últimos anos tem tornado mais transparentes as atividades do Poder Judiciário perante a população brasileira, contribuindo para a abertura e a democratização desse Poder.*” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20110516-03.pdf. Acesso em 2.07.2012).

⁵⁵⁸ Notícia sobre a criação da TV Justiça veiculada no referido canal em 17.05.2012. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=AlRcAFIAYec>. Acesso em 20.05.2012. A primeira sessão plenária do STF foi transmitida em 14.08.2002, com o apoio técnico da TV Cultura de São Paulo.

⁵⁵⁹ “Relatório de Atividades 2011: Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 65. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/RELATORIO_DE_GESTAO_2011_site_STF.pdf. Acesso em 20.05.2012.

Unido⁵⁶⁰ e o México⁵⁶¹ adotaram modelos semelhantes. Além disso, outros países vêm discutindo medidas parecidas. Recentemente, a imprensa ressaltou que a maior parte dos americanos quer o televisionamento das sessões da Suprema Corte.⁵⁶² Apesar disso, passados mais de 10 anos⁵⁶³ da sua criação, não há quase nenhum estudo sobre a TV Justiça,⁵⁶⁴ sua importância e, no que interessa aos propósitos deste estudo, sobre os impactos que ela causou sobre o funcionamento e o processo de deliberação do STF.

Embora tenha sido saudada por alguns como a implementação do sonho republicano de transparência,⁵⁶⁵ a TV Justiça vem sofrendo severas críticas nos últimos anos. Sobretudo quando passou a expor os acirrados debates que às vezes são travados no Plenário. Os críticos

⁵⁶⁰ A Suprema Corte do Reino Unido passou a transmitir ao vivo, pela internet, suas audiências, por meio do seu site (<http://news.sky.com/skynews/Supreme-Court>). A página explica que “(...) *you can watch live the hearings of the UK Supreme Court, the final court of appeal in the UK for all civil cases and for criminal cases from England, Wales and Northern Ireland, but not Scotland. It hears appeals on points of law of the greatest public importance, and cases involving devolution matters in Scotland and Wales. The court normally sits between 10.30 am and 4 pm during legal terms. The Supreme Court sits in the former Middlesex Guildhall, on the western side of London's Parliament Square. The Judicial Committee of the Privy Council, the court of final appeal for the UK overseas territories and Crown dependencies, also sits in the Supreme Court building. The Supreme Court is the only British court where hearings are televised live. (...)*”

⁵⁶¹ “Relatório de Atividades 2011: Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 64. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/RELATORIO_DE_GESTAO_2011_site_STF.pdf. Acesso em 20.05.2012.

⁵⁶² MELO, João Ozorio de. *Mais Transparência: Maioria dos americanos quer transmissão ao vivo das sessões da Suprema Corte*. Publicado em 06.09.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-06/maioria-americanos-transmissoes-vivo-suprema-corte>. Acesso em 06.09.2014.

⁵⁶³ Em discurso realizado por ocasião do aniversário de 10 anos da TV Justiça, o Ministro Celso de Mello ressaltou que o instrumento: “(...) *conferiu transparência ainda maior à atuação do Poder Judiciário em nosso País, viabilizando, aos cidadãos da República, pleno acesso ao próprio funcionamento do Poder Judiciário nacional e, em particular, aos processos e mecanismos decisórios do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais judiciais (...)*” Segundo o Ministro, “(...) *a TV Justiça constitui valioso instrumento a serviço do interesse público, eis que, ao aproximar os cidadãos dos magistrados e tribunais deste país, (...), culmina por atribuir maior coeficiente de legitimidade democrática ao funcionamento da instituição judiciária.*” (Pronunciamento do Ministro Celso de Mello, no Plenário do STF, em 17/05/2012, rememorando a criação da TV Justiça em seu 10º aniversário. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MCM10anosTV.pdf>. Acesso em 20.05.2012).

⁵⁶⁴ Nesse sentido, especiona-se o trabalho de pesquisa feito por Felipe de Melo Fonte, no âmbito de seu doutoramento, provisoriamente intitulado “Rumo à sociedade aberta de telespectadores? A TV Justiça e o futuro da jurisdição constitucional”.

⁵⁶⁵ “*Quando se observa o modo como funcionam algumas Cortes Constitucionais europeias, e se as compara com a prática brasileira, então se percebe as vantagens da experiência constitucional brasileira que, neste particular, atende plenamente o sonho republicano da transparência das atividades do Estado. Isso fica mais evidente ainda com o costume iniciado há alguns anos de transmitir por meio de televisão e pela internet os julgamentos de maior significação, particularmente no Supremo Tribunal Federal.*” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 179).

dirigem sua preocupação central aos prejuízos à imagem institucional do STF em razão da exibição, ao vivo, de acaloradas discussões entre os ministros. O Ministro (aposentado) Carlos Velloso, por exemplo, passou a defender, após esses episódios, que as sessões não sejam transmitidas ao vivo, mas apenas depois de editadas, de forma a eliminar o que não tem interesse jurídico. Segundo o Ministro, tal medida seria salutar para manter o prestígio da instituição.⁵⁶⁶ Na mesma época, Gustavo Binenbojm saiu em defesa da exibição das sessões ao vivo. Segundo ele, restringir o televisionamento representaria um grave retrocesso, pois conduziria à perda de transparência que o tribunal havia conquistado. Como ressaltou o professor:

A defesa da Constituição é tarefa por demais importante para ficar aprisionada às quatro paredes do claustro judicial; se interpretar o sentido das normas constitucionais é algo decisivo para a definição dos direitos e deveres mais fundamentais dos cidadãos, todos os membros da coletividade devem ter o direito - na maior medida possível - de conhecer os porquês das decisões do Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Em suas palavras: “*não é bom para a corte, que deve ministrar lições de equilíbrio e concórdia para todo o Judiciário, mostrar ao vivo exaltações de algum ou alguns de seus membros. O STF sempre foi cenário de discussões, por vezes ásperas, entre os ministros. Elas ficavam, no entanto, no âmbito da casa. Os advogados presentes à sessão delas tomavam conhecimento, mas compreendiam que não ocorriam por mal. E, terminado o julgamento, os juízes se cumprimentavam e as divergências acabavam ali. Ultimamente, entretanto, com a transmissão ao vivo, acalorados debates têm sido postos aos olhos de quem não é do ramo e que, por isso mesmo, não os compreende, o que resulta em detrimento do prestígio do tribunal e do Poder Judiciário. (...) A sociedade espera dos juízes comportamento moderado, equilibrado. Todavia, vale repetir, os juízes são seres humanos, não são anjos e estão sujeitos a exasperações (...)*” VELLOSO, Carlos. *A TV Justiça e o seu papel*. Disponível em <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/folha-de-s-paulo--38594>. Acesso em 20.05.2012.

⁵⁶⁷ “*Não é fiel à realidade a crítica quanto a qualquer embotamento de consciência dos juízes provocado pela veiculação das sessões na mídia eletrônica, por pressão da opinião pública, ou a algum estímulo à vaidade fora dos padrões toleráveis. Também não se justifica criticar o modelo pelos conflitos internos que expõe - alguns deles, reconheça-se -, em tom realmente inadequado. Censurar a TV Justiça a tal pretexto equivaleria a pretender curar a febre pondo o termômetro na geladeira. Em termos teóricos, há muito foi abandonada a concepção do Poder Judiciário como seita secreta, cujos sábios precisam de isolamento para ditar suas pretensas verdades. Um tribunal - sobretudo um tribunal constitucional - deve discutir suas razões às claras, expondo à comunidade jurídica (e a toda a sociedade) o processo de construção das suas deliberações. A defesa da Constituição é tarefa por demais importante para ficar aprisionada às quatro paredes do claustro judicial; se interpretar o sentido das normas constitucionais é algo decisivo para a definição dos direitos e deveres mais fundamentais dos cidadãos, todos os membros da coletividade devem ter o direito - na maior medida possível - de conhecer os porquês das decisões do Supremo Tribunal Federal. (...) Ao ângulo prático, as transmissões dos julgamentos têm produzido resultados interessantes. Não é desprezível a visibilidade que grandes questões nacionais ganharam quando examinadas pelo Supremo. (...). Para dizer o mínimo, nossa suprema corte é hoje um fórum de discussão democrática mais relevante e respeitado do que o próprio Congresso Nacional. Todo esse processo de construção institucional do Poder Judiciário foi potencializado pela TV Justiça e, em particular, pelo televisionamento das sessões do STF. A repercussão dos julgamentos desperta a cidadania e estabelece um diálogo profícuo com as demais autoridades políticas. Os ganhos em termos de transparência e legitimação das decisões têm compensado, plenamente, eventuais desgastes. Ao fim e ao cabo, discussões destemperadas podem ser evitadas com o apelo ao velho bom senso. Nem toda ideia original é boa, assim como nem toda boa ideia é original. Mas isso não impediu que o Brasil desse uma ideia boa e original ao mundo.*” (BINENBOJM, Gustavo. *A Justiça na TV*. Disponível em <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/folha-de-s-paulo--38594>. Acesso em 20.05.2012).

A celeuma está longe de ter sido pacificada.⁵⁶⁸⁻⁵⁶⁹ Recentemente, Conrado Hübner e Virgílio Afonso da Silva manifestaram-se contrariamente à exibição ao vivo das sessões do Pleno pela TV Justiça, com argumentos relacionados justamente ao processo de deliberação. A hipótese por eles levantada é a de que as transmissões ao vivo e a disponibilização dos acórdãos na internet têm passado a falsa impressão de que o STF seria um tribunal transparente e deliberativo, quando, na verdade, não estaria desempenhando adequadamente esses papéis. Para os referidos autores, a questão central a ser debatida diz respeito à definição das condições institucionais ideais que permitiriam que o STF alcance as melhores decisões possíveis. Segundo eles,

(...) um tribunal constitucional transparente é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade. Em suma, é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinados no debate público.’ E prosseguem: ‘se nos perguntarmos o que o STF pensa sobre várias das questões constitucionais relevantes, dificilmente alguém saberá responder com precisão, a despeito da quantidade de decisões disponíveis na internet e de julgamentos transmitidos pela televisão. Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão-somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional. O debate sobre a forma de decisão no Supremo, sobre a ausência de uma voz institucional - em grande parte causada pela insistência em privilegiar as vozes individuais de seus ministros-, é o que mais importa. E, se consistência decisória é uma das maiores contribuições que um tribunal como o STF poderia dar a uma democracia, pode-se dizer que ele tem falhado nessa tarefa.’⁵⁷⁰

Para Conrado Hübner e Virgílio Afonso da Silva, não há, atualmente, condições institucionais para a adoção de uma deliberação transparente pelo STF. Isso decorre não só da superexposição acarretada pela TV Justiça, que, segundo os autores, poderia levar a um

⁵⁶⁸ O Min. Eros Grau chegou a dizer, certa vez, que, “*se dependesse de mim, seguramente não haveria transmissão televisiva (...)*.” Para o Ministro, a tomada de decisão de um magistrado é “*um momento de grande intimidade*”. Em razão disso, manifestou ser simpático à ideia de que os julgamentos fossem editados. Em suas palavras: “*Essa prática de televisionar as sessões é injustificável. O magistrado não deve se deixar tocar por qualquer tipo de apelo, seja do governo, seja da mídia, seja da opinião pública. Tem que se dar publicidade à decisão, não ao debate que pode ser envenenado de quando em quando. Acaba se transformando numa sessão de exibicionismo.*” (GRAU, Eros. *Apud* LIMA, George Marmelstein. *Quem tem medo da publicidade?*In: Direitos Fundamentais - Blog. Acesso em 05.08.2010).

⁵⁶⁹ Nesse sentido, vale a pena ressaltar a existência do Projeto de Lei nº 7004/13, de autoria do deputado Vicente Candido (PT). Cf. <http://www.conjur.com.br/2013-dez-21/projeto-lei-pretende-acabar-transmissao-sessoes-supremo>. Acesso em 04/06/15, às 18:39.

⁵⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. Folha de S. Paulo de 11.05.2009. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>. Acesso em 1º.05.2012.

populismo judicial, como também do modelo de deliberação adotado pela Corte. Para os referidos autores, embora a transmissão das sessões não seja a causa desses problemas, elas efetivamente o amplificam. O que mais preocupa os mencionados professores é que os ministros se dirijam à opinião pública ao invés de se voltarem para a deliberação interna, necessária ao julgamento em um ambiente colegiado. Ou seja, de que os ministros se enebriem com o “*estrelato imediato*” e que a exposição acabe criando um “*indesejável populismo judicial*.”⁵⁷¹

9.3.11. Acórdãos

Tradicionalmente, o acórdão tem a função de servir como instrumento por meio do qual as partes tomam ciência daquilo que foi decidido pela Corte. No caso do STF, o Regimento Interno prevê, em seu art. 96, que todos os julgamentos serão transcritos de modo a reproduzir o relatório, as discussões, os votos fundamentados e as perguntas feitas aos advogados, junto às respostas, formando-se, assim, o acórdão, após a revisão dos ministros. Mais uma vez, pode-se inferir, como um pressuposto normativo do regimento, a existência teórica de um debate entre os ministros, com a participação das partes, que resultará na formação de uma opinião da Corte, consolidada em um acórdão escrito por um relator.

Essa estrutura, no entanto, é prenhe de problemas. Em primeiro plano, surge a autorização regimental, prevista no art. 96, §6º, para que os ministros revisem as transcrições, de modo a excluir delas aquilo que não lhes pareça conveniente. Isso pode produzir acórdãos que não retratam aquilo que foi discutido no decorrer do julgamento. Em segundo plano, a pressuposição normativa de que os acórdãos surgiriam como fruto de um processo de deliberação travado no plenário não é verdadeira. Conforme já foi apontado anteriormente, os ministros, sobretudo nas sessões plenárias, tendem a trazer seus votos já escritos e lê-los uns para os outros. Assim, a soma dos vários votos, muitas vezes frutos de posições jurídicas absolutamente díspares, constrói um “*patchwork* normativo”, do qual não é possível extrair uma tese jurídica majoritária. Por fim, na linha do que já foi argumentado anteriormente, é

⁵⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. Folha de São Paulo de 11.05.2009. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>. Acesso em 1º.05.2012.

praticamente impossível, na maior parte dos casos, extrair uma tese jurídica única dos julgados do STF. Do ponto de vista argumentativo, a crença de que os diversos votos constituem a opinião da Corte, gera a possibilidade de que, argumentativamente, possa se partir de premissas completamente diferentes – e, muitas vezes, opostas –, fundando-se na jurisprudência do Tribunal.⁵⁷²

9.4. A importância e o papel do STF na vigência da Constituição de 1988

Enfraquecido durante a ditadura militar, o STF emergiu da Constituição de 1988 como uma renovada força institucional. O Supremo deixou de ser um “outro desconhecido” – para usar a expressão que dá título a importante livro de Aliomar Baleeiro e que reflete a (des)importância que o tribunal teve durante o regime militar –, e tornou-se uma instituição fundamental para o funcionamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Mais do que sair das sombras, o STF assumiu posição permanente sob os holofotes. Ganhou destaque; notoriedade; legitimidade e respaldo social. Suas decisões são frequentemente mencionadas na imprensa, porque interferem na vida de milhares de pessoas. E atraem a atenção, sobretudo em um País descrente em sua representação popular. O Supremo tornou-se um “*pop star*”.

Essa transformação, no entanto, não se deu de forma automática. Não acordamos, no dia 6.05.1988, com um “novo” Supremo. Ao contrário. Acordamos com o mesmo Tribunal de antes – inclusive, com os mesmos ministros da ditadura.⁵⁷³ Embora suas competências tenham mudado radicalmente com o advento da Constituição Cidadã, essas alterações não se operaram do dia pra noite.⁵⁷⁴ Tais mudanças vêm ocorrendo paulatinamente, ao longo dos últimos anos,

⁵⁷² Com relação as notas taquigráficas é interessante ressaltar que a ER 26, de 22.10.2008 alterou os arts. 13, 93, 96, 121, 316, 331, 358 e 359, e revogou o parágrafo único do art. 331. Os arts. 93 e 96 determinaram a transcrição e a juntada aos autos, do áudio dos julgamentos. O §7º do art. 96 permitiu, inclusive, que o relator sorteado ou designado para o acórdão autorize a divulgação, antes da publicação, do teor do julgamento, por texto ou áudio. O art. 359 autorizou, ainda, os ministros a requisitarem o auxílio do serviço de áudio, para trabalhos urgentes. A ER nº 40, de 5.08.2010, acrescentou o parágrafo único ao art. 133, para permitir o cancelamento de apartes pelo ministro apartante.

⁵⁷³ Para relação entre o Judiciário, o STF e a Ditadura. Cf. PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

⁵⁷⁴ Como bem aponta Diego Werneck, muitas vezes, após 1988, o STF adotou uma atitude autocontida – sobretudo no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade – como uma estratégia de atuação. Ou seja, mesmo

influenciadas por muitos fatores, que vão desde a completa renovação de seus magistrados, como também em razão dos influxos de Teorias do Direito, que permearam e abriram novas luzes à interpretação constitucional. E continuam a ocorrer. Diariamente.

Nesse sentido, evidencia-se uma transição do Tribunal, que, em 1988, era desconhecido da sociedade brasileira para, em 2015, despontar como uma das mais importantes instituições da República. Ao longo desse período, com decisões emblemáticas, a Corte construiu sua nova identidade. Merecem destaque, nesse sentido, (i) a decisão que reconheceu a constitucionalidade do CNJ, criado pela ECnº 45/2004;⁵⁷⁵ (ii) a declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco;⁵⁷⁶ (iii) a constitucionalidade da interrupção da gestão de fetos anencefálicos;⁵⁷⁷ (iv) o envolvimento do Tribunal nas discussões sobre a demarcação de reserva indígena, no caso Raposa Serra do Sol;⁵⁷⁸ (v) a declaração de constitucionalidade da vedação ao nepotismo;⁵⁷⁹ (vi) a declaração de constitucionalidade das ações afirmativas e quotas sociais e raciais;⁵⁸⁰ (vii) a não recepção da Lei de Imprensa;⁵⁸¹ dentre inúmeras outras.

Apesar de serem decisões com conteúdos muito diversos, o que elas demonstram é uma verdadeira ascensão do Poder Judiciário, identificada com o reconhecimento da força normativa

com novos poderes, a Corte, em alguns momentos, adotou uma postura de autorrestrição, diante das circunstâncias políticas e sociais vigentes. Veja-se: “*Em geral, as questões que tramitam pela via concreta e incidental levam mais tempo para atingir o STF – e, quando afinal o fazem, geralmente chegam aos Ministros já tendo provocado vários outros pronunciamentos judiciais sobre aquele mesmo conjunto de temas. Na prática, longe de uma simples abdicação de poder, o que o STF fez foi canalizar parte de sua pauta para mecanismos mais lentos de controle de constitucionalidade. Além disso, como essas restrições relativas foram implementadas em decisões do próprio STF, sem qualquer dispositivo legal que as tornasse necessárias ou obrigatórias, poderiam ser revistas a qualquer tempo, o que reforça ainda mais o seu caráter relativo e controlável pelo tribunal*” (ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/2885/2308>. Acesso em 05.03.2015).

⁵⁷⁵ ADI 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, pleno, j. em 13-04-2005, DJ de 17-4-2006

⁵⁷⁶ ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, pleno, j. em 29-05-2008, DJ de 28-5-2010

⁵⁷⁷ ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, pleno, j. em 12-4-2012, DJe de 29-4-2013.

⁵⁷⁸ Pet 3388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, pleno, j. em 19-3-2009, DJe de 25-5-2009.

⁵⁷⁹ ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto, pleno, j. em 20-8-2008, DJe de 18-12-2009.

⁵⁸⁰ ADI 3330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, pleno, j. em 3-5-2012, DJe de 22-3-2013.

⁵⁸¹ ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, pleno, j. em 30-4-2009, DJe de 6-11-2009.

da Constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática para a interpretação constitucional. Tais elementos, em associação, caracterizam o neoconstitucionalismo, exigindo o reconhecimento e a vinculação de todo o ordenamento jurídico à jurisprudência constitucional, num reposicionamento dos precedentes. No Brasil, como se pode extrair dessas decisões, já abraçamos a força normativa da Constituição, já reconhecemos o papel preponderante e fundamental do Poder Judiciário de assegurar o respeito às suas normas, mas ainda não desenvolvemos uma dogmática adequada de interpretação e aplicação da Constituição no julgamento desses casos.⁵⁸²

O primeiro passo para o desenvolvimento dessa dogmática consiste na avaliação crítica do papel que o STF exerce no desenho institucional brasileiro e, sobretudo, na estrutura do Poder Judiciário. Trata-se da famosa divisão entre as competências da Corte que a caracterizam tanto como uma Corte Constitucional, quanto como um Tribunal Supremo. Essa dificuldade em identificar o papel do STF é antiga, sendo objeto da reflexão de muitos juristas – conforme ficou demonstrado, nos capítulos anteriores desse trabalho.⁵⁸³

Com a promulgação da Constituição de 1988, ficou claro que a Assembleia Nacional Constituinte não optou por criar um Tribunal Constitucional, com as características inerentes a essa instituição.⁵⁸⁴ Na verdade, quando exerce competências recursais e ordinárias, o STF desempenha o papel de Suprema Corte, sendo o órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário, no qual grande parte das questões discutidas judicialmente poderá encontrar um último grau de jurisdição. Já quando exerce o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato é, inegavelmente, uma Corte Constitucional.⁵⁸⁵ E hoje há uma “nítida tendência no Brasil ao

⁵⁸² A afirmação não tem por objetivo desmerecer o que se convencionou chamar de “Doutrina brasileira da Efetividade”, cujo maior expoente é o Prof. Luís Roberto Barroso. Tampouco se pretende reduzir a importância dos princípios de interpretação especificamente constitucionais desenvolvidos pelo mencionado professor. Tais ferramentas foram e continuam sendo essenciais para a inserção do Brasil no paradigma neoconstitucionalista. Mas elas não foram suficientes, até agora, para justificar a necessidade de uma nova compreensão da importância dos precedentes no ordenamento jurídico e a reformulação do STF, que permita à instituição manejá-los de forma adequada nessa nova realidade.

⁵⁸³ No período histórico que antecedeu à promulgação da Constituição, a dúvida persistiu sendo, em 1987, objeto das reflexões Oscar Dias Corrêa: “*Nossa preocupação a enumerar fatigantemente, repetindo o conhecido, a linha evolutiva da competência do Supremo Tribunal Federal, desde sua criação, foi precisamente salientar que essa criação teve o claro e inofismável propósito de instituir um Tribunal Constitucional que, à moda da Suprema Corte norte-americana, fosse o guardião das garantias constitucionais, isto é, árbitro superior e soberano dos direitos do cidadão em face do Estado, como dos deste em defesa do bem comum*” (CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 21-22).

⁵⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012, pp. 94-95.

⁵⁸⁵ “*Nas últimas décadas, desde o advento da Constituição de 1988, o STF vem se afirmando como verdadeira*

alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada”⁵⁸⁶, o que já era apontado, em 1985, por José Afonso da Silva.⁵⁸⁷

Oscar Vilhena Vieira ressalta que o STF congrega três funções em uma única instituição: o papel de tribunal constitucional; foro judicial especializado e tribunal de apelação de última instância recursal.⁵⁸⁸ Na mesma direção, estudo promovido pela Fundação Getúlio Vargas, ao tratar do número de processos no STF, divide o Tribunal em três categorias ou *personas*: (i) Corte Recursal⁵⁸⁹, (ii) Corte Ordinária⁵⁹⁰ e (iii) Corte Constitucional. Essa complexidade institucional que acomete o STF, tem sido objeto de críticas. Dalmo Dallari, por exemplo, após retratar a tentativa frustrada de transformar o Tribunal em uma Corte Constitucional, salienta que o excesso de competências do Tribunal, tem gerado uma queda na qualidade de seus trabalhos – sobretudo, no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade – que só poderia ser sanada por duas vias: o aumento do número de juízes ou a redução das competências da Corte. No entanto, segundo ele, entre os próprios ministros da Corte haveria predileção por uma terceira via, representada pela tentativa de reduzir o número de recursos que podem alcançar a Corte, a exemplo da solução estadunidense, consagrada pelos *Judiciary Acts* de 1891, 1925 e pelo *Supreme Court Case Selections Act* de 1988. Essa tentativa, segundo o professor, estaria fadada ao fracasso pelas próprias circunstâncias culturais e institucionais que diferenciam as duas experiências constitucionais.⁵⁹¹

Em suma, o STF é uma “corte híbrida” que possui e exerce tanto funções de Corte

Corte Constitucional. (...) Ao decidir casos relevantes, com responsabilidade e transparência, o Supremo Tribunal Federal passa a se consolidar como instituição vital à democracia.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 20.02.2013).

⁵⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89.

⁵⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e jurisdição*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 60/61, jan./jul. 1985, p. 517.

⁵⁸⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). “Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp 489-493.

⁵⁸⁹ A essa categoria correspondem, sobretudo, o controle de constitucionalidade concreto em sede de recurso, feito por via de agravo de instrumento e de recurso extraordinário.

⁵⁹⁰ Nessa categoria foram encaixados todas as classes processuais que não se adequassem em nenhuma das outras duas categorias, incluindo, por exemplo, as competências originárias do Tribunal.

⁵⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva. 1996, pp. 109-112.

Constitucional como de Suprema Corte. Reconhecer que o Tribunal é uma instituição híbrida é essencial para a definição de uma dogmática adequada à interpretação e aplicação da Constituição.

10 CONCLUSÃO PARCIAL

“(…) a democracia brasileira teria funcionado de modo ainda mais defeituoso sem o símbolo do Supremo Tribunal Federal e de sua capacidade de encarnar, em determinados momentos, o que existe de melhor na consciência nacional. (...) ele mantém viva a esperança de que os abusos de poder, ainda quando não corrigidos nos momentos de ditadura, de grande conturbação política, o poderão ser quando restaurado o pleno regime legal.”⁵⁹²

A história institucional do STF não foi fácil. O Tribunal vivenciou intensa e amargamente cada uma das crises institucionais brasileiras, tendo sido várias vezes tolhido em suas tímidas tentativas de aplicar e defender a ordem constitucional vigente. Inúmeros foram os instrumentos utilizados para submetê-lo à vontade dos donos do poder, incluindo-se desde aposentadorias compulsórias para ministros que de alguma forma desagradassem os governos do momento, até ameaças veladas ou explícitas à sua autonomia e à liberdade de seus membros.⁵⁹³ O Supremo, durante a maior parte de sua vida, teve muito pouco – ou quase nada – de supremacia. Nas palavras de Emília Costa:

Em um país onde as sublevações e os golpes de Estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; (...) é de se esperar que essa Corte [STF] funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional. Sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências, o Supremo Tribunal Federal é, ao mesmo tempo, agente e paciente dessa história.⁵⁹⁴

Assim, em linha semelhante à defendida por Rodrigo Brandão,⁵⁹⁵ para quem até 1988 não havia ambiente político ou institucional no Brasil para falar-se em ascensão do Poder Judiciário ou Supremacia Judicial, entendemos que a Corte não desempenhava de forma

⁵⁹² RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 6.

⁵⁹³ “De responsável pela defesa da Constituição e da democracia, [o STF] transformou-se, muitas vezes, em uma seção – subalterna – dos interesses do Executivo. As exceções acabaram sendo punidas com a aposentadoria dos ministros ‘rebeldes’ e com a complacência dos pares.” (VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011, p. 131).

⁵⁹⁴ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 23.

⁵⁹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 89 e ss.

adequada, atribuições próprias de uma Corte Constitucional. Essa dificuldade histórica acabou marcando, até o presente, a visão que o Tribunal tem de si próprio e de como sua atuação deve se pautar. A falta de estabilidade política, essencial para o funcionamento de uma Corte Constitucional, levou o STF a ter como principal garantia de sua autonomia e prestígio político, sua atuação como órgão de cúpula do Poder Judiciário – exercendo a última palavra, ao menos, no “varejo das miudezas” de suas competências recursais e ordinárias. Tal perspectiva, fundada na experiência histórica da Corte, influenciou intensamente a atuação dos ministros durante a Assembleia Constituinte. É que, ao longo da história brasileira, o papel de árbitro das disputas políticas dos conflitos institucionais coube, em grande medida, às Forças Armadas. Em algumas épocas, esse papel coube ao Congresso Nacional e só a partir de 1988 foi atribuído efetivamente ao STF.

Contudo, apesar de sua relativa impotência diante dos poderes *de facto*, o Tribunal, muitas vezes, serviu como uma espécie de freio às práticas autoritárias, inibindo certos desvios e protegendo, no limite de suas capacidades políticas, direitos ameaçados pelos desvarios dos autoritarismos da hora. Aproveitando-se de um fenômeno que Anthony Pereira identificou como “legalidade autoritária”⁵⁹⁶, por meio do qual poderes ditatoriais buscam respeitar, minimamente, as instituições existentes no intuito de alcançar um verniz de legalidade, o STF atuou como fiador da “normalidade da vida livre”. Nessa direção, é a opinião de Oscar Dias Corrêa:

O Supremo Tribunal Federal é a mais nobre instituição republicana e a ele deve o país muito da continuidade de sua vida democrática e das conquistas de sua cidadania: mesmo nos momentos mais graves, quando a liberdade foi abolida, a Corte, muitas vezes jungida ao dever de respeitar e aplicar textos que o poder da hora decretara, não deixou nunca de se constituir em escudo protetor da normalidade da vida livre, assegurando direitos ameaçados ou postergados, e ainda nos piores momentos, sua existência e presença foi um inibidor de abusos e desvios que, de outra forma, teriam chegado ao paroxismo da radicalização.⁵⁹⁷

Em outras palavras, mesmo nas piores circunstâncias políticas possíveis, o STF atuou, de alguma maneira, como um protetor, mesmo tímido, de direitos fundamentais. E, ainda que em algumas situações específicas suas opções não tenham sido as melhores possíveis, em certo grau, sua existência amenizou períodos de grande calamidade política. Nessa direção é que as

⁵⁹⁶ PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. pp. 283-296.

⁵⁹⁷ CORRÊA, Oscar Dias. *Como se fosse prefácio*. In: RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV – Volume 1 / 1930-1963 Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 10-11.

diversas alterações na estrutura e no funcionamento da Corte devem ser compreendidas. As opções por uma forma de deliberação ou outra estiveram, intrinsecamente, ligadas com as necessidades políticas de um “poder desempoderado” diante das circunstâncias fáticas da vida política brasileira.

A realidade presente, no entanto, é completamente diferente, como ficou demonstrado no último capítulo. Se antes o STF não gozava de força política e era um “outro desconhecido” para a opinião pública brasileira, hoje, o Tribunal vive um processo de ascensão institucional e política, que faz dele um importante depositário da fé popular nas instituições.⁵⁹⁸ Se a discussão doutrinária, anteriormente, girava em torno da falta de independência e autonomia da Corte, atualmente, a discussão envolve a postura excessivamente ativista diante da vida política nacional. De acordo com Emília Costa, “[o] Supremo está hoje mais poderoso do que nunca, os ministros, mais próximos da sociedade brasileira do que jamais estiveram e, por isso mesmo, mais representativos do povo brasileiro em geral.”⁵⁹⁹

Essa mudança nas circunstâncias políticas e institucionais não foram acompanhadas, entretanto, de uma necessária evolução no modelo de deliberação e no funcionamento da Corte. O Tribunal, sobretudo na última quadra, não soube se adequar às suas novas funções. Ele está à beira do abismo da disfuncionalidade. Se antes sua atuação como órgão de cúpula do Poder Judiciário, servia como um instrumento para proteção de direitos, hoje, o número excessivo de competências recursais e ordinárias impede que a Corte proteja direitos e obstrui seus canais de acesso para os sujeitos que realmente necessitam de sua proteção. Em suma, a estrutura existente prestigia muito mais o papel de Suprema Corte do que o de Corte Constitucional do STF. Além disso, há aspectos claramente ineficientes que não se justificam diante de um escrutínio lógico. A próxima parte do trabalho se concentrará, justamente, na análise crítica dos aspectos disfuncionais e no descompasso existente entre os modelos de deliberação e de funcionamento da Corte e sua nova realidade institucional e política.

⁵⁹⁸ TOLEDO, José Roberto; BRAMATTI, Daniel. *Brasileiro confia mais no Supremo do que no Congresso, diz pesquisa do Ibope*. In: o Estado de S. Paulo. Publicado em 24.12.2012. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,brasileiro-confia-mais-no-supremo-do-que-no-congresso-diz-pesquisa-ibope-imp-,977294>. Acesso em 06.06.2015.

⁵⁹⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 19. Em recente artigo, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que o Supremo Tribunal Federal também tem “uma função representativa, pela qual atende a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário.” (BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Mimeo, 2014, p. 38).

3ª PARTE: RACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. PROPOSTAS PARA MELHORAR O FUNCIONAMENTO E O PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DO STF

1 INTRODUÇÃO

Como visto anteriormente, o STF enfrentou ao longo de sua história inúmeros percalços e dificuldades que comprometeram o seu adequado funcionamento. O Tribunal, no entanto, evoluiu em diversos aspectos. Mas ainda há muito o que melhorar. Até mesmo porque há novos desafios à frente. Desafios estes que têm origens internas e decorrem de uma certa incompreensão da comunidade jurídica em geral e do próprio STF a respeito do papel reservado à Suprema Corte brasileira no constitucionalismo contemporâneo.

O que parece claro, da análise da segunda parte do trabalho, é que, por mais que se reforme a Constituição ou as leis ordinárias para tentar melhorar o funcionamento da Corte, esses problemas persistirão no STF, a menos que seus ministros repensem o papel que a Corte deve desempenhar no Brasil, enquanto instância deliberativa que deve formar consensos claros. O que se propõe, é que o Tribunal se reinvente como colegiado.⁶⁰⁰ E para isso, ele não depende do Parlamento.

O STF precisa mudar sua postura. E isso passa por um permanente movimento – da comunidade jurídica em geral e dos ministros em particular – de discussão e rediscussão do papel da instituição. É fundamental, nesse sentido, colocar em perspectiva a racionalidade do funcionamento e do processo de deliberação adotados pelo Supremo. A redução da carga excessiva de trabalho a que os ministros do STF estão sujeitos passa, necessariamente, pela discussão de formas de aprimoramento dessas dimensões, bem assim de meios de valorização das decisões da Corte.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Onze Ilhas*. In: Folha de S. Paulo. Publicado em 01.02.2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em 18/05/2014.

⁶⁰¹ Endossamos e aderimos, pois, à posição do Ministro Luís Roberto Barroso: “(...) nenhuma linha do que estarei dizendo importa crítica ao que se fez até aqui. O país está construindo as suas instituições e, portanto, precisamos de reflexão permanente para aprimorá-las.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Mimeo, p. 3. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 03.09.2014.

É esse o objetivo central desta tese. Apresentar propostas concretas que permitam a racionalização da Jurisdição Constitucional. Propostas que sejam aptas a melhorar não só o funcionamento da Corte, como também o seu processo de deliberação e a formação de consensos. Como dito anteriormente, trata-se de uma demanda do próprio Estado de Direito, que pressupõe que o direito vigente – e os precedentes vinculantes nada mais são que normas jurídicas – seja claro e que seja fruto de uma deliberação adequada, num *devido processo deliberativo*.

Como se notará, as sugestões feitas dependem apenas dos 11 ministros. Que eles modifiquem posicionamentos, interpretações e suas próprias normas procedimentais. É o que se passa a expor.

2 MUDANÇAS INTERPRETATIVAS

O Poder Judiciário possui relativa margem constitucional para se *redesenhar*, se *redefinir*, se *reinventar*, sem a necessidade de alterações constitucionais ou legais. Com efeito, por meio do processo de *interpretação jurídica*, o Poder Judiciário tem capacidade para readequar suas funções e redefinir seu papel frente aos demais poderes da República.

Se hoje o Poder Judiciário é protagonista em um processo de crescente atuação e interferência na esfera de atribuições dos outros Poderes – o que se tem chamado de ativismo judicial –, é porque ele resolveu, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, rever sua atuação. Tal processo, obviamente, não tem sido linear, não é necessariamente consciente, tampouco imune a críticas. Mas a verdade é que o Supremo de 1988 não é – em nada – semelhante ao STF de 2014/2015. O Tribunal evoluiu; modificou-se; delimitou para si novos papéis e novas funções. Deixou de ser coadjuvante para tornar-se protagonista; avançou e retrocedeu em matérias, de acordo com as circunstâncias que se apresentavam. E o fez, quase sempre, sem a necessidade de alterações constitucionais.

Dentro dessa relativa margem de liberdade que o Poder Judiciário possui, é fundamental que o Supremo repense diversos aspectos de seu funcionamento e de seu processo de deliberação, que poderiam ser melhorados, otimizados e aperfeiçoados por sua própria iniciativa, isto é, sem alterações constitucionais ou legislativas. Nos itens que se seguem detalharemos algumas propostas que são, em nossa visão, prementes para a melhoria do funcionamento e do processo de deliberação da Corte, e que podem ser implementadas prontamente. Algumas demandam revisão de axiomas e dogmas assentados no conhecimento jurídico, que foram plasmados em um momento anterior ao advento do constitucionalismo contemporâneo e que, por isso mesmo, precisam ser relidos à luz dessa nova realidade. Outras, dependem exclusivamente de mudanças culturais e de reformas regimentais.

2.1. O STF tem discricionariedade para escolher os REs que deseja julgar

Como se viu, adoção da repercussão geral diminuiu o número de recursos julgados pelo STF. O volume de trabalho dos ministros, contudo, não se reduziu da forma esperada.

Embora o número de recursos extraordinários venha caindo ano a ano, isso ainda não se deu de forma significativa ou suficiente para aliviar a sobrecarga do STF.⁶⁰² É importante, portanto, avaliar alternativas adicionais, que permitam a racionalização das atividades do STF. Uma das medidas de que se cogita diz respeito à possibilidade de o STF escolher os REs que pretenda julgar, mesmo quando reconhecida a repercussão geral da questão constitucional. Isto é, um poder de escolha de julgamento, o que, a nosso juízo, é compatível com a Constituição e não traz dificuldades frente ao princípio do acesso à justiça. É o que se passa a demonstrar.

2.1.1. A natureza principiológica da inafastabilidade do controle jurisdicional

Os juristas costumam referir-se à inafastabilidade do controle jurisdicional como um princípio,⁶⁰³ muito embora o façam sem maiores desenvolvimentos teóricos e sem tecer qualquer consideração a respeito das consequências decorrentes desse enquadramento.⁶⁰⁴

⁶⁰² “A repercussão geral reduziu o acervo, de 100 mil para 40 mil processos em três anos. Hoje, o tribunal tem 67 mil casos para resolver.” Cf. “Diante possibilidade de inviabilização, Barroso pede revolução para STF”. In: Anuário da Justiça Brasil 2014. Republicado no Conjur em 21.06.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014jun21/Diantepossibilidadeinviabilizacaoministroreolucaostf>. Acesso em 20.07.2014.

⁶⁰³ Veja-se, por todos, Frederico Widson da Silva Dantas: “(...) *pode-se qualificar o princípio da inafastabilidade como um princípio jurídico constitucional, de natureza processual, que constitui uma das derivações diretas do princípio geral do devido processo legal, notadamente no seu aspecto procedimental (procedural due process), consubstanciando uma das mais importantes garantias constitucionais do processo.*” DANTAS, Frederico Widson da Silva. *O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial*. Revista ESMAFE, v. 17,., pp. 83-114.

⁶⁰⁴ As teorias sobre as distinções entre regras e princípios podem ser reunidas em três grupos: (i) teorias que propõem uma distinção forte, que buscam demonstrar que princípios e regras possuem estruturas lógicas e forma de aplicação diversas. São expoentes destas teorias Ronald Dworkin e Robert Alexy; (ii) teorias que propõem uma distinção fraca, que tentam evidenciar que a diferença entre regras e princípios não é qualitativa, mas de grau. Essa é a posição defendida, por exemplo, por Joseph Raz; e (iii) teorias que negam a possibilidade de distinção entre as duas categorias normativas, seja por considerarem que regras e princípios possuem estruturas deontológicas idênticas, seja por entenderem que o grau de semelhança entre elas é tão grande que a diferenciação é praticamente impossível. Essa é a tese de Aulis Aarnio. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30-32. Para uma análise mais detalhada do tema, veja-se, dentre muitos, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 40 e ss. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 167 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: “Temas de Direito Constitucional”, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-59. SANCHÍS, Luis Prieto. *Diez argumentos a*

Como é assente na doutrina, dois aspectos singularizam princípios e regras: (i) a distinção entre direitos definitivos e direitos *prima facie*;⁶⁰⁵ e (ii) a ideia de que os princípios jurídicos são mandados de otimização, que podem ser realizados em maior ou menor grau, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no momento de sua aplicação, embora, em condições ideais, devam ser aplicados em sua extensão máxima.⁶⁰⁶

Segundo Robert Alexy, a diferença entre essas normas aparece com maior clareza no caso das chamadas colisões de princípios e dos conflitos entre regras. Enquanto um conflito entre regras somente pode ser resolvido por meio (i) de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou (ii) pela declaração da invalidade de uma delas, nas colisões entre princípios, muito embora um deles tenha de ceder, isso não significa que o outro princípio seja inválido ou que haja necessidade de se impor uma cláusula de exceção. No caso das colisões de princípios, um deles terá precedência em face do outro, sob determinadas condições, a depender de seu peso. Desse modo, “*conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios (...) ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso*”⁶⁰⁷. Dworkin, por sua vez, aponta que as regras se aplicam em um modelo de “tudo ou nada”, enquanto os princípios possuem uma “dimensão de peso”.⁶⁰⁸

Por essas razões, a doutrina sustenta que os direitos fundamentais são positivados, na maioria das vezes, por meio de princípios, e não de regras. Essa é a visão esposada por Jane Reis, ao tratar da questão relativa às restrições a direitos fundamentais. Segundo a autora, é

propósito de los principios. In: “Ley, principios, derechos”. Madrid: Dykinson, 1998, p. 47-68; e DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁶⁰⁵ Conforme enfatiza Virgílio Afonso da Silva: “o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. (...) Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. (...) No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial.” SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: a. 1, n.º. 4, out./dez., 2006, p. 27.

⁶⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: a. 1, n.º. 4, out./dez., 2006, p. 27.

⁶⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 91 e ss.

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. 3ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 25 e seguintes.

possível inferir uma “cláusula geral de liberdade” de nossa Carta Magna, cujo conteúdo elevaria a critério hermenêutico a percepção de que toda ação estatal que imponha comandos ou proibições configura uma limitação a direitos fundamentais. Com isso, Jane Reis interpreta tais comandos como princípios sujeitos à conformação e a restrição, o que seria impossível caso os mesmos fossem tratados como regras. Para ela, o caráter dialético do texto da Constituição de 1988, somado às normas extraídas dos art. 5º, *caput* e II, que dão lastro à cláusula geral de liberdade, não permitiriam outra interpretação.⁶⁰⁹

Observe-se, ainda, que, embora o enunciado do art. 5º, XXXV, da Constituição esteja redigido em termos categóricos, esse fato não autoriza a conclusão de que se estaria diante de uma regra, e não de um princípio. É importante não confundir dispositivos (ou enunciados) com as normas de direitos fundamentais.⁶¹⁰ O enunciado do art. 5º, XXXV, da CRFB não garante aos particulares o direito de reivindicar, perante o Poder Judiciário, em qualquer nível de jurisdição, a proteção a todo e qualquer problema que tenham. Também não impõe deveres *definitivos* de atuação ao Estado. Estabelece direitos e garantias *prima facie*, que podem ceder à luz de outros direitos fundamentais. Isso significa que o Poder Judiciário só está obrigado a atuar em circunstâncias específicas. Tanto que se exige o preenchimento de determinadas condições para o exercício do direito de ação. E isso não viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

⁶⁰⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Aspectos Gerais sobre a Restrição de Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=janereis>. Acesso em 01.10.2014. Na mesma linha: “(...) a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*. Como visto (...), o suporte fático dessa norma – que tem a estrutura de princípio – é o mais amplo possível. Isso implica, entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas constituem, portanto, as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: a. 1, nº. 4, out./dez., 2006, p. 39). Em sentido ligeiramente diverso, Gilmar Mendes salienta que “no âmbito dos direitos fundamentais, (...), normas que configuram princípios são mais frequentes.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274).

⁶¹⁰ É o que salienta, com acerto, Oscar Vilhena Vieira: “As Constituições são compostas por dispositivos com pretensão prescritiva, ou seja, enunciados que pretendem determinar condutas. Não devemos confundir estes dispositivos ou enunciados com as próprias normas de direitos fundamentais, como nos alerta Alexy. Quando lemos o enunciado do art. 5º, IV, da CF – ‘é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato’ - devemos tentar compreender qual é a prescrição derivada desse enunciado, ou seja, qual a proibição ou obrigação prescrita pelo enunciado. Assim, poderíamos dizer que a norma expressa por esse enunciado é que ‘o Estado encontra-se proibido de impedir alguém de manifestar seu pensamento’, ou que ‘as pessoas encontram-se autorizadas a manifestar seu pensamento sem que sejam censuradas pelo Estado’. O elemento normativo (proibição, autorização ou obrigação) nem sempre se encontra claro no enunciado. Isso ocorre com grande incidência na esfera dos direitos fundamentais.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52-53).

Por trás de seus termos categóricos, o art. 5º, XXXV, da Constituição busca proibir que o Estado-Juiz se abstenha de decidir a generalidade das questões que lhe são submetidas. Mas isso não significa que ele deva, necessariamente, decidir todas as questões, substituindo-se à vontade das partes, ou que as partes tenham direito a ter sua pretensão analisada por mais do que um grau de jurisdição. Há questões que não estão sujeitas a intervenção judicial (questões políticas, por exemplo) e outras em relação às quais as partes podem dispor como bem entenderem (em diversas matérias patrimoniais, v.g.) e, inclusive, recorrer a métodos alternativos de solução de conflitos, que não admitem recurso. A arbitragem, a qual foi reconhecida como constitucional pelo STF é um grande exemplo disso.⁶¹¹

Em síntese, a intervenção judicial é obrigatória de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes. A inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser assegurada tanto quanto possível, mas pode ceder a outros valores (como autonomia da vontade, por exemplo, no caso da arbitragem) igualmente fundamentais. Isso significa que a garantia tem natureza principiológica. Em razão disso, a proteção conferida, *prima facie*, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, deve incidir *verticalmente*, com mais força e vinculação nos primeiros graus de jurisdição, nas instâncias ordinárias, e com menor força perante as instâncias superiores. O núcleo essencial do princípio –que ostenta a característica de regra e é, por essa razão, imponderável – situa-se perante o juiz natural da causa. E isso se dá, via de regra, perante o primeiro grau de jurisdição.⁶¹² Já o seu halo mais externo, o qual é, por sua natureza, ponderável, identifica-se com os Tribunais Superiores. Por isso, a incidência do princípio impõe distintos níveis de concretização.

Tal conclusão parece inevitável diante das realidades jurídica e judiciária que se apresentam e dos próprios paradigmas da Teoria do Direito. O princípio da inafastabilidade deve garantir, em seu núcleo, que o cidadão tenha direito a buscar proteção judicial, recebendo em troca uma resposta fundamentada do Judiciário sobre a procedência ou não de seu pedido.⁶¹³

⁶¹¹ V. STF, SE 5.206-Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001.

⁶¹² O mesmo raciocínio se aplica aos casos em que a Constituição estabeleceu competência originária de um tribunal. Nessa hipótese, a lei não poderá afastar a apreciação da matéria e não será admissível juízo de *non liquet*. O argumento não se aplica aos processos objetivos, mas, apenas, aos processos subjetivos.

⁶¹³ Eventual defesa de que o princípio deva ser concretizado de igual maneira em todas as esferas do Judiciário ou em todas as etapas do processo conduziria a duas conclusões danosas e insustentáveis: (i) permitiria que a pretensão de uma pessoa fosse ignorada desde o início pelo juiz natural, que estaria apto a ponderar a inafastabilidade do controle jurisdicional desde o primeiro ato processual, violando o que aqui se defendeu ser o núcleo essencial da norma; e (ii) conduziria à conclusão de que não cabe aos tribunais ou ao legislador impor limites à inafastabilidade jurisdicional, com o que se estaria a tratar da norma como regra, e não como princípio. Essa hipótese está em

2.1.2. Momento da ponderação

Conforme demonstrado, a inafastabilidade é princípio constitucional, que possui uma dimensão de peso. Em vista disso, faz-se necessário reconhecer que ela pode ser ponderada com outros princípios, quando entrem em rota de colisão. Nesse sentido, a inafastabilidade do Poder Judiciário deve ser objeto de ponderação, legislativa e judicial: (i) na fase recursal, por já ter havido resposta prévia do Judiciário à pretensão do jurisdicionado; e (ii) nos processos objetivos, em que não há propriamente partes e pretensões subjetivas a serem decididas pelo Judiciário. No campo de atuação do juiz natural a inafastabilidade gera, como regra, uma obrigação de decidir o caso. Tal obrigação não existe na esfera recursal, nem em processos objetivos – como o de controle de constitucionalidade de natureza abstrata – na medida em que essas situações encontram-se no halo externo do princípio e podem ser ponderadas tanto pelo legislador quanto pelo Judiciário.

Assim, é possível sustentar que o STF pode, em certa medida, escolher o que deseja julgar. Do contrário, sequer existiria a repercussão geral. Mas propomos que se vá além. O reconhecimento da existência de repercussão geral não impõe que o RE seja julgado no mérito. Há outros fatores que poderão levar a Corte a não julgá-lo. É o que se demonstrará mais adiante, quando analisarmos a questão relativa à legitimidade de juízos de *non liquet*. Por ora é importante assentar que, embora todas as pessoas tenham o direito fundamental de buscar o Judiciário para obter uma resposta às suas pretensões, isso não significa que elas tenham o direito de recorrer a todas as instâncias judiciais.⁶¹⁴

flagrante contradição com as condições fáticas de existência do Judiciário brasileiro – possuidor de taxas de congestionamento e de possibilidades recursais excessivas – e com a própria percepção da inafastabilidade enquanto princípio.

⁶¹⁴ “(...) o inciso III do art. 102 da Constituição Federal disciplina a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal. (...) São justificáveis eventuais restrições ao processamento e julgamento destes recursos, que são, por isto mesmo, extraordinários. É que neles o reexame das decisões a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal tem como finalidade primeira a uniformização da interpretação e aplicação do direito constitucional federal em todo o território brasileiro e não como se dá quando o mesmo Tribunal atua no exercício das demais competências (...) como primeiro ou segundo grau de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal, nestes casos, atua como verdadeiro órgão de sobreposição dos demais órgãos jurisdicionais no que diz respeito ao exame da Constituição Federal.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*, Vol. 1, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187).

2.1.3. A proibição de juízos de *non liquet*

A proibição do *non liquet* é um axioma raramente contestado ou debatido no Direito brasileiro. Entre nós, costuma-se apontar fundamentos constitucionais e legais para justificar a restrição. Ela decorreria, no âmbito constitucional, do disposto no art. 5º, XXXV, que garante o acesso à Justiça. Mas também encontraria respaldo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶¹⁵ e no CPC. Com efeito, o art. 4º da Lei de Introdução estabelece que, “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*” Já o art. 126 do CPC/1973 prescreve que “*o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*”⁶¹⁶

Desse conjunto de dispositivos⁶¹⁷ a doutrina extrai a conclusão de que o magistrado não pode esquivar-se de julgar uma causa sob a alegação de que não há comando legal a reger a situação concreta que lhe foi submetida ou porque tem dúvidas a respeito de quem deve sair vitorioso da demanda, sem analisar, em maior profundidade, o acerto ou equívoco dessa conclusão. A jurisprudência tem trilhado a mesma diretriz. O STJ e o STF reiteradamente afirmam a proibição de juízos de *non liquet*.⁶¹⁸

⁶¹⁵ Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação da Lei nº 12.376/2010.

⁶¹⁶ O novo CPC estabelece, em seu art. 140, regra análoga a do art. 126 do CPC/1973.

⁶¹⁷ Frederico Widson da Silva Dantas enumera, ainda, outros dispositivos infraconstitucionais que corroborariam a proibição de *non liquet*: arts. 127 e 1.109 do CPC; art. 8º da CLT (Decreto-lei nº 5.452/42); art. 108 do CTN (Lei nº 5.172/1966) e art. 7º do CDC (Lei nº 8.078/90). Cf. DANTAS, Frederico Widson da Silva. *O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial*. In: Revista EMASFE - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, nº 17, p. 83-114, 2008.

⁶¹⁸ Da jurisprudência do STF colhe-se trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto no qual se consignou que: “*se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de non liquet, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*” (STF, HC nº 91.352, Rel. Min. Menezes Direito, Pleno, j. em 28.02.2008, DJe-070). No mesmo sentido, veja-se: HC 91.041, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. em 05.06.2007, DJe-082; RE nº 377040, Rel. Min. Moreira Alves, j. 28.03.2003, DJ 12.05.2003; HC 93443, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 29.04.2008, DJe-117. No STJ, veja-se, dentre outros,

Dentre os fundamentos para essa restrição, alega-se que a proibição é importante para resguardar o sistema jurídico do colapso. Aduz-se que, para que seja possível viver em sociedade, é preciso que o Estado disponha de instrumentos jurídicos para pacificação social. Sustenta-se, ainda, que, a partir do momento que o Estado proibiu o exercício da autotutela, assumiu o dever de prestar a jurisdição em toda e qualquer hipótese.⁶¹⁹ Nesse sentido, se o juiz pudesse deixar de decidir, os conflitos sociais não seriam solucionados e a própria configuração do Estado restaria comprometida.⁶²⁰ Tal orientação, ademais, encontra-se arraigada na cultura jurídica brasileira⁶²¹ e mundial.⁶²²

A proibição de juízos de *non liquet* exerce, efetivamente, um importante papel. Isso é especialmente verdadeiro nas sociedades contemporâneas, marcadas por desacordos morais e pela constante submissão de casos difíceis ao Poder Judiciário. De fato, se o juiz pudesse se eximir de julgar os casos difíceis⁶²³ ou as questões em que estivesse em dúvida, não seria possível viver em comunidade.⁶²⁴ Muitas questões restariam sem solução, o que poderia

o REsp 840.690/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 19/08/2010, DJe 28/09/2010).

⁶¹⁹ “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, (...). A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 431).

⁶²⁰LIMA, George Marmelstein. *O Asno de Buridano, o Non Liquet e as Katchangas*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em 10.03.2012.

⁶²¹ A Constituição brasileira de 1934 expressamente estabelecia, no art. 113, 37, o seguinte: “37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.”

⁶²² Diversos países consagraram, em textos normativos, a ideia de vedação ao *non liquet*. Dentre outros, há vedações no Código Civil Espanhol; no Código Civil Argentino; no Código Civil Italiano; na Constituição Chilena; no Código Civil Português; e no Código de Processo Civil Alemão.

⁶²³ É importante notar que toda discussão em torno dos casos difíceis – e da necessidade de definição de critérios para sua solução – pressupõe a ideia de indeclinabilidade do controle jurisdicional. De fato, se o juiz pudesse deixar de apreciar tais casos, não faria sentido discutir discricionariedade judicial (Herbert Hart) e completude do ordenamento jurídico (Ronald Dworkin). HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; e, por todas as obras, DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. 3ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁶²⁴ Interessante crítica é desenvolvida por George Marmelstein. Para o referido juiz federal, “uma das principais causas da tradicional arrogância e empáfia de muitos juízes decorre, em alguma medida, dessa obrigação a eles imposta de terem que decidir tudo, de não poderem demonstrar ou confessar ignorância. A proibição ‘non liquet’

comprometer a paz e o convívio social. Nada obstante isso, não vislumbramos a existência de vedação constitucional ou legal absoluta à prática do *non liquet*. Ao contrário. Como se verá adiante, em algumas circunstâncias e situações específicas, a decisão de não decidir pode se mostrar legítima e constitucional.

2.1.4. O mito e a realidade: alguns exemplos de decisões de *non liquet* atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro

Embora os Tribunais defendam, em sua jurisprudência, a existência de uma proibição de juízos de *non liquet*, não há como negar que o ordenamento jurídico brasileiro já admite, em certa medida, decisões desse tipo. Isso se dá, por exemplo, quando o STF determina a aplicação do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 às ADIs, postergando, *indefinidamente*, a análise de pedidos de medidas liminares. Não há dúvidas, também, de que a EC nº 45/2004 autorizou uma específica forma de *non liquet* quando permitiu que o STF deixe de apreciar casos em que não vislumbre a existência de repercussão geral da questão constitucional. A exigência de demonstração da repercussão geral para a admissão de REs institucionalizou nova forma de *non liquet*, ao permitir que o Tribunal deixe de julgar casos cuja eventual violação à Constituição, ainda que existente, seja de *menor repercussão* para a sociedade ou incapaz de abalar a força normativa e a efetividade do Texto Constitucional. Em tais casos buscou-se promover a razoável duração do processo, em detrimento da inafastabilidade do controle jurisdicional, em linha com a tendência adotada na maior parte das Cortes Constitucionais do mundo.

Também se vislumbra autorização para juízos de *non liquet* em razão do advento da Lei nº 12.016/2009. Afinal, o art. 5º do referido diploma *condiciona* a impetração de mandado de segurança – o que configura verdadeira condição da ação – à impossibilidade de interposição, no âmbito administrativo, de recurso dotado de efeito suspensivo.⁶²⁵ Em outras palavras, desde

não abre espaço para que os juízes exercitem a humildade intelectual. Em consequência, muitas vezes, o juiz, inconscientemente, transforma essa obrigação de julgar tudo em uma falsa crença de que sabe tudo e que é, portanto, capaz de ser o senhor onipresente e onisciente da verdade e da justiça.” LIMA, George Marmelstein. *O Asno de Buridano, o Non Liqueet e as Katchangas*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liqueet-e-as-katchangas/>. Acesso em 10.03.2012.

⁶²⁵ “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; (...)”.

que o recurso administrativo tenha efeito suspensivo, enquanto não esgotadas as possibilidades de discussão da questão naquele âmbito, o Poder Judiciário não poderá intervir para sanar ameaça de lesão a direito. Tal constatação evidencia a restrição ao direito de ação assegurado constitucionalmente, que pode ser encarada como legítima ou ilegítima. Em nossa visão, tal restrição é legítima, porque inserida em uma política legislativa que visa a evitar a sobrecarga desnecessária do Poder Judiciário, promovendo-se os princípios da eficiência e da razoável duração do processo.

O ordenamento jurídico autoriza, igualmente, o *non liquet* ações coletivas. As Leis da Ação Popular, da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor que, juntas, formam um microssistema de processo coletivo determinam que o juízo de primeiro grau julgue improcedente pedido formulado em ações desse tipo, por falta de provas. Tal possibilidade representa sensível mudança de compreensão no âmbito da jurisdição civil em relação ao princípio da verdade processual, em benefício de interesses coletivos e difusos.⁶²⁶

Em suma: o ordenamento jurídico brasileiro já admite, em certa medida, decisões de *non liquet*. Tal autorização, no entanto, deve ser excepcional, sob pena de se desnaturar a garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional assegurada no art. 5º, XXXV.

2.1.5. Juízos de *non liquet* legítimos

Como visto, nada indica que a Constituição vede juízos de *non liquet*. Na verdade, esse tipo de decisão será válida em certas circunstâncias, notadamente para ampliar o *diálogo institucional* e para permitir o amadurecimento de determinadas discussões sensíveis. Desse modo, há espaço para que o STF possa escolher as causas que deseja julgar.

⁶²⁶ Sobre o tema, veja-se a lição de Leonardo Greco: “O artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) estabelecem que, nos casos de improcedência por insuficiência de provas, essas sentenças não farão coisa julgada. É a coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A maioria da doutrina sustenta que essas sentenças - de improcedência por insuficiência de provas nas ações coletivas - apenas não fazem coisa julgada, mas, a meu ver elas sequer chegam a produzir o efeito declaratório em sentido inverso ao do fracassado acolhimento do respectivo pedido, que seria a certeza da inexistência do direito à prestação almejada para a tutela do interesse alegado. Assim, penso que, nas hipóteses de improcedência por insuficiência de provas, a sentença das ações coletivas constitui um verdadeiro *non liquet*, não formará coisa julgada e não produzirá qualquer efeito de direito material, isto é, não produzirá o efeito declaratório negativo típico das sentenças de improcedência.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 350-351).

Em nossa visão, juízos de *non liquet* são legítimos, via de regra (mas não exclusivamente), em processos *objetivos de controle de constitucionalidade*. Sim, porque, como esses processos não têm partes (no sentido técnico-jurídico), não há propriamente um interesse subjetivo que deva ser protegido. Os instrumentos processuais de controle objetivo e abstrato de constitucionalidade voltam-se, antes de tudo, à defesa da higidez da ordem jurídica e, apenas indiretamente, à proteção de direitos específicos de pessoas determinadas. E a ordem jurídica precisa reconhecer a possibilidade de suas instituições dialogarem. Nesse sentido, reconhecer a possibilidade de *non liquet* permite que o STF compartilhe com os outros poderes e com a própria sociedade o papel de intérprete da Constituição.

Decisões de *non liquet* são igualmente legítimas em *processos coletivos* e, em especial, naqueles em que se discuta a implementação de políticas públicas,⁶²⁷ na medida em que podem contribuir para mitigar as consequências negativas da excessiva judicialização da política.⁶²⁸ Muitas vezes o melhor que o Poder Judiciário pode fazer no que tange a uma determinada política pública para julgá-la é aguardar e acompanhar o processo de implantação, sem se imiscuir nesse processo.⁶²⁹ Tal decisão tem potencial para desenvolver um verdadeiro *diálogo institucional* entre os Poderes, fazendo com que o STF abdique de um modelo de supremacia do Judiciário e aceite que “(...) o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja o ‘supremo’,

⁶²⁷Tal posição, inclusive, não é de todo inédita no tratamento das relações entre Poder Judiciário e poderes políticos. Em matéria de políticas públicas, Ana Paula de Barcellos defende, por exemplo, ser razoável aguardar a conclusão de investigação levada a efeito pelo Tribunal de Contas competente acerca do atingimento ou não de metas fixadas para implantação de políticas públicas. Ainda que não seja esse o foco da argumentação da autora, pode-se dizer que ela sustenta uma autorrestrição, pelo Judiciário, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em respeito ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*), evitando que dois órgãos públicos gastem recursos de maneira redundante na avaliação dos critérios de implementação. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: nº 21, jan./dez., 2011, p. 155).

⁶²⁸A excessiva judicialização da política pode conduzir à deslegitimação dos outros Poderes, os quais foram eleitos democraticamente. Sobre judicialização da política, veja-se BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 12.03.2012. Veja-se, também, BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: Interesse Público 36:31, 2007, p. 31-61.

⁶²⁹A verdade é que os instrumentos processuais hoje disponíveis são insuficientes para lidar com a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. É preciso, nesse sentido, repensar as normas processuais de tal forma que seja possível: (i) ao Poder Judiciário não intervir inicialmente em uma política pública (realizando juízos de *non liquet*), para aguardar alguns resultados futuros, reservando-se a julgar a questão oportunamente, diante de elementos mais concretos; ou (ii) proferir decisões condicionais.

mas antes, que cada um contribua com suas capacidades institucionais.”⁶³⁰

É igualmente legítimo realizar juízos de *non liquet* provisórios quando as questões postas ainda não possam ser decididas, seja porque (i) não representam um consenso mínimo no seio da sociedade, seja porque (ii) uma manifestação definitiva da Corte subtrairia da esfera de deliberação pública questão polêmicas e multifacetadas, que merece maiores reflexões e debates por diversos atores sociais sobre suas consequências, implicações, vantagens e desvantagens. Em outras palavras, o *non liquet* pode ser uma forma de postergar a adoção de uma decisão definitiva. Trata-se, nesse contexto, de uma decisão que pode ser válida para casos complexos, que envolvam, v.g., desacordos morais profundos ou até mesmo insanáveis. Em casos como tais, o exercício de um *non liquet* provisório pode desempenhar importante papel no amadurecimento dos argumentos e na redução de posições radicais pela aceitação do debate e de posições majoritárias.⁶³¹

Filosoficamente, é de grande valia a posição de Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto. Ao descreverem o minimalismo judicial, corrente que sustenta que o Judiciário não deve se pronunciar além do que for necessário para resolver o caso e nem se enveredar em discussões filosóficas, os autores defendem que a assunção dessa teoria, embora não deva ser generalizada no caso brasileiro, pode alertar para os riscos de “*certa intoxicação do discurso jurisdicional por construções teóricas e filosóficas muito abrangentes e pretensiosas.*”⁶³² Assim, não é difícil defender que a adoção do *non liquet* por um tribunal de grande relevância política como o STF, seria um eficiente instrumento para a adoção de uma postura minimalista nos casos que ela seja conveniente.

Em suma: é legítimo que o STF escolha as causas que deseje decidir, mesmo quando atendidos os requisitos de admissibilidade previstos na Constituição. Ele não tem a última

⁶³⁰ Sobre diálogos institucionais, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 287.

⁶³¹ No contexto norte-americano, Cass Sunstein salienta que “*a denial of ‘certiorari’ might well be based on this understanding: perhaps it is premature for the Court to participate in a certain controversy. Perhaps the Court wants to receive more information, is so divided that it could not resolve the case in any event, or is attuned to strategic considerations stemming from the likelihood of destructively adverse public reactions. In all these situations, it may be prudent to wait. Of course a denial of certiorari reduces decision costs for the Court. It may reduce error costs as well, if the Court is not in good position to produce a judgment about which it has confidence, or if the Court thinks that additional discussion in lower courts and nonjudicial arenas, is likely to be productive.*” (SUNSTEIN, Cass R. *The Supreme Court, 1995 Term: Leaving Things Undecided*. Harvard Law Review, 1996, p. 51.

⁶³²SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 225-227.

palavra sobre o sentido da Constituição. Não decidir pode incentivar o diálogo e o amadurecimento de questões relevantes. A decisão sobre o que julgar perpassa outros fundamentos, além das condições da ação e dos requisitos de admissibilidade, que dizem respeito à conveniência e oportunidade de prolação de uma decisão, no mérito, sobre determinada matéria, em um determinado momento da história. Portanto, em nossa visão, o STF não deve defender uma jurisprudência defensiva, que é, em muitos aspectos, incoerente. Deve, isto sim, explicitar o entendimento de que pode escolher os recursos que deseja julgar.

2.1.6. O *non liquet* e o dever de fundamentação judicial (CRFB, art. 93, IX).

Por mais contraditório que possa parecer, decidir por não decidir exige um mínimo de fundamentação. Conquanto possa ser legítima, como se viu, a prolação de juízos de *non liquet*, sua validade está condicionada a um dever de fundamentação mínima por parte do julgador. Afinal, ao mesmo tempo em que impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais, o art. 93, IX, da Constituição assegura aos jurisdicionados um direito fundamental à obtenção de informações e esclarecimentos do Estado-juiz sobre o pedido por ele formulado.

O direito/dever de fundamentação das decisões judiciais é corolário dos direitos à informação, à segurança jurídica, ao devido processo legal em sua vertente substantiva e ao próprio Estado Democrático de Direito. Em um ambiente democrático, em que se reconheça a autonomia individual e a racionalidade das pessoas, a parte tem o direito de saber as razões e o itinerário lógico que levaram o magistrado a proferir decisão em determinado sentido. Ela tem o direito de compreender e o Estado o dever de explicar como e porque julgou de uma determinada forma o pedido que lhe foi submetido. Assim, mesmo para não decidir o magistrado deve se justificar.

2.1.7. Juízos de *non liquet*, repercussão geral e indisponibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade

Reconhecer a possibilidade de juízos de *non liquet* e a necessidade de fundamentação

mínima dessas decisões judiciais exige duas reflexões adicionais sobre repercussão geral e sobre a indisponibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Em relação à repercussão geral, tal conclusão parece, em uma primeira análise, incompatível com o art. 102, §3º, da Constituição, incluído pela EC 45/2004, a teor do qual “*no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.*” De fato, se a Constituição determina que o STF só pode negar a existência de repercussão geral por maioria qualificada (dois terços), isso significa – dirão alguns – que o Tribunal não tem liberdade – isto é, discricionariedade – para escolher o que deseja julgar. Estaria ele vinculado à decisão que reconhecesse a repercussão geral, obrigando-se, assim, a apreciar a questão. Essa leitura não nos parece correta.

A existência de repercussão geral é apenas um dos requisitos de admissibilidade do RE. É verdade que esse requisito foi constitucionalizado, mas isso não faz dele o único, nem o mais importante. O objetivo do constituinte reformador foi instituir um filtro para reduzir a sobrecarga de trabalho do STF. Mas essa inovação não anula a possibilidade de ponderação de princípios constitucionais, como a celeridade e a força normativa da Constituição. Para nós, mesmo reconhecendo a existência de repercussão geral, o Supremo pode deixar de julgar um RE. Não mais sob o fundamento de que a questão não é relevante para a sociedade. Mas sob algum dos fundamentos apontados anteriormente, no sentido de que (i) a discussão ainda não está suficiente madura ou (ii) que deva ser decidida por outra instância de Poder, em benefício das capacidades institucionais e da separação de poderes.

A segunda reflexão envolve a ideia corrente, em doutrina e jurisprudência, a respeito da indisponibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Como se sabe, o STF não admite a desistência dos pedidos (cautelares e finais) formulados. O fundamento desse entendimento é o de que essas ações têm por vocação a defesa da higidez da ordem constitucional, e não de interesses individuais disponíveis de seus titulares. Além disso, na qualidade de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CRFB), o Tribunal entende que, uma vez deflagrado o processo, é seu dever definir a correta interpretação a ser dada aos dispositivos da Constituição. Por essas razões, o STF se sente impelido a decidir todas as ações que lhe são submetidas.

Em nossa visão, é preciso revisar esse entendimento. Embora seja verdade que as ações de controle concentrado se destinam à proteção da ordem constitucional, isso não torna

imperativa o julgamento de todas elas. A Constituição não atribui ao STF a defesa *exclusiva* da Constituição, embora essa seja sua atribuição precípua.⁶³³ Realmente, por mais que o STF seja o principal guardião da Constituição, não se pode negar que os demais Poderes da República também têm o dever de zelar pelo respeito e observância do texto constitucional. Prova disso se colhe, *e.g.*, da redação dos arts. 78 e 85 da CRFB:

Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...).

Em nenhum momento o texto constitucional atribuiu o múnus de defesa da Constituição exclusivamente ao STF (ou ao Poder Judiciário), de modo que o Tribunal deve adotar uma postura de diálogo, consideração e respeito em relação a outras interpretações constitucionais possíveis, realizadas pelos demais poderes da República.⁶³⁴ Isso implica reconhecer que seu pronunciamento não é sempre indispensável. Assim, a desistência de eventual ação de controle concentrado de constitucionalidade pode justificar-se em razão de mudanças e acomodações sociais e de maiores reflexões dos agentes envolvidos sobre os impactos e as consequências das medidas questionadas. Diante disso, para que se justifique um pronunciamento do STF sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, o(s) legitimado(s) devem manifestar esse interesse. Nesse contexto, a desistência do pedido é possível, mas o STF deverá intimar, por edital, eventuais legitimados a esclarecerem se há justificativa para um pronunciamento da Corte. Não havendo manifestação, ou sendo ela negativa, o STF deve arquivar a ação, abstendo-se de decidir.

⁶³³ De acordo com o dicionário Michaelis On line, o verbete precípua tem o seguinte significado: “adj (lat praecipua) 1 Essencial, principal. 2 Diz-se dos bens que o herdeiro não é obrigado a trazer à colação. *sm Dir 1 Vantagem que um coerdeiro tem, por disposição testamentária ou legal. 2 Bens que se podiam tirar da terça para um coerdeiro, antes de ser dividida por todos os coerdeiros.*” Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=prec%EDpuo>.

⁶³⁴ Cf. MENDONÇA, Eduardo. *A Jurisdição Constitucional Como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático*. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 133-176.

2.2. Possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI por decisão monocrática do relator, fora dos períodos de recesso e férias.

Nos últimos anos tem-se acentuado uma nova tendência no âmbito do STF:⁶³⁵ a monocratização de decisões. Não se pode afirmar que o STF seja, hoje, tão somente um órgão de deliberação colegiada. Não é. Nem teria como ser. É impossível deliberar coletivamente sobre todos os processos que chegam ao Tribunal diariamente. Só em 2014, o Supremo recebeu 79.943 novos processos, que vieram a se somar aos 67.052 do acervo. Não haveria como decidir tudo de forma colegiada. Não há sequer como deliberar colegiadamente sobre a maioria desses processos. Só por meio de decisões individuais o STF é capaz de dar conta de tamanha demanda.

As estatísticas comprovam a afirmação.⁶³⁶ Segundo dados do Relatório de Atividades do STF, em 2014, os ministros proferiram nada menos do que 97.358 decisões monocráticas e 17.070 decisões colegiadas, em um total de mais de 114.428 decisões. Em 2013, o número de decisões monocráticas e colegiadas tinha sido substancialmente menor, mas não menos assustador: 75.907 decisões monocráticas e 14.107 colegiadas. Não há como negar, portanto, a existência de um movimento em favor da monocratização das decisões no âmbito do STF. Tal tendência não se verifica apenas no Supremo; observa-se em todos os Tribunais do País, fruto

⁶³⁵ Em verdade, essa tendência se observa em todos os tribunais superiores. Recente matéria veiculada em site especializado dá notícia de que, em 2014, o STJ decidiu nada menos do que 386 mil processos, dos quais mais de 300 mil por decisão monocrática. “Apenas” 80 mil foram objeto de deliberação dos diversos órgãos colegiados: “A consequência desse quadro é o fenômeno da monocratização da jurisdição, já observado há alguns anos nas cortes superiores e até no Supremo Tribunal Federal. No STJ, das 390 mil decisões de 2014, 308,4 mil foram tomadas pelo ministro em seu gabinete, monocraticamente. Outras 81,6 mil foram decisões colegiadas, tomadas em sessões de julgamento.” (CANÁRIO, Pedro. *STJ bate recorde de produtividade e julga 10% mais processos em 2014*. In: *Conjur*. Publicado em 23.01.2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/stj-bate-recorde-julga-10-processos-2014>. Acesso em 25.06.2015).

⁶³⁶ “(...) em 2013 ingressaram no Supremo Tribunal Federal 72.066 novos processos; em 2014, por sua vez, 79.943. Não obstante, o acervo global da Corte diminuiu de um ano para o outro. Em 2013, ele correspondia a 67.052 feitos, ao passo que, na última sessão do ano passado (19 de dezembro de 2014), havia 56.053 ações registradas. Em outros termos: embora tenha havido, em relação a 2013, um acréscimo de 10,90% na quantidade de processos novos, o acervo sofreu uma diminuição de 15,75%, comprovando o empenho de cada um dos eminentes julgadores desta Corte para a solução célere das questões. Por sua vez, a taxa de congestionamento caiu de 51,77% para 38,86%, retração relevante e importante. (...) Os dados positivos descritos refletem não apenas os esforços individuais dos eminentes Ministros e o empenho dos dedicados servidores, mas também a adoção de soluções institucionais que permitiram aprimorar a prestação jurisdicional da Corte.” Cf. “Relatório de Atividades 2014: Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2014.pdf>. Acesso em 28/06/15.

do expressivo aumento do número de processos em tramitação desde a promulgação da Constituição de 1988.⁶³⁷

Essa tendência tem sido, no entanto, objeto de críticas doutrinárias, que vêm na sua exacerbação uma violação ao princípio da colegialidade. Segundo alguns autores, no âmbito dos Tribunais, as decisões devem ser proferidas de forma colegiada, isto é, tomadas não por um órgão singular, mas por um plural. Nessa direção, aponta Scarpinella Bueno:

Por princípio da colegialidade deve ser entendido que a manifestação dos Tribunais brasileiros, sempre de acordo com o modelo constitucional do processo civil, deve ser plural, isto é, colegiada, no sentido de não poder ser realizada por um só de seus membros isoladamente, monocraticamente. É o que (...) foi chamado de ‘juiz natural dos Tribunais’. Decisão colegiada não deve ser entendida como a decisão tomada pela totalidade dos integrantes do Tribunal ao mesmo tempo. É perfeitamente legítimo e, até mesmo desejável, que os Tribunais, sobretudo os que tenham vários integrantes, organizem-se internamente buscando uma maior racionalização de trabalhos. É por isso que todos os tribunais brasileiros, nos termos dos seus respectivos Regimentos Internos, subdividem-se em diversos grupos menores, dentre eles, as chamadas ‘Turmas’ (...) ou ‘Câmaras’ (...) para viabilizar esta maior racionalidade no desempenho de sua atividade judicante. A colegialidade retratada no princípio aqui examinado diz respeito à decisão tomada por estes órgãos, as ‘Turmas ou Câmaras’. Isso não quer significar, contudo, que não haja determinados casos em que é obrigatória a manifestação de todos os integrantes do Tribunal e, neste sentido, do Tribunal considerado como um todo. É, por exemplo, o que exige o art. 97 da Constituição Federal (...).⁶³⁸

Wilson Alves de Souza conceitua, de maneira arguta, o princípio da colegialidade como *“a situação na qual se atribui determinada deliberação a órgão composto de mais de uma pessoa, em princípio ímpar que envolve reflexão, discussão e co-responsabilidade dos seus membros, ainda que os pronunciamentos de cada deles sejam divergentes.”*⁶³⁹ Em colegiado, os integrantes dividem reflexões e percepções no intuito de chegar a uma conclusão comum ou, quando o consenso não é possível, pelo menos impõe uma maior reflexão, que pode levar à revisão ou mitigação de concepções previamente sustentadas.

⁶³⁷ Segundo o relatório “Justiça em Números 2014”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2013 havia mais de 95 milhões de processos em tramitação em todos os tribunais, sendo certo que foram propostas, só naquele ano, mais de 28 milhões de novas ações. Cf. Relatório “Justiça em Números 2014”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros>. Acesso em 25/06/2015. Os dados são alarmantes. Em 1988, segundo as estatísticas existentes, havia 350 mil processos em tramitação. Esses dados evidenciam, segundo Giselle de Amaro e França, *“que em 25 anos a demanda da justiça aumentou 270 vezes”*. (FRANÇA, Giselle de Amaro e. “É Preciso Abandonar a Ilusão de que Tudo Deve ser Judicializado”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-04/segunda-leitura-preciso-abandonar-ilusao-tudo-judicializado> Acesso em 26/06/2015).

⁶³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol 1*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

⁶³⁹ SOUZA, Wilson Alves de. *Decisão monocrática em órgão colegiado em face do princípio da colegialidade e da garantia de acesso à justiça*. Evocati Revista v. s/n. 2013.

Contudo, não é possível supor que o mero fato da colegialidade formal será capaz de produzir um diálogo aberto e profícuo entre os diversos julgadores. A romantização da colegialidade pode possibilitar situações nas quais a presunção formal não encontra reflexo na prática dos tribunais. Nessas circunstâncias, o que pode ocorrer é justamente o contrário do esperado: a inexistência de qualquer diálogo entre os julgadores, que acompanham o relator do caso em discussão como uma “manada”. Em outras palavras, produz-se uma decisão exclusivamente fundada na percepção de um dos julgadores, com o verniz de legitimidade de uma decisão produzida colegiadamente. Nesse sentido, a interessante crítica de George Marlmelstein:

Assistir ou participar de um julgamento colegiado é uma experiência ímpar, que impressiona negativamente. Com muita frequência, os julgadores estão desatentos. É comum vê-los em conversas paralelas, falando ao celular, jogando paciência no computador ou até mesmo dormindo descaradamente. Não é à toa que 99% dos julgamentos colegiados terminam com a cômoda frase “com o relator”. É sobre isso que quero falar. Inicialmente, é preciso reconhecer que esse fenômeno – acompanhar o relator sem maiores questionamentos – não deve ser considerado como algo do outro mundo. É até natural que sejamos influenciados, em nossas escolhas, por decisões já tomadas por outras pessoas. Instintivamente, costumamos seguir os passos dos que nos precederam, pois, se eles estão vivos, é porque suas estratégias comportamentais foram bem sucedidas. Além disso, se não fosse assim, os julgamentos seriam muito mais longos e, com toda certeza, muito mais chatos. Portanto, diante da quantidade de processos que a Corte tem que apreciar, é melhor seguir o relator para evitar maiores complicações e contratempos. É óbvio que essa técnica de julgamento, embora privilegie a celeridade, acarreta uma perda da qualidade da decisão. No fundo, não se trata de um julgamento colegiado. O que se tem, de fato, é uma decisão monocrática, proferida pelo relator, que os demais membros seguem como carneirinhos, muitas vezes esperando a mesma gentil retribuição quando estão no papel de relatores. É o ‘efeito manada’.⁶⁴⁰

Nessa direção, parece-nos que há uma relação proporcional entre o número de processos existentes em uma determinada Corte e a possibilidade de decisões colegiadas ou monocráticas. Isto é, quanto maior o número de casos que entram em um Tribunal, menor a capacidade desse Tribunal decidir colegiadamente, de modo que, quanto maior for aquele número, maior deverá ser o número de decisões monocráticas. Por outro lado, na medida em que se reduzirem o número de processos, maior deve ser o incentivo à prolação de decisões colegiadas, em respeito ao princípio democrático. Quanto menor o número de casos, maior devem ser as exigências para que a solução seja colegiada.

Portanto, há um ponto ótimo que deve ser buscado, de equilíbrio entre o número de

⁶⁴⁰ MARLMENSTEIN, George. *Com o Relator: o ‘efeito manada’ nos julgamentos colegiados*. In: Direitos Fundamentais – Blog. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/09/22/com-o-relator-o-“efeito-manada”-nos-julgamentos-colegiados/>. Acesso em 18/12/11.

decisões monocráticas e de processos em tramitação. O CNJ deve estar atento a isso e incentivar a prolação de mais decisões colegiadas do que monocráticas, na medida em que se reduzam as demandas, de ano a ano, em um determinado tribunal. Partindo desse raciocínio, na realidade atual, mostra-se legítima a prolação de decisões monocráticas em elevado número no âmbito do STF. A legitimidade dessa medida tende a diminuir na medida em que se reduzirem o número de processos submetidos ao STF ou se alivie a sobrecarga do Plenário.

A maior crítica a esse tipo de decisão envolve a análise de ações de controle concentrado. Há uma enorme resistência à prolação de decisões monocráticas em sede de ações de controle concentrado, em especial em ADI. Como visto anteriormente, em 2012 e 2013, o número de cautelares em ADI foi extremamente baixo e de decisões monocráticas ainda menor. O que explica esse número tão reduzido de medidas cautelares e o número ainda menor de decisões monocráticas? Em trabalho acerca das medidas cautelares no controle concentrado de constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale afirmam que a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade estaria sujeita à reserva de plenário (art. 97 da Constituição).⁶⁴¹ Assim os ministros do STF não poderiam, via de regra, analisar monocraticamente pleitos liminares.

A tese defendida pelos autores é, com todo respeito, equivocada. O art. 97 da Constituição não constitui óbice à apreciação monocrática de medidas cautelares pelos ministros do STF. Em verdade, os relatores não só podem como muitas vezes devem decidir imediatamente os pedidos de medida cautelar formulados em ADIs (seja para deferi-los, seja para indeferi-los), mesmo que isso exija, diante do sem número de processos que aguardam julgamento do Plenário, que essa decisão seja proferida monocraticamente.

⁶⁴¹ “A reserva de plenário para a decisão cautelar admite uma única exceção, precisamente definida no art. 10, caput, da Lei 9.868/99, a qual decorre não do caráter urgente de eventual medida, mas da impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso. Assim, obviamente, ante a impraticável reunião dos magistrados em sessão plenária nos períodos de recesso do Tribunal, o Regimento Interno da Corte confere poderes ao Ministro Presidente para decidir sobre questões urgentes (art. 13, VIII), o que envolve também os pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. E ressalte-se que, apesar de a Lei 9.868/99 mencionar apenas a palavra “recesso”, ela aplica-se também aos períodos de “férias” do Tribunal. (...) Portanto, a única exceção à reserva de plenário prevista pela lei encontra-se no excepcional poder conferido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal para decidir cautelarmente nos períodos de recesso e de férias. De toda forma, mesmo nessa hipótese excepcional, deverá a medida cautelar ser levada ao referendo do Tribunal Pleno tão logo termine o período de recesso ou de férias (art. 21, IV e V, RI-STF).” (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*, p. 9. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012).

2.2.1. O sentido do art. 97 da Constituição

Já não se discute a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADIs.⁶⁴² Há tempos pacificou-se o entendimento de que o STF pode suspender liminarmente o ato normativo questionado em sede de controle concentrado, sem que isso represente violação à separação de poderes.⁶⁴³ Não se questiona, igualmente, a necessidade de observância, pelo Supremo, da cláusula de reserva de plenário (*full bench*), para a declaração de inconstitucionalidade, por ação ou omissão,⁶⁴⁴ de leis e atos normativos. Como o dispositivo refere-se indistintamente a *tribunais*, não há qualquer razão para deixá-lo ao STF. Por essa razão, inclusive, o art. 23 da Lei nº 9.868/99 determina que a declaração de inconstitucionalidade depende do voto de 6 dos 11 ministros do STF. Também não gera maiores debates a concessão de liminar monocrática pelo relator e pelo Presidente do STF, nos períodos de recesso e férias. Com efeito, interpretando-se a *contrario sensu* o disposto no art. 10 da Lei nº 9.868/99 chega-se à conclusão de que o relator pode conceder a liminar monocraticamente

⁶⁴² Em Portugal, conforme relata Jorge Miranda, o Tribunal Constitucional não pode adotar providências cautelares. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 247.

⁶⁴³ Embora a possibilidade de concessão de liminares tenha suscitado acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais no passado, a questão encontra-se hoje pacificada, por força do disposto no art. 102, I, *p*, da Constituição. O dispositivo reproduziu, com adaptações, enunciado semelhante, que foi inserido na Carta de 1969 pela EC nº 7/77.

⁶⁴⁴ As decisões proferidas em sede de ADO ou de MI também estão sujeitas à reserva de plenário. Veja-se, nesse sentido, que o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99 remete ao art. 22, o que impõe a conclusão de que se faz necessária a presença de ao menos 8 Ministros para a deliberação sobre a inconstitucionalidade por omissão. Por outro lado, embora o texto da lei não diga expressamente serem necessários 6 (seis) votos para a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o §2º do mesmo dispositivo determina a aplicação do Capítulo IV da Lei (no qual inserido o art. 23 que trata do quórum de deliberação), no que couber. Em nossa concepção, não há razão para se distinguir a inconstitucionalidade por ação daquela por omissão. Em ambas, o Tribunal realiza um juízo de (des)valor em relação à atuação do Legislativo, que justifica e impõe o pronunciamento pela maioria absoluta da Corte.

durante o recesso e o período de férias do Tribunal.⁶⁴⁵⁻⁶⁴⁶

As questões que se colocam, aqui, dizem respeito a saber, em primeiro lugar, se o art. 97 da Constituição também deve ser observado quando da análise de medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, bem assim, em segundo lugar, se a eventual concessão de liminares pelo relator importa em violação ao dispositivo em questão. A doutrina não costuma refletir sobre o ponto de forma aprofundada e, via de regra, sustenta que a apreciação de cautelar em ADI está sujeita à reserva de plenário.⁶⁴⁷ E o faz muitas vezes amparada no art. 10 da Lei nº 9.868/99, sem tecer maiores considerações sobre o acerto da premissa e as consequências da adoção desse entendimento. Assim, é importante perquirir quais as razões que justificam a exigência do *full bench* no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁴⁵ Gilmar Mendes e André Rufino do Vale salientam que embora a lei só fale em recesso, “*ela aplica-se também aos períodos de “férias” do Tribunal. A palavra “recesso” foi empregada na Lei 9.868/99 (art. 10, caput) com sentido amplo, abarcando tanto o recesso propriamente dito como as férias forenses. Ademais, é preciso reconhecer que a distinção entre o recesso e as férias é realizada no Regimento Interno do STF para fins administrativos internos.*” (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*, p. 9. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012).

⁶⁴⁶ Nesse sentido, o STF já assentou que: “*Nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, cabe ao relator examinar o pedido de medida liminar no período de recesso. (...) Nesta fase de deliberação cautelar, vislumbro a plausibilidade do pedido e, ante a sua urgência, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da Resolução n. 08/2004, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*” (ADI 3376 MC, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j. em 17-12-2004, DJ de 1º-2-2005). No mesmo sentido: “*(...) A permissão legal à atuação cautelar do julgador singular tem, como única baliza, a situação temporal de recesso da Corte, exatamente por ser um período no qual não há o funcionamento de seu Plenário. Não seria razoável imaginar que ações diretas de inconstitucionalidade ainda não julgadas pelo Colegiado não pudessem, diante de real, grave e flagrante situação de risco, ser apreciadas no recesso pelo único fato de já terem sido propostas antes do início daquele período de interrupção dos trabalhos normais da Casa. Haveria, segundo penso, intolerável recusa de prestação jurisdicional cautelar. (...) A competência atribuída à Presidência pelo art. 13, VIII, do Regimento Interno, para decidir no recesso os pedidos de medida cautelar tem como razão de ser o normal afastamento dos relatores no período em que todas as atividades do Tribunal são suspensas para a realização das confraternizações que envolvem os festejos de Natal e Ano Novo. Todavia, a norma regimental referida não proclama a exclusividade dessa atuação presidencial. (...)’* (AC 1.925, decisão monocrática proferida pela presidente, Min. Ellen Gracie, j. em 28-12-07, DJE de 1º-2-08). (...)” (ADI 4102 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida pelo então presidente, Min. Gilmar Mendes, j. em 17-7-08, DJE de 5-8-08). Veja-se, ainda: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar. Ato do relator. Estando o Tribunal em recesso, ou em curso férias coletivas, impõe o Regimento Interno ao relator o exame de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ficando a decisão submetida ao crivo do Plenário.*” (ADI 1935 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. em 14-4-1999, DJ de 11-6-1999).

⁶⁴⁷ Cf., nesse sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237, nota de rodapé nº 233; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 2004, p. 544; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Liminares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade*. In: Revista de Processo, nº 98, 2000, pp. 285, 289 e 294; MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, revista e atualizada, Niterói: Editora Impetus, 2008, pp. 214-215.

Como explica a doutrina, o art. 97 da Constituição “*incorpora a regra do full bench, full court ou en banc criada pela jurisprudência norte-americana no século XIX como uma exigência de prudência e até mesmo de autorrestrição (self restraint) dos tribunais no enfrentamento de questões constitucionais.*”⁶⁴⁸ A *ratio* da regra está atrelada à presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e atos normativos, à separação dos poderes e ao princípio democrático. O propósito da norma é impedir que o Judiciário afaste a incidência de uma lei por discordar das escolhas políticas feitas pelos representantes do povo. Por isso, só se permite a recusa de aplicação da norma se o Tribunal concluir, por maioria, quanto à sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico-constitucional.

A reserva de plenário também representa uma forma de se assegurar a integridade do Direito. Com efeito, a aplicação do art. 97 da CRFB garante um debate entre as novas e as antigas composições do Tribunal, trazendo à baila os questionamentos, convergências e objeções que são frutos de diferentes entendimentos do que o Direito é. Em outras palavras, ao se obrigar que diferentes membros da Corte, nomeados em momentos distintos, debatam para decidir sobre a constitucionalidade de um ato normativo, o que se faz é permitir que diferentes perspectivas políticas e judiciais sejam ouvidas também nos Tribunais.

De mais a mais, o *full bench* extrai, ainda, seu fundamento do princípio da segurança jurídica, corolário do Estado de Direito. Isso porque a reserva de plenário impede que, em curto espaço de tempo, decisões completamente díspares e contraditórias sejam tomadas em casos semelhantes por mera mudança de composição do Tribunal. É dizer: ao obrigar que a Corte decida como um todo, o que se evita é a prolação de decisões conflitantes, que não se comunicam entre si.

A reserva de plenário é, pois, norma instrumental, cuja função precípua é a de garantir outros valores consagrados pelo ordenamento. Não se trata, portanto, de um “fim em si mesmo”. A partir dessa perspectiva é importante analisar se, de fato, a exigência de *full bench* impede a apreciação monocrática de pedidos de medida cautelar, como a doutrina majoritária sustenta de maneira muitas vezes acrítica. Os tópicos que se seguem se dedicam a isso.

⁶⁴⁸ MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários ao art. 97. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords). “Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1333.*

2.2.2. Inexigibilidade de observância do art. 97 da CRFB para a concessão de medida cautelar em ADI.

De uma forma geral, os autores que consideram necessário o respeito ao art. 97 da CRFB para a concessão de liminar em ADI sustentam que, embora o art. 102, I, *p*, da Carta faça referência a “medida cautelar”, o provimento teria, na verdade, natureza de antecipação da tutela.⁶⁴⁹ Assim, argumenta-se que, ao deferir liminar em ADI, o STF estaria antecipando a decisão final e, por isso, seria indispensável a estrita observância da cláusula de reserva de plenário para a apreciação desse pedido. Veja-se, exemplificativamente, a posição de Guilherme Peña de Moraes:

Por ilação, a natureza jurídica da medida liminar, na ação direta de inconstitucionalidade, é a de pronunciamento de tutela antecipada, na medida em que o seu objeto é a antecipação dos efeitos práticos da decisão de procedência, concedida no processo de controle de constitucionalidade abstrato, a requerimento da parte, fundada em juízo de probabilidade (...).⁶⁵⁰

A conclusão que se extrai a partir desse entendimento é a de que o relator da ADI não estaria autorizado a enfrentar, monocraticamente, o pedido de liminar formulado nessas ações.

⁶⁴⁹“Ressalte-se que o ordenamento constitucional manteve a denominação de ‘medida cautelar’ para essa providência que hoje, seguindo-se o pensamento dominante na doutrina processual pátria, seria tipicamente de antecipação. Com efeito, o objeto da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade é nada menos que antecipar a eficácia da futura decisão definitiva com as suas características.” (MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. atual. até a EC 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 831).

⁶⁵⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, revista e atualizada, Niterói: Editora Impetus, 2008, pp. 214-215.

Essa é a orientação adotada, dentre outros, por Clèmerson Merlin Clève,⁶⁵¹ Lênio Streck,⁶⁵² Teori Zavascki,⁶⁵³ André Rufino do Vale e Gilmar Mendes.⁶⁵⁴ Estes últimos, a propósito, apresentam o melhor e mais sofisticado argumento sobre a questão.

Segundo Gilmar Mendes e André Rufino do Vale, embora, em tese, fosse possível sustentar que a medida cautelar só teria o condão de suspender a *eficácia* da lei impugnada, não atingindo a sua *validade*, não é isso o que ocorreria na prática. Para eles, a compreensão de que a liminar só suspenderia a norma no plano da eficácia traria dificuldades incontornáveis. Veja-se o raciocínio desenvolvido pelos mencionados autores:

Como justificar a autorização, contida expressamente na medida cautelar, para que fosse aplicado o direito anterior? (...) Ademais, situado o problema apenas no plano da eficácia, surgiria, inevitavelmente, a possibilidade de conflito por demais embaraçoso, no plano estrito da validade, entre o direito anterior, que passa a ser

⁶⁵¹ “Não parece ser compatível com o disposto no art. 97 da Constituição Federal a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por decisão monocrática. Assim como o ato normativo do Poder Público somente pode ser declarado inconstitucional com a manifestação, nesse sentido, da maioria absoluta dos membros do STF, a concessão da liminar, que implica a sustação dos efeitos prospectivos da norma impugnada, deve seguir a mesma sistemática. Não parece ser razoável a concessão de liminar, por um único Ministro do STF, sustando os efeitos de lei aprovada por mais de quinhentos deputados, mais de oitenta senadores e sancionada pelo Presidente da República. É evidente que a possibilidade de concessão de liminares por um único Ministro pode dar lugar a abusos, bem como a atritos desnecessários entre os Poderes da República, quando não a crises de natureza política. Entretanto, o Supremo insiste que: ‘Tem legitimidade constitucional a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 21, §1º; Lei 8.038/90, art. 38), desde que, mediante recurso – agravo regimental, por exemplo – possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado. Precedentes do STF.’ (ADinMca 1507-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.02.1997, DJU de 06.06.1997).” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237, nota de rodapé nº 233).

⁶⁵² “O quórum para a concessão da medida será sempre de maioria absoluta, o mesmo quórum exigido para a votação do mérito da ação. (...) Já o efeito ex nunc, estabelecido como regra, introduz novidade no sistema brasileiro. Com efeito, trata-se, mutatis mutandis, do mesmo fenômeno previsto no art. 27 da Lei (...)” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2013, pp. 694-695).

⁶⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Liminares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade*. In: Revista de Processo, nº 98, 2000, pp. 285, 289 e 294; e TRF4, Proc. 1995.04.00514-4, Rel. Des. Teori Albino Zavascki, j. em 21.09.1995, RTRF 21/121.

⁶⁵⁴ Gilmar Mendes e André Rufino do Vale afirmam que “a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é da competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal. A decisão liminar nessas ações diretas está submetida à reserva de plenário, regra esta que decorre do art. 97 da Constituição e do art. 10 da Lei 9.868/99 (“a medida cautelar na ação direta será concedida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal”) e também está expressamente prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, X). A submissão à reserva de plenário tanto da decisão de mérito quanto da decisão cautelar baseia-se no fato de que ambas produzem efeitos diretos sobre a vigência das normas.” (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*, pp. 5-6. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012).

aplicado temporariamente, por força da medida cautelar, e a norma superveniente, que teve a sua eficácia suspensa em decorrência da mesma medida. É que, de uma perspectiva estritamente normativa, subsistiriam, ainda que por lapso de tempo limitado, duas normas válidas regulando a mesma situação fática. (...) Aparentemente, o dilema somente pode ser solvido se se puder admitir que a medida cautelar suspensiva diz respeito não só à eficácia mas também à validade, afetando a vigência da lei, tanto no plano fático, quanto no plano normativo. A decisão proferida na medida cautelar mostrar-se-ia, assim, hábil a suspender, temporariamente, a própria validade da norma questionada, dando ensejo, eventualmente, à repristinação do direito anterior. (...) Portanto, se a decisão cautelar, tal qual a decisão de mérito, produz efeitos sobre a vigência normativa, justifica-se que também o julgamento da medida cautelar seja atribuído à competência exclusiva do Plenário da Corte Constitucional. Esse é o *ethos* da regra da reserva de plenário também para as medidas cautelares no direito brasileiro.⁶⁵⁵

Com todas as vênias, tal entendimento não nos parece correto, pelas razões apresentadas a seguir.

2.2.2.1. Natureza do provimento liminar nas ADIs

A decisão que defere liminar em ADI não equivale à antecipação da tutela jurisdicional. A medida tem natureza cautelar e busca, ao fim e ao cabo, resguardar a eficácia prática e a utilidade do processo. A razão que justifica a concessão da liminar na ADI é a mesma que norteia o seu deferimento em qualquer outra ação cautelar: evitar que a demora da prestação jurisdicional possa conduzir à sua completa inutilidade.⁶⁵⁶ Assim, quando concede liminar em

⁶⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012, pp. 8-9.

⁶⁵⁶ No sentido do que aqui defendemos, Dalton Santos Morais enfatiza o seguinte: “O ponto nevrálgico das medidas de urgência concedidas no processo de ações diretas de constitucionalidade diz respeito a sua própria natureza e finalidade, pois se costuma confundir a medida liminar, a depender da ação direta processada, como uma declaração provisória de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Examinando-se a finalidade das medidas liminares no processo de ações diretas de constitucionalidade, parece-nos que tais medidas de urgência deteriam natureza cautelar, vez que sua finalidade é a suspensão da eficácia do dispositivo normativo impugnado, como forma de resguardar a segurança jurídica da decisão definitiva a ser exarada pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se, portanto, que a medida liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de ações diretas de constitucionalidade visa à preservação dos efeitos da futura decisão e, exatamente por isto, terá como efeito principal a suspensão da eficácia da norma impugnada, sem que isto importe na desconstituição dos atos anteriormente realizados com base na referida norma objeto de julgamento pela Corte. (...). De ver-se, portanto, que a liminar conferida no processo de ação direta de inconstitucionalidade não importa em uma declaração provisória de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, hipótese em que se poderia configurar natureza antecipatória da tutela, mas sim na suspensão da eficácia das normas impugnadas, com efeito repristinatório da legislação anterior e eficácia temporal a partir da publicação da decisão, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa, tal como se depreende do art. 11 da Lei nº 9.868/99.” (MORAIS, Dalton Santos.

ADI, o STF não “declara” a inconstitucionalidade do ato impugnado. Atesta, apenas, o preenchimento dos requisitos exigidos para o deferimento de pedidos de natureza cautelar, isto é, verifica, em juízo de delibação, a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.⁶⁵⁷ Haverá *fumus boni iuris* a justificar o deferimento do pedido em sede de controle concentrado se os argumentos e elementos existentes nos autos indicarem haver a possibilidade real de que o dispositivo atacado seja futuramente declarado inconstitucional.⁶⁵⁸⁻⁶⁵⁹ O *periculum in mora* estará presente, por outro lado, não só quando existir risco de inutilidade do processo, como também quando houver perigo, real, grave e iminente, de consolidação de situações flagrantemente inconstitucionais, que não possam ser desfeitas no futuro.⁶⁶⁰

Controle de Constitucionalidade: Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, pp. 241-242).

⁶⁵⁷ “*Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar. Pressupostos da concessão da liminar são a relevância jurídica da matéria e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito atacado.*” (ADI 1175 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 19-12-1994, DJ de 26-4-2002.) No mesmo sentido: ADI 1521 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12-3-1997, DJ de 17-3-2000. “*A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a Constituição da República deferiu ao Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade dessa providência cautelar impõe, por isso mesmo, a constatação, hic et nunc, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação configuradora do periculum in mora. Precedente: ADIN 96 (Medida Liminar, DJ de 10-11-89).*” (ADI 127 MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 20-11-1989, DJ de 4-12-1992).

⁶⁵⁸ Em outras palavras, o requerente deve demonstrar a existência de “*forte suspeita de inconstitucionalidade*” (ADI 1465 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 11.09.1996, DJU de 19.12.1996).

⁶⁵⁹ Tratando-se de juízo de probabilidade (análise da existência de *fumus boni iuris*), e tendo em vista que os ministros do STF são escolhidos dentre aquelas pessoas com notável saber jurídico (art. 101 da CRFB), afigura-se-nos, via de regra, *injustificável* a formulação de pedido de vista em sede de apreciação de medida cautelar no controle abstrato de constitucionalidade. Nada justifica que a conclusão de pedidos de liminar seja postergada por pedidos de vista formulados. Isso sem falar que esse expediente pode ser utilizado para suspender a análise de questão relevante por um ministro, por razões estratégicas (para não ficar vencido, por exemplo). A liminar deve, portanto, ser apreciada de imediato, sem a necessidade de se analisar, com profundidade e extensão, as razões suscitadas na inicial. O mesmo já não se pode dizer em relação à atribuição de medidas cautelares em ações de controle difuso de constitucionalidade (processos subjetivos). Nesses casos, havendo circunstâncias fáticas subjacentes que devam ser consideradas e consequências futuras que devam ser ponderadas, é legítima a formulação de pedido de vista por outros ministros.

⁶⁶⁰ Alguns autores falam que, nessa última hipótese, o STF tem atenuado a exigência de demonstração do *periculum in mora* e o substituído pela ideia de *conveniência administrativa*. Esse é o entendimento de Gustavo Binbenbojm: “(...) em alguns casos, a Corte Suprema tem mitigado a exigência do *periculum in mora*, substituindo-o pela *conveniência administrativa do deferimento da liminar*. Tal entendimento tem servido para evitar que normas teratológicas, editadas há tempo considerável, permaneçam produzindo efeitos, com sensível prejuízo para o interesse público” (BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 160-161). No mesmo sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 236, nota 221. Da prática judicial colhe-se, dentre outros exemplos, a seguinte decisão: “*A suspensão cautelar da eficácia de preceito normativo pode ter por fundamento razões de conveniência ditadas pela necessidade de preservar a incolumidade da ordem política local e de manter, no plano jurídico-institucional, a harmonia e a independência entre os Poderes Executivo e*

Para além desses requisitos, de modo geral, o relator deve preocupar-se em verificar se já há jurisprudência do próprio Tribunal que embase a tomada de decisão. Tal entendimento provém da ideia, defendida por Dworkin, de que o Direito, principalmente aquele produzido jurisprudencialmente, produz uma cadeia de decisões que devem estar em constante diálogo umas com as outras (princípio da integridade).⁶⁶¹ Com efeito, se o magistrado não levar em conta a jurisprudência da Corte que ele compõe, decisões tão importantes como aquelas que suspendam a eficácia de uma lei com base em sua inconstitucionalidade, ainda que de maneira cautelar, poderiam ser prolatadas de maneira incoerente, a depender do sorteio do relator, violando-se, assim, a exigência de integridade do Direito. Nesse sentido, o Direito jurisprudencial passaria a ser produzido não como um romance em cadeia, mas como uma série de comandos contraditórios entre si, cujos resultados seriam extremamente imprevisíveis. Dessa forma, mostra-se fundamental que o relator demonstre, quando for o caso, a existência de jurisprudência ou precedentes da Corte que deem respaldo à medida cautelar.

Não se trata, repita-se, de decisão quanto à constitucionalidade ou não do dispositivo questionado, mas da existência de razoável probabilidade de que ele venha a ser declarado inconstitucional por ocasião do julgamento de mérito.⁶⁶² Disso decorre a inaplicabilidade à hipótese do disposto no art. 97 da Constituição, que estabelece regra cuja observância só se mostra imprescindível quando do julgamento do mérito da ação.⁶⁶³

Legislativo do Estado-Membro.” (ADI 834 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 11-2-1993, DJ de 2-4-1993). Em nossa visão, o risco de consolidação de situação inconstitucional é exemplo eloquente do preenchimento do *periculum in mora*, de modo que não nos parece conveniente mudar a nomenclatura usualmente aceita e adotada pela doutrina processual.

⁶⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 213-331.

⁶⁶² Em verdade, em nossa compreensão, a decisão liminar possui conteúdo *mandamental*, e não declaratório. Por meio dela não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um dispositivo. Apenas se reconhece se há, ou não, razões para que se deixe de aplicar a norma impugnada, temporariamente, porque ela aparentemente fere o ordenamento jurídico-constitucional.

⁶⁶³ Embora afirme a necessidade de análise da liminar pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, Gustavo Binbenbojm reconhece que não há, propriamente, declaração de inconstitucionalidade em sede de cognição sumária. Veja-se: “Com a exigência de que a decisão seja tomada por maioria absoluta – ainda que em sede cautelar – presta-se reverência ao art. 97 da Constituição. Embora o preceptivo se refira apenas à declaração da inconstitucionalidade, o que, numa interpretação restritiva, poderia levar a inexigibilidade da maioria absoluta para as decisões cautelares, o legislador ordinário obrou bem, atentando para a teleologia da norma constitucional e para as circunstâncias de que, no mais das vezes, o acórdão proferido em julgamento ao pedido de medida cautelar é decisivo e permanece em vigor por vários anos.” (BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 159-160). Apesar de observar, com acuidade, que não há, de fato, declaração de inconstitucionalidade em sede de medida cautelar, o professor pecou, em nossa visão, ao recomendar a observância do art. 97 também no que se refere à concessão da liminar em sede de ADI, por conta da teleologia constitucional e da longevidade que, muitas vezes, esse tipo de decisão alcança. Em nossa visão, como se disse, a teleologia constitucional não aponta

Corroborando, ainda, essa conclusão o fato de que o STF, de longa data, entende que o deferimento de liminar em sede de ADI só produz efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos, futuros.⁶⁶⁴ A decisão provisória não atinge a lei desde o seu nascedouro; suspende a sua eficácia e impede a sua aplicação a situações jurídicas que se constituírem a partir de então. Por essa razão, também, a Lei nº 9.868/99 positivou regra nesse mesmo sentido (art. 10, §1º). Veja-se, nessa linha de raciocínio, que, se o STF, de fato, realizasse um juízo sobre a constitucionalidade do dispositivo questionado, tal decisão deveria ter eficácia *ex tunc*. Afinal, no Brasil adota-se, tradicionalmente, a teoria de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*. Assim, o fato de haver a suspensão meramente prospectiva da lei ou ato normativo impugnado é mais uma evidência de que a decisão não tem conteúdo antecipatório.

Some-se a isso que, se o art. 97 da CRFB fosse aplicável às medidas cautelares nas ADIs, poder-se-ia alegar que o *caput* do art. 10 da Lei nº 9.868/99, que autoriza o relator a conceder a liminar no período de recesso, seria inconstitucional já que a Constituição não prevê exceções à aplicação da reserva de plenário. De mais a mais, seria indispensável, em todos os tribunais, que se submetesse ao Órgão Especial, ou ao Plenário, conforme o caso, qualquer processo em que se discutisse, em juízo de cognição sumária, a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo aplicável à hipótese, o que, além de absurdo, contrariaria entendimento do próprio STF.⁶⁶⁵

para a necessidade de observância de reserva de plenário em caso de suspensão cautelar da eficácia do ato impugnado. Por outro lado, a vigência de uma decisão provisória deverá ser ponderada com a possibilidade de consolidação de situações inconstitucionais irreversíveis. O fato de a liminar proferida em ação direta poder vigorar por vários anos não é, *per se*, fundamento suficiente para que se imponha a decisão ao colegiado. Cumpre ao julgador observar, quando da apreciação monocrática do pedido, se há ou não risco de consolidação de situação inconstitucional irreversível pela excessiva demora na apreciação da matéria pelo colegiado. Se houver, será legítima a apreciação monocrática do pedido, com o afastamento do art. 10 da Lei nº 9.868/99.

⁶⁶⁴ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, ‘operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere’ (RTJ 124/80). (...) Concedida a medida cautelar (que se reveste de caráter temporário), a eficácia *ex nunc* (regra geral) ‘tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, exceto em casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão’ (ADI n. 711-AM (Questão de Ordem), Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA). - A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). (...)” (ADI 1434 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 29/08/1996, DJ de 22-11-1996).

⁶⁶⁵ “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO CAUTELAR MONOCRÁTICA QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA LEI N. 9.452/2009 E CONCEDE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ORDINÁRIOS. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República. 2. Agravo regimental ao qual se nega

Em síntese, no art. 102, I, *p*, da Constituição, o constituinte adotou linguagem técnica ao prever a possibilidade de concessão de “medida cautelar”, pois o provimento tem, efetivamente, natureza cautelar e não antecipatória. Disso decorre que o art. 97 só se aplica às decisões definitivas, de mérito, e não às decisões liminares.

2.2.2.2.A questão dos planos de validade e eficácia da decisão liminar

O argumento exposto por Gilmar Mendes e André Rufino do Vale, de que a liminar em ADI atinge a norma impugnada no plano da sua *validade*, também não nos parece correto. Relembre-se que os autores sustentam que, se se entendesse que a norma teria apenas sua *eficácia* suspensa, o resultado seria uma situação de incongruência normativa, com o reconhecimento da existência de duas normas *válidas*, em sentidos opostos, no ordenamento jurídico, e que isso daria ensejo a “*conflito por demais embaraçoso (...) entre o direito anterior (...) e a norma superveniente.*”⁶⁶⁶

Com o devido respeito, o fato de haver duas normas válidas em sentidos opostos no ordenamento jurídico não causa maiores dificuldades. Durante o período de *vacatio legis*, por exemplo, têm-se duas normas existentes e válidas, embora uma delas ainda não esteja produzindo efeitos. Além disso, é razoavelmente comum observar-se a existência de duas normas supostamente vigentes em sentidos opostos no ordenamento jurídico. Quando se aprova uma nova lei, nem sempre o legislador tem o cuidado de indicar as normas que estão sendo expressamente revogadas. Muitas vezes caberá ao aplicador do Direito verificar se houve revogação tácita ou se as normas continuam a ser aplicáveis a situações distintas. Para lidar com antinomias, os ordenamentos jurídicos preveem alguns critérios de solução: cronológico ou temporal, hierárquico ou de especialidade. E mesmo quando o intérprete opta por um desses critérios para solucionar um conflito de leis, a norma afastada não perde sua validade. Ela continua formalmente válida e eventualmente pode até ser aplicável a outras situações não

provimento.” (Rcl 8848 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 17/11/2011, DJe-228 de 01-12-2011). No mesmo sentido: Rcl 10864 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-070 de 13-04-2011.

⁶⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*, p. 8. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012

contempladas pela norma derogadora.

Portanto, é impreciso, em nossa visão, o argumento de que o ordenamento jurídico não tolera a existência de duas leis válidas, em sentidos diversos, e que, por isso, dever-se-ia reconhecer que a liminar em ADIs atinge a norma no plano de sua validade. A liminar atinge a norma apenas no plano da sua *eficácia*, impedindo, para resguardar o resultado prático do processo objetivo deflagrado, a aplicação da legislação questionada a casos futuros, sem comprometer, salvo em hipóteses excepcionais, as situações validamente constituídas anteriormente. Daí porque, repita-se, via de regra, a liminar só produz efeitos *ex nunc*.

A tese de Gilmar Mendes e André Rufino do Vale esbarra, ainda, em outro problema. Como se sabe, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de um ato normativo, o Supremo não pode, posteriormente, declará-lo constitucional. Caso se considere que, ao deferir liminar em ADI o STF declara a lei *inválida*, ainda que em caráter provisório, o Tribunal não poderia, no julgamento de mérito, restabelecê-la.

A conclusão a que se chega, então, é a de que a liminar concedida no bojo da ADI apenas suspende a *eficácia* da lei, e não sua *validade*. Por isso, em princípio, não é imprescindível a observância da cláusula de reserva de plenário para a concessão de medidas cautelares. A adoção de uma interpretação excessivamente sacralizadora da referida cláusula seria incompatível com a interpretação sistemática do texto constitucional.

2.2.3. Constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 9.868/99

Se não há obrigatoriedade de respeito à cláusula de reserva de plenário para a concessão de medidas cautelares em ADI, torna-se fundamental discutir a constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 9.868/99, o qual dispõe que “[s]alvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (...)”. Afinal, se, conforme sustentamos, o art. 97 da CRFB não impede que o relator aprecie liminares em ADI, poder-se-ia entender que a exigência de um quórum qualificado para a suspensão da eficácia da norma questionada poderia ser tida como incompatível com a Constituição, por restringir, ilegitimamente, o poder de cautela dos ministros do STF.

Não defendemos essa linha de raciocínio. Em nossa visão, o art. 10 da Lei nº 9.868/99 é, em tese, constitucional e sua legitimidade decorre dos mesmos fundamentos que justificam

a existência do art. 97 da CRFB, quais sejam: (i) a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e atos normativos, (ii) o princípio da separação dos poderes; (iii) o respeito ao princípio democrático; e (iv) a proteção da segurança jurídica. Note-se, porém, que o fato de o art. 10 ser constitucional não significa que o mesmo extraia seu fundamento de validade do art. 97 da CRFB. Há mera identidade de fundamentos que embasam os dois dispositivos não relação de interdependência entre os dispositivos.

A nosso sentir, o legislador pode proibir, *a priori*, que os magistrados afastem – ainda que provisoriamente – uma deliberação tomada pelos representantes eleitos do povo. Trata-se de uma escolha legítima, que promove a presunção de constitucionalidade, o princípio democrático e a segurança jurídica, sem comprometer o poder de cautela dos ministros que, em casos excepcionais, poderão afastar – como de fato têm feito – a incidência do art. 10 da Lei nº 9.868/99. A exaltação do sistema de julgamento coletivo, realizado por Turmas e Câmaras encontra sua principal razão de ser na salutar troca de ideias, experiências, conhecimentos e dados por parte de seus integrantes. Nesse ambiente, é fundamental a discussão de teses, a contraposição de ideias e o exercício do convencimento, a revelar a própria construção discursiva das decisões e o aprimoramento do direito. Assim, o art. 10 da Lei nº 9.868/99 não deve ser lido como um obstáculo (intransponível) à concessão monocrática da liminar pelo relator, mas como uma determinação para que os casos sejam analisados, sempre que possível, pelo órgão colegiado, ao invés de apenas por um dos ministros da Corte.

De mais a mais, na medida em que o Tribunal é um órgão plural, e que são muito frequentes as divergências entre os ministros, a concessão monocrática e a posterior revogação da decisão, pelo Plenário, pode gerar situação de grave insegurança jurídica. Daí porque, *quando a questão for demasiadamente controvertida*, a regra também deve ser a apreciação da liminar pelo plenário. Lido desse modo, o art. 10 da Lei nº 9.868/99 é, em tese e em abstrato, constitucional.

2.2.4. A superação do art. 10 da Lei nº 9.868/99 em decorrência do poder geral de cautela insito ao art. 5º, XXXV, da CRFB

O fato de o art. 10 da Lei nº 9.868/99 ser, em princípio, compatível com a ordem jurídico-constitucional, não significa que em todos os casos a sua incidência o será. Em

determinadas hipóteses, sua aplicação poderá ser afastada, após o sopesamento dos valores subjacentes à proteção conferida pelo art. 10 – respeito à presunção de constitucionalidade, à separação de poderes à integridade do Direito e à segurança jurídica – e a gravidade da violação constitucional perpetrada pela norma impugnada, que justifique pronta intervenção do STF.⁶⁶⁷

Em outras palavras, a regra do art. 10 da Lei nº 9.868/99 não pode ser lida como uma vedação intransponível à concessão de liminares monocráticas. A adoção de uma interpretação absolutista seria inconstitucional. Afinal, o STF não tem como prescindir do poder geral de cautela na análise dos casos que lhe são submetidos, sob pena de abdicar de seu múnus constitucional.⁶⁶⁸ Trata-se de poder inerente à função jurisdicional, que permite aos magistrados a adoção de todas as providências que se façam necessárias para resguardar o Direito ou evitar o seu perecimento. E isso inclui a possibilidade de suspensão da eficácia de leis e atos normativos inconstitucionais.

De fato, se os juízes de primeira instância podem afastar a incidência de determinado dispositivo em razão de sua aparente inconstitucionalidade, por que os ministros do STF não poderiam fazer o mesmo? Não há, naturalmente, qualquer motivo que impeça um ministro de exercer seu poder de cautela para suspender, em processo objetivo, que atinge a todos (eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes) indistintamente, a eficácia da norma questionada, até decisão final, por ser aparentemente incompatível com o ordenamento jurídico. Seria no mínimo incoerente admitir-se que um juiz de 1ª instância pudesse afastar, por aparente inconstitucionalidade, uma lei ou ato normativo, mesmo em juízo de cognição sumária, em sede

⁶⁶⁷ Como enfatiza Luís Roberto Barroso: “(...) a lei não pode impor solução rígida e abstrata para esta colisão, assim como para quaisquer outras. E ainda quando a solução proposta encontre respaldo constitucional e seja em tese válida, isso não impedirá o julgador, diante do caso concreto, de se afastar da fórmula legal se ela produzir uma situação indesejada pela Constituição”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade*. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: “Temas de Direito Constitucional”. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 88. No mesmo sentido, veja-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 2004, pp. 45-46.

⁶⁶⁸ Em parecer sobre o Ag. Reg. ADI 4635 MC, o PGR consignou o seguinte: “Em primeiro lugar, não prospera a alegação do agravante de que o deferimento de medida cautelar ad referendum do Plenário cabe somente ao Presidente do Tribunal durante o recesso forense. A atribuição é expressamente conferida ao Ministro Relator pelo artigo 21, IV e V, do RI/STF. Veja-se: (...). Dessa forma, compete ao Relator conceder monocraticamente medida cautelar sempre que constatar situação urgente cuja reparação posterior seja incerta, submetendo a referendo do Plenário tão logo seja possível. Ressalte-se que a concessão da medida cautelar em sede de decisão monocrática se justifica no exercício do poder geral de cautela da autoridade judicial, diante de situação urgente e inadiável. Em momento algum a deliberação do órgão pleno sobre a constitucionalidade é diferida ou burlada. Diante de um quadro fático que impossibilita a apreciação imediata pelo Plenário, dá-se provimento temporário de modo a resguardar direitos das partes ou de terceiros.”

de tutela antecipada, e um ministro da mais alta Corte do País não pudesse fazer o mesmo.

Assim, muito embora o relator deva, via de regra, submeter a questão ao Plenário, ele não só pode, como deve, sempre que preenchidos os requisitos legais e não houver possibilidade de apreciação pelo colegiado, afastar, no exercício dos poderes que são inerentes ao cargo que exerce (cf. art. 5º, XXXV, da CRFB, art. 798 do CPC, e art. 21, incisos IV e V, do RISTF), a incidência da regra do art. 10 da Lei nº 9.868/99 em uma determinada ADI, à vista de outros fundamentos relevantes, que justifiquem a apreciação monocrática do pedido. Nesse sentido, o Supremo tem reconhecido a possibilidade de concessão monocrática de liminar em sede de ADI em pronunciamentos mais recentes, embora com extrema parcimônia. Ainda que não seja uma prática corrente, tem-se admitido, em situações de qualificada e excepcional urgência, o deferimento monocrático da medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, com a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo impugnado.⁶⁶⁹

Portanto, a concessão monocrática de liminar em ADI em hipóteses excepcionais é legítima e encontra fundamento no poder geral de cautela.⁶⁷⁰ No entanto, embora possível, tal apreciação impõe aos ministros da Suprema Corte um ônus argumentativo. Eles deverão justificar, na decisão, as razões que justificam o afastamento do art. 10 da Lei nº 9.868/99.

2.2.5. Aplicação analógica do art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99.

Há outro argumento que corrobora a possibilidade de concessão monocrática de medidas liminares em ADI: a aplicação analógica do art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99. Como se

⁶⁶⁹ Nas palavras da Corte: “(...) *se o caso vem a ser de saliente ou qualificada urgência (no sentido de que a não imediata concessão da liminar já antecipa o juízo da completa ineficácia de sua eventual concessão a posteriori), este Supremo Tribunal Federal tem admitido que o relator se substitua ao Pleno no exame de tal pretensão preambular. Submetendo a referendo desse mesmo Pleno o provimento deferitório que ele, relator, por ventura vier a expedir. É o que se infere das decisões proferidas nas ADIs 2.849-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, e 1.899-MC, rel. min. Carlos Velloso.*” (ADI 3273, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 16-8-04, DJ de 23-8-04). No mesmo sentido: ADI 4307, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02.10.2009, DJ 08.10.2009; ADI 4917, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18.03.2013, DJ 21.03.2013; ADI 4627, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.08.2012, DJ 03.09.2012; dentre outras.

⁶⁷⁰ A reforçar essa conclusão, veja-se que as decisões liminares podem ser reapreciadas, diante de novas circunstâncias ou de outros esclarecimentos. Nada impede que o STF defira liminar postulada e, posteriormente, de ofício ou por provocação de interessado, revogue-a. Não há preclusão a impedir, nesse caso, a reapreciação da matéria. A revisão da decisão, no entanto, deverá dar-se da mesma forma como se deu a apreciação da liminar. Se a decisão houver sido submetida ao Plenário, em princípio, salvo situações excepcionais, só o colegiado poderá revisar a decisão. No entanto, se a decisão ainda não tiver sido apreciada pelo Plenário, pode o relator modificá-la monocraticamente.

sabe, tal dispositivo da lei que rege o processo e o julgamento da ADPF autoriza que o relator, em caso de extrema urgência ou de perigo de lesão grave, conceda a liminar pleiteada, *ad referendum* do Plenário.

Veja-se a aparente incoerência: enquanto o art. 10 da Lei nº 9.868/99 determina que a apreciação das liminares seja submetida ao Plenário, o art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99 permite, expressamente, em casos de extrema urgência, a concessão da medida por decisão monocrática do relator. Não há, entretanto, nenhuma diferença ontologicamente significativa que justifique tratamento diferenciado para a concessão da medida cautelar. Veja-se, nessa linha, que o fato de a ADPF teoricamente ter como parâmetro de controle os preceitos mais fundamentais da carta constitucional não é motivo para diversidade de tratamento. Uma lei inconstitucional, que eventualmente infrinja dispositivo que não serve de parâmetro para a ADPF, pode ser tão ou mais danosa à ordem jurídica do que a violação a um preceito fundamental.

Nem se diga, por outro lado, que a disciplina diversa da ADPF e da ADI encontraria seu fundamento no fato de se realizar, no bojo desta, um juízo de inconstitucionalidade, ao passo que naquela o juízo seria de não-recepção. É verdade que, por seu caráter subsidiário, a ADPF tem sido utilizada para o controle concentrado de normas anteriores à Constituição (juízo de recepção). No entanto, essa não é sua única vocação. Em verdade, a ADPF presta-se, também, ao controle de constitucionalidade de outros atos do Poder Público (*lato sensu*), que não podem ser objeto de ADI. Daí porque se admite, inclusive, a fungibilidade entre as ações.

A rigor, portanto, o tratamento dispensado às duas ações deveria ser idêntico.⁶⁷¹⁻⁶⁷² As duas leis estabelecem o marco normativo – em verdade, um microssistema – das ações de controle concentrado e devem ser interpretadas de forma complementar e harmônica.⁶⁷³ E, interpretando-se as duas leis conjuntamente, parece-nos possível aplicar-se o art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99 por analogia à ADI, para reconhecer a possibilidade de o relator, “*em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso*”, “*conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.*”

⁶⁷¹ No limite pode-se cogitar até da derrogação do art. 10 da Lei nº 9.868/99 pelo art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99, com base no critério temporal (art. 2º, §1º, da Lei de Introdução).

⁶⁷² O Min. Gilmar Mendes, embora entenda aplicável o art. 97 da CRFB, não deixa de reconhecer que a disciplina da cautelar na ADPF assemelha-se à medida liminar em ADI. V. ADPF 33-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 29-10-2003, DJ de 6-8-2004.

⁶⁷³ E o STF parece concordar com essa conclusão, ao menos em parte, na medida em que têm aplicado à ADPF, n'alguns casos, o rito especial do art. 12 da Lei nº 9.868/99. Cf. ADPF 264, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 21/08/2012, DJe-173 de 03/09/2012).

2.2.6. Inexigibilidade de observância do art. 97 da CRFB para indeferimento do pedido

Por fim, independentemente da conclusão a que se chegue quanto à possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI, o fato é que para *indeferir* ou *postergar* o pedido não se faz necessária a observância do art. 97 da CRFB. Com efeito, ainda que se concluísse que só a maioria absoluta dos membros do STF poderia *deferir* o pedido por força da cláusula de reserva de plenário, isso não denotaria a necessidade de que todos os pedidos fossem, necessariamente, submetidos ao Plenário. Não há óbices a que o relator aprecie sozinho o pedido quando sua conclusão for no sentido de indeferir ou postergar, justificadamente,⁶⁷⁴ as liminares. Nessas hipóteses, não há necessidade de submeter a questão ao colegiado. O art. 97 da CRFB só exige o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para “*declarar a inconstitucionalidade*”. Com o indeferimento da liminar na ADI há, ao contrário, a reafirmação da presunção de constitucionalidade. De igual forma, o art. 10 da Lei nº 9.868/99 também não condiciona a apreciação do pedido ao pronunciamento do colegiado. Determina, tão somente, que a medida cautelar na ADI seja “*concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal*”.

Como se vê, não há empecilho, constitucional ou legal, ao indeferimento (*lato sensu*) monocrático do pedido de liminar pelo relator. Mesmo que se reconhecesse esse óbice, não se poderia exigir o pronunciamento colegiado para o indeferimento do pedido.

2.2.7. Prazo de vigência da medida cautelar e tipos de provimentos admitidos na ADI

Questão de enorme importância, que vem sendo ignorada pela doutrina e pelo STF, diz respeito à duração da liminar deferida em ADI. Com a pauta do STF sobrecarregada, as liminares deferidas costumam vigorar por anos a fio, enquanto o mérito não é julgado. É importante, pois, investigar se a liminar na ADI pode vigorar indefinidamente, como vem

⁶⁷⁴ Como ressaltado anteriormente, consideramos possível a prolação de juízos de *non liquet*. O *non liquet* equivale, para todos os efeitos, a um verdadeiro indeferimento do pedido. Decidir não decidir é o mesmo que indeferir, momentaneamente, o pedido de liminar formulado.

ocorrendo. Em nossa visão, a resposta é negativa. A vigência de uma decisão provisória por longo tempo também pode causar sérios problemas.

A Lei nº 9.868/99 não estabeleceu nenhum prazo, expresso, de vigência da liminar concedida em ADI; só para a vigência da liminar deferida na ADC. De fato, em relação a esta ação, o parágrafo único do art. 21 estabelece que a liminar deverá vigorar por um prazo de até 180 dias. Nesse sentido, é de se indagar: por que a lei previu prazo de vigência para a liminar na ADC e não estipulou (ao menos não explicitamente) nenhum prazo para as outras ações objetivas? Essa diferença se justifica? A resposta a essas questões pressupõe uma análise do tipo de provimento cautelar previsto na lei para as ações de controle concentrado.

No bojo das ADCs, a Lei nº 9.868/99 estabelece que a liminar consistirá na suspensão das ações individuais em que se discute a constitucionalidade do dispositivo. A intenção do legislador foi a de garantir a autoridade da decisão que vier a ser proferida pelo STF, por ocasião do julgamento final da ADC. A fixação de prazo para a vigência da cautelar tem por objetivo, justamente, não inviabilizar, indefinidamente, a prestação jurisdicional. No caso da ADPF, o art. 5º, §3º, da Lei nº 9.882/99 é mais amplo e permite, expressamente, não só a suspensão dos processos, como também das decisões judiciais eventualmente proferidas, bem como a adoção de qualquer outra medida para assegurar a eficácia da futura decisão na ação constitucional. É importante observar, contudo, que o legislador da ADPF não foi tão cuidadoso quanto o da ADC (art. 21, parágrafo único). Embora a lei tenha autorizado o STF a suspender a tramitação de processos ou os efeitos de decisões judiciais, não se estipulou nenhum prazo máximo para a vigência da cautelar. Já no que tange à ADI, o legislador esmerou-se ainda menos: não autorizou expressamente a suspensão de processos ou decisões judiciais, nem previu prazo de vigência para a liminar.

A diferença de tratamento das ações constitucionais nos parece injustificada. O fato de a lei não autorizar expressamente um determinado tipo de provimento na ADI não significa, ao contrário do que poderia parecer, que o STF estaria impedido de determinar a suspensão de processos ou dos efeitos das decisões judiciais nessas ações. Também não significa que a liminar possa vigorar indefinidamente. Como se disse anteriormente, as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 compõem um microsistema processual da Jurisdição Constitucional, que deve ser interpretado harmonicamente. É fundamental, em razão disso, aplicar-se à ADPF, à ADI, à ADC e à ADO, tanto quanto possível, a mesma sistemática. Isso implica admitir a possibilidade de suspensão de processos e decisões judiciais, bem como em limitar o prazo de vigência da liminar a, no máximo, 180 dias, em todas as ações de controle concentrado. Foi isso o que fez

o STF, em sede de ADPF, quando deferiu liminar para suspender a eficácia de dispositivos da Lei de Imprensa.⁶⁷⁵ Também foi isso o que fez o Ministro Luiz Fux, ao determinar a suspensão de processos em que se discutia a aplicação de lei questionada em determinada ADI.⁶⁷⁶

Especificamente no que tange ao prazo de duração, não há justificativa razoável para se admitir que liminares proferidas nas ADIs possam vigorar indefinidamente,⁶⁷⁷ sobretudo se aquelas concedidas em ADCs perdem eficácia após 180 dias. Não se pode desvirtuar a natureza provisória das liminares deferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

2.3. A exceção que virou regra: A equivocada aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99

Das 177 ADIs propostas em 2012, o STF aplicou o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99 a 139 delas, a fim de julgá-las definitivamente, no mérito. Já em 2013, das 184 novas ADIs ajuizadas, em 133 ações houve aplicação do rito especial da Lei da ADI. Traduzindo isso em termos percentuais, vê-se que, nos últimos anos, o STF postergou a análise do pedido de liminar em 97% das ADIs, principalmente mediante a aplicação do rito do art. 12.⁶⁷⁸ É impressionante o número de causas submetidas ao rito especial em dois anos: 272 das 336 propostas. O mais curioso, porém, é que, embora o art. 12 da Lei nº 9.868/99 preveja a redução significativa dos prazos processuais, permitindo, em tese, que tais ações sejam definitivamente julgadas pelo STF em menos de um mês, pouquíssimas ações às quais esse rito foi aplicado tiveram seu mérito apreciado pelo Plenário. E isso apesar de já terem decorrido, no momento da conclusão deste estudo, os prazos previstos em lei para a instrução de todos os feitos propostos em 2012 e 2013.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ADPF-QO 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno.

⁶⁷⁶ Na ADI 4627, o Ministro Luiz Fux determinou monocraticamente o sobrestamento de incidentes de inconstitucionalidade que tramitavam perante Tribunais de Justiça estaduais, diante da relevância da situação noticiada nos autos (ADI 4627, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.08.2012, DJ 03.09.2012).

⁶⁷⁷ Mas evidentemente, o seu prazo pode ser renovado por igual período, por razões excepcionais.

⁶⁷⁸ Entre 2012 e 2013, 272 (139 em 2012 + 133 em 2013) ações já foram submetidas ao rito do art. 12. Esse número representa pouco mais de 80% das ADIns com pedido de liminar ($272/336 = 80,95\%$).

⁶⁷⁹ Sobre o tema, vejam-se as conclusões de Juliano Benvindo e Alexandre Costa: “(...) o incremento no número de julgamentos definitivos não pode ser creditado a um esforço coordenado de ações, mas significa apenas que o Tribunal tende a resolver as ADIs pelo rito do art. 12, o que evita uma apreciação independente do pedido de

A partir desses elementos é importante indagar: o STF vem agindo de forma acertada ao aplicar o rito do art. 12 da Lei da ADI a expressivo número de ações? A aplicação daquele rito à maioria das ações diretas está relacionada à alegada impossibilidade de concessão monocrática de liminares em ADI? Se quisermos aperfeiçoar nossa Suprema Corte, precisamos estudar a fundo essas e outras questões envolvendo o funcionamento do Tribunal.⁶⁸⁰

Gilmar Mendes e André Rufino do Vale sustentam que o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 tem sido aplicado à quase totalidade dos casos em que há pedido de liminar, em razão do crônico congestionamento da pauta do STF, associado ao fato de que o relator não poderia indeferir o pedido monocraticamente, mesmo quando constata que não há real urgência.⁶⁸¹ Como já se disse, para os referidos autores, a concessão de medida liminar em ADI também estaria sujeita à reserva de plenário, de modo que aos ministros do STF seria vedada,

*liminar (e que na prática significa um indeferimento desse pedido sem a necessidade de uma decisão que avalie explicitamente a cautelar). E o baixíssimo índice de indeferimento de liminares desde 2002 indica que somente tendem a ser levadas a julgamento as decisões em que o relator considera devida a concessão da liminar, pois caso contrário é possível adotar o referido rito e concentrar a atividade decisória no julgamento da ADI, mesmo que ela tenda a ocorrer apenas cinco anos depois do ajuizamento” (COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq, realizada no âmbito da Universidade de Brasília, p. 45. Disponível em http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf. Acesso em 10.08.2014).*

⁶⁸⁰ Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden tributam à mudança de sistemática imposta pelo art. 12 a mudança do papel político do STF. Segundo eles, “(...) até 2002, o Tribunal tendia a oferecer rapidamente um posicionamento provisório, o que era especialmente relevante para que houvesse interesse político em judicializar as questões de constitucionalidade via ADI. Desde então, o Supremo tende a oferecer uma solução definitiva, mas apenas depois de um processamento que dura em média cinco anos, o que contribui para um esvaziamento da função política das ADIs, cuja procedência pode vir demasiadamente tarde para justificar o interesse dos atores políticos de moverem ações desse tipo quando o objetivo for propiciar uma alteração legislativa mais imediata.” (COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq, realizada no âmbito da Universidade de Brasília, pp. 45-46. Disponível em http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf. Acesso em 10.08.2014).

⁶⁸¹ “Tem sido recorrente a aplicação do art. 12 para toda e qualquer matéria. Se a ação contém pedido de medida cautelar, o Relator tende a recorrer ao procedimento do art. 12, e o faz muitas vezes por dois motivos: a) em razão do já crônico congestionamento da pauta do Plenário, que torna muito difícil o julgamento célere de medidas cautelares pela via do rito do art. 10; b) quando constata que não há a especial urgência alegada pelo requerente da ação, mas, não podendo indeferir o pedido de medida cautelar de forma monocrática (devido à reserva absoluta de Plenário para indeferimentos), e ante a dificuldade de levar tal indeferimento ao Plenário, encontra no art. 12 a solução para fazer a instrução completa do processo e levá-lo a julgamento definitivo do mérito.” (MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*, p. 20. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012).

em regra, a análise monocrática de pleitos liminares.⁶⁸²

A adoção do rito especial do art. 12 a essas ADIs seria, então, a saída que os ministros teriam encontrado para evitar terem de submeter a questão constitucional a um duplo julgamento em plenário (para a apreciação da liminar e, posteriormente, para o julgamento do mérito), que poderia agravar ainda mais o congestionamento da pauta,⁶⁸³ bem como para compatibilizar a sua atuação com o art. 97 da Constituição.⁶⁸⁴

Em artigo jornalístico, Felipe Recondo questiona o argumento. Segundo ele, a carga excessiva de trabalho do STF é incontestável.⁶⁸⁵ Mas ela só explica, em parte, os números apresentados anteriormente. Segundo o jornalista, o volume de trabalho tem sido usado como desculpa para mascarar escolhas estratégicas dos ministros, de decidir o que julgar e quando julgar.⁶⁸⁶

⁶⁸² MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012, p. 9.

⁶⁸³ Nesse sentido: “(...) *ultimamente, para evitar verdadeiro duplo julgamento, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o artigo 12 da Lei n. 9.868/99, partindo-se para o julgamento definitivo da ação.* (...)” (RE 505.477, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. em 25-5-2007, DJ de 15-6-2007).

⁶⁸⁴ Apesar disso, os autores reconhecem que o STF tem aplicado o art. 12 da Lei nº 9.868/99 de forma enviesada. (MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>. Acesso em 31.10.2012, p. 20).

⁶⁸⁵ Como já se disse, estatísticas recentes do STF dão conta de que há cerca de 700 processos prontos aguardando julgamento. Os dados estão disponíveis no portal do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautaplenu>. Acesso em 20.06.2014. As razões para esse congestionamento são muitas e diversas. Mas o congestionamento da pauta do plenário, em princípio, não guarda nenhuma relação com a alegada necessidade de duplo julgamento de ADIs que têm pedidos de liminar. Tem, isto sim, relação com outras questões conjunturais e estruturais apontadas neste estudo.

⁶⁸⁶ “*Se, por um lado, ela explica uma série de deficiências da corte, por outro é a justificativa ideal para nublar as escolhas institucionais e estratégicas do tribunal em relação a sua pauta. A verdade é que o Supremo usa o calendário para decidir como e quando julgar as ações polêmicas. Uma gama de fatores interfere nesse cálculo institucional. Do que se pode aferir à luz do dia – com o estudo de dezenas de casos, as reclamações dos advogados e as ponderações dos ministros –, há padrões evidentes. Entenda como o Supremo decide o que e quando não julgar: Decisão individual: quando um ministro, solitariamente, considera que o julgamento caminha para uma conclusão com a qual diverge, quando a Corte está sob excessiva pressão ou quando há uma dúvida fundada sobre a solução do caso. (...) Decisão coletiva: quando os ministros consideram que uma discussão não está suficientemente amadurecida ou ainda não foi discutida a contento pela sociedade. (...) Tantas circunstâncias e fatores externos fazem lembrar uma pergunta feita à ministra Cármen Lúcia em 2009, em palestra na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro. O STF é convidado a julgar temas sensíveis ou é convocado? Em resposta, a ministra foi categórica: o tribunal é obrigado a responder às questões feitas ao tribunal. Sim, é obrigado, mas ela poderia complementar: ‘A seu tempo’.*” (RECONDO, Felipe. *Como o STF decide o que e quando não julgar*. In: Jota. Publicado em 15.09.2014. Disponível em <http://jota.info/article8-como-o-stf-decide-o-que-e-quando-nao-julgar>. Acesso em 18.09.2014).

O objetivo deste tópico não é o de investigar se o art. 12 vem sendo usado estrategicamente. O propósito, aqui, não é tão ambicioso. Nossa intenção é, apenas, demonstrar, objetivamente, que o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 vem sendo aplicado de forma equivocada pelo STF. Com efeito, o rito especial não pode ser aplicado sem critério a toda e qualquer ação, sob pena de se subverterem as razões que levaram o legislador a estabelecer prazos menores de tramitação e criar-se uma situação de flagrante inconstitucionalidade. A adoção do rito especial previsto naquele dispositivo exige, como será demonstrado, o atendimento de pressupostos específicos, que devem ser rigorosamente observados pelo STF, até em razão das consequências que ele atrai. A incidência do art. 12 torna prioritária a tramitação e o julgamento das ações a ele submetidas, restringindo, por consequência, a discricionariedade que o Presidente do STF tem de definir a agenda do Tribunal e de indicar quais casos serão julgados pelo Plenário.⁶⁸⁷

2.3.1. A excepcionalidade da adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99

Como visto, em significativo número de ações diretas o STF tem aplicado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.⁶⁸⁸ Há boas razões para sustentar o equívoco de se tornar corriqueiro aquilo que deveria ser excepcional. Cada rito tem sua *ratio* e o juiz não pode desvirtuá-la.

A Lei nº 9.868/99 estabeleceu dois ritos para o processamento das ADIs: um que pode ser considerado *ordinário* e outro que deve ser tido por *especial*. Pelo rito *ordinário*, previsto nos arts. 6º e 8º da Lei nº 9.868/99, recebida a ação, o relator deverá pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que terão 30

⁶⁸⁷ Hoje, não se sabe ao certo se e quando uma ação incluída em pauta será julgada pelo STF. O Presidente do Supremo tem ampla liberdade para a fixação da agenda do Plenário, de modo que ele pode incluir ou excluir da pauta as ações que lhe convenham, sem sofrer qualquer constrangimento por isso.

⁶⁸⁸ “Nos processos distribuídos desde 2002, passou a predominar a prejudicialidade de liminares em virtude do julgamento de mérito dos processos, o que aponta para uma utilização intensiva do rito do art. 12, que permite a apreciação direta do pedido ao Plenário. A utilização maciça desse rito focou os esforços do Tribunal nos debates sobre julgamento principal e terminou por reduzir na razão de cinco vezes a concessão de liminares, que caiu de uma média de 40% para uma média de 8%. Com isso, aumentou bastante o número de liminares prejudicadas e tornou majoritária o número de ações que aguardam julgamento sem qualquer apreciação da liminar, (...)” (COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?* O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq, realizada no âmbito da Universidade de Brasília, p. 41. Disponível em http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf. Acesso em 10.08.2014).

dias para se manifestar. Em seguida, serão ouvidos, sucessivamente, o AGU e o PGR, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias. Em razão disso, o prazo *mínimo* que a lei estabelece para o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade submetida ao rito ordinário é de 60 dias: 30 para a prestação de informações; 15 para o AGU manifestar-se; e outros 15 dias para a elaboração de parecer pelo PGR. Esse prazo, contudo, na prática, sempre é superior a 60 dias,⁶⁸⁹ na medida em que, após o decurso dos prazos legais, os autos ainda precisam ser conclusos ao relator para a elaboração de relatório e voto, e dependem da publicação de pedido de dia, bem como de espaço na pauta do Plenário, para julgamento. Isso sem falar que há a possibilidade de o relator determinar a realização de audiências públicas, requisitar outras informações e designar peritos, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.868/99.

O rito *especial*, por outro lado, está previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. De acordo com o mencionado artigo, “*havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.*” Uma ação direta submetida ao rito especial poderia, assim, ser julgada, definitivamente, em menos de 1 mês, tendo em vista que a lei define prazos totais de apenas 20 dias (10 dias para a prestação de informações; 5 para manifestação do AGU; 5 para manifestação do PGR).⁶⁹⁰ Em outras palavras, o prazo para o julgamento definitivo de uma ADI processada pelo rito especial é, de acordo com a lei, 3 vezes menor do que aquele previsto para o rito ordinário (60 dias).

As razões que levaram o legislador a instituir dois ritos distintos para o processamento de ações diretas de inconstitucionalidade serão apresentadas no tópico que se segue. Uma coisa, no entanto, é importante ter em vista desde logo. A adoção do rito do art. 12 deve ser *excepcional*, dentre outros motivos, porque a redução do tempo necessário à cognição definitiva

⁶⁸⁹ O tempo para julgamento de uma ADI, na verdade, nunca é tão curto, por diversos fatores. É importante assinalar, aqui, duas razões para isso: primeiro, porque raramente a AGU e o PGR cumprem os prazos legais, por excesso de trabalho. Segundo, porque a pauta do STF encontra-se sobrecarregada, de modo que muitas vezes o relator pede dia para julgamento, mas o processo aguarda anos até ser efetivamente julgado. Sobre o tempo que o STF leva para julgar seus processos, veja-se o 3º Relatório da Pesquisa Supremo em Números, que se encontra no prelo.

⁶⁹⁰ Aqui vale a mesma ressalva: ainda que todos os prazos fossem cumpridos e a pauta do STF não estivesse congestionada, dificilmente uma ADI submetida ao rito do art. 12 seria julgada nesse prazo.

umenta os riscos de erro da Suprema Corte.

2.3.2. A ratio do art. 12 da Lei nº 9.868/99

Vislumram-se, basicamente, dois motivos para a introdução, no direito brasileiro, de um rito especial para o processamento e julgamento de ADIs: (i) permitir a rápida solução de questões constitucionais relevantes; e (ii) viabilizar a adoção de efeitos *ex tunc*.⁶⁹¹⁻⁶⁹²

2.3.2.1. Rápida solução de questões constitucionais relevantes.

Não há dúvidas de que o art. 12 foi introduzido para permitir que o STF adote solução definitiva, em curto prazo, sem “eternizar” uma decisão provisória, liminar, que poderia ser revertida no futuro. A ideia do legislador foi a de assegurar uma solução definitiva e célere⁶⁹³ para

⁶⁹¹ É possível pensar, ainda, em um terceiro motivo para a previsão legal: que o dispositivo tenha surgido como reação a eventual excesso de medidas liminares concedidas monocraticamente pelos Ministros do STF. Essa poderia ser uma razão legítima para que fossem definidos critérios rigorosos que impedissem abusos. Convém ressaltar, no entanto, que a exposição de motivos do PL que deu origem à Lei nº 9.868/99 não menciona essa circunstância. A verificação dessa hipótese demandaria pesquisa para aferir se os Ministros abusavam do poder geral de cautela para conceder medidas liminares monocraticamente. Não há, todavia, indícios de que isso ocorresse.

⁶⁹² Pode-se argumentar, ainda, que o rito do art. 12 foi criado para evitar-se duplo julgamento. Ainda que fosse esse o caso, a lógica do legislador, nesse ponto, estaria enviesada. Na verdade, matérias complexas talvez devessem estar sujeitas a duplo julgamento, e não a um julgamento único, abreviado, até como forma de obter maior segurança e certeza sobre a inconstitucionalidade. Matérias simples, menos complexas é que deveriam ser submetidas a um rito abreviado.

⁶⁹³ Embora o rito seja abreviado, não se trata de um juízo de cognição sumária. Ao contrário. A ideia do legislador foi instituir um rito de cognição exauriente, porém abreviado. Sobre o tema, veja-se: WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Perfil, 3ª edição, 2005. No mesmo sentido: “O juízo é de cognição exauriente, embora tomado em espaço de tempo mais curto ao ordinariamente deferido ao julgamento definitivo. Trata-se do que se chama de abreviação formal ou sumarização formal do procedimento, que difere da sumarização material, peculiar aos juízos de cognição parcial (em que se exclui determinada parcela do litígio da análise judicial) e aos juízos de cognição sumária (procedimentos ou tutelas que se limitam à verossimilhança).” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 944). Em sentido diverso: “Não me parece que no controle abstrato haja uma cognição sumária e outra cognição ‘plena’. (...) não vejo grandes diferenças cognitivas entre estes dois julgamentos, pois o material sobre o qual incide a cognição nas medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade é basicamente o mesmo sobre o qual incide a cognição no

as questões constitucionais mais relevantes, sem os inconvenientes (sobretudo de insegurança jurídica) que poderiam advir da manutenção, por longos períodos, de decisões provisórias. O valor imediato a ser atendido, portanto, é a segurança jurídica. Essa é a visão de Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Veja-se:

Com isto [com a aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99] elimina-se eventual mal decorrente da provisoriedade da decisão, fortalecendo-se a segurança jurídica. Sumariza-se, em termos formais, o procedimento, uma vez que, sem a eliminação do aprofundamento do conhecimento da matéria, encurta-se o tempo necessário à sua solução definitiva.⁶⁹⁴

Assim, pode-se dizer que o legislador permitiu que o STF postergasse a apreciação do pedido de medida cautelar na ADI calcado na expectativa de que o Tribunal julgasse definitivamente a matéria de forma célere. O legislador não quis, ao que parece, conferir uma autorização para juízos de *non liquet*, embora, na prática, seja isso que esteja ocorrendo, em razão da demora para o julgamento das ações submetidas ao rito especial.⁶⁹⁵

Na verdade, permitir que uma questão constitucional relevante seja julgada de forma célere tem importância que transcende à questão da segurança jurídica. Decidir, em definitivo, uma pendência sobre a constitucionalidade de um ato normativo, também é fundamental para desobstruir o Poder Judiciário, na medida em que alivia e reduz o número de demandas individuais que envolvam o mesmo tema. Nessa linha de raciocínio, em decisão monocrática, o Ministro (aposentado) Sepúlveda Pertence consignou que:

(...) a natureza e a relevância da matéria reclamam rápida e definitiva solução, a evitar que a pendência do processo – sejam quais forem as decisões cautelares liminarmente tomadas – além de prorrogar o período de incerteza jurídica, possa vir a obstruir o andamento de outros processos objetivos ou subjetivos, quiçá urgentes. Valho-me, pois, da alternativa aberta pelo art. 12 da mesma Lei 9.868/1999 – este, não questionado – para pedir o parecer do Sr. Procurador-Geral da República, no prazo legal, de modo a propiciar o julgamento definitivo da ação.⁶⁹⁶

Desse modo, é fundamental para a vitalidade e o saudável funcionamento da ordem

juízo de mérito (...)” (NASCIMENTO FILHO, Pedro Luiz do. *Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. In: COUTINHO, Diogo R. e VOJVODIC, Adriana M. (Coordenadores). “Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?” São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183).

⁶⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 938-939.

⁶⁹⁵ Ainda que não se possa esperar que ação seja julgada em apenas 20 dias, com certeza não se imaginava que uma ação submetida ao rito do art. 12 pudesse demorar tanto tempo quanto vem demorando para ser julgada.

⁶⁹⁶ ADI 2.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ de 02.10.2001.

jurídica, que decisões sobre as questões mais relevantes sejam tomadas em tempo razoável, sob pena de a insegurança jurídica comprometer o funcionamento das instituições e ensejar a propositura de uma enxurrada de ações individuais, que poderiam ser evitadas.

2.3.2.2. Viabilização da adoção de efeitos *ex tunc*.⁶⁹⁷

Outra justificativa que se vislumbra para a introdução do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 é a de que o procedimento abreviado foi idealizado para tornar mais factível a aplicação de efeitos *ex tunc* às decisões do STF. O risco de consolidação de situações inconstitucionais será menor quando reduzido o tempo necessário ao julgamento definitivo da questão constitucional suscitada. Nesse sentido:

(...) a abreviação do tempo ao julgamento definitivo tem o efeito de possibilitar a aplicação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Em decisão proferida na ADIn 3615, observou a Min. Ellen Gracie que nas recentes ações diretas que teriam tratado do tema que estava sob julgamento, ‘normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada’, fora aplicado o ‘rito célere do art. 12 da Lei 9868/1999’, pelo que ‘o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade’ dificilmente seria desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*.⁶⁹⁸

Nesse sentido, a adoção do rito especial também é um importante instrumento para preservar o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, calcado no reconhecimento da nulidade da lei inconstitucional.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ “(...) o caráter tipicamente *ex tunc* das decisões de controle concentrado pode ser relevante para situações específicas, mas devemos ter em mente que, para quase todos os legitimados, pode haver formas mais eficientes de alcançar os objetivos políticos alcançáveis por meio de ADI. Essa utilidade política ficou ainda mais restrita quando o STF limitou sensivelmente o número de liminares concedidas, visto que muitas vezes o interesse em uma ADI se esgotava na possibilidade de obter suspensão liminar da norma impugnada. Indeferido o pedido de liminar, o tempo de julgamento não se mostra muito atrativo: uma ação raras vezes é julgada procedente em menos de 2 anos e o tempo médio desses julgamentos é superior a 5 anos, ou seja, é maior que uma legislatura.” (COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq, realizada no âmbito da Universidade de Brasília, p. 19. Disponível em http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf. Acesso em 10.08.2014).

⁶⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 941-942.

⁶⁹⁹ Não que se tenha de aplicar, às decisões proferidas em ações não submeidas ao rito especial, necessariamente, efeitos prospectivos (*ex nunc*). A regra deve ser a retroatividade da decisão, com o desfazimento de todas as situações jurídicas erigidas sob a égide da norma inconstitucional. Mas não há como negar que a previsão de um

A análise da justificativa apresentada no Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 9.868/99 corrobora o quanto exposto até aqui. Conforme se infere da exposição de motivos do PL, o que ensejou a instituição de um rito abreviado foi a especial preocupação do legislador com o controle de constitucionalidade das *Medidas Provisórias*. De fato, o objetivo explícito era permitir a rápida solução da questão constitucional, *antes da conversão da MP em lei*. Confira-se:

Ainda no que se refere às medidas cautelares, deve-se observar que o presente anteprojeto contém disposição (art. 12) que autoriza o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação de informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias.

Essa providência, além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei.⁷⁰⁰

Vale lembrar que, quando a Lei nº 9.868/99 foi aprovada, ainda vigorava a redação original do art. 62 da Constituição, que estabelecia, em seu parágrafo único, que as medidas provisórias perdiam “*eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*” Nesse sentido, fica clara a intenção do legislador de viabilizar que as dúvidas constitucionais que uma Medida Provisória eventualmente suscitasse pudessem ser solucionadas, rápida e definitivamente, antes da sua conversão em lei.⁷⁰¹

Por tudo isso, o art. 12 deve ser lido, interpretado e aplicado de forma ponderada e excepcional, e não como regra geral, sob pena de subverter-se a sua própria lógica, e inviabilizarem-se julgamentos efetivamente rápidos para essas ações. Não se pode perder de vista que a adoção do rito abreviado potencializa o risco de prolação de decisões equivocadas e, também por isso, não deve ser banalizada pelo STF, como, infelizmente, tem ocorrido. No tópico que se segue, serão analisados os requisitos para a abreviação da tramitação das ações

julgamento mais célere pode facilitar a aplicação de efeitos retroativos.

⁷⁰⁰ A exposição de motivos encontra-se disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR1997.pdf#page=25>, p. 18023 e ss. Acesso em 30.06.2014.

⁷⁰¹ Tal intenção, se fosse concretizada, poderia estabelecer um efetivo diálogo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de tal modo que o Executivo e o Legislativo poderiam alterar, de imediato, a redação do projeto de conversão da Medida Provisória que não passasse pelo crivo prévio do Supremo. Tal diálogo, não é preciso dizer, seria muito salutar para nossas instituições.

de controle concentrado.

2.3.3. Requisitos para a adoção do rito abreviado

Como se disse, o rito especial foi idealizado para viabilizar que uma ação direta seja julgada de forma mais célere (em um terço do tempo necessário ao julgamento de uma ADI submetida ao rito ordinário). Daí que tal rito só deve ser adotado em circunstâncias excepcionais. Não é de se estranhar, portanto, que o art. 12 da Lei nº 9.868/99 exija a demonstração de alguns requisitos para sua aplicação. De acordo com o dispositivo, para que o ministro relator postergue a apreciação da liminar e a Corte julgue diretamente o mérito, a matéria debatida deve ser: (i) relevante e (ii) ter especial significado para (ii.1) a ordem social e (ii.2.) para a segurança jurídica. Transcreva-se, novamente, o dispositivo:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

A existência de pedido de medida cautelar não é requisito indispensável para a aplicação do rito do art. 12, ao contrário do que uma leitura apressada do dispositivo poderia sugerir à primeira vista. Com efeito, embora o texto pareça sugerir a necessidade desse pedido, e o dispositivo esteja inserido em seção da lei voltada à apreciação da medida cautelar, não há razão para se restringir sua aplicação apenas às ações em que se tenha formulado tal requisição.

Não se pode confundir os requisitos para a concessão de medida cautelar com aqueles que devem estar presentes para a aplicação do art. 12. O rito especial só pode ser aplicado – e pode ser aplicado inclusive de ofício – quando estiverem presentes os seus requisitos, mesmo que o autor não tenha formulado pedido de liminar. Como corretamente pontuou Zeno Veloso:

Achamos (...) que o art. 12, integrando a seção que regula a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, está deslocado. Será que incidirá, apenas, havendo pedido de medida cautelar? E se o autor não tiver requerido a liminar e estiverem evidenciados os pressupostos referidos no art. 12? Apesar da relevância da matéria, de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica – que, afinal, são os fatos que justificam o preceito –, o relator estará inibido de submeter o processo diretamente ao Tribunal, para que a ação seja julgada definitivamente, só porque o impetrante não pediu a medida cautelar? Com certeza, isto não seria coerente, racional, e temos de afastar uma solução que se choca com o bom senso e a lógica. Desprezando uma análise exclusivamente literal ou gramática do art. 12, e

conferindo ao mesmo uma interpretação teleológica, construtiva, somos levados a concluir que, mesmo no caso de não haver pedido de medida cautelar, se aqueles pressupostos, do maior interesse público estiverem evidenciados, o relator poderá tomar a providência que o citado artigo admite, com vistas a encerrar a questão.⁷⁰²

Assim, a existência de pedido de medida cautelar não é condição determinante nem necessária para a aplicação do rito especial,⁷⁰³ embora seja um importante elemento a ser considerado pelo relator. De fato, é bem mais provável que tais requisitos estejam presentes em uma ADI na qual se tenha postulado a concessão de medida cautelar, do que na situação inversa. Todavia, não se pode desconsiderar a possibilidade de um caso preencher os requisitos do art. 12, mas não existir pedido de medida cautelar. Um exemplo ajuda a ilustrar o ponto: imagine-se que, logo após a promulgação do novo CPC, ainda no início de período de *vacatio legis*, algum legitimado tivesse resolvido questionar a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos. Mesmo convencido da existência do *fumus boni iuris*, o requerente poderia deixar de formular o pedido de concessão de liminar, por não vislumbrar, ainda, risco iminente à ordem jurídico-constitucional (*periculum in mora*) que pudesse justificar a imediata suspensão da eficácia dos dispositivos questionados, tendo em vista a lei ainda encontrar-se em período de *vacatio*. Observe-se que, nesse exemplo hipotético, conquanto não estejam presentes os requisitos para a concessão da liminar, isso não significa que a ação também não preencheria os requisitos que justificam a abreviação do rito de tramitação da ADI. Na verdade, na hipótese narrada, pode parecer realmente importante que o pleito seja julgado de forma rápida, preferencialmente antes do início de sua vigência, para que se preservem a ordem social e a segurança jurídica

Retome-se o curso da argumentação. Como se disse, a lei que rege o processo e o julgamento da ADI, ADO e da ADC exige que a matéria debatida seja (i) relevante⁷⁰⁴ e (ii)

⁷⁰² VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, pp. 104-105.

⁷⁰³ Infelizmente, essa não tem sido a interpretação adotada pelo STF. Quando não há, na inicial, pedido de medida cautelar, o STF aplica o rito ordinário salientando esse fato, como se afirmasse que essa circunstância impediria a aplicação do rito do art. 12. Nesse sentido: “(...) Não tendo sido formulado na peça inicial pedido de concessão de medida cautelar, solicitem-se informações definitivas à Assembleia Legislativa do Estado do Pará.” (ADI 4961, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. em 7.06.2013).

⁷⁰⁴ Toda discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é, de um modo geral, relevante. Por isso, é imperioso concluir que é de outro tipo de relevância que a lei cuida quando menciona a necessidade de demonstração da relevância da matéria debatida. Uma relevância *strictusensu*, ou seja, que leve em consideração os impactos, as consequências, o número de pessoas afetadas, o risco sistêmico, a possibilidade de multiplicação de demandas discutindo a mesma matéria etc. O simples fato de se discutir a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo não é suficiente para a caracterização desse requisito.

tenha especial significado para (ii.1) a ordem social e (ii.2) para a segurança jurídica. Tais requisitos são cumulativos.⁷⁰⁵ Não basta, portanto, que uma ação seja relevante para que se lhe aplique o rito especial. Também não basta que tenha especial significado para a ordem jurídica. Devem estar presentes todos os requisitos para que se abra a possibilidade de abreviação do procedimento da ADI.⁷⁰⁶ E quais são as matérias relevantes, que têm especial significado para a ordem social e a segurança jurídica? A lei não esclarece. O legislador deixou essa avaliação a cargo do intérprete. Valeu-se de conceitos jurídicos indeterminados e transferiu ao aplicador do Direito o papel de densificá-los e identificar quando eles estariam presentes.⁷⁰⁷⁻⁷⁰⁸ Isso não confere ao Tribunal um “cheque em branco”. É preciso justificar, minimamente, como a matéria discutida atenderia a tais requisitos.

Apesar disso, o STF tem se furtado a cumprir esse mister adequadamente. Com efeito, não se extrai das decisões monocráticas que aplicam o rito especial qualquer tentativa de densificação desses conceitos jurídicos.⁷⁰⁹ As decisões que determinam a aplicação do art. 12,

⁷⁰⁵ O dispositivo se vale da conjunção “e” e não “ou”.

⁷⁰⁶ Uma matéria que tenha especial significado para a ordem social e segurança jurídica já é, em tese, por si só relevante. No entanto, não se pode concluir que basta que a matéria tenha especial significado para a ordem social e a segurança jurídica para ser aplicável o rito especial, sob pena de se conferir interpretação incompatível com a literalidade do dispositivo. É importante ter em mente, portanto, que, para aplicar o art. 12 da Lei nº 9.868/99, o julgador deve apontar fundamentos autônomos, além do especial significado para a ordem social e jurídica, que demonstrem a relevância da matéria debatida.

⁷⁰⁷ Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que “*requerem do intérprete da norma uma valoração (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização).*” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212). Tais conceitos possuem um núcleo preciso de significado (zona de certeza positiva e de certeza negativa), e um halo periférico, uma zona de penumbra, em que se deve admitir certa margem para o intérprete. Desse modo, “*na auréola do conceito, o sentido da norma já não têm uma acepção incontroversa*”. Como explica o autor português, a existência de um núcleo e uma auréola é típica da maioria dos conceitos jurídicos, mas o que diferencia os indeterminados é que nestes “*a auréola (Begriffshof) é involuntariamente extensa e difusa e o cerne (Begriffskern) inusitadamente reduzido.*” (CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 120).

⁷⁰⁸ No mesmo sentido do texto: “*Tais critérios, é claro, constituem cláusulas abertas, aptos a serem preenchidos conforme as circunstâncias do caso e a propiciarem a adequada decisão. Isto não quer dizer, como é óbvio, que não seja preciso minimizar as fronteiras de subjetividade na sua aplicação, o que é naturalmente feito pela própria força obrigatória da jurisprudência do Tribunal diante dos casos subsequentes. As decisões do Tribunal, especialmente quando relacionadas a conceitos indeterminados, têm eficácia horizontal sobre os seus próprios membros.*” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 942-943).

⁷⁰⁹ Vejam-se alguns exemplos: “*Considerando-se a relevância da matéria, adoto o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, e determino: 1) requisitem-se as informações definitivas, a serem prestadas no prazo de 10 dias; 2) após, remetam-se os autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se manifestem no prazo de 5 dias.*” (ADI 4891, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. em 19-4-2013); “*A Associação Nacional dos Servidores do IBAMA - ASIBAMA Nacional propõe*

via de regra, são vagas e não explicam porque se reconheceu que uma matéria era relevante e tinha especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica. Tais questões não têm sido, igualmente, debatidas em colegiado, de modo que cada ministro tem se valido de sua única e exclusiva compreensão sobre o sentido desses conceitos como norte para a adoção do rito abreviado. Ao deixar de explicitar, de forma minimamente fundamentada, a presença dos requisitos legais, o STF vem sistematicamente descumprindo a Lei nº 9.868/99 e, por consequência, violando o devido processo legal e o dever de fundamentação (art. 5º, LIV, e art. 93, IX da CRFB). É fundamental, nesse sentido, que os ministros debatam de forma colegiada sobre como aplicar o rito do art. 12, a fim de definirem parâmetros mínimos. Na ausência de critérios jurisprudenciais claros que possam delinear os contornos de tais conceitos, apresentamos algumas sugestões que podem legitimar a abreviação do rito processual da ADI. Em nossa visão:

- (i) são relevantes matérias que envolvam a interpretação e aplicação dos princípios fundamentais da Constituição enunciados nos arts. 1º a 4º, os direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos, sociais e políticos – arts. 5º, 6º, 7º, 14), os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII), as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, I a IV), bem como as disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esses princípios.
- (ii) têm especial significado para a ordem social, as matérias que atinjam elevado número de destinatários, possam causar especial comoção ou abalo à normalidade, dentre outras.
- (iii) têm especial significado para a segurança jurídica questões que suscitem grande controvérsia jurídica e venham sendo aplicadas em sentido diverso por Tribunais inferiores; questões que possam criar grave iniquidade entre pessoas sujeitas às mesmas disposições, caso se consolidem pelo decurso do tempo, dentre outras.

Verificado que uma ADI suscita questionamento que atende, cumulativamente, a tais requisitos, o relator deverá determinar o seu processamento de forma abreviada.

ação direta, com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei federal n. 11.516, de 28 de agosto de 2007. O requerente alega que o ato normativo impugnado colide com o disposto nos artigos 62, caput e § 9º, 225, caput e § 1º, da Constituição do Brasil. A hipótese reveste-se de indiscutível relevância. Entendo deva ser a ela aplicado o preceito veiculado pelo artigo 12 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, a fim de que a decisão venha a ser tomada em caráter definitivo e não nesta fase de análise cautelar.” (ADI 4029, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j. em 26-2-2008).

2.3.4. Recorribilidade da decisão que determina a aplicação do rito especial.

A adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 deveria representar uma efetiva e significativa redução do prazo de julgamento da ADI. Em razão disso, seria de se esperar que os autores pugnassem pela tramitação de suas ações pelo rito especial, buscando demonstrar, já na inicial, o preenchimento dos requisitos para a sua incidência. No entanto, como observado, o STF tem aplicado esse rito indistintamente a quase todas as ADIs em que há pedido de medida cautelar. Nesse cenário, os requerentes não desejam que o rito seja aplicado às suas ações, porque sabem que ele vem será usado para postergar a apreciação da liminar requerida. O que se verifica, desse modo, é um completo desvirtuamento do art. 12. Na realidade, os autores das ADIs tentam evitar a todo o custo a adoção do rito especial, porque, com a sua aplicação, os ministros se veem desobrigados de apreciar a liminar, sem a contrapartida de uma rápida e definitiva solução do litígio. Em outras palavras, para os demandantes, o rito especial tem representado verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

É preciso refletir, portanto, a partir dessas duas perspectivas – a ideal e a real –, se a decisão que determina a aplicação do rito especial é sindicável, ou seja, controlável pelo próprio Tribunal, por meio de recurso (agravo regimental). Antes de avançar, no entanto, é importante salientar que há autores que sustentam que a decisão que aplica o rito especial seria irrecorrível. Essa parece ser a posição de Ives Gandra e Gilmar Mendes:

Da mesma forma que, no tocante às medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal tem considerado que a relevância e a urgência da matéria são critérios políticos, atinentes às razões de conveniência e oportunidade do Chefe do Executivo, não cabendo ao Judiciário sindicá-los, a não ser em hipóteses excepcionais, em que a ausência dessas condições reste demonstrada objetivamente – aqui também se deve entender que a determinação de relevância, a que faz menção o legislador, é deixada ao prudente critério do julgador. Nitidamente, o conceito de ‘relevância de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica’ depende, em grande parte, do julgamento subjetivo do relator, que poderá atribuir à questão relevância que os demais julgadores não venham a reconhecer. Como a decisão de propor o julgamento antecipado é, todavia, monocrática, isto é, do relator, cada um dos 10 ministros – (...) –, ao ser nomeado relator de determinado processo, terá a sua concepção pessoal do que seja relevante e do que tenha significado particular para a ordem social e a segurança jurídica. Vale dizer, a aplicação do dispositivo em comento dependerá sempre da posição pessoal daquele que for indicado para a relatoria, embora cumpra ao autor demonstrar, com dados objetivos, a presença de tais requisitos. A medida parece-me salutar, (...). É, pois, de extrema pertinência e utilidade, para a preservação do sistema constitucional, que considerada a matéria relevante, em face da ordem social e da segurança jurídica, possa o relator abreviar o

curso do processo para um julgamento definitivo. O que, entretanto, a lei não prevê é o cabimento de recurso da decisão do relator que deixe de dar à ação o procedimento previsto no art. 12, quando o autor entenda estarem presentes os requisitos que autorizam a antecipação do julgamento definitivo da ação.⁷¹⁰

Esse raciocínio, com todas as vênias, nos parece impreciso. A densificação dos conceitos jurídicos indeterminados previstos no art. 12 – relevância da matéria, especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica – não é subjetiva e independe exclusivamente da compreensão que o relator tem da matéria. A existência de conceitos jurídicos indeterminados em uma lei não confere ao juiz poder discricionário de aplicá-la como bem entender.⁷¹¹ Seja como for, o fato é que a lei não estabelece que tal decisão seria irrecurável, diferentemente do que ocorre, por exemplo, em relação à admissão de *amicuscuriae* no processo (art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99). Assim, como em nosso sistema recursal atual, a regra é o cabimento de recurso, e a exceção é a sua inviabilidade, se a lei não dispôs, expressamente, que a decisão é irrecurável, a conclusão a que se deve chegar é a de que tal decisão está sujeita a impugnação.

Retornemos, pois, à análise das duas perspectivas apontadas no início deste tópico. Na perspectiva ideal, embora a decisão seja passível de recurso, o autor não teria, em princípio, interesse para impugnar a adoção do rito especial. Afinal, o procedimento lhe seria benéfico, na medida em que permitiria o julgamento definitivo da questão em tempo reduzido.⁷¹² No entanto, os órgãos e as autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado, assim como o PGR e o AGU, poderiam ter interesse recursal contra a aplicação do rito do art. 12, para pleitear que a ação tramitasse dentro do seu tempo normal.

Por outro lado, a partir da perspectiva real – na qual o rito do art. 12 tem sido usado para postergar a análise de medidas cautelares, sem acelerar o julgamento final da ação –, a decisão

⁷¹⁰ MARTINS, Ives, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 363-368.

⁷¹¹ A discricionariedade administrativa foi tratada, em sua origem, como espaço soberano de decisão do monarca, insuscetível de controle. Hoje, a discricionariedade já não é nem absoluta nem insindicável. Ela está sempre vinculada, em maior ou menor medida, ao ordenamento jurídico, através de regras (grau máximo de vinculação), ou através de princípios (grau mínimo de vinculação). Há tempos a discricionariedade deixou de ser compreendida como um campo externo ao direito, passando a ser vista como um espaço decisório peculiar à Administração, que é definido pela prioridade, em favor das autoridades administrativas, de fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis e pelos atos editados pela própria Administração. Sobre o tema, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷¹² O requerente, no entanto, teria legitimidade para pleitear, por meio de agravo regimental, a imediata análise do pedido de liminar, hipótese em que, se não reconsiderasse a decisão, monocraticamente, o relator deveria submetê-la ao colegiado, para julgamento, nos termos e dentro dos prazos regimentais previstos.

que determina a aplicação do rito especial mostra-se igualmente passível de controle jurisdicional, por meio de agravo ao colegiado. Com efeito, na conjuntura atual, não há dúvidas de que o autor da ação possui interesse de recorrer da decisão que determina o processamento da ação pelo rito do art. 12, pois a postergação da análise da liminar equivale ao seu indeferimento *tácito*, por ausência de *periculum in mora*.

2.3.5. Possibilidade de concessão de liminar antes ou depois da adoção do rito especial

Outra questão que deve ser analisada diz respeito à possibilidade de concessão de medida cautelar tanto antes como depois da adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99. As perguntas que se colocam aqui são as seguintes: (i) a prévia concessão da medida liminar (monocrática ou pelo colegiado) inviabiliza a posterior adoção do rito especial? (ii) a aplicação do art. 12 impede que o STF aprecie, posteriormente, o pedido de medida cautelar?

Não há qualquer empecilho à concessão da liminar após a aplicação do art. 12, nem à aplicação de tal procedimento após o deferimento da cautelar requerida. Inexiste, a rigor, relação entre esses dois eventos. A concessão de medida cautelar e a adoção do rito especial pressupõem, como salientado, requisitos diversos: o que justifica a concessão da medida liminar é a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e o que autoriza a adoção do rito especial é a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a para a segurança jurídica.

A prévia concessão da medida liminar não torna, pois, despropositada a adoção do rito do art. 12. Uma ação na qual tenha havido a concessão de liminar pode ou não preencher os requisitos que autorizam a incidência daquele rito. Se estiverem presentes tais requisitos, o relator deverá adotá-lo, independentemente de ter deferido ou não a liminar. É até bastante plausível imaginar que uma ação na qual tenha havido concessão de medida cautelar seja submetida ao rito especial, para que tenha um julgamento rápido e definitivo. Nesse sentido:

esse procedimento [art. 12] tem a finalidade de propor ao Tribunal que antecipe o julgamento definitivo da ação. A decisão do relator de propor tal antecipação está condicionada: 1) à relevância da matéria; e 2) à relevância de seu significado para: a) a ordem social; e b) a segurança jurídica. (...) E, à evidência, se entender que os efeitos da lei mereçam estancamento imediato, poderá, primeiro, conceder monocraticamente a liminar e, em seguida, adotar os procedimentos necessários a abreviar a decisão final. No dispositivo não há menção a essa possibilidade, que, entretanto, decorre do espírito do artigo. Não teria sentido que matéria de relevância tal, que comporte

concessão de medida liminar, não enseje, após a sua concessão, processo abreviatório de seu julgamento definitivo, quando evidenciado que a mera suspensão provisória dos efeitos do ato impugnado não seja suficiente para restaurar a ordem constitucional, tendo em vista os efeitos projetados na ordem social e a segurança jurídica. (...) ⁷¹³

De igual forma, a aplicação do rito do art. 12 não inviabiliza a posterior concessão da liminar. Primeiro, porque, se a ação demorar a ser julgada, por qualquer razão, subsistirá interesse na suspensão da eficácia do ato normativo questionado. A demora no julgamento definitivo da ação é, em si e por si, fundamento suficiente para a reapreciação da liminar. Seja como for, podem surgir fatos novos, após a adoção do rito especial, que deixem mais claro para o relator a existência de *periculum in mora* e a impossibilidade de se aguardar o julgamento definitivo. Nessas circunstâncias, a aplicação do art. 12 não pode impedir a concessão da liminar. ⁷¹⁴

2.3.6. Algumas consequências da adoção do rito especial da Lei nº 9.868/99

Considerando o exposto, a adoção do rito especial do art. 12 da Lei nº 9.868/99 exige que se assegure às ações de controle concentrado prioridade de tramitação e julgamento em relação às demais ações objetivas. Com efeito, ao autorizar a adoção de um rito célere para as ações constitucionais mais relevantes, a lei determinou fosse priorizado o seu julgamento. ⁷¹⁵⁻

⁷¹⁶A aplicação do art. 12 só faz sentido, do ponto de vista jurídico-constitucional, se a ação for

⁷¹³ MARTINS, Ives, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 363-368.

⁷¹⁴ “Não é despropositado entender que, nas ações diretas de inconstitucionalidade submetidas ao rito sumário do art. 12 da Lei 9.868/99, possa o requerente pleitear, incidentalmente, a concessão de medida cautelar, caso o julgamento definitivo da ação não ocorra em prazo razoável e sobrevenha fato novo apto a modificar a convicção deste Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade de se suspender a eficácia da lei ou ato normativo impugnado. (...)” (AC 2.110-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática proferida pelo então presidente, Min. Gilmar Mendes, j. em 31-7-2008, DJE de 6-8-2008).

⁷¹⁵ Não se pode dizer, com isso, que o art. 12 teria violado o princípio da separação de poderes (art. 2º da CRFB). O art. 12 não representa interferência indevida de um poder na seara do outro, pois a aplicação do rito não foi imposta pelo legislador; ela é fruto de uma decisão do relator que, ao enquadrar determinado processo no referido rito, concorda em priorizar a sua tramitação e julgamento em detrimento das demais.

⁷¹⁶ Em algumas decisões monocráticas, os ministros têm afirmado a prioridade de julgamento das ações submetidas ao rito especial, embora isso não tenha se convertido, na prática, em efetiva celeridade de tramitação: “O objeto desta ação direta remete-se a duas importantes normas constitucionais: a do art. 7º, IV, da Constituição da República, (...); a do art. 2º da Constituição, da República e do Estado Democrático de Direito, (...). Essa relevância exige que o julgamento da ação seja definitiva e prioritária, pois seria temerário afastar ou manter no

processada com prioridade. Afinal, qual seria o propósito de se criar um rito especial, com menor duração, para o processamento de uma ação se, ao fim e ao cabo, ela devesse competir, em igualdade de condições, com outra ação direta não submetida aos seus ditames? Reconhecer que a adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 impõe a priorização do julgamento das ADIs reduz a discricionariedade do Presidente do STF na definição da pauta de julgamento do plenário. Não faz sentido um rito voltado à celeridade sem que haja reflexos na agenda da Corte. Também por isso, só em hipóteses excepcionais o relator estará autorizado a abreviar o processamento da ação, tendo em vista que essa medida restringe as atribuições do Presidente do STF.

Diante dessas considerações, parece-nos que, as ações de controle concentrado devem ser julgadas de acordo com a seguinte ordem de prioridade. *Em primeiro lugar*, as ações submetidas ao art. 12 que tiveram liminar deferida. *Em segundo lugar*, as ações às quais se aplicou o rito do art. 12, que não tiveram liminar deferida. *Em terceiro lugar*, as ações nas quais houve deferimento de liminar, sem aplicação do rito do art. 12. E, por fim, as demais ações de controle concentrado, sujeitas ao rito do art. 6º e 8º, nas quais não houve pedido de liminar, ou o pedido foi indeferido.⁷¹⁷ Dentro dessas categorias, mister se faz observar a ordem crescente de autuação das ações, nos termos do art. 128 do RISTF.

ordenamento jurídico a norma objeto desta ação direta de inconstitucionalidade por decisão precária e reversível. Estão presentes, portanto, a 'relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica', conforme o art. 12 da Lei n. 9.868/1999, a justificar o julgamento do mérito da ação sem a prévia apreciação do pedido de medida cautelar." (ADI 4568, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 5-4-2011, DJE de 18-4-2011).

⁷¹⁷ A nosso sentir, as ações objetivas têm prioridade em relação a todas as demais ações e recursos subjetivos, nos quais há controle difuso de constitucionalidade. Essa prioridade de tramitação decorre da própria redação do art. 102 da Constituição, que confere ao STF precipuamente, a guarda da Constituição. Se a atribuição primordial do STF envolve a guarda da Constituição, e a guarda da Constituição pressupõe, em nosso sistema jurídico, o exercício do controle de constitucionalidade, a conclusão é a de que os processos que envolvem a preservação da ordem jurídico-constitucional têm prioridade em relação aos demais. Essa prioridade também decorre do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* própria das ações objetivas. A transcendência dos efeitos da decisão sobre os processos individuais em curso justifica essa prioridade. Por essa razão, parece-nos premente a revisão do art. 145 do RISTF.

3 MUDANÇAS NO FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL

“[O] tribunal constitucional que julga 80 mil processos não tem condições de desempenhar adequadamente seu papel de tribunal constitucional.”⁷¹⁸

O tempo é um bem escasso.⁷¹⁹ Ele não volta. Dentro das 24 horas precisamos encaixar atividades diversas de trabalho, lazer, família, estudos, num difícil malabarismo que causa angústias e ansiedades. É nesse contexto que se deve refletir sobre a justiça humana e o seu exercício. O juiz não é o Hércules que Dworkin idealizava. Embora o ideal dworkiniano tivesse o propósito de justificar a necessidade de se assegurar a integridade do Direito, e não ressaltar a capacidade sobreumana dos julgadores, não devemos idealizar os magistrados. Precisamos adotar uma visão mais pragmática, como o faz Posner. Os juízes são pessoas comuns, que dispõem do mesmo tempo que todos nós para cumprir e realizar todas suas atividades e interesses, públicos e privados.

Para assegurar que o ideal de Justiça seja alcançado é fundamental repensar o funcionamento de nossas instituições. Justiça que tarda é justiça falha.⁷²⁰ E a verdade é que, em razão de inúmeros fatores, o Poder Judiciário está sobrecarregado de demandas e vem descumprindo seu mister de distribuir Justiça.⁷²¹ A realidade nos Tribunais Superiores

⁷¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Tribunal Não Cumpre Seu Papel com 80 Mil Processos*. In: *Conjur*. Publicado em 04.06.2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 26.06.2014.

⁷¹⁹ E, na realidade contemporânea, o tempo parece ainda mais escasso. Reflexo, em grande medida, do aumento do número e da velocidade de informações que recebemos diariamente.

⁷²⁰“(…) *Necessitamos, com urgência, de um maior aprimoramento da prestação jurisdicional, especialmente no sentido de tornar efetivo o princípio constitucional da razoável duração do processo. (...) E o que é a razoável duração do processo? Apenas para ser ilustrativo, permito-me dizer o que não é: não são processos que se acumulam nos escaninhos das salas dos magistrados; não é a pretensão de milhões que se arrastam por dezenas de anos; não é a miríade de recursos de que se valem aqueles que não querem ver o deslinde da causa; não são, em absoluto, os quatro graus de jurisdição que o nosso ordenamento jurídico permite. Justiça que falha e que não tem compromisso com a sua eficácia é justiça que impacta direta e negativamente sobre a vida do cidadão.*” (Discurso de posse do Ministro Joaquim Barbosa na Presidência do STF. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=JQhESCD3SoQ>. Acesso em 21.07.2014).

⁷²¹ Vivemos, como disse Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, em uma cultura da litigiosidade (“Sem mudança na cultura do litígio mediação não basta, dizem professores da USP”). Publicado em 23.11.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-23/mudanca-cultura-litigio-mediacao-nao-basta>. Acesso em 26.02.2015). A afirmação não poderia ser mais correta. O amplo – e quase irrestrito – acesso à Justiça assegurado pela Constituição de 1988 trouxe muitos frutos positivos de inclusão e cidadania para os brasileiros. Mas inegavelmente gerou incentivos à litigiosidade. Mudar essa cultura é fundamental. Enquanto não se mudar essa visão, nenhuma reforma institucional será suficiente para reduzir o congestionamento dos tribunais. A academia,

brasileiros é particularmente assustadora. São tantos processos que é difícil dizer o que é mais importante; o que deve ser analisado antes, de forma mais célere.

Até agora tem-se tentado promover mudanças por meio de reformas constitucionais e legais. Isso, no entanto, não tem se mostrado suficiente, como se viu. A Constituição e as leis têm um papel fundamental na transformação da sociedade. Mas elas, por si só, não são capazes de operar essas mudanças. As leis, para serem efetivas, devem encontrar um lastro mínimo na realidade subjacente, que lhes permita atuar como uma centelha de transformação. Para alterar a realidade que nos assusta, é preciso que as instituições e as pessoas estejam imbuídas desse propósito. É possível remodelar as instituições, sem alterações legislativas, para melhorar o seu funcionamento.⁷²² É com essa crença que apresentamos algumas propostas alteração do funcionamento do STF, que exigem mudanças meramente culturais e regimentais.

3.1. Mudanças culturais⁷²³

3.1.1. Respeito ao regimento interno

A primeira mudança cultural passa pelo respeito e observância irrestrita, pelos ministros do STF, ao regimento interno da Casa. O diploma dispõe sobre as normas internas de

os juristas e o próprio Judiciário podem contribuir para essa virada, independentemente de reformas legislativas que, muitas vezes, são demoradas e podem acentuar o problema. É preciso desincentivar as brigas judiciais.

⁷²² Em entrevista concedida ao Anuário da Justiça Brasil 2014 – Publicação do CONJUR – o Ministro Dias Toffoli ressaltou que, em sua visão, mais do que mudanças estruturais, precisamos “*estimular uma cultura de pacificação social, e não de litígio. É preciso mudar a cultura, e não a estrutura processual. (...)*” Segundo a reportagem, “*para enfrentar o problema do excesso de processos no Supremo, Toffoli dispensa novas ferramentas. Quando assumiu seu gabinete no STF, há quatro anos, tinha o acervo de 12 mil processos. Hoje, tem 5,5 mil ações pendentes. O segredo, diz, é um rigoroso sistema de gestão administrativa do gabinete. “Não tem segredo. É ter uma equipe equilibrada, boa gestão do gabinete e administração coesa.”*” (“Diante possibilidade de inviabilização, Barroso pede revolução para STF”. In: Anuário da Justiça Brasil 2014. Republicado no Conjur em 21.06.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014jun21/Diantepossibilidadeinviabilizacaoministrorevolucaostf>. Acesso em 20.07.2014.

⁷²³ “*Proust dizia que o hábito é a segunda natureza do homem. Nada mais difícil do que mudar o hábito das antigas gerações. Entendem a lentidão processual quase como direito natural do ministro. Não é. Cada geração tem sua missão. Conquistar a legitimidade política foi a de ontem. Construir a eficiência decisória é a de amanhã.*” (FALCÃO, Joaquim. *Por que o Supremo não cumpre seus próprios prazos?* In: JOTA. Publicado em 24.09.2014. Disponível em <http://jota.info/76o9v>. Acesso em 09.10.2014).

organização e funcionamento do Tribunal e seu estrito cumprimento é fundamental, até como exemplo para os jurisdicionados e para os demais poderes da República. Com efeito, qual a legitimidade que o STF tem para exigir a observância de diplomas constitucionais e legais se ele próprio não faz seu “dever de casa”?

O respeito ao regimento interno passa por medidas triviais, que, no entanto, podem contribuir de forma determinante para a melhoria do funcionamento da Corte. Algumas delas serão listadas a seguir.⁷²⁴

3.1.1.1. Início pontual das sessões de julgamento.

O início pontual das sessões de julgamento às 14h é medida que se faz urgente e relevante. Atualmente, não é raro que as sessões comecem com atrasos de mais de 30 ou 40 minutos. Em alguns casos, esse atraso chega a atingir 1h. A demora no início da sessão, para além de configurar desrespeito às partes e aos advogados que se apresentam para acompanhar os julgamentos, reduz significativamente o escasso tempo do Plenário para deliberação, e inviabiliza o julgamento de um maior número de casos, atrasando a prestação jurisdicional.

Não se nega, com essa crítica, que os ministros do STF são pessoas demasiadamente atarefadas e que, na grande maioria das vezes, esses atrasos não são intencionais. No entanto, o compromisso com a pontualidade deve ser perseguido, tanto quanto possível, pelo Tribunal e por seus ministros, a fim de evidenciar o compromisso da instituição com o direito fundamental à rápida solução dos litígios.⁷²⁵ Cabe sobretudo ao Presidente zelar pela observância dessa norma regimental, sendo exemplo de pontualidade e instando os colegas a se apresentarem à

⁷²⁴ Em matéria publicada no dia 14.11.2014, Felipe Recondo chamou a atenção para o fato de que o STF havia descumprido seu regimento interno ao deixar de homenagear o centenário do nascimento do Ministro Victor Nunes Leal, ocorrido em 11.11.2014. Segundo a matéria, o “esquecimento” tem sido recorrente e atingido diversos ministros. Cf. RECONDO, Felipe. *A amnésia do Supremo Tribunal Federal*. In: JOTA. Publicado em 14.11.2014. Disponível em <http://jota.info/amnusia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 14.11.2014.

⁷²⁵ Não é o caso, em princípio, de se pensar em qualquer tipo de sanção pelo atraso. Em nossa visão esse atraso decorre do excesso de compromissos e atribuições e de uma certa leniência, por parte do Presidente do STF (qualquer um, e não especificamente do Min. Ricardo Lewandowski), com os atrasos dos ministros. No entanto, no limite, se houver recalcitrância recorrente por parte de algum ministro, talvez se possa considerar que o atraso que não tenha sido previamente comunicado ao Tribunal, ou que não decorra de caso fortuito ou de força maior, configure falta injustificada, com os desdobramentos daí decorrentes.

sessão dentro do horário.

Os Ministros Marco Aurélio Mello, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso parecem ser os mais preocupados com esse aspecto. Com efeito, são conhecidas as posições dos Ministros Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso no sentido da necessidade de início pontual das sessões. Ambos já deram entrevistas e se posicionaram publicamente sobre o tema.⁷²⁶ Já a Ministra Cármen Lúcia tem se esmerado em iniciar as sessões sem atrasos, quando exerce interinamente a Presidência do STF, durante as ausências eventuais do Ministro Lewandowski. Mais de uma vez a Ministra já pediu, ao encerrar sessão anterior, que os ministros chegassem pontualmente às sessões para o início dos trabalhos.

3.1.1.2. Respeito à ordem regimental de prioridade de julgamento

Como se disse anteriormente, o RISTF/1980 define uma ordem de prioridade para o julgamento dos feitos no Plenário e nas Turmas. No âmbito do Plenário, o regimento interno estabelece, como já demonstrado, a seguinte ordem de prioridade:

Ordem de Prioridade – Julgamento pelo Pleno

Prioridade	RISTF/1980
1º	Os processos em mesa (art. 125, IV)
2º	Os habeas corpus;
3º	Os pedidos de extradição;
4º	As causas criminais e, dentre estas, as de réu preso;
5º	os conflitos de jurisdição;
6º	os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral;
7º	os mandados de segurança;
8º	as reclamações;
9º	as representações (leia-se, ações de

⁷²⁶ “*ConJur* — Ano passado o senhor voltou a criticar os colegas por atraso no início das sessões. Isso continua? Marco Aurélio — Precisamos ser um pouquinho mais afeitos ao cumprimento dos horários. (...), porque nós temos outros compromissos, o nosso trabalho não se limita à sessão. (...)” (CANÁRIO, Pedro. *Exagero na racionalização dos trabalhos dos tribunais prejudica cidadania*. In: CONJUR. Publicado em 21.12.2014. Disponível em

<http://www.conjur.com.br/2014dez21/entrevistamarcoarelioministrosupremotribunalfederal>. Acesso em 02.02.2015). Quanto ao Min. Barroso, “O STF é um tribunal soterrado por miudezas”, diz Barroso.” Disponível em <http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17953-o-stf-e-um-tribunal-soterrado-por-miudezas-diz-barroso>. Acesso em 26/06/2015.

	controle concreto de constitucionalidade);
10º	os pedidos de avocação e as causas avocadas.

Quem quer que acompanhe as sessões plenárias, no entanto, sabe que o Tribunal sistematicamente desrespeita essa diretriz. Raramente (para não dizer nunca) os processos em mesa (agravos regimentais, embargos de declaração, devoluções de vista) são os primeiros a serem votados pelo Plenário. Em regra são os últimos. Isso sem falar que essa ordem está defasada e deixou de fazer sentido, em razão da transferência, operada pela ER nº 49/2014, de competências do Plenário para as Turmas. Matérias como *habeas corpus* e reclamações já não são mais, via de regra, de competência do Pleno, de modo que essa ordem perdeu em grande parte seu sentido. Por outro lado, não são respeitados os direitos de idosos e pessoas com deficiências que, como se viu, têm assegurada prioridade de tramitação por força de lei e de resolução do STF.

Pois bem. Se a ordem estabelecida no regimento interno é inadequada à realidade atual – e isso nos parece evidente – o caso é de alteração da regra regimental, e não de sua completa desconsideração pelo Tribunal. Enquanto a norma estiver em vigor, ela deve ser respeitada.

3.1.1.3.Devolução de vistas

Conforme demonstrado anteriormente, o RISTF disciplina o prazo do pedido de vista e, inclusive, dispõe sobre a forma de sua prorrogação (cf. art. 134 e Resolução STF nº 278/2003). Nada obstante isso, essas disposições são notória e sistematicamente descumpridas pelos ministros. A tal ponto que, em um caso emblemático, envolvendo o financiamento privado de campanhas eleitorais (ADI nº 4650, Rel. Min. Luiz Fux), diversos segmentos da sociedade civil têm reiteradamente criticado o Ministro Gilmar Mendes pela excessiva demora na devolução do pedido de vista por ele formulado, que impediu a conclusão de julgamento que já se encaminhava para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação eleitoral que permitem que pessoas jurídicas doem recursos para campanhas eleitorais.⁷²⁷

⁷²⁷ O julgamento teve início em 11.12.2013. Na ocasião, o Min. Luiz Fux (Relator) julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 24 da Lei nº 9.504/97. Na sessão do dia

Não se trata de caso isolado.⁷²⁸ Conforme evidencia o *III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*, até 31.12.2013 foram formulados um total de 2.987 pedidos de vista, sendo que 124 deles ainda não haviam sido devolvidos. A pesquisa demonstra, outrossim, que o tempo médio de duração dos pedidos de vista ainda não devolvidos tem sido de três anos (1095 dias), enquanto que entre os já devolvidos ele tem sido de 346 dias. Além disso, o relatório informa que 2.215 pedidos de vista – 75% dos pedidos formulados, aproximadamente – foram devolvidos *fora do prazo regimental*.⁷²⁹

Esses dados evidenciam a necessidade de que os ministros mudem a cultura vigente e passem a devolver os pedidos de vista dentro do prazo regimental, salvo por motivo justificado. Ouque alterem o regimento para tornar esse prazo mais realista. O que não se pode admitir, com as devidas vênias, é o descumprimento puro e simples do prazo regimental; que o pedido de vista vire “perdido de vista”, para usar a expressão adotada pelo Ministro Marco Aurélio.⁷³⁰

A demora na devolução de pedidos de vista tem dado ensejo a discussões em vários fóruns. No âmbito parlamentar, foram recentemente apresentados duas PECs. A primeira, Proposta de Emenda à Constituição nº 53, de 2015, de autoria do deputado Glauber Braga, prevê

seguinte, 12.12.2013, após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, acompanhando o Relator, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista formulado pelo Ministro Teori Zavascki. O julgamento foi retomado em 02.04.2014. Na ocasião, o Ministro Teori Zavascki julgou improcedente o pedido; o Ministro Marco Aurélio julgou-o parcialmente procedente; e o Ministro Ricardo Lewandowski julgou procedente o pedido, acompanhando o Relator. Em seguida, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Desde então aguarda-se a devolução da vista para a conclusão do julgamento.

⁷²⁸ Diversos outros exemplos de pedidos de vista que superam o prazo regimental poderiam ser mencionados aqui, mas isso tornaria a análise desnecessariamente extensa e enfadonha. Para dar apenas mais um exemplo. A ADI nº 2404, Rel. Min. Dias Toffoli, que versa sobre a constitucionalidade da classificação indicativa fixada pelo Ministério das Comunicações começou a ser julgada na sessão do dia 30.11.2011. Na ocasião, após quatro votos pela inconstitucionalidade do dispositivo questionado na ação, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos e não devolveu o processo para julgamento. O Ministro Joaquim, como se sabe, aposentou-se em julho de 2014. Em razão disso, o processo encontra-se parado e a solução pendente, embora quatro ministros já tenham se pronunciado pela inconstitucionalidade.

⁷²⁹ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 18. Vale observar que a divulgação da pesquisa aparentemente gerou impactos imediatos. O jornalista Luiz Orlando de Carneiro noticiou que, em novembro de 2014, o volume de vistas devolvidas praticamente havia dobrado em relação ao ano anterior. Na ocasião, segundo o jornalista, havia 70 processos com vista devolvidos aguardando nova inclusão em pauta. (CARNEIRO, Luiz Orlando. *Ministros do Supremo aceleram leitura*. In: JOTA. Publicado em 07.11.2014. Disponível em <http://www.jota.info/7zuny>. Acesso em 07.11.2014).

⁷³⁰ BRÍGIDO, Carolina. *Pedidos de vista paralisam 216 processos no Supremo: Ministros ignoram prazo de duas sessões para devolução de ações*. In: O Globo. Publicado em 05.04.2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/pedidos-de-vista-paralisam-216-processos-no-supremo-15784597>. Acesso em 26.06.2015.

o trancamento da pauta do STF quando decorrido o prazo de vista, fixado em 10 dias úteis. Assim, *“todos os processos, pautados ou apresentados em mesa para julgamento (...), com exceção de mandados de segurança e habeas corpus, ficarão sobrestados até que seja retomado o exame do processo suspenso pelo pedido de vista.”*⁷³¹ A PEC nº 59/2015, de autoria do deputado Arnaldo Jordy, por as vez, estipula que os *“processos sejam colocados na pauta de forma automática se o pedido de vista ultrapassar um ano, se o ministro não fizer isso por conta própria.”*⁷³²

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também tem manifestado preocupação com o tema e chegou a enviar ofício ao CNJ pedindo que o órgão discuta medidas para universalização da previsão legal para o pedido de visto, aplicando-se a mesma a todos os tribunais brasileiros.⁷³³ Havendo inclusive disposição do Regimento Interno do CNJ que

⁷³¹ LUCHETE, Felipe. *Câmara, MPF e OAB querem fixar regras para pedidos de vista*. In: CONJUR. Publicado em 09.06.2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-09/camara-mpf-oab-fixar-regras-pedidos-vista>. Acesso em 10.06.2015. A PEC apresentada pelo Deputado Glauber Braga pretende introduzir no art. 93 da CRFB, o inciso XVI: *“XVI - aos integrantes dos Tribunais é facultado pedir vista dos autos de processo judicial em curso, devendo devolvê-los no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, contados da data em que os recebeu em seu Gabinete, para que se dê prosseguimento ao julgamento; transcorrido este prazo sem que tenham sido devolvidos os autos, todos os processos, pautados ou apresentados em mesa para julgamento no respectivo Colegiado, com exceção de mandados de segurança e habeas corpus ficarão sobrestados até que seja retomado o exame do processo suspenso pelo pedido de vista.”* Da exposição de motivos extrai-se a seguinte afirmação: *“Atualmente um dos expedientes que mais tem dificultado a conclusão dos processos em nossos Tribunais tem sido a prática do pedido de vista, (...). Contudo, apesar de o Código de Processo Civil estabelecer o prazo de 10 (dez) dias para a devolução do processo e os Regimentos Internos de diversos Tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, conterem semelhante previsão, na prática, tais prazos não são observados pelos magistrados que solicitam a vista, que retêm os processos não raras vezes por anos. (...) Essa retenção por tempo indeterminado dos processos pelo pedido de vista colide frontalmente com o princípio da duração razoável do processo, inscrito no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.”*

⁷³² LUCHETE, Felipe. *Câmara, MPF e OAB querem fixar regras para pedidos de vista*. In: CONJUR. Publicado em 09.06.2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-09/camara-mpf-oab-fixar-regras-pedidos-vista>. Acesso em 10.06.2015. A proposta do Deputado passa pela introdução do §4º ao art. 102 da Constituição da República. Segundo a PEC, *“§ 4º Quando houver pedido de vista nos julgamentos dos recursos extraordinários e das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, bem como nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, o processo será automaticamente reincluído em pauta quando completar um ano desde a suspensão do julgamento, ficando sobrestados os demais julgamentos, salvo se houver habeas corpus.”* A justificativa faz expressa alusão ao caso da ADI nº 4.650, que versa sobre financiamento eleitoral: *“o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes caracteriza muito mais um veto – uma vez que impede a conclusão do julgamento – do que um singelo pleito para uma análise mais profunda dos fundamentos da ação.”* Em outro trecho, afirma-se: *“(…) não existe nenhuma disposição que atribua a um único Ministro o poder de se sobrepor à posição adotada pelos demais. Contudo, isso se tornou praxe no Supremo Tribunal Federal. Mas não é razoável que continue assim, pois as decisões da Excelsa Corte são colegiadas. Daí a importância da presente Proposta de Emenda à Constituição, que limita em um ano o pedido de vista, ficando sobrestados todos os demais julgamentos, salvo se houver habeas corpus pendente de decisão.”*

⁷³³ LUCHETE, Felipe. *Câmara, MPF e OAB querem fixar regras para pedidos de vista*. In: CONJUR. Publicado em 09.06.2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-09/camara-mpf-oab-fixar-regras-pedidos-vista>. Acesso em 10.06.2015. O ofício da OAB propõe que o *“Conselho Nacional de Justiça (...) adote deliberação em torno da universalização da previsão legal de prazo para o julgamento dos processos judiciais com pedido de*

prioriza o julgamento processos que tenham sido objeto e pedido de vista regimental.⁷³⁴

Embora a questão também já tenha, no passado, gerado debates no âmbito da Corte, isso não foi suficiente para alterar a postura dos ministros.⁷³⁵ Nesse sentido, é fundamental que o STF se conscientize da necessidade de mudanças em relação a esse tema, sob pena de incentivar a adoção de reformas que poderão limitar os poderes da Corte desnecessariamente.

3.1.1.4. Publicação de acórdãos

Conforme já demonstrado na segunda parte deste estudo, o RISTF em vigor determina que os acórdãos sejam publicados em até 60 dias do final do julgamento. No entanto, de acordo com o *III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*, o STF leva, em média, 167 dias para publicar suas decisões.⁷³⁶

Para tentar reduzir o tempo necessário à publicação das decisões colegiadas do Tribunal, o Ministro Ricardo Lewandowski editou resolução (Resolução STF nº 536/2015) determinando que os ministros que quiserem adiar a publicação, por ainda não terem revisado seus votos e apartes, deverão formalizar pedido nesse sentido de forma justificada.⁷³⁷ A medida produziu efeitos imediatos. No dia 30.10.2014, o Diário de Justiça do STF publicou, de uma só tacada, 400 acórdãos que estavam represados nos gabinetes.⁷³⁸

vista em todos os tribunais brasileiros, mediante a regulamentação pertinente.”

⁷³⁴ “Art. 127. Se algum dos Conselheiros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, na primeira sessão ordinária subsequente, com preferência na pauta, independentemente de nova publicação”

⁷³⁵ No julgamento da Rcl. nº 2138 o Ministro Gilmar Mendes – atualmente, envolvido na polêmica relacionada ao pedido de vista formulado na ADI sobre financiamento de campanhas – já reclamou, em sessão, de um pedido de vista feito pelo então Ministro Joaquim Barbosa. Na ocasião, S. Exa. ressaltou: “*Incomoda tremendamente esse pedido de vista que, nesse caso, rima com perdido de vista. Na verdade, estamos a demorar demais já com uma definição, porque, neste caso, o pedido de vista ocorreu quando havia seis votos.*” (Rcl 2138, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes (art.38,IV,b, do RISTF), Tribunal Pleno, j. em 13/06/2007, DJe-070 de 18-04-2008).

⁷³⁶ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 18.

⁷³⁷ RECONDO, Felipe. *Lewandowski exige justificativa de ministros para adiar acórdãos*. In: JOTA. Publicado em 17.10.2014. Disponível em <http://jota.info/rh1d0>. Acesso em 22.10.2014.

⁷³⁸ Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/148681621/dje-desta-quinta-feira-30-publica-mais-de-400>

3.1.2. Racionalização do tempo do Plenário

Outro aspecto de fundamental importância diz respeito à racionalização do escasso tempo de que dispõe o Plenário. Muitas vezes o STF chega a dedicar uma sessão inteira para analisar um único caso. Às vezes, até mais. Em questões de maior complexidade e relevância, o Tribunal pode se debruçar sobre a matéria por duas ou mais sessões. Se, de um lado, isso demonstra o cuidado que os ministros dedicam ao julgamento de temas controvertidos e relevantes, por outro, atrasa os julgamentos.

Esses zelo e cuidado não seriam negativos, não fosse o fato de que a pauta do Plenário está sobrecarregada e de que o prolongamento de um julgamento, por mais de uma sessão, acaba atrasando a análise de outras questões igualmente urgentes e importantes. É preciso, pois, pensar em formas de racionalizar, ao menos momentaneamente, a escassez de tempo do Plenário *vis-à-vis* o número de processos pendentes aguardando julgamento.

3.1.2.1. Limitação informal e consensual do tempo para a manifestação de cada ministro

Nessa linha de raciocínio, parece essencial, em primeiro lugar, que os ministros se conscientizem da importância de otimizar o tempo do Plenário e exerçam verdadeira autocontenção sobre suas intervenções, de forma a evitar o prolongamento desnecessário de um determinado julgamento ou infundáveis debates sobre aspectos laterais.

Em nossas conversas, o Ministro Luís Roberto Barroso sugeriu-nos a adoção de um critério informal que deveria nortear a atividade dos magistrados da Suprema Corte. A sugestão é a de que se estabelecesse uma regra convencional, entre os ministros, no sentido de que, para concordar com o relator ou com o ministro que inaugurou a divergência, os demais julgadores não deveriam demorar mais do que dez minutos.

A sugestão é, deveras, razoável. Não nos parece, contudo, que deva ser imposta

acordaos-pendentes-ha-mais-de-60-dias. Acesso em 26/06/2015.

regimentalmente aos demais ministros e, por isso, foi catalogada entre as mudanças culturais. Pensamos ser necessário que o STF discuta internamente essa sugestão e busque a construção de um critério consensual, se esse se mostrar inconveniente ou inadequado, por qualquer motivo. Não se quer, com isso, evidentemente, defender um prazo rígido ou rigoroso para a manifestação dos ministros, que não possa ser superado. No entanto, a limitação do tempo é necessária, a fim de permitir o julgamento de um maior número de processos por sessão. Se o STF julgasse 100 causas por ano, como o faz a Suprema Corte dos EUA, essa proposta poderia até ser descabida. Mas, como a Corte brasileira ainda julga número milhares de vezes superior a esse, a medida se impõe.

À falta de um consenso mínimo interno entre os ministros do STF cabe ao Presidente da Corte, na direção dos trabalhos do Plenário, não o papel de tolher o exercício da judicatura ou a livre expressão do pensamento dos magistrados, mas o de incentivar que eles apresentem suas razões de forma resumida, abreviada, sobretudo quando o voto venha a se somar a uma posição já externada por outro ministro.

3.1.2.2. Troca de votos entre os ministros antes da sessão de julgamento

Questão controversa envolve a proposta de encaminhamento, pelo relator, antes da sessão, do voto ou de suas conclusões aos demais ministros da Corte. Os Ministros nomeados a menos tempo (Rosa Weber, Luiz Fux, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso) têm se mostrado favoráveis a essa prática. Em especial o Min. Luís Roberto Barroso, que chegou a apresentar essa proposta em plenário,⁷³⁹ espelhando-se na prática adotada por outros tribunais

⁷³⁹ “Em sua primeira sessão plenária no Supremo Tribunal Federal, o ministro [Luís] Roberto Barroso propôs uma mudança para dar racionalidade e poupar tempo nos julgamentos da corte. O ministro se dispôs a encaminhar as conclusões de seus votos nos processos em que é relator aos colegas, para que todos tenham conhecimento antecipado de como irá decidir a matéria discutida. Na prática, o sistema faria com que os ministros que concordam com a tese do relator não tivessem de investir tempo para elaborar seus votos sobre o tema. A proposta ajuda inclusive aqueles que pretendem divergir, já que podem contrapor as razões do relator com mais propriedade. A proposta foi feita ao fim do voto de Barroso em Mandado de Segurança (MS 28.160) que contestava decreto presidencial que desapropriou, para fins de reforma agrária, um imóvel rural na cidade de Chorozinho, no Ceará. Os ministros mantiveram a desapropriação. Barroso acompanhou o voto da relatora, Rosa Weber, e então sugeriu o encaminhamento das conclusões de votos antes do julgamento. Isso porque ele poderia dedicar tempo a analisar outros processos, em vez de estudar e elaborar um longo voto sobre um caso em que concorda com todos os argumentos do relator. Os ministros não chegaram a discutir a proposta de Barroso no julgamento. O decano do tribunal, ministro Celso de Mello, disse à revista *Consultor Jurídico* que considera a proposta viável. Segundo ele, o sistema não interfere na independência dos ministros e facilita o trabalho porque

brasileiros, como, por exemplo, o STJ.⁷⁴⁰

O *leit motiv* da proposta não é o de antecipar o debate dos casos longe dos olhos da opinião pública. A ideia é apenas a de facilitar o trabalho dos demais ministros. A medida tem a inegável vantagem de permitir que os ministros conhecessem, de antemão, como pretende votar o relator e pudessem, em caso de concordância, se demitir da incumbência da preparação de um voto escrito. Por outro lado, a medida permite, ainda, que os ministros que pretendam discordar da posição possam fazê-lo contrapondo os seus argumentos aos do relator. Isso poderia fazer com que os ministros poupassem tempo e evitassem a leitura de votos na sessão plenária quando chegassem às mesmas conclusões que o relator, bem como pautassem seus votos em premissas semelhantes.

Nada obstante isso, a proposta encontra resistências, em especial do Ministro Marco Aurélio Mello.⁷⁴¹ Para ele, a iniciativa poderia comprometer a espontaneidade dos magistrados e reduzir as chances de que os advogados durante a sustentação, ou os demais magistrados durante os debates, se influenciassem reciprocamente para a produção de uma decisão melhor informada. Além disso, a iniciativa, segundo o Ministro, poderia transformar a sessão plenária em um “teatro”. Em tom duro e crítico, o vice-decano do STF afirmou:

‘Os colegas agora resolveram, para ter uma votação em plenário praticamente simbólica, distribuir e trocar os votos’, afirmou ele, em entrevista exclusiva ao Congresso em Foco. ‘Hoje um colega disse que não recebe. Eu também não recebo para proferi-lo’, continuou. Ele criticou o que chamou de tentativa de acerto prévio

evitaria longas considerações sobre os julgamentos. ‘A sugestão poderia trazer mais racionalidade aos julgamentos’, afirmou.” Cf. HAIDAR, Rodrigo. Barroso propõe racionalidade aos julgamentos no STF. In: Os Constitucionalistas. Publicado em 03.08.2013. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/barroso-propoe-racionalidade-aos-julgamentos-no-stf> 1/. Acesso em 15.05.2014.

⁷⁴⁰ “A prática proposta por [Luís] Roberto Barroso é nova no âmbito do Supremo, mas não é novidade para ministros e juízes de outros tribunais. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, o sistema já funciona com sucesso há anos na maior parte das turmas e seções do tribunal. Na 2ª Turma do STJ, os ministros trocam os votos dos processos pautados entre si dois dias antes da sessão de julgamento. Se o ministro pauta mais de 50 processos, a regra é encaminhar os votos com ao menos quatro dias de antecedência. O encaminhamento já provoca uma discussão eletrônica entre os juízes. É comum os ministros apontarem precedentes em sentido contrário ao voto encaminhado e o voto ser reajustado. Isso evita debates desnecessários e faz com que a produtividade suba. Com a troca dos votos, os advogados e seus clientes também têm garantia de que, mesmo nos julgamentos em lista, todos os ministros tomaram conhecimento da questão.” Cf. HAIDAR, Rodrigo. Barroso propõe racionalidade aos julgamentos no STF. In: Os Constitucionalistas. Publicado em 03.08.2013. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/barroso-propoe-racionalidade-aos-julgamentos-no-stf> 1/. Acesso em 15.05.2014.

⁷⁴¹ Ao final da sessão em que foi apresentada a proposta pelo Min. Luís Roberto Barroso, o Min. Marco Aurélio, “questionado, apenas respondeu: ‘Há 34 anos eu não troco figurinhas’”. Cf. HAIDAR, Rodrigo. Barroso propõe racionalidade aos julgamentos no STF. In: Os Constitucionalistas. Publicado em 03.08.2013. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/barroso-propoe-racionalidade-aos-julgamentos-no-stf> 1/. Acesso em 15.05.2014.

das decisões. ‘Não estamos em um teatro pra acertarmos previamente decisões, e depois colocarmos a capa para proclamar a decisão’, disparou Marco Aurélio. ‘Aqui vinga a publicidade’, disse. (...) Estou há 35 anos na magistratura e nunca troquei figurinhas, e não vou trocar. Não há quem me faça repassar um voto antes da sessão, do pregão do processo.⁷⁴²

A resistência do Ministro Marco Aurélio Mello revela, a um só tempo, certa dose de vaidade e de independência em relação à opinião pública, mas também de incompreensão quanto ao que os ministros nomeados a menos tempo têm defendido. Os argumentos do ministro Marco Aurélio seriam ponderáveis se a proposta fosse debater, previamente, as razões da decisão, antes da sessão. Nesse contexto, a medida poderia, de fato, (i) tornar as sustentações orais ainda mais simbólicas e irrelevantes do que já são atualmente; (ii) ensejar a manipulação dos demais ministros pelo relator, na medida em que aqueles que não tiveram contato direto com os dados do processo acabariam tendo que se fiar, no mais das vezes, na análise empreendida pelo relator; e (iii) empobrecer o debate público das razões, transferindo-o para esferas privadas (o conforto dos gabinetes), inacessíveis às partes e a seus advogados. Mas não é disso que se cuida. A ideia, repita-se, é apenas a de divulgar a minuta do voto para os demais ministros saberem como o relator pretende encaminhar a questão em plenário.

A simples divulgação do voto do relator, sem a combinação de votos ou a antecipação do posicionamento dos demais ministros, não é capaz de produzir externalidades negativas. Em nossa visão, a divulgação antecipada do voto do relator mostra-se *necessária* para otimizar o escasso tempo da Corte. É preciso, contudo, ter cuidado, para que a iniciativa não seja desvirtuada a ponto de ensejar a antecipação do processo deliberativo do Tribunal.

3.1.3. Respeito aos precedentes da Corte

“(...) decisão tomada por maioria do Pleno do STF, ainda que não de dois terços, seguramente constitui decisão que não pode deixar de se impor a ele próprio e aos demais juízes. (...) a circunstância de uma Suprema Corte poder revogar os seus próprios precedentes (...) nada tem a ver com o fato de o precedente ser oriundo de caso que se repetiu ou de a decisão ter sido tomada por maioria simples ou qualificada.

⁷⁴² COSTA, Sylvio; SARDINHA, Edson. *Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF*. In: Congresso em Foco. Publicado em 17.04.2014. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em 17.05.2014.

O que pode justificar a revogação de um precedente, por exemplo, é a mutação da realidade social que a Corte considerou ao decidir.⁷⁴³

Ao concentrar competências de Suprema Corte e de Corte Constitucional, o STF é chamado a decidir várias questões, muitas vezes repetidas, no bojo do exercício de sua jurisdição. Como ficou demonstrado anteriormente, todos os anos, milhares de processos ameaçam o funcionamento sadio do Tribunal e impõem o debate público sobre as formas de otimizar seu trabalho. Nessa toada, uma das soluções aventadas para manter as competências da Corte e, simultaneamente, reduzir o trabalho despendido por seus ministros foi a instituição de precedentes vinculantes que evitem que Corte seja obrigada a se manifestar seguidas vezes sobre o mesmo tema.

A discussão sobre o respeito que outros órgãos devem demonstrar pelas decisões do STF, motivou – e motiva – a criação de uma plêiade de instrumentos aptos à garantir a racionalidade da Justiça. No entanto, a mesma discussão ganha tons de maior complexidade quando se volta à vinculação do STF às suas próprias decisões. Na prática, a atuação do Tribunal revela-se extremamente inconsistente e, muitas vezes, a utilização de precedentes em determinados casos é puramente retórica. Em razão disso, a racionalidade e uniformização que se busca impor ao demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública não é uma realidade, sequer, no funcionamento e nas deliberações da própria Corte. Em outras palavras, a atuação do STF parece refletir o velho brocardo popular: “*Faça o que eu digo, não faça o que eu faço*”. O problema, no entanto, é que mesmo o que é dito pela Corte não está claro e a barafunda jurisprudencial que configura os trabalhos do Supremo é impeditiva da racionalidade judicial que ele próprio clama.

Tratando do tema, Fernando Leal defende que a utilização dos precedentes pelo STF se dá de uma maneira confusa e aleatória, de modo que os julgados mencionados pelos ministros como precedentes são muitas vezes opostos e não tem qualquer relação com o caso em discussão. Segundo o autor, não existiria uma relação necessária entre o caso que está em discussão na Corte e os casos que são citados à moda de precedente. O que há, na verdade, é uma referência pontual a um caso anterior que pode ajudar, de alguma forma, a justificar um determinado argumento utilizado por um ministro. Desse modo, a prática do Tribunal – ou, melhor dizendo, de seus ministros – de fazer referência a um caso antigo da Corte se dá de

⁷⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 847.

maneira geralmente aleatória, sem que se permita aferir a existência de uma racionalidade comum nas diversas discussões que chegam ao Tribunal – havendo inclusive incompatibilidade entre os diferentes casos que são utilizados para fundamentar uma decisão. Conforme assevera Fernando Leal:

No limite, há tantos ‘precedentes’ quantos são os argumentos já apresentados nas salas do tribunal para embasar os votos dos seus integrantes. Nesse contexto, precedentes não funcionam como limites ao julgador. São, ao contrário, oportunidades. Fontes praticamente inesgotáveis para a sustentação de inúmeros pontos de vista.⁷⁴⁴

Seguindo em sua linha de raciocínio, o autor aponta três hipóteses que explicariam esse comportamento do STF. A primeira seria a falta de um posicionamento claro do Tribunal sobre a resposta que se deva dar a um determinado caso. A segunda consistiria na existência de decisões amplas demais, que levariam os ministros a se comprometer mais do que deveriam, em suma, adotando uma linha decisória maximalista. Por fim, a terceira hipótese consistiria na falta de critérios para utilização de decisões passadas. Independente de qual hipótese se demonstre verdadeira, o problema é um só: não há previsibilidade com relação às decisões futuras do Tribunal e, portanto, não há segurança jurídica.

O problema é que essa prática não se coaduna com os próprios imperativos de racionalidade judicial defendidos pela Corte. Nesse sentido, é indispensável que o STF respeite seus precedentes, mesmo que alguns ministros não concordem com a decisão adotada no passado.⁷⁴⁵ Só em casos extremos o Tribunal deve modificar orientação anterior. O STF deve dar o exemplo e, ele próprio, respeitar seus julgados. Não faz sentido defender a uniformização e a otimização dos trabalhos judiciais, pela via de adoção da lógica dos precedentes, e, simultaneamente, agir de maneira aleatória, mudando de opinião de maneira inconsistente com o passado.

Mais do que certo ou errado, admitir rever, a todo e qualquer tempo, decisões anteriores, além de gerar insegurança jurídica, coloca em xeque o funcionamento do próprio Tribunal. Ainda que se entenda que uma determinada decisão está errada, sua superação ou revogação deve dar-se, em primeiro lugar, pelo Legislativo e, subsidiariamente, pelo Judiciário – havendo

⁷⁴⁴ LEAL, Fernando. *Uma Jurisprudência que Serve para Tudo*. In: Jota. Disponível em: <http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em 11/06/2015.

⁷⁴⁵ “As Professor Thomas Baker observed, the justices have “not infrequently sublimated their judicial egos, suppressed their individual voices, [and] voted against themselves ... in particular cases, out of respect for the Court as an institution.” (BAKER, Thomas E. *Why We Call the Supreme Court “Supreme*. 4 Green Bag 2d 129, 136 (2001). Apud WEST, Sonja R. *Concurring in part & Concurring in the confusion*. In: Michigan Law Review, v. 104, 2006, p. 1957.

uma mudança na realidade ou na interpretação do Direito que justifique essa guinada. Mais do que isso, uma postura caótica com relação às decisões da Corte, impossibilita que outros órgãos – tanto do Judiciário quanto do Executivo – respeitem às decisões da Corte, tendo em vista a dificuldade em reconhecer o que foi decidido.

Garantir a integridade e a sistematicidade do ordenamento jurídico pressupõe a observância das decisões pretéritas, por mais equivocadas que elas pareçam, se não houver razões suficientemente fortes para justificar a mudança de orientação. O mero desacerto da decisão não é, *per se*, motivo suficiente para a superação do precedente. É preciso mais. É preciso que a decisão, além de equivocada, gere consequências insustentáveis ou incompatíveis com a ordem constitucional em vigor. Como adverte Frederick Schauer, a decisão anterior é superior, no sentido de impedir ou obstar a prolação de uma nova decisão, não porque advém de uma Corte superior. Na verdade, ela é superior apenas por ser anterior. Essa é a essência do princípio do *stare decisis*.⁷⁴⁶

Segundo o autor americano, há uma diferença entre *aprender* com uma decisão pretérita e *seguir-la*. Para ele, aprender com decisões passadas não representa propriamente argumentar com precedentes. Uma Corte pode apreender com um caso pretérito, e até ser persuadida pela decisão proferida, mas isso não significa que a decisão que o Tribunal vai tomar está calcada naquele caso como um precedente:

(...) understanding the idea of precedent requires appreciating the difference between learning from the past, on the one hand, and following the past just because of the fact of a past decision, on the other. With respect to the former, which is not really precedential reasoning at all, the instant court may learn from a previous case, or be persuaded by some decision in the past, but the decision to do what another court has done on an earlier occasion is not based on the previous case's status as a precedent. Instead the decision exemplifies the fundamental human capacity to learn from other and from the past. There are many instances in which the instant court will be persuaded by the reasoning of another court, but if the instant court is genuinely persuaded, then it is not relying on - obeying - precedent at all. (...) In contrast, reasoning from precedent - and maybe it is a mistake to call it 'reasoning' at all - is following a previous decision just because of its status as a decision of a higher court or the same court on an earlier occasion, not because the follower in the instant case

⁷⁴⁶“(...) courts are also, although less obviously and sometimes more controversially, expected to follow their own earlier decisions. Here the relationship is horizontal, because the obligation is between some court now and the same court in the past. (...) The earlier decision is superior not because it comes from a higher court; rather, the earlier decision becomes superior just because it is earlier. This obligation of a court to follow its own previous decisions is typically known as *stare decisis* - Latin for 'stand by the thing decided' - and it is a distinct form of constraint by precedent. Under the doctrine of *stare decisis*, a court is expected to decide issues in the same way that it has decided them in the past, even if the membership of the court has changed, or even if the same members have changed their minds. Like vertical precedent, *stare decisis* - horizontal precedent - is about following the decisions of others.” (SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, p. 36).

has been persuaded by the reasoning of the precedent case. (...) The basic idea should now be clear. When courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect.⁷⁴⁷

Nessa toada, poder-se-ia dizer que o conceito de *stare decisis* produz uma oposição entre as noções de segurança jurídica e de Justiça. Isso não deixa de ser verdade. No entanto, do ponto de vista sistêmico, a opção pelo *stare decisis* e, portanto, pela segurança jurídica produz mais justiça para a sociedade e para os indivíduos do que as concepções subjetivas de justiça – que, transplantadas de maneira acrítica para o universo judicial, produzem um sistema caótico e imprevisível. Em regra, ao saber o que esperar das autoridades e das normas aplicadas por elas, os indivíduos não serão surpreendidos e a sociedade poderá funcionar com um mínimo de previsibilidade, produzindo-se, por consequência, justiça sistêmica. Essa, inclusive, é a opinião do Justice Brandeis, da Suprema Corte Americana, o qual afirma que: “*in most matters it is more important that [the question] be settled than that it be decided right.*”⁷⁴⁸

Essa opção pela segurança jurídica em detrimento de concepções subjetivas de justiça está presente, também, na Constituição de 1988. Quando a Carta Magna impõe, como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, a demonstração da existência de repercussão geral da questão constitucional, elafaz uma clara opção pela segurança jurídica em detrimento de concepções subjetivas de justiça existentes na sociedade. A exigência de demonstração de repercussão geral permite que questões de inconstitucionalidade de menor importância transitem em julgado, quando não se mostrarem relevantes e transcendentais.

Mesmo um autor como Ronald Dworkin, que parte de premissas muito diversas das adotadas por Frederick Schauer, reconhece a importância de atribuir coerência ao Direito e à sua interpretação. Ao tratar do tema da interpretação e da coerência, Dworkin compara o trabalho de interpretar o Direito à escrita conjunta de um livro por diversos autores: é impossível escrever um bom livro ou, ao menos, um livro que faça sentido, sem que haja conhecimento dos capítulos anteriores. Da mesma maneira, é impossível interpretar adequadamente o Direito, sem o conhecimento apropriado do que foi interpretado anteriormente e sem justificar consistentemente as mudanças na realidade que justificariam uma interpretação diversa das

⁷⁴⁷ SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, pp. 38-41.

⁷⁴⁸ *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting). *Apud* SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, p. 43.

passadas.⁷⁴⁹

Conclui-se, portanto, que uma série de razões justifica a opção, *a priori*, pelos precedentes. Em primeiro plano, estar-se-ia favorecendo a racionalidade judicial e permitindo que o Poder Judiciário – incluindo o próprio STF – e o Executivo soubessem como orientar suas atuações de maneira coerente. Em suma, a construção de uma doutrina de precedentes mais rigorosa, necessariamente, criaria decisões mais claras, que poderiam ser mais facilmente obedecidas e reproduzidas – ou impostas, quando não cumpridas.

Em segundo plano, ainda que se possa considerar uma decisão específica errada, a opção judicial pelo respeito aos precedentes teria o condão de gerar maiores segurança jurídica e previsibilidade social, o que, do ponto de vista sistêmico, assegura, em regra, maior justiça. Além disso, essa opção fortaleceria uma concepção de integridade e sistematicidade do Direito que, judicialmente, representaria uma cultura de precedentes mais desenvolvida. Ao tratar os precedentes de maneira mais rigorosa, o STF, como órgão de cúpula do Judiciário, teria a oportunidade de obrigar os outros órgãos jurisdicionais a atuar da mesma forma.

Por fim, ainda que não se concorde com essas ideias, e se sustente que a justiça deve, sempre, prevalecer sobre a segurança jurídica, a superação de um precedente ainda assim exige uma justificação proporcional ao enorme ônus argumentativo que a prolação de decisões divergentes produz. Em outras palavras, a Justiça não pode florescer sob o custo de um ordenamento caótico e sem integridade, mesmo para teorias fortemente fundadas na defesa de direitos fundamentais – como as de Ronald Dworkin.

3.1.4. Aplicação de sanções pelo descumprimento de precedentes

Outra mudança cultural que pode reduzir o número de processos em tramitação no âmbito do STF envolve a aplicação de sanções em caso de descumprimento de precedentes. Criar uma cultura de respeito aos precedentes exige que se imponha, ao menos até a sua completa afirmação, o respeito incondicional das demais instâncias e órgãos da Administração Pública às decisões vinculantes. Em um ordenamento jurídico pouco familiarizado com as

⁷⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 217-250.

regras de *stare decisis*, *holding* e *ratio decidendi* é essencial exigir de forma coercitiva o respeito ao entendimento adotado, até para pavimentar a mudança cultural. Não basta que o ordenamento jurídico afirme que determinadas decisões são vinculantes se o descumprimento delas não for capaz de gerar qualquer consequência para seu infrator.

No caso, parece-nos que já há instrumentos jurídicos adequados, no ordenamento jurídico brasileiro, para se reconhecer a possibilidade de responsabilização de autoridades que desrespeitem os precedentes do STF. Discordamos, nessa ordem de ideias, veementemente, da leitura que Glauco Leite faz da EC nº 45/2004 e da Lei nº 11.417/2006. De acordo com o mencionado autor:

A Emenda Constitucional nº 45/04 foi omissa no que tange à responsabilização do juiz que descumprir súmula vinculante. O mesmo se deu com a Lei nº 11.417/06. Percebe-se, com isso, uma tentativa de excluir os órgãos do Poder Judiciário de qualquer espécie de responsabilização pessoal nas hipóteses de violação das súmulas às quais devem obediência. Desse modo, em caso de descumprimento de súmula vinculante por tais órgãos, a única consequência jurídica seria a cassação de tais atos pelo STF, através de reclamação constitucional, ou pelas instâncias superiores, através de recursos ou outros meios de impugnação. No entanto, a mera cassação de decisões contrárias às súmulas vinculantes, sem qualquer tipo de responsabilização pessoal, não impede que o magistrado persista na recalcitrância. Essa prática, além de revelar indesejável insurgência contra a jurisprudência pacífica do órgão maior da jurisdição constitucional, também prejudica o jurisdicionado, que permanece à mercê da 'loteria judiciária'.⁷⁵⁰

Com as devidas vênias, em nosso entendimento, nem a Constituição nem a lei foram omissas quanto ao ponto. Em nossa compreensão, a EC nº 45/2004 não precisava afirmar que o descumprimento de precedentes da Suprema Corte representa inequívoca violação de dever funcional do magistrado. Isso seria redundante e, portanto, despiciendo. Por outro lado, a lei ordinária que disciplinou o instituto não poderia dispor sobre o tema, sob pena de violação ao art. 96 da Constituição, que trata sobre as matérias próprias do estatuto da magistratura, que devem constar de Lei *Complementar* de iniciativa privativa do STF.

Assim, já hoje parece-nos que os órgãos de controle, notadamente o CNJ, poderiam, com base na LOMAN em vigor (LC nº 35/1979), punir magistrados que se recusassem, sem justa causa, a dar cumprimento a decisões vinculantes do STF.⁷⁵¹ Não se pode perder de vista,

⁷⁵⁰ LEITE, Glauco Salomão. *Artigo 103-A*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (coord.). "Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1386.

⁷⁵¹ A hipótese se enquadra, em nossa visão, nos incisos I e III do art. 56 da LOMAN, a teor dos quais: "Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

nessa linha de raciocínio, que o reiterado descumprimento de precedentes do STF têm ensejado o aumento exponencial do número de reclamações, que podem comprometer os avanços legislativos buscados com a instituição desses instrumentos. Esse tipo de conduta deve, pois, ser coibida. Em nossa visão, cabe ao PGR, de ofício ou mediante provocação dos ministros do STF, determinar a extração de cópias e a remessa à autoridade competente para a investigação do descumprimento de enunciados com efeitos vinculantes.

Não se pretende, com isso, engessar o Direito ou impedir a evolução ou mudança de entendimentos firmados em sede judicial. O que se deseja, aqui, é apenas evitar o descumprimento *imotivado*, puro e simples, dos precedentes. A adoção de posicionamentos razoáveis, contrários à aplicação do enunciado vinculante, por meio, por exemplo, da distinção do caso daquele relativo ao precedente, não deve ensejar qualquer tipo de responsabilização do magistrado.

3.2. Mudanças regimentais

3.2.1. Edição de um novo regimento interno adequado à realidade neoconstitucionalista

“O Ministro Lewandowski em seu discurso de posse se mostra aberto à necessidade de ‘atualizar e consolidar o regimento interno da Casa.’ Chega de razões. É hora de façanhas, diria Cervantes.”⁷⁵²

Os magistrados em geral têm defendido a necessidade de edição de uma nova Lei Orgânica para a Magistratura Nacional, mais adequada à realidade constitucional de 1988. Afirmam, com razão, que a LC nº 35, editada em 1979, está defasada. Se a edição de uma nova LOMAN é necessária para a magistratura brasileira, para o STF, a aprovação de um novo regimento interno, é medida urgente e inadiável.

Com efeito, não basta a realização de reformas pontuais, como as que tem sido feitas

III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.”

⁷⁵² FALCÃO, Joaquim. *Por que o Supremo não cumpre seus próprios prazos?* In: JOTA. Publicado em 24.09.2014. Disponível em <http://jota.info/76o9v>. Acesso em 09.10.2014.

desde 1980. É fundamental pensar um novo Regimento Interno para o Tribunal, que seja capaz de alterar de forma revolucionária o funcionamento e o processo de deliberação hoje adotados pelo STF. O Tribunal precisa de normas mais simples, que sejam capazes de dar celeridade aos processos internamente, e se mostrem adequadas à realidade neoconstitucionalista brasileira.

Não se desconhece o fato de que o RISTF passou por sucessivas alterações desde que foi editado (em 1980). No entanto, essas alterações não foram suficientes para adequar o funcionamento da Corte à realidade constitucional pós 1988. O RISTF atual é uma colcha de retalhos. Prova disso é a existência de muitas referências a instrumentos processuais revogados, como a advocatária (art. 254) e a representação por inconstitucionalidade para interpretação de lei (art. 180).

A adaptação do STF ao neoconstitucional exige mudanças procedimentais mais profundas no que se refere ao funcionamento e ao processo de deliberação adotados pela Corte. Só um novo regimento interno poderá conferir sistematicidade e refletir a nova realidade do STF. De todo o modo, sugerimos, nos itens que se seguem, propostas pontuais de alteração do RISTF, para aperfeiçoar o funcionamento da Corte e melhorar seu processo de deliberação. Como se verá, muitas mudanças institucionais podem ser levadas a efeito por meio de singelas alterações.

3.2.2. Questões de ordem sobre matérias procedimentais

As questões de ordem decididas pelo STF que digam respeito a matérias procedimentais devem ser automaticamente convertidas em alterações regimentais. Na maioria das vezes elas buscam esclarecer ou enfrentar como determinada questão deve ser solucionada, diante da falta de clareza da Constituição, das leis ou do regimento interno sobre o tratamento que o tribunal deve dispensar ao ponto.

A solução de questões de ordem tornam recomendável a alteração do regimento interno, a fim de que o entendimento que se firmou no âmbito do tribunal possa orientar os operadores do Direito e balizar decisões futuras. A introdução de alterações formais do RISTF, por meio da adição, esclarecimento ou interpretação de determinado dispositivo que suscitou dúvida é fundamental para concretizar o princípio da segurança jurídica e dar previsibilidade para os advogados e as partes. Os operadores do Direito brasileiros estão acostumados à codificação e

não à análise pormenorizada da jurisprudência. Por isso, deixar de codificar entendimentos processuais que foram solucionados pelo STF em questão de ordem acaba por pegar de surpresa a maioria dos advogados, sobretudo os que não estão familiarizados ou não acompanham a jurisprudência da Corte, coarctando legítimos direitos das partes que são por eles representadas.

3.2.3. Mudanças no que tange à apreciação de liminares em ADI

Como visto anteriormente, tendo em vista a inaplicabilidade do art. 97 da Constituição à concessão de medida cautelar, julgamos recomendável que o STF altere seu Regimento Interno para reconhecer a possibilidade de o relator deferir a medida monocraticamente em ADI. Conquanto os ministros já venham proferindo decisões monocráticas em situações excepcionais, a introdução de norma regimental tornaria mais transparente o entendimento e poderia disciplinar, minimamente, essa situação, definindo critérios para a sua concessão.

Veja-se que, ainda que se reconhecesse a necessidade de observância do art. 97 da CRFB para a concessão de medida cautelar em ADI, mesmo assim seria importante que o STF alterasse seu Regimento Interno para facultar ao relator indeferir o pedido monocraticamente. Como se disse, ainda que houvesse óbice à concessão monocrática, inexistiria qualquer dificuldade constitucional para o seu indeferimento por decisão individual, que apenas teria o condão de reforçar a presunção de constitucionalidade de que as leis e atos normativos já gozam.⁷⁵³

Ainda sob essa perspectiva – da aplicabilidade do art. 97 da CRFB – o STF poderia considerar a possibilidade de alterar seu regimento interno para estabelecer um procedimento híbrido para a apreciação do pedido de cautelar em ADI. Com efeito, também se afigura possível estabelecer um procedimento de cisão funcional de competência que submetesse, em primeiro lugar, às Turmas do Supremo, a apreciação dos pedidos de liminar em ADI. Nesse caso, as Turmas só estariam obrigadas a afetar a causa ao Plenário caso concluíssem, por maioria, pela plausibilidade do pedido formulado na inicial. Nessa hipótese, o julgamento seria

⁷⁵³Ressalte-se que o fortalecimento dos poderes do relator – para autorizá-lo a indeferir monocraticamente o pedido de liminar – reforça o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Como se sabe, uma das ideias fundamentais que deve nortear o exercício da Jurisdição Constitucional é o de que as leis regularmente aprovadas pelos legítimos representantes do povo presumem-se, *prima facie*, constitucionais e essa presunção só pode ser ilidida se houver argumentos robustos para tanto.

suspensão e o processo afetado ao Plenário para o julgamento do pedido, já com a análise preliminar dos membros da Turma julgadora, que não precisariam se manifestar novamente. Essa poderia ser uma forma alternativa de se acelerar o pronunciamento sobre o pedido de liminar em ADI, sem descuidar de um mínimo de respeito à regra da colegialidade.

Como se vê, há pelo menos três alternativas que o STF poderia discutir para tratar da apreciação de liminares em ADI, que evitariam a adoção indiscriminada do rito especial do art. 12 da Lei nº 9.868/99. Essas propostas nos parecem – todas elas – compatíveis com a Constituição e com a Lei e, portanto, sua implementação só demanda alterações regimentais.

3.2.4. Limitação do prazo de vigência de cautelares em ações de controle concentrado e procedimentos para a prorrogação de sua vigência

Outra questão que deveria ser objeto de preocupação regimental diz respeito ao prazo de vigência das cautelares deferidas em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF). Conforme demonstrado anteriormente, apesar de só haver previsão expressa de limitação temporal da vigência da cautelar em ADC, as liminares concedidas em todas as demais ações concentradas devem estar sujeitas ao mesmo prazo máximo, na medida em que as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 compõem um microsistema processual da Jurisdição Constitucional, que deve ser interpretado e aplicado de forma sistemática e harmônica.

A adoção dessa interpretação implica admitir não só a possibilidade de suspensão de processos e decisões judiciais em todo tipo de ação concentrada, mas também em limitar o prazo de vigência da liminar a, no máximo, 180 dias, em todas essas ações. O entendimento de que as liminares podem vigorar por prazo indeterminado desvirtua, em nossa visão, a provisoriedade típica dos provimentos liminares, traço essencial de sua natureza.

A restrição do prazo de vigência também impõe outra consequência como regra: a de que as ações de controle concentrado que tiverem liminar deferida, devem ser julgadas, em princípio, dentro de 180 dias a contar da concessão da medida. Nada obstante, razões excepcionais podem justificar a prorrogação tanto do prazo de vigência quanto daquele necessário ao julgamento definitivo da ação, o que deve ser autorizado pelo colegiado, antes do seu vencimento. O RISTF deve estabelecer, nesse sentido, que cabe ao relator das ações que

possuem liminar em vigor submeter ao Plenário o pedido de prorrogação da vigência da medida, explicitando as dificuldades para o julgamento do mérito que impedem o respeito ao prazo inicialmente fixado.

3.2.5. Administração do STF: Tempo de duração do mandato

“Quem escolhe o presidente [do STF] são os próprios ministros, sem qualquer interferência externa. O escolhido recebe de seus pares um mandato com duração que tem variado entre dois e quatro anos e, segundo um critério tradicional, não há reeleição. Essa diretriz, em princípio salutar porque impede a perenização eu presidente, não tem sido boa para o tribunal. O período de quatro anos, agora vigente, é muito curto para que um presidente prepare e consiga implantar um plano de modernização, introduzindo modificações substanciais nos métodos de trabalho e conseguindo a adesão dos demais ministros para a adoção de novas práticas, que tornem o Supremo Tribunal mais dinâmico e mais participante na vida do povo. Vez ou outra surge um presidente menos formalista e menos acomodado às tradições, que procura demonstrar que o tribunal não tem medo de viver na atualidade e de enfrentar abertamente as questões mais polêmicas. Isso, entretanto, não tem abalado as velhas rotinas do Supremo Tribunal.”⁷⁵⁴

Atualmente, como se viu, o Presidente do STF exerce o mandato por um período de dois anos, vedada a reeleição. Por que esse período é tão curto? A resposta parece estar relacionada ao fato de que o Presidente do STF exerce atividades mais administrativas e cerimoniais do que jurisdicionais. Com efeito, é o Presidente que representa o Tribunal nas solenidades e perante os demais poderes da República. É ele quem comanda as sessões administrativas e judiciais e, portanto, quem dirige os trabalhos do tribunal. É ele que ordena despesas; que resolve os problemas burocráticos relativos ao funcionamento do Tribunal; que trata das questões relativas ao pessoal; que provê cargos, concede licenças etc. E é ele, também, que responde pelo Tribunal, nos períodos de férias, feriados e recessos. Em razão do aumento de atribuições administrativas, o ministro Presidente tem suas competências jurisdicionais bastante reduzidas.

⁷⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 116. Salvo melhor juízo, o mandato dos Presidentes do STF nunca foi de quatro anos, como afirmou o professor Dalmo Dallari. Pelas pesquisas que fizemos, o prazo variou, ao longo da República, entre 2 e 3 anos. Isso, no entanto, não desmerece a crítica e a observação do professor que, em nossa visão, está inteiramente correta, em sua essência.

Por isso, ele não recebe processos novos (distribuição ordinária) e só se mantém como relator dos feitos nos quais já lançou relatório ou após seu visto, isto é, nas causas que já teve oportunidade de analisar detidamente, antes de assumir a Presidência.

Na atual quadra jurídica, no entanto, o Presidente do STF não exerce apenas atividades burocráticas e administrativas. Para além de suas atribuições como gestor do tribunal, ele é o responsável pelo direcionamento dos trabalhos do órgão; por definir e conduzir a pauta e por decidir que casos serão julgados e quando. E isso tem, evidentemente, potencial para interferir na agenda política do País. Basta ver que boa parte do protagonismo que o STF exerce, atualmente, está diretamente relacionado aos processos que decide. Escolher o momento em que o Tribunal deliberará sobre um determinado tema, nesse contexto, ganha relevo ímpar.

É verdade que, durante a maior parte de nossa história constitucional, o mandato do Presidente do STF foi de três anos e só recentemente passou a ser de dois. Apesar disso, o fato é que o período atual, de dois anos, é muito curto para a implementação de qualquer política estratégica de gestão. E gestão, hoje, é essencial para lidar com a enorme quantidade de processos em curso no STF. De fato, é demasiadamente difícil, nesse curto espaço de tempo, imprimir uma marca à instituição com o intuito de reduzir o acervo de processos, ou modificar práticas consolidadas e arraigadas há tempos.

É de todo recomendável, por isso, a ampliação do mandato presidencial. Tal medida seria salutar para assegurar maior diálogo e harmonia entre os poderes, com a estipulação de uma agenda para o Tribunal convergente com os interesses nacionais. A nós nos parece que a ampliação do prazo de duração do mandato permitiria que o Presidente do STF profissionalizasse sua gestão e orientasse os trabalhos com os ouvidos atentos à escolha das urnas, o que asseguraria ainda mais legitimidade às decisões da Corte.

Não se pode perder de vista, nesse sentido, que o STF também é um poder político e que o cargo de Presidente é, dentre todos os ministros das Cortes Superiores, o de maior proeminência político-institucional. Tanto que é o quarto na linha sucessória, atrás do Vice-Presidente da República, e dos Presidentes da Câmara e do Senado (art. 80 da CRFB). O Presidente do STF é, ainda, presidente do CNJ, órgão encarregado do controle externo do Poder Judiciário, que tem por objetivo, fiscalizar e orientar a atividade judicante. Também por isso é necessária maior permanência.⁷⁵⁵

⁷⁵⁵ “O tribunal desenvolveu um repertório de técnicas para atrasar ou acelerar decisões conforme sua conveniência (e, ocasionalmente, em virtude do atraso, livrar-se da própria obrigação de decidir quando casos perdem seu objeto). São três as principais técnicas, nesta ordem: o ministro relator, a quem se distribuiu o caso,

3.2.6. Definição clara da vocação do Plenário e das Turmas

Conforme demonstrado na segunda parte desta tese, as Turmas foram criadas, no passado, para agilizar o julgamento dos feitos no âmbito do STF. A ideia que norteou a criação de órgãos fracionários era a de que uma parte dos ministros poderia representar o todo, conferindo celeridade às deliberações. Afinal, como se disse, colher o voto de 5 ministros, via de regra, é mais rápido do que de 11 ou 15 magistrados.

A existência de órgãos fracionários no âmbito do STF é indispensável ao adequado funcionamento do Tribunal. Nada obstante, é preciso refletir sobre as matérias que devem ser julgadas pelo Plenário e pelas Turmas. Deixar muitas matérias ao Plenário, esvazia a importância das Turmas, sobrecarregando aquele em detrimento destas. O contrário, no entanto, não é necessariamente verdadeiro. Concentrar matérias nas Turmas não nos parece ter o condão de tornar o Plenário desimportante; nem de congestionar os órgãos fracionários.

Veja-se, nesse sentido, que as pautas das Turmas do STF não estavam sobrecarregadas antes da ER nº 49/2014, e não ficaram depois dessa alteração regimental. Antes, as Turmas eram ocupadas quase que exclusivamente por *habeas corpus* e, em geral, conseguiam julgar

pode liberá-lo para julgamento quando lhe for mais oportuno; o ministro presidente, da mesma forma, tem o poder de colocar em pauta o caso liberado pelo relator conforme entenda apropriado; finalmente, cada ministro poderá, uma vez iniciado o julgamento, pedir vista do processo e interromper a deliberação quando bem entender, sem prazo para devolução. Processos de voltagem política diversa, mas invariavelmente de grande interesse público, permanecem na gaveta de ministros por tempo indeterminado. Sequer sentem-se constrangidos a dar satisfação sobre a demora. (...). A crítica a essa prática decisória consolidada, contudo, precisa mirar o alvo certo: seria desejável privar a corte dessas armas estratégicas que a ajudam a administrar seu capital político volátil e que, se bem dosadas, protegem-na de reações negativas a suas decisões? Cortes constitucionais ao redor do mundo fazem escolhas estratégicas de naturezas diversas, e essa faceta da adjudicação constitucional, que ainda desagrada a sensibilidade jurídica mais purista, mostra-se inevitável. Mais do que isso, pode haver sabedoria na arquitetura institucional que permite ao tribunal se auto-protoger contra as ameaças mais ou menos sutis à sua integridade. Tanto mais capaz será a corte de exercer seu papel de guardião constitucional quanto mais bem jogar o jogo político. Este é, para além da sofisticação jurídica, o segredo das cortes constitucionais historicamente mais originais e bem sucedidas na proteção de direitos. Ainda que aceitemos tais ressalvas, e consideremos natural alguma margem de manobra estratégica no controle de constitucionalidade, não há boa justificativa para a prática do STF, por duas razões principais: em primeiro lugar, o tribunal permanece refém do poder de obstrução individual de cada ministro, que tem liberdade para abusar dessa competência impunemente; por esta razão, em segundo lugar, o STF se furta ao dever de construir uma estratégia propriamente institucional. A complacência da comunidade jurídica com tais hábitos enraizados a olhos vistos é um grande obstáculo a mudanças. Estrategicamente, o STF navega à deriva.” MENDES, Conrado Hübner. A ingovernabilidade do STF. In: JOTA. Publicado em 17.09.2014. Disponível em <http://jota.info/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf>. Acesso em 18.09.2014.

tudo o que os relatores incluíam em pauta. A questão era de limite da capacidade de trabalho do relator e não de congestionamento da pauta. Mesmo após a emenda regimental, que transferiu muitas competências do Plenário para as Turmas, não há notícia de sobrecarga ou congestionamento nos órgãos fracionários. Seja como for, ainda que venha a ocorrer alguma fila na Turma, não será nada parecido com o que se passa no Plenário. Nas Turmas, os julgamentos são mais dinâmicos, mais céleres e é incomum que algum ministro leve voto pronto, fora o relator. Nesse cenário, a ampliação das competências das Turmas é medida capaz de conferir celeridade aos julgamentos no âmbito do STF.

Por essa razão, e tendo em vista a natureza híbrida do STF – que exerce, a um só tempo, atribuições próprias de Suprema Corte e de Corte Constitucional –, em nossa visão, o Plenário deve ser reservado às matérias próprias de uma Corte Constitucional, relativas ao controle de constitucionalidade, em tese, e aos casos de controle difuso que, atualmente, produzem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e entidades da Administração Pública. Já as Turmas devem julgar a maioria das matérias de competência do STF, em especial as relativas a questões recursais ordinárias e a conflitos federativos. Em outras palavras, consideramos que o Plenário só deveria julgar ações de controle concentrado, pedidos de medida cautelar, recursos extraordinários com repercussão geral⁷⁵⁶ e SVs. Todas as demais matérias de competência do STF elencadas na Constituição, a nosso sentir, deveriam ser atribuídas às Turmas, com a eventual possibilidade de sua afetação, em casos especiais ao

⁷⁵⁶A rigor, os arts. 543-A, §4º, e 543-B, §5º, do CPC autorizam as Turmas do STF a analisarem a existência de repercussão geral. Com efeito, o art. 543-A, §4º estabelece que “*se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.*” Já o art. 543-B, §5º, transfere ao RISTF o poder para dispor “*sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.*” A lógica subjacente é a de que, se 4 ministros reconhecerem a repercussão geral, é dispensável submeter a questão ao Plenário, porque, considerando o número de ministros da Corte (11), mesmo que todos os demais votassem pelo não reconhecimento da repercussão geral, o Tribunal não obteria o quórum de 2/3 dos ministros (8) para negá-la. Isto é, o reconhecimento da repercussão geral por 4 ministros é suficiente para que o recurso seja processado. Assim, em tese, seria possível que as Turmas decidissem sobre a existência de repercussão geral, só remetendo a questão ao Plenário, caso não se obtivesse 4 votos favoráveis à existência da repercussão geral no âmbito da Turma. Para além disso, a rigor seria possível que as Turmas julgassem os RE em que houve reconhecimento da repercussão geral. O §3º do art. 102 da CRFB, ao dizer que o Tribunal só pode recusar a repercussão geral por 2/3 de seus membros, não torna obrigatório que o julgamento do recurso se dê pelo Plenário. Na verdade, não há norma que imponha o julgamento do RE pelo plenário. Ao contrário, o art. 9º, III, do RISTF estabelece que compete às Turmas julgar, em recurso extraordinário, as causas a que se referem os arts. 119, III, 139 e 143 da Constituição (de 1969), observado o disposto no art. 11 e seu parágrafo único. Assim, a rigor, o mérito do RE poderia ser julgado pelas Turmas. Nada obstante isso, não nos parece adequado a transferência do julgamento dos REs para as Turmas, em vista do impacto que o seu julgamento produz na interpretação do Direito em todo o País. Em outras palavras, embora em tese seja possível o julgamento de REs pelas Turmas, é de todo recomendável que o seu julgamento, dados os seus efeitos sobre casos semelhantes, seja realizado pelo Plenário da Corte.

Plenário.

Essa interpretação vem ganhando corpo nos últimos anos entre os ministros do STF, capitaneadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Com efeito, diversos veículos de comunicação especializados têm dado notícia da verdadeira cruzada que o Ministro tem levado adiante, no intuito de reduzir o congestionamento do Plenário.⁷⁵⁷ Diante do elevado número de processos aguardando julgamento no Plenário da Corte, essas propostas vêm aos poucos ganhando a adesão de outros Ministros⁷⁵⁸ e já redundaram em uma alteração substancial do RISTF, por meio da ER nº 49/2014, que transferiu para as Turmas diversas competências que, até então, eram do Plenário.

Embora a alteração regimental realizada em meados de 2014 tenha sido bastante positiva,⁷⁵⁹ ainda é preciso avançar mais. É fundamental transferir para as Turmas as demais competências que não envolvem decisões que produzem efeitos *erga omnes* e vinculantes. O Plenário deve ser reservado às questões próprias do exercício da Jurisdição Constitucional, pois são as decisões do colegiado máximo do STF que criam precedentes vinculantes. É que só às decisões do Plenário devem ser reconhecidos efeitos vinculantes; as decisões das Turmas constituem apenas jurisprudência, mas não formam precedentes. A ampliação da importância das Turmas deve vir acompanhada de maior publicidade. É importante, nesse sentido, que o STF passe a veicular, ao vivo, ao menos na *internet*, as sessões de julgamento das Turmas.

⁷⁵⁷ Cf., dentre outros, SCOCUGLIA, Livia. *Crise de funcionalidade. Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral*. In: Conjur. Publicado em 26.08.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>. Acesso em 03.09.2014.

⁷⁵⁸ “Para o ministro Marco Aurélio, vice-decano do tribunal, os dados mostram que ‘o Plenário está inviabilizado’. O Pleno tem hoje 780 processos prontos para julgamento, esperando apenas que sejam colocados em pauta pelo presidente do STF. Marco Aurélio é responsável por 141 desses recursos. ‘Nunca pedi, de pires na mão, ao presidente para colocar processo em pauta’, afirma o ministro. Para tentar resolver o problema, ele defende que a competência do Pleno seja drasticamente reduzida, para apenas os casos com repercussão geral declarada e de controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, seria ampliada a competência das turmas, onde os trabalhos são mais céleres. Os números estão a favor de Marco Aurélio. O Supremo proferiu 14 mil decisões colegiadas em 2013. Dessas, 5,6 mil foram da 1ª Turma e 6 mil da 2ª Turma. Ao Pleno sobram 2,3 mil.” (“Diante possibilidade de inviabilização, Barroso pede revolução para STF”. In: Anuário da Justiça Brasil 2014. Republicado no Conjur em 21.06.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014jun21/Diantepossibilidadeinviabilizacaoministrorevolucaostf>. Acesso em 20.07.2014).

⁷⁵⁹ Eugênio Pacelli, após criticar a realização de novo julgamento, na AP nº 470 (Caso Mensalão), em vista da alegada incompatibilidade do art. 333 do RISTF com o art. 29 da Lei nº 8.038/1990, ressaltou que, com a transferência de competências para as turmas, o STF havia, enfim, reconduzido “os embargos infringentes ao seu leito de origem, também para as ações penais nos Tribunais.” PACELLI, Eugênio. *Entre o Plenário e as turmas do STF*. In: JOTA. Publicado em 18.11.2014. Disponível em <http://jota.info/75z47>. Acesso em 18.11.2014.

3.2.7. Plenário Virtual: legitimidade e conveniência de sua ampliação a outras matérias

O Plenário virtual foi criado em 2007, por meio da ER nº 21, para desafogar o Plenário físico, permitindo a análise da repercussão geral sem necessidade de se submeter o caso à sessão.⁷⁶⁰ Até 2008, no entanto, somente os ministros e os tribunais cadastrados tinham acesso ao sistema. Naquele ano, os ministros mudaram a norma e passaram a permitir ao público em geral o acompanhamento do julgamento da existência de repercussão geral.

A criação do Plenário Virtual representou uma revolução importante no âmbito do STF. A medida inseriu, de fato, o Tribunal na era digital e possibilitou que a Corte decidisse, sem maiores delongas, sobre a existência ou não de repercussão geral da questão constitucional, algo que talvez fosse inviável se o Tribunal tivesse que discutir o tema no Plenário físico. A grande vantagem do Plenário Virtual é justamente o fato de manter o Tribunal em sessão permanente, funcionando 24 horas por dia, 7 dias por semana, sem a necessidade de ocupar o escasso tempo das sessões ordinárias para deliberar sobre questão preliminar.

É interessante ressaltar que, no âmbito do Plenário Virtual, os votos costumam ser curtos e objetivos. Os ministros, via de regra, expõem suas razões sobre a relevância e transcendência da matéria de forma abreviada, até para não antecipar posicionamento sobre o mérito do recurso. Outra inovação relevante é o fato de a adoção do Plenário Virtual ter ensejado o fracionamento do processo de deliberação. De fato, o Tribunal precisa analisar, em primeiro lugar,⁷⁶¹ a existência de repercussão geral, para, só após, discutir o mérito do recurso, caso reconheça a relevância e transcendência do caso.

⁷⁶⁰ “Plenário virtual do STF já analisou mais de 750 temas: Temas com julgamento de mérito pelo STF possibilitaram aos tribunais decidirem de forma semelhante em, pelo menos, 152.482 processos.” *In*: Migalhas de 28.07.2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204911,61044-Plenario+virtual+do+STF+ja+analisou+mais+de+750+temas>. Acesso em 28.07.2014.

⁷⁶¹ A própria análise da existência da repercussão geral já pressupõe a superação de outros óbices relativos à admissibilidade do recurso extraordinário, conforme estabelece o art. 323 do RISTF: “Art. 323. *Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.*”

3.2.7.1. Aprovação por decurso de tempo

A maior novidade no que tange ao Plenário Virtual diz respeito ao reconhecimento da existência da repercussão geral pelo decurso do prazo regimental. De acordo com o art. 324 do RISTF, após a manifestação do relator, os demais ministros dispõem do prazo comum de 20 dias para se pronunciarem sobre a repercussão geral. Já o §1º determina que o descumprimento desse prazo, sem manifestação suficiente para recusa, importa no reconhecimento da repercussão geral.

A lógica do dispositivo é interessante e prima pela eficiência. A ideia subjacente é a de que, se a Corte só pode recusar a repercussão geral por 2/3 de seus membros, se não houvesse prazo para manifestação, diversas questões poderiam ficar indefinidamente pendentes, com prejuízos à celeridade processual, ao adequado funcionamento dos processos nas instâncias ordinárias e aos próprios jurisdicionados. A fixação de um prazo máximo e a atribuição de consequências pelo seu descumprimento tem, pois, inegáveis vantagens para conferir segurança jurídica e celeridade aos feitos. Essa regra, no entanto, como demonstrado anteriormente, tem produzido efeitos deletérios. As dificuldades associadas à negativa de existência de repercussão geral (quórum qualificado somado à regra do decurso do prazo) têm tornado inócuo e pouco eficaz instrumento que, em sua origem foi criado para servir como filtro e para permitir a seleção dos casos que o STF pretende julgar.

A despeito dessas críticas, é importante manter a regra de reconhecimento da existência de repercussão geral pelo decurso de tempo. Tal regra impede que um recurso fique indefinidamente pendente de análise sobre sua relevância e transcendência. Aceitar o instrumento não justifica, contudo, que ele seja levado às últimas consequências. O reconhecimento de efeitos, pelo decurso do prazo é legítimo. Mas não pode impedir que o Tribunal reveja a decisão, oportunamente. Parece-nos, nessa linha de raciocínio, que o STF pode rever decisão que concluiu pelo reconhecimento da repercussão geral por decurso do prazo (não há que se falar, aqui, em preclusão *pro judicato*). Mas a revisão dessa decisão deve, por razões de segurança jurídica, de respeito ao contraditório e à ampla defesa, ser minimamente regulamentada, no âmbito do Regimento Interno, para dar segurança aos jurisdicionados.

3.2.7.2.A inversão da presunção de existência de repercussão geral

Por meio da ER nº 31/2009, o STF reenumerou o parágrafo único e inseriu novo parágrafo (§ 2º) ao art. 324 do RISTF, invertendo a presunção de existência de repercussão geral. Segundo o novo parágrafo, caso o relator se manifeste no sentido de que a questão debatida é infraconstitucional, inverte-se a presunção estabelecida anteriormente, de tal forma que, à falta de 2/3 dos votos no sentido do reconhecimento da repercussão geral, a ausência de manifestações suficientes enseja a rejeição do recurso.

O dispositivo regimental era de duvidosa constitucionalidade, na medida em que dispensava a obtenção do quórum de 2/3 quando o relator entendesse que a questão era infraconstitucional. Esse tipo de interpretação poderia dar ensejo a manipulações com o intuito de burlar a exigência constitucional de 2/3 para a negativa da existência da repercussão geral. Por isso, em boa hora, a ER nº 47/2012 alterou a redação do §2º do art. 324 do RISTF para corrigir o defeito apontado. A referida emenda regimental deixou claro que a inversão da presunção também depende da obtenção da maioria de 2/3 dos membros do tribunal.⁷⁶²

3.2.7.3.Propostas de ampliação de sua utilização

O sucesso do Plenário Virtual como mecanismo de aceleração de decisões do STF tem dado ensejo a propostas de ampliação da sua utilização. Em 2010, por meio da ER nº 42, o STF expandiu as competências do Plenário Virtual para permitir o julgamento do mérito do RE, se o relator entender que é o caso de reafirmação da jurisprudência da Corte. Nessa hipótese, se a maioria absoluta dos ministros votar pela reafirmação da jurisprudência, o mérito é considerado julgado.

⁷⁶² “Art. 324. (...)”

§ 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros.” (grifou-se)

Mais recentemente, alguns ministros têm proposto alterações mais substanciais na utilização do Plenário Virtual. O Ministro Dias Toffoli, por exemplo, tem defendido que os casos mais simples sejam julgados naquele fórum.⁷⁶³ Para ele, a forma de reduzir o acervo do STF não passa pela restrição do cabimento de *habeas corpus* ou pela redução das competências do Tribunal, mas sim pela melhoria na gestão dos gabinetes e pela ampliação da utilização do Plenário Virtual. A proposta do Ministro é no sentido de que sejam feitas algumas alterações no sistema de informática, a fim de que os advogados possam fazer suas sustentações orais pela *internet* e os ministros só possam incluir seus votos no sistema depois de lerem o relatório, as sustentações orais e todas as páginas dos votos dos colegas que já se pronunciaram.⁷⁶⁴ O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, tem defendido que as ADIs nas quais houve concessão de medida cautelar há mais de 5 anos, bem assim as ADIs contra leis estaduais sejam julgadas naquele ambiente virtual. Além disso, propôs que agravos regimentais e embargos de declaração sejam igualmente decididos no fórum virtual, para desafogar o plenário físico.⁷⁶⁵

⁷⁶³ “O ministro Dias Toffoli (...) voltou a defender que as questões mais simples sejam julgadas por meio de um plenário virtual. O ministro colocaria seu voto no sistema e haveria um prazo para que os demais votassem. E isso tudo franqueando pleno acesso aos advogados. Assim, as sessões do Plenário físico ficariam livres para julgar os temas mais complexos e de maior alcance.” Cf. HAIDAR, Rodrigo. “Barroso propõe racionalidade aos julgamentos no STF”. In: Os Constitucionalistas. Publicado em 03.08.2013. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/barroso-propoe-racionalidade-aos-julgamentos-no-stf> 1/. Acesso em 15.05.2014.

⁷⁶⁴ “O ministro Dias Toffoli (...) não acha que restringir o Habeas Corpus ou a competência do Supremo vá ajudar a levar o Judiciário de volta aos eixos. A repercussão geral reduziu o acervo, de 100 mil para 40 mil processos em três anos. Hoje, o tribunal tem 67 mil casos para resolver. Toffoli vê como solução ajustar a gestão dos gabinetes e dos processos administrativos do tribunal e dar mais ênfase ao Plenário Virtual. O ministro, que também é presidente do TSE, parece já ter pensado nas minúcias. Ele defende que as sessões presenciais sejam usadas apenas para discussões de controle de constitucionalidade ou matérias com repercussão geral declarada que sejam polêmicas ou mais relevantes do ponto de vista social. As demais seriam discutidas em sessões virtuais, pela internet. O relator deixaria o relatório disponível, os advogados fariam suas sustentações orais ou publicariam memoriais como forma de últimas alegações. Só depois viriam os votos. O sistema idealizado pelo ministro teria meios de impedir que uma etapa fosse pulada: um ministro só poderia votar depois de ler todas as páginas dos votos dos colegas e o relator só poderia votar depois de assistir à sustentação oral. É o mesmo sistema que defende desde quando era advogado-geral da União, cargo que ocupava antes de ser nomeado ministro do STF. Para ele, insistir no Plenário físico ‘é tentar fazer girar uma roda presa’. ‘O futuro das relações sociais passa pela internet e vai ser cada vez mais online. Não adianta o Direito virar as costas para isso. Claro que a Justiça vai demorar mais, mas não temos mais como ignorar esse quadro’, afirma o presidente do TSE.” Cf. “Diante possibilidade de inviabilização, Barroso pede revolução para STF”. In: Anuário da Justiça Brasil 2014. Republicado no Conjur em 21.06.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014jun21/Diantepossibilidadeinviabilizacaoministrorevolucaostf>. Acesso em 20.07.2014.

⁷⁶⁵ “A ideia do ministro para enfrentar o congestionamento do Plenário é transferir competências para as turmas — para que o Plenário julgue apenas ações diretas e as repercussões gerais — e expandir o Plenário virtual. Segundo Barroso, as medidas cautelares em ações diretas, concedidas há mais de cinco anos, devem ser julgadas em Plenário Virtual, por proposta do relator. O material só iria para julgamento no Plenário, caso três ministros discordarem da proposta. Relatório da FGV Direito Rio mostra que o tempo de vigência de uma liminar é de 13 anos. “Chega a ser constrangedor para o tribunal julgar definitivamente uma questão tanto tempo depois”,

Ambas as sugestões são interessantes e devem ser discutidas com profundidade pelo Tribunal. Realmente, como destacado pelo Ministro Dias Toffoli, o futuro das relações sociais passa pela *internet* e o STF não deve ser refratário a inovações tecnológicas, nem deve estar apegado a uma forma de deliberação exclusivamente presencial. Até porque, a melhoria e ampliação do Plenário Virtual pode, de fato, trazer muitos benefícios ao funcionamento e ao processo de deliberação, se forem bem pensadas e constantemente reavaliadas. Nada obstante isso, a ampliação do ambiente virtual requer cuidados, a fim de preservar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A ampliação desse fórum digital pode suscitar algumas dificuldades e questionamentos relevantes, se mal planejada.

O primeiro diz respeito à existência de um efetivo processo de deliberação no âmbito do Plenário Virtual. Em que medida pode-se falar, efetivamente, de deliberação quando se observa que, na *internet*, os votos são apresentados de forma individual, sem observância sequer de uma ordem pré-definida (*seriatim*)? Note-se que, como os ministros dispõem do prazo comum de 20 dias para manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral, quando muito os votos inseridos no sistema dialogam com o do relator, mas não com os dos demais ministros.

Em segundo lugar, pode-se questionar se a adoção desse mecanismo de coleta de votos atende aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais. Afinal, nesse fórum de discussão, o recorrente e o recorrido não têm oportunidade para sustentar publicamente suas razões, a fim de tentar convencer os ministros da existência da repercussão geral. Esta discussão é transferida para audiências privadas, entre advogados e ministros, quando a agenda destes permite receber aqueles. Em outras palavras, o processo de decisão sobre a existência de repercussão geral não se dá em ambiente público, aberto, em que todos os aspectos e pontos de vista são confrontados e analisados. Dá-se no conforto dos gabinetes do STF, exclusivamente a partir daquilo que foi posto por escrito pelas partes.

Por isso, entendemos, em linha com o Ministro Dias Toffoli, que a ampliação da utilização do Plenário Virtual, conquanto possível, exigiria mudanças sistêmicas, que sejam

afirma. Agravos regimentais e embargos de declaração, hoje julgados em listas, pela proposta do ministro, também deveriam ser decididos em Plenário Virtual. O mesmo aconteceria com as ações diretas de inconstitucionalidade contra leis estaduais. Barroso afirma que as propostas são despreziosas, mas com a posse do novo Presidente do Supremo e com o país construindo as suas instituições, 'precisamos de reflexão permanente para aprimorá-las'." Cf. SCOCUGLIA, Livia. Crise de funcionalidade. Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral. In: Conjur. Publicado em 26.08.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>. Acesso em 03.09.2014.

capazes de corrigir essas distorções, e evitar que o processo de decisão desconsidere as razões das partes. Nesse sentido, a nosso sentir, a adoção desse fórum virtual não pode servir para que assessores substituam os ministros no processo de tomada de decisão. É importante assegurar um mínimo de pessoalidade e exigir que os ministros estejam de acordo com as decisões que proferem, ainda que não sejam os responsáveis por sua redação. No plenário físico, mesmo que o voto tenha sido minutado por um assessor, há sempre a possibilidade de o ministro mudar de opinião durante os debates ou até votar de improviso, desconsiderando o que seu assistente escreveu, por não concordar com suas conclusões. Essa espontaneidade deve ser também assegurada no ambiente virtual.

Com essas preocupações em mente, pensamos que o Plenário Virtual deve ser ampliado se puder servir sobretudo à melhoria do processo deliberativo, isto é, como ferramenta colaborativa, ao invés de mero instrumento agregativo de votos individuais. O sistema pode ser muito útil, por exemplo, para a formação de uma opinião da Corte, em que todos os votos (ou ao menos a maioria) estejam calcados sobre as mesmas razões (*ratio decidendi*).

3.2.8. Aumento do número de Turmas

Atualmente, o STF é composto por 11 ministros que se dividem em 2 Turmas, sendo que cada uma delas é integrada por 5 membros. Diferentemente das cartas pretéritas, a Constituição de 1988 não impõe a divisão da Corte em duas Turmas. Ela deixa essa questão à decisão do STF.

Assim, uma forma possível de dar celeridade aos julgamentos seria fracionar ainda mais os órgãos do STF. Da mesma forma que a autorização para a prolação de decisões monocráticas possibilita celeridade, o fracionamento do Tribunal em órgãos compostos por menos de 5 ministros possibilitaria a prolação de decisões *colegiadas* com maior velocidade. Fracionar ainda mais a Corte seria uma forma de promover o princípio da colegialidade sem descuidar do princípio da razoável duração do processo. Como fazer isso?

Nossa proposta é a de que o Tribunal seja composto por 3 Turmas, cada qual integrada por 3 ministros. Essa alteração, em nossa visão, não encontra empecilhos constitucionais ou legais. As Turmas e Câmaras costumam ser compostas por 5 integrantes para que seja possível contornar impedimentos, suspeições e ausências eventuais. Mas não há regra que obrigue que

a deliberação seja tomada por 5 ministros. A única disposição legal sobre o tema está inserida no art. 555 do CPC/1973 e determina, apenas, que as decisões colegiadas sejam tomadas pelo voto de 3 juízes. Não há, portanto, em nossa visão, qualquer óbice à fixação de composição menor para as turmas do STF. A alteração demandaria apenas a mudança do art. 4º do RISTF. Veja-se, a esse propósito, que o art. 147 do RISTF já estabelece atualmente que o quórum de funcionamento da Turma é de, no mínimo, 3 ministros, o que demonstra que as Turmas são capazes de funcionar com composições menores.

A fixação da composição das Turmas com apenas 3 ministros evidentemente traz alguns inconvenientes e dificuldades procedimentais. Afinal, no âmbito do STF também podem ocorrer suspeições e impedimentos, bem como ausências eventuais. Para contornar essas dificuldades, parece-nos que o Vice-Presidente do Tribunal poderia funcionar como uma espécie de “coringa”, substituindo qualquer ministro, de qualquer Turma. Assim, na hipótese de um dos ministros se declarar suspeito ou impedido, ou não poder comparecer à sessão previamente designada, por qualquer razão, o Vice-Presidente do STF seria convocado para participando julgamento. E, em caso de impedimento do Vice-Presidente ou de mais de um ministro da mesma turma, o caso seria redistribuído a outra Turma, com a possibilidade extraordinária de convocação do Presidente.

A principal vantagem da redução do número de ministro nas Turmas é dar celeridade a julgamentos colegiados. Não se pode, no entanto, olvidar de outros benefícios que a medida proporcionaria. O fato de uma Turma ser composta por apenas 3 ministros aumenta o constrangimento pessoal sobre todos os julgadores, induzindo que eles se façam presentes pontualmente nas sessões de julgamento e justifiquem-se, uns aos outros, por eventuais faltas e atrasos. Para além disso, como lembra Richard Posner, os custos inerentes às votações em colegiados variam de acordo com o tamanho do órgão prolator. Segundo ele:

quanto maior a turma de juízes, mais barato é divergir, pois mais provável será que haja mais de um voto divergente; apenas um deles precisa redigir um voto e os demais podem acompanhá-lo. Logo, (...) deve-se esperar que o voto divergente seja mais frequente em turmas de cinco, sete ou nove juízes, que em turmas de três.⁷⁶⁶

Nesse sentido, do ponto de vista da integridade do Direito, também parece interessante reduzir o tamanho dos órgãos colegiados, de forma a assegurar maior uniformidade de entendimentos e menor número de votos divergentes – ou, ao menos, um incentivo institucional

⁷⁶⁶ POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 132.

à consensualidade, em um ambiente, onde ela parece ser essencial.

3.2.9. Especialização das Turmas

Como se disse, diferentemente de outros textos constitucionais, a Constituição de 1988 não estabeleceu como o STF deveria organizar-se internamente. Não disse quais matérias são reservadas ao Plenário; quais são reservadas às Turmas; nem se as Turmas devem ser especializadas ou não. Assim, é importante que o STF discuta a conveniência da especialização de suas Turmas, pois a adoção dessa medida também pode contribuir para julgamentos mais céleres.

De fato, pode ser bom para a melhoria do funcionamento e do processo de deliberação que o STF fixe para algumas especialidades para os seus órgãos. Como lembra Paulo Lúcio Nogueira, ao tratar da justiça da infância e da juventude, a especialização

não deixa de ser uma necessidade no mundo moderno, em que vários profissionais procuram aperfeiçoar a sua técnica e conhecimentos para melhor enfrentar os problemas. Também na esfera jurídica tem de haver tal especialização, não só do profissional liberal, que se dedica a determinado ramo do Direito, como também do juiz, que não pode continuar decidindo todos os tipos de causas ou julgando todos os delitos, (...).⁷⁶⁷

A especialização deve ser pensada como uma ferramenta para enfrentar adequada e rapidamente os desafios que se colocam. Embora qualquer profissional seja capaz de tomar conhecimento de um assunto específico, dentre de sua área de conhecimento (e isso é ainda mais verdadeiro para os ministros do STF, que são recrutados entre profissionais do Direito com notório saber e reputação ilibada), o domínio de um tema novo exige tempo e uma curva de aprendizado. Profissionais especializados podem, por isso, dar soluções mais céleres, porque já dominam a temática e já passaram por esse processo de aprendizado. Por isso, como lembra o Ministro Sidnei Benetti, a especialização dos órgãos internos é necessária para lidar com recursos repetitivos.⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

⁷⁶⁸ “O ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Benetti, que também participou do evento, sugeriu a especialização de varas e a criação de órgãos internos nas cortes para evitar o ingresso de recursos repetitivos.” Cf. “Barroso defende que STF defina o que vai julgar a cada 6 meses”. In: CONJUR. Publicado em

No plano internacional, diversas Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, como o Tribunal Constitucional Federal alemão, optaram pela especialização como caminho para a prolação de um julgamento mais técnico e célere. No plano nacional, a maioria dos Tribunais (senão a totalidade) adota algum tipo de especialização de seus órgãos fracionários. No STJ, tanto as Seções quanto as Turmas são especializadas em determinadas matérias (cf. arts. 2º, II e III, e 8º e seguintes do RISTJ). No TST, há seções para a solução de dissídios coletivos e individuais (RITST, art. 59). No TRF-1ª Região, há Turmas e Seções de Direito Público e Privado. No TRF-2ª Região, há Turmas e Seções especializadas em matéria criminal, previdenciária e administrativa. No TRF-3ª Região há Seções especializadas em direito previdenciário, privado, criminal e público. No TRF-4ª Região, há especialização em área tributária, civil e administrativa, criminal e, por fim, previdência. No TRF-5ª Região também. No TJRJ, finalmente, além das Câmaras Cíveis e Criminais, recentemente o Tribunal criou cinco Câmaras especializadas em matérias de Direito do Consumidor.

Esses exemplos demonstram que há uma nítida tendência à especialização dos órgãos colegiados fracionários, a fim de permitir uma solução mais rápida e adequada do litígio. Por que não pensar nessa alternativa, então, para o STF? Em nossa visão é conveniente discutir as vantagens e desvantagens da especialização da Suprema Corte. De um lado, parece-nos que a especialização das Turmas do STF pode trazer os seguintes benefícios: (i) promoção do princípio da eficiência;⁷⁶⁹ (ii) maior segurança jurídica em razão do menor risco de mudanças abruptas de entendimento; (iii) julgamentos mais céleres e com menos votos vencidos; (iv) maior coesão e integridade das decisões judiciais; (v) maior facilidade no processo de elaboração de votos embasados nos mesmos fundamentos (*ratio decidendi*). Não se pode, contudo, desconsiderar que a medida pode produzir externalidades negativas, tais como: (i) engessamento de orientações jurisprudenciais; e (ii) o engessamento temático dos ministros (especialização excessiva pode conduzir os ministros a terem dificuldades no processo decisório de outras matérias).

A despeito desses riscos, em nossa visão, justifica-se a especialização das Turmas do STF, na medida em que há formas de mitigar as eventuais desvantagens que ela pode trazer.

29.09.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/barroso-defende-stf-defina-julgar-cada-meses>. Acesso em 18.11.2014.

⁷⁶⁹ Por mais bem preparados que sejam, os Ministros não são generalistas. A grande maioria tinha uma especialização/predileção por determinado ramo do direito. É razoável supor que eles serão melhores profissionais naquilo que conhecem melhor.

Em primeiro lugar, é importante que as Turmas sejam divididas por temas. Uma ou duas Turmas (no caso de se aceitar a possibilidade de fracionamento do STF em 3 Turmas com o número de ministros atuais) deveriam dedicar-se exclusivamente a matérias criminais. A outra apreciaria todas as demais matérias atribuídas aos órgãos fracionários. No que tange à composição, para atenuar a fossilização dos ministros ou a excessiva especialização, é possível pensar em regras de composição temporária. Por exemplo: nenhum ministro deveria integrar uma Turma por mais de 2 anos seguidos; o período de judicatura dos ministros na Turma poderiam não ser coincidentes, de forma a assegurar uma rotatividade que seja saudável e não comprometa a estabilidade jurisprudencial formada no âmbito do colegiado.

Não se pretende, com esse tópico, dizer qual a melhor forma de especialização e de composição dos órgãos fracionários do STF. A organização de Turmas especializadas está sujeita a inúmeras variáveis, todas elas capazes de impactar no funcionamento e no processo de deliberação do Tribunal. O importante é ter em conta que a especialização é uma alternativa interessante e legítima para dar celeridade e melhorar o funcionamento da Corte, que deveria ser levada a sério por seus ministros.

3.2.10. Consequência do descumprimento do prazo de vista

Outro aspecto regimental que merece ser repensado diz respeito à devolução dos processos com pedido de vista. Embora a regra regimental não estabeleça qualquer consequência para o descumprimento do prazo regimental para a devolução de processos com pedido de vista, o ordenamento jurídico brasileiro contém regra sobre o tema, que deveria ser observada pelo STF. Com efeito, o art. 555, §3º, do CPC/1973, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.280/2006, estabelece que “(...) *não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.*” Desse modo, o descumprimento imotivado do prazo deve ensejar a continuação do julgamento, independentemente do pronunciamento do ministro que formulou o pedido, sempre que possível. Cabe ao Presidente do órgão julgador determinar o prosseguimento do julgamento quando vencido o prazo legal, desde que não tenha sido renovado o pedido ou justificado o atraso na devolução.

Há situações, no entanto, em que o julgamento não poderá prosseguir, seja porque faltaria quórum, seja porque a ausência de pronunciamento pode impedir a declaração, por exemplo, de inconstitucionalidade de uma norma. É importante, nesse sentido, que o RISTF disponha sobre essas situações-limite, prevendo formas de solucionar esses eventuais impasses. De todo o modo, é fundamental que o RISTF seja rigoroso com essas situações e determine, inclusive, se necessário, a instauração de procedimento administrativo disciplinar, conforme o caso, a ser remetido ao Senado Federal, que tem competência para julgar os ministros do STF nos crimes de responsabilidade.

Para solucionar as situações-limite anteriormente apontadas e viabilizar a continuidade da deliberação, vislumbramos a possibilidade de continuação da deliberação, nos casos de discussão sobre a constitucionalidade de uma norma, por meio do cômputo do voto do ministro omissivo como voto pela constitucionalidade do ato impugnado – partindo-se do pressuposto da presunção de constitucionalidade dos atos normativos. Cabe, ainda, ao Presidente do STF “constranger” publicamente, se necessário, o ministro por meio da comunicação, àqueles que descumprirem as normas regimentais, ao início da sessão, do esgotamento do prazo de vista (na forma do art. 5º da Resolução STF nº 278, de 15.12.2003). De acordo com a referida resolução:

Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de dez dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§1º Não devolvidos os autos no termo fixado no *caput*, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por dez dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo.

(...)

Art. 5º As Coordenadorias de Sessões deverão manter rigoroso controle dos processos e dos prazos ora estabelecidos, devendo entregar ao respectivo Presidente, a cada sessão, relatório circunstanciado a respeito.

A reinclusão do processo na pauta, de mais a mais, deve ser automática e não precisa estar sujeita à liberação do processo pelo ministro. Assim, evitar-se-ia qualquer tipo de enfrentamento desnecessário entre os membros da Corte. Ou seja, o processo retornaria a pauta para decisão, sem que se precisasse dar a esse ato um tom político; representaria apenas o cumprimento de uma norma regimental. Solução semelhante foi tomada por outros tribunais brasileiros. É o caso do STJ que, por meio da ER nº 17/2014 alterou seu regimento interno para prever consequências em caso de superação do prazo regimental da vista (que, no âmbito daquele tribunal é de 60 dias e pode ser prorrogado por mais 30). Segundo o art. 2º da ER nº 17/2014, os autos com pedido de vista deverão ser restituídos em, “*no máximo, cento e vinte dias a contar da publicação desta emenda, prosseguindo-se o julgamento do feito na primeira*

sessão subsequente ao fim desse prazo, com ou sem voto-vista.”

3.2.11. Nova ordem de prioridade para os julgamentos no Plenário

Como demonstrado, o RISTF estabelece uma ordem de prioridade para o julgamento dos feitos pelo Plenário que se mostra inadequada. Em nossa visão, o STF precisa estipular uma nova ordem de prioridade para os julgamentos, tanto no que se refere às diversas classes processuais quanto internamente, dentro de cada classe.⁷⁷⁰

Definir uma ordem de prioridade entre essas classes processuais impõe a realização de um juízo de valor sobre a importância de cada um desses instrumentos para a proteção da ordem jurídico-constitucional e sobre as consequências advindas da decisão. Isso não deixa de ter um viés subjetivo e discricionário. Nada obstante, buscamos realizar a classificação calcado em critérios objetivos, que possam ser racionalmente justificáveis. Nesse sentido, entendemos que, no Plenário, os julgamentos devem observar a seguinte ordem:

Ordem de Prioridade – Julgamento pelo Pleno

Prioridade	Sugestão
1º	Embargos de Declaração
2º	Agravos Regimentais
3º	Súmulas Vinculantes
4º	ADIs
5º	ADPFs
6º	ADOs
7º	ADCs
8º	Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida

Essa ordem se justifica da seguinte forma. Os embargos de declaração visam a esclarecer omissões, obscuridades ou sanar contradições do julgado. Na medida em que o caso já foi apreciado pelo plenário, é de se esperar que o julgamento do recurso, que, via de regra, não pode ter efeitos infringentes, seja célere. Para além disso, como o caso já foi julgado e decidido,

⁷⁷⁰ Para nós, como já dissemos, o Plenário deve atuar exclusivamente como Tribunal Constitucional e concentrar o julgamento das ações de controle concentrado e dos casos que produzem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante. Partindo dessa premissa, no Plenário seriam julgadas apenas ADIs, ADCs, ADOs, ADPFs, RE com repercussão geral e Súmulas Vinculantes.

é recomendável que os embargos sejam apreciados rapidamente, até para que o STF possa dar baixa, em definitivo, ao processo correspondente. Outra razão diz respeito à maior facilidade para o esclarecimento de dúvidas e questionamentos quando o caso ainda está “fresco” na cabeça dos julgadores. Em caso de demora no julgamento desse tipo de recurso, faz-se necessário reanalisar completamente o caso para a solução da dúvida ou da objeção levantada. Por isso, em nossa visão, os embargos deveriam ser julgados em primeiro lugar nas sessões do Plenário. No plano interno, o julgamento dos embargos deve observar a mesma ordem de julgamento da classe originária (SV, ADI, ADPF, ADO, ADC e RE). Além disso, deve respeitar a data do julgamento, priorizando-se os casos apreciados há mais tempo (a partir da data de conclusão do julgamento).

Os agravos regimentais devem ser julgados em sequência. O agravo regimental é interposto contra decisão monocrática do relator calcada, via de regra, em entendimento jurisprudencial já pacificado pela Corte. Nesse contexto, as razões que justificam o julgamento de agravos regimentais após a apreciação dos embargos de declaração guardam muitas semelhanças com aquelas apresentadas anteriormente. O julgamento desses recursos tende a ser célere, porquanto a decisão se embasou em entendimento já solidificado no Tribunal, o que enseja menor potencial de controvérsia (exceto se houver tendência à modificação do entendimento anterior do Tribunal). Desse modo, é igualmente recomendável que esses recursos sejam rapidamente decididos, para diminuir o acervo de processos em tramitação no STF. Dentre os agravos regimentais, o Plenário deve dar prioridade ao julgamento dos feitos de acordo com a ordem de julgamento da classe originária (SV, ADI, ADPF, ADO, ADC e RE) e a ordem crescente de antiguidade (eventual agravo regimental na ADI 6029 deve ser julgado antes que o agravo regimental na ADI 6070).

Em seguida, o Plenário do STF deve apreciar os pedidos de edição, revisão ou cancelamento de Súmulas Vinculantes. A razão para isso é simples. Como as SVs só podem ser editadas após reiterados casos e objetivam pacificar o entendimento a ser adotado sobre determinado tema, atingindo número indeterminado de pessoas, é prudente que tais enunciados sejam discutidos em 3º lugar na ordem de prioridade. A deliberação sobre a aprovação de uma SV tende a se concentrar na verificação da existência de casos idênticos julgados anteriormente, bem como em razões de conveniência e oportunidade de sua edição, revisão ou cancelamento. Não é de se esperar que a matéria de fundo gere controvérsia, porquanto já decidida anteriormente pelo Tribunal, em mais de uma oportunidade.

Julgados os embargos de declaração, os agravos regimentais e as SVs incluídos na pauta,

o STF deve partir para o julgamento das ADIs. Referidas ações são o principal instrumento de proteção da ordem jurídico-constitucional e, por serem instrumento de controle de constitucionalidade concentrado e em tese, devem ser julgados prioritariamente em relação às demais ações constitucionais e recursos. Quanto antes o STF puder solucionar, em definitivo, controvérsia acerca da juridicidade de uma determinada norma impugnada em tese, melhor. Com isso, o Tribunal dará maior segurança à população e àqueles que se orientam pelas normas em vigor para pautar sua vida e seus negócios.

No plano interno às ADIs, o primeiro critério para definir a ordem de julgamento não é a ordem de distribuição. Aqui, mais importante do que a ordem das ações, é a importância do tema discutido. Por isso, mostra-se relevante a priorização das ações submetidas ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, que tiveram liminar deferida, seguida pelas ações às quais se aplicou o procedimento daquele artigo, que não tiveram liminar deferida. Na sequência, devem ser julgadas as ações nas quais houve deferimento de liminar, sem aplicação do rito do art. 12. E, por fim, as demais ações de controle concentrado, sujeitas ao rito do art. 6º e 8º, nas quais não houve pedido de liminar, ou o pedido foi indeferido. Dentro de cada uma dessas subcategorias, deve-se observar a ordem crescente de autuação das ações. Em relação às ADPFs, ADCs e ADOs, o STF deve dar prioridade ao julgamento daquelas que tiveram liminar deferida, em ordem crescente de autuação.

Uma outra questão que poderia ser objeto de discussão, ao se tratar das ações de controle concentrado, seria a reflexão sobre o tipo de ato normativo que está sendo impugnado e os efeitos que ele tem no ordenamento jurídico, para definir a prioridade do julgamento. Em outras palavras, seria difícil afirmar que o impacto no ordenamento jurídico de uma lei municipal eivada de inconstitucionalidade e questionada por via de ADPF fosse o mesmo de uma emenda constitucional, igualmente, inconstitucional e questionada por via de ADI.

No que tange aos REs com repercussão geral reconhecida, a prioridade não deve ser dada à ordem de autuação, mas ao número de litígios idênticos represados nas instâncias ordinárias. Assim, por exemplo, se o RE nº 1.020.030 estiver represando 10.000 casos semelhantes e o RE 960.820 estiver represando 1.100 casos idênticos, a prioridade deve ser dada ao julgamento do primeiro, em detrimento do segundo. O que justifica essa inversão, no âmbito dos REs é exatamente o número de casos idênticos aguardando julgamento. Em uma visão que não deixa de ser utilitarista, quanto maior o número de casos solucionados por um julgamento, melhor.

3.2.12. Definição e divulgação da pauta do plenário com maior antecedência

Atualmente, a pauta do plenário é divulgada com menos de uma semana de antecedência, o que obriga a Corte a decidir questões relevantes, que impactam a vida de milhões de pessoas, sem um tempo razoável para reflexão. Enquanto o relator dispõe do tempo que julgar necessário para amadurecer o tema e formar sua convicção, os demais ministros se veem obrigados a tomar decisões em curtíssimo espaço de tempo. Com efeito, como as pautas do plenário são divulgadas na quinta ou sexta-feira anterior às sessões, os demais ministros dispõem de dois a três dias úteis (apenas) para estudar o caso. Nesse período, eles não interrompem suas atividades rotineiras, o que faz com que “*a jurisdição constitucional, que deveria ser prestada com reflexão*” seja “*feita no reflexo*.”, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso.⁷⁷¹

Desde que ingressou no Tribunal, o Ministro Luís Roberto Barroso, incomodado com a situação, tem defendido publicamente a necessidade de divulgação das pautas do Supremo com maior antecedência⁷⁷² (no mínimo um mês e, idealmente, seis meses antes)⁷⁷³, em benefício não só dos advogados, que muitas vezes precisam viajar para Brasília para acompanhar julgamentos que, apesar de incluídos em pauta, não são apregoados, mas também dos próprios ministros, a fim de permitir que eles possam analisar melhor os casos que serão julgados. Não discordamos desse raciocínio.

Embora a reclamação seja geral – de advogados e magistrados – segundo o Presidente Ricardo Lewandowski, não há como montar uma pauta realista, sob pena de não haver sessão ou de a sessão plenária ser encerrada antecipadamente. Segundo o presidente, “*muitos processos vão para a pauta para evitar que, na falta de quorum, nenhum processo seja julgado.*”⁷⁷⁴ Esse raciocínio só evidencia a falta de “compromisso” de alguns ministros com a

⁷⁷¹ “Da reflexão para o reflexo”. In: Migalhas nº 3.511, de 08.12.2014.

⁷⁷² “Reclamação Geral”. In: JOTA. Publicado em 16.10.2014. Disponível em <http://jota.info/00ne5>. Acesso em 25.11.2014.

⁷⁷³ LUCHETE, Felipe. *Judicialização da vida. ‘Só tema chinfrim não pode ser levado ao Supremo’, critica Barroso*. In: Conjur. Publicado em 09.08.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/tema-chinfrim-nao-levado-supremo-critica-barroso>. Acesso em 14.08.2014.

⁷⁷⁴ “Reclamação Geral”. In: JOTA. Publicado em 16.10.2014. Disponível em <http://jota.info/00ne5>. Acesso em

instituição. Se todos chegassem na hora e não se atrasassem frequentemente para as sessões, a pauta poderia ser mais “realista”, evitando o deslocamento, injustificado, de milhares de advogados para a Capital para acompanharem um julgamento que, muitas vezes, corre o risco de não se realizar.

No contexto atual em que há enorme número de processos pendentes de julgamento, no qual muitas vezes o julgamento de um único caso toma uma sessão inteira ou, às vezes, até mais, é difícil formar uma pauta mais próxima daquilo que o STF tem capacidade para julgar. Temas mais complexos costumam ser mais demorados, ao passo que outros, mais simples, tendem a ser julgados de forma abreviada.⁷⁷⁵ Em resumo, na conjuntura atual, diante das circunstâncias vigentes, é realmente difícil montar uma pauta que seja mais adequada, que permita aos ministros estudarem com maior antecedência os casos. De todo o modo, esse é um aspecto que deve ser perseguido com frequência, a fim de evitar prejuízos ao processo de deliberação e às partes envolvidas.

Não se pode perder de vista, nesse sentido, que a divulgação da pauta de julgamento com maior antecedência tende a evitar – ou a tornar injustificada – a formulação de pedidos de vista que têm interrompido, em alguns casos, por anos a fio, o julgamento de questões relevantes para a sociedade brasileira.

25.11.2014.

⁷⁷⁵ Essa não é uma verdade absoluta. Por vezes, o contrário também ocorre.

4 ENTRE A MANUTENÇÃO E A REFORMA DO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DO STF

Como se disse anteriormente, o processo de deliberação atualmente adotado pelo STF vem sendo objeto de severas críticas, por se mostrar inadequado à formação de precedentes e por seu viés excessivamente individualista. No âmbito do Plenário, o modelo de deliberação atualmente adotado é o de votos em *seriatim*. De fato, naquele colegiado cada ministro profere seu voto individualmente, de acordo com suas próprias razões, sem qualquer preocupação com a busca da adesão de outros julgadores às suas teses (tentativa de consenso quanto à fundamentação, em especial à *ratio decidendi* ou *holding*).

Essa forma de obtenção da vontade majoritária tem sido criticada por (i) dificultar a identificação das teses acolhidas pelo STF; (ii) ensejar sobreposição de trabalho, em razão da multiplicidade de votos que chegam ao mesmo resultado e, portanto, incompatível com as recentes reformas processuais que pretenderam desafogar o STF; e por (iii) alongar desnecessariamente o processo de deliberação, causando atrasos de julgamentos e o congestionamento da pauta. Nesse sentido, parece estar se formando um consenso na literatura nacional⁷⁷⁶ quanto à necessidade de alterações. Mas de que alterações estamos falando? Devemos migrar para um modelo de deliberação fechada? Privilegiar a adoção de uma votação da corte? Em caso afirmativo, como fazer isso?

O propósito deste capítulo é discutir o que *deve* e o que *não deve*, em nossa visão, ser objeto de alterações. Algumas mudanças podem, de fato, contribuir para a melhoria da deliberação; outras, que vêm sendo aventadas em sede doutrinária, no entanto, mesmo que tenham potencial para melhorar a deliberação, devem ser rechaçadas de plano, porque

⁷⁷⁶ Vejam-se, dentre outros: MENDES, Conrado Hübner. *Sessão de Leitura no STF*. In: Folha de S. Paulo de 05.10.2010. Acesso em 06.10.2010; SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. Folha de S. Paulo de 11.05.2009. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>. Acesso em 1º.05.2012; SILVA, Virgílio Afonso. *Deciding without deliberating*. I-CON (2013), Vol. 11 No. 3, 557-584. Oxford University Press and New York University School of Law. 2013. Disponível em <http://icon.oxfordjournals.org>. Acesso em 26.09.2013; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). "Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 483-502.

comprometem outros valores constitucionais importantes, que devem ser preservados.

4.1. O que o STF não deve mudar em seu processo de deliberação

4.1.1. Publicidade das deliberações

O art. 93, IX, da Constituição enuncia que todos os julgamentos do Poder Judiciário devem ser públicos, sob pena de nulidade. Isso não significa, contudo, que todas as *fases* do julgamento (pré-decisional; decisional; e pós-decisional) devam ser, necessariamente, públicas ou que todas as decisões devam ser tomadas em público. Como esclarece Cassio Scarpinella Bueno,

A publicidade, tal qual exigida constitucionalmente, tem sentido duplo. A primeira acepção é a de que o direito brasileiro não admite julgamentos ‘secretos’. Neste sentido, todo o atuar do Estado-juiz é público no sentido de ser possível o acesso imediato a ele. A segunda é no sentido de que todas as decisões, para serem entendidas como tais, devem ser publicadas, isto é, tornadas públicas, acessíveis ao público em geral. Tudo o que caracteriza o ‘processo’ (...) é público, e, como tal, tem que estar disponível para quem quer que seja.⁷⁷⁷

O grau de publicidade que deve ser assegurado a cada uma das fases do processo deliberativo é – e deve ser – distinta. Com efeito, na fase pré-decisional, a análise dos autos feita pelo magistrado reservadamente não compromete o princípio da publicidade, assim como a leitura e releitura de passagens do processo, para a formação do convencimento, realizada no silêncio dos gabinetes, também não. O mesmo se pode dizer em relação à elaboração do relatório e da minuta de decisões e votos. Eles são feitos individualmente, longe dos olhos do público e nem por isso há violação à publicidade. Esses exemplos mostram que não há como interpretar o inciso IX literalmente. Nem todas as fases e etapas do processo decisório devem

⁷⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*, Vol. 1, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147. Particularmente, não concordamos com a acepção de “segredo” usada pelo autor. Há que se ressaltar, todavia, um terceiro sentido para o princípio da publicidade: não importa apenas tornar uma decisão acessível – formalisticamente – a todas as pessoas. É preciso que, linguisticamente, ela também seja acessível, de modo que o princípio impõe, em nossa visão, a restrição das decisões a um tamanho que seja capaz de ser lida, analisada e discutida pelo público. Não adianta escrever um tratado de 500 páginas, pois isso não será acessível aos jurisdicionados.

ser realizadas publicamente, às vistas de qualquer pessoa. Como lembra Helena Moreira,

(...) a generalidade da expressão utilizada pelo constituinte, ao direcionar a regra ‘todos os julgamentos do Poder Judiciário’, indica a intenção de referir-se tanto àqueles realizados em audiência, (...), como aos julgamentos em colegiado, realizados em sessão de tribunal. (...) Não se quer dizer com isso, entretanto, que o julgamento em primeiro grau necessariamente tenha que se realizar em audiência – a que o sistema também confere imperativo de publicidade – nem tampouco que haja óbice constitucional, quando se tratar de causa de competência de órgão colegiado, à possibilidade de julgamento, em hipóteses específicas, por decisão monocrática do respectivo relator.⁷⁷⁸

A rigor, portanto, não há óbice constitucional a que determinadas fases do julgamento sejam produzidas, pensadas, discutidas, elaboradas em ambiente restrito ou privado, inacessível às partes ou seus advogados. Na verdade, o princípio da publicidade impõe, apenas, que o resultado alcançado seja explicitado e divulgado ao público, e permita a reconstrução do *iter* intelectual percorrido pelos magistrados até a conclusão manifestada. Nesse contexto, poder-se-ia até admitir que o STF discutisse os processos a portas fechadas, como fazem outras Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, em busca de uma deliberação mais franca entre os ministros, protegida de influências negativas que podem advir da exposição excessiva a que eles eventualmente estão sujeitos.

Nada obstante isso, apesar de constitucionalmente viável, entendemos que não é recomendável a adoção de um modelo de deliberação privada no Brasil. É inegável que, longe dos holofotes, as pessoas manifestam com mais franqueza suas posições, sem receio de serem mal interpretadas. Apesar disso, no Brasil, tudo que diz respeito a assuntos públicos que é feito em ambientes reservados, costuma gerar maledicências. O respeito e a honorabilidade de que goza o Poder Judiciário atualmente exige que os magistrados não *sejam* apenas honestos, como também que *pareçam* honestos aos olhos da população – em alusão ao velho brocardo romano. Fechar as portas dos Tribunais pode facilitar, de fato, o processo de deliberação. Mas também pode comprometer gravemente a credibilidade e a imagem institucional do Poder Judiciário perante a opinião pública, na medida em que os magistrados passariam a ser criticados, justa ou injustamente, pela adoção de decisões mais políticas e estratégicas do que já são atualmente. Imagine-se, por exemplo, o julgamento da AP nº 470 (Caso Mensalão) em sessões reservadas. Qualquer decisão daria ensejo a críticas voltadas a atacar a credibilidade do Tribunal, e não ao acerto ou desacerto da decisão.

⁷⁷⁸ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Artigo 93, inciso IX. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (coord.). “Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1187-1188.*

Nessa linha de raciocínio, não se pode perder de vista que grande parte do capital político acumulado pelo STF e pelos demais tribunais decorre justamente da publicidade de seus julgamentos. Ela tem sido fator de legitimação das decisões judiciais, em especial daquelas contramajoritárias. A aceitação da derrota pela parte, depende, em grande medida, do reconhecimento da lisura da batalha. Quando a parte tem chances de identificar que a batalha se deu sobre argumentos jurídicos, e não sobre preferências políticas ou pessoais, ou por outras razões pouco republicanas, a aceitação da derrota se torna mais fácil. Por isso, entendemos que, no que tange à publicidade dos julgamentos, não devem ser realizadas quaisquer alterações.

4.1.2. O televisionamento das sessões de julgamento

“Essa mudança de comportamento está associada às transmissões dos julgamentos pela TV Justiça?”

A culpada não é da TV Justiça. Ela só é responsável pelo bom penteado das colegas do sexo feminino e pelas belas gravatas apresentadas pelos colegas do sexo masculino.” (Ministro Marco Aurélio Mello em entrevista ao Portal Congresso em Foco).⁷⁷⁹

Ao contrário do que sustenta o Ministro Marco Aurélio, o televisionamento das sessões de julgamento do Plenário do STF causou impactos (positivos e negativos) sobre o processo de deliberação da Corte. Não é possível, no entanto, dimensionar completamente as externalidades da transmissão ao vivo das sessões do STF. Seria necessário realizar um estudo específico para avaliar como a TV Justiça interferiu ou influenciou a mudança do processo decisório. Nada obstante isso, é possível apresentar um inventário dos principais impactos.

Dentre os aspectos positivos, é possível sustentar que a TV Justiça contribuiu para: (i) a

⁷⁷⁹ COSTA, Sylvio; SARDINHA, Edson. *Marco Aurélio critica 'troca de votos' no STF*. In: Congresso em Foco. Publicado em 17.04.2014. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em 17.05.2014. O ministro Luis Roberto Barroso, em conversas particulares conosco, já se manifestou em sentido semelhante. Para ele, o televisionamento pouco interfere no processo de deliberação, porque os votos já estão, na maioria das vezes, prontos antes da sessão.

melhoria da fundamentação das decisões;⁷⁸⁰ (ii) a valorização do princípio da publicidade⁷⁸¹ e transparência;⁷⁸² (iii) a valorização da liberdade de expressão, por: a) fazer com que a população perceba que debater ideias, mesmo de forma agressiva, é melhor do que recorrer às vias de fato; e b) melhorar o debate no espaço público, permitindo que as pessoas estejam melhor instruídas para discutir assuntos de relevância pública;⁷⁸³ (iv) a promoção do direito à informação;⁷⁸⁴ (v) reduzir os riscos do que se denomina “efeito manada”;⁷⁸⁵ na medida em que faz com que os juízes se preocupem mais com suas posições; (vi) permitir que a população compreenda o funcionamento do Tribunal;⁷⁸⁶ (vii) promover o papel pedagógico e orientador das decisões

⁷⁸⁰“(…) no Brasil, as limitações argumentativas do discurso judicial foram expostas com muito mais clareza a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal (…) passou a transmitir os seus julgamentos em rede nacional pela internet e pela TV Justiça. Vários setores da sociedade, que não fazem parte do meio jurídico, passaram a acompanhar os julgamentos mais polêmicos para tentar compreender os argumentos utilizados pelos juízes. Quando se analisam os comentários às decisões judiciais feitos por setores não-jurídicos mais esclarecidos, percebe-se claramente que, muitas vezes, aos olhos desse público, as justificações apresentadas costumam ser ridicularizadas, seja pela erudição exagerada adotada nos votos, seja porque, nos assuntos não estritamente legais, os argumentos são fracos, baseados em premissas ultrapassadas ou que não fazem o menor sentido” (LIMA, George Marmelstein. *Quem tem medo da publicidade?*In: Direitos Fundamentais - Blog. Publicado em 05/08/2010. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2010/08/05/quem-tem-medo-da-publicidade/>. Acesso em 05/08/2010).

⁷⁸¹ “É clássica a expressão de célebre pensador da Revolução francesa, Mirabeu – em que os ideais do Estado de Direito foram erigidos pela primeira vez, na história recente, nas cláusulas constitucionais -, de que ‘Deem-me o juiz que desejarem: parcial, corrupto, meu inimigo mesmo, se quiserem; pouco me importa desde que ele nada possa fazer senão em público.’” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*, Vol. 1, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147).

⁷⁸² “Em linguagem de fácil assimilação pelo cidadão comum, a TV Justiça tem a função de esclarecer, informar e ensinar às pessoas como defender seus direitos. A atuação da TV Justiça nos últimos anos tem tornado mais transparentes as atividades do Poder Judiciário perante a população brasileira, contribuindo para a abertura e a democratização desse Poder.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 20.02.2013).

⁷⁸³ FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁷⁸⁴ Na medida em que o Judiciário é o intérprete final da Constituição, é um direito da população ter conhecimento não só das decisões, mas também sobre como o tribunal chegou a elas.

⁷⁸⁵ O “efeito manada” vem sendo estudado pela psicologia comportamental. A ideia subjacente é a de que os seres humanos, assim como os animais, agem e seguem os padrões do(s) grupo(s) ao(s) qual(is) pertence. Isso significa que nem sempre tomamos uma decisão consciente. Às vezes simplesmente seguimos a maioria, aderindo por razões (nem sempre conscientes) a uma decisão coletiva. Atribui-se a Solomon Asch estudo realizado em 1951, que mostrou que o julgamento individual é muitas vezes influenciado pelo grupo. O estudo demonstrou que um terço dos participantes ignorou o que sabia, e aderiu à mesma resposta que o grupo. Asch concluiu que as pessoas seguem respostas erradas, por dois motivos: a) para fazer parte de um grupo (influência normativa) e b) porque elas acreditavam que o grupo deveria ter visto algo que elas não haviam notado.

⁷⁸⁶ Apesar da importância do STF, poucas pessoas têm condições de se fazerem presentes às suas sessões, seja pela distância, seja pelo desconhecimento da liturgia envolvida. Em um País de dimensões continentais, com uma

judiciais;⁷⁸⁷ (viii) legitimizar as próprias decisões judiciais.

Não se pode olvidar, contudo, do fato de que a TV Justiça também contribuiu para emperrar o funcionamento e o processo de deliberação do Tribunal. Em suma, a superexposição gerada pela exibição das sessões da Corte pode: (i) gerar desgastes na imagem institucional do STF;⁷⁸⁸ (ii) acirrar as vaidades e gerar risco de exibicionismo por parte dos ministros; (iii) ampliar ainda mais o protagonismo do Poder Judiciário, deslegitimando o Legislativo; (iv) influenciar os ministros a levarem votos escritos⁷⁸⁹ para não parecerem despreparados aos olhos da opinião pública; (v) transformar o pedido de vista em “estratégia” para esfriar o debate por meio da suspensão de julgamentos.⁷⁹⁰ Esses e outros possíveis efeitos perniciosos da exibição das sessões do STF precisam ser apurados com mais profundidade. Essas são questões relevantes que, de forma alguma, devem ser menosprezadas. É importante investigar a ocorrência dessas externalidades para, se necessário, pensar formas de corrigi-las.

Seja como for, a despeito dos inúmeros aspectos negativos que a exibição da sessão possa, eventualmente gerar, nenhum deles, em nossa visão, é suficiente para proibir a transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça. Esse veículo de comunicação contribuiu para melhorar a imagem do Poder Judiciário, para desmistificá-lo e para aproximá-lo da população.⁷⁹¹ E isso, *per se*, já é fundamento suficiente para justificar a manutenção desse de

população gigantesca, a exibição das sessões de julgamento torna a instituição mais acessível e transparente para a população. Não há porque esconder o processo de deliberação (ou deixá-lo oculto da maior parte da população, que não tem condições de estar presente à sessão).

⁷⁸⁷ Como salienta Lawrence Baum, uma decisão judicial tem diversos propósitos: justificar a decisão para as partes e para outras audiências, instruir e orientar cortes e juízes inferiores e indicar o direito aplicável, que deve ser seguido em casos futuros. (BAUM, Lawrence. *American Courts: process and policy*. 7th edition, Wadsworth, Cengage Learning, 2013, pp. 251-252).

⁷⁸⁸ Brigas, desentendimentos e rugas entre os ministros podem afetar a imagem do STF como instituição. Mesmo assim, isso não nos parece motivo suficiente para justificar a suspensão da exibição das sessões ao vivo.

⁷⁸⁹ Vale notar, no entanto, que levar voto escrito também pode ser encarado como uma forma de evitar o efeito manada.

⁷⁹⁰ Em casos de maior repercussão, à vista de uma maioria em formação ou da perspectiva de derrota em uma determinada matéria por si considerada relevante, é possível que os ministros ajam estrategicamente para inviabilizar ou dificultar a conclusão do julgamento. Nesse sentido, a exibição pública pode contribuir para a lentidão do Poder Judiciário.

⁷⁹¹ “*Tirando o peso das instituições e da tradição, o único fundamento de legitimidade que sobre aos juízes é a força argumentativa de suas decisões. O poder judicial é um poder que tem o dever de se justificar perante o público, apresentando de maneira convincentes as razões dos julgamentos que profere. Se os magistrados não conseguem julgar de forma convincente, sua função perde a razão de ser.*” (LIMA, George Marmelstein. *Quem tem medo da publicidade?* In: *Direitos Fundamentais - Blog*. Acesso em 05.08.2010). Daí porque conclui que “*as sessões têm que ser públicas e televisionadas, e se os ministros se sentem desconfortáveis em ver os seus pontos*

transmissões ao vivo das sessões de julgamento. Uma população que não conhece suas instituições não saberá defendê-las, se isso se mostrar necessário.

Na quadra atual, ainda que a TV Justiça possa dar ensejo a algumas dificuldades no que tange ao funcionamento e ao processo de deliberação do STF, em nossa visão, o televisionamento produz efeitos muito mais benéficos do que maléficis. Isto é, a sociedade tem muito mais a ganhar com a exibição pública das sessões do STF do que a perder. Até porque nem todas as externalidades negativas apontadas decorrem, exclusivamente, da criação da TV Justiça. Muitas delas existem e existiriam ainda que não se tivesse criado o canal de televisão a cabo. Discussões, brigas, rugas entre os ministros, por exemplo, sempre existiram e vão continuar a ocorrer. O televisionamento não deu causa a isso, nem acirrou os ânimos entre os ministros. Ao contrário, pode até mesmo ter contribuído para evitar maiores desentendimentos.⁷⁹²

Não pretendemos, com isso, negar de modo peremptório que os aspectos negativos apontados podem ter sido amplificados pelo advento do televisionamento. Como dissemos, só a realização de uma pesquisa aprofundada poderia comprovar ou infirmar essa premissa. O ponto, no entanto, é que, para nós, como já enfatizamos, ainda que essas externalidades fossem comprovadas, elas não justificariam a restrição do televisionamento ao vivo das sessões, pois essa medida configuraria verdadeira e desnecessária censura. O Brasil precisa de mais liberdade de expressão e menos controle sobre o que é dito. Para além disso, eventuais problemas decorrentes do televisionamento podem ser corrigidos por outros meios, sem necessidade de se recorrer à edição das sessões de julgamento.⁷⁹³

Assim, parece-nos correto afirmar, como faz Clèmerson Merlin Clève, que “*o problema não é a sessão, mas o modo de deliberar dos juízes que nem sempre é público.*”⁷⁹⁴ Por tudo

de vista escancarados, criticados e questionados pela sociedade não fazem jus à toga que vestem” (LIMA, George Marmelstein. *Quem tem medo da publicidade?* In: Direitos Fundamentais - Blog. Acesso em 05.08.2010).

⁷⁹²Tendo em vista o temperamento forte de muitos ministros que passaram pela casa, a exibição ao vivo das sessões de julgamento pode constrangê-los a manterem regras de civilidade, o que talvez não ocorresse em um ambiente não televisionado. A hipótese aqui levantada, que não se pode descartar, é a de que as câmeras funcionam como vigias, tal como os olhos do *big brother* do livro “1984”, de George Orwell. Seja como for, é natural que haja embates entre os magistrados. São 11 ministros, 11 pessoas que possuem qualidades e defeitos, como todos nós. Ainda que os debates continuem sendo ríspidos, é importante que continuem a ser transmitidos ao vivo pela TV Justiça. O Brasil precisa entender a importância da defesa da liberdade de expressão, inclusive de manifestações agressivas.

⁷⁹³ Por essas razões, somos radicalmente contra o PL nº 7.004/13, que pretende proibir a transmissão ao vivo das sessões do STF e de outros tribunais.

⁷⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p.

isso, seria um grave retrocesso institucional a restrição ao televisionamento das sessões de julgamento do STF ou de outros tribunais.

4.1.3. Riscos do fracionamento da deliberação

“Outro cânone fundamental do sistema oralista é a concentração dos atos processuais, como decorrência da necessidade de que o juiz tenha nítido, na lembrança, o desenvolvimento do processo.”⁷⁹⁵

Alguns autores têm defendido a necessidade de se dividir o processo de deliberação em duas etapas, sendo a primeira voltada à oitiva dos argumentos das partes e a segunda à deliberação propriamente dita. Um dos argumentos centrais desses autores é o de que, no modelo vigente, em que os ministros já vão para a sessão com os votos prontos, as sustentações orais têm pouca ou nenhuma influência sobre a deliberação colegiada. Além disso, diz-se que esse modelo não favorece a deliberação coletiva, porquanto cada juiz atua como um solista.

Em nossa visão, não se mostra recomendável, ao menos na quadra atual, fracionar o julgamento. Dividir o processo de deliberação em duas etapas, como ocorre nos EUA (*hearing and judgment*) pode ser prejudicial, sobretudo em instituições que possuem milhares de processos por julgar. É impossível fazer com que os juízes prestem atenção e formem suas convicções se houver distanciamento no tempo. Outro problema é o fato de que, naqueles casos mais delicados, que prendem a atenção da sociedade, esse fracionamento pode influenciar a decisão. Até que ponto isso é ruim? É difícil dizer, pois aproxima a Corte da opinião pública. Como se sabe, tal aproximação é ambígua podendo, por um lado, dar um verniz mais democrático a determinadas decisões proferidas pela Corte e, por outro lado, no entanto, representar a supressão de direitos e o risco do “populismo judiciário”.

Ademais, o número de processos direcionados ao STF é incompatível com a possibilidade de ter um período dedicado só a audiências e outro só às votações. Enquanto a Suprema Corte americana, como foi visto anteriormente, tem a possibilidade de dedicar um

179, NR 16.

⁷⁹⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *A experiência da Justiça do Trabalho Brasileira sobre procedimento oral*. In: “Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro”. Brasília: Editora UNB, 1976, p. 320.

período (*term*) de suas atividades à prolação de sentenças, devido ao número exíguo de processos que são julgados, tal realidade é absolutamente distante do modelo brasileiro. O fluxo de trabalho do Supremo, portanto, deve ser contínuo para manter um mínimo de funcionalidade, tendo em vista suas vastas competências.

4.2. O que o STF deve mudar em seu modelo de deliberação

Por tudo o que se disse até aqui, parece inegável que a forma de deliberação do STF precisa mudar, para favorecer (i) o manejo e a correta aplicação dos precedentes; e (ii) melhorar o próprio processo de funcionamento e deliberação da Corte, tornando mais ágil a prolação de decisões. O propósito deste tópico é discutir onde o STF deve promover mudanças. As perguntas que surgem são, basicamente, as seguintes: o STF deve abandonar o modelo de deliberação em *seriatim* e migrar para um modelo de opinião da Corte ou misto? Como fazer com que os ministros partam das mesmas premissas no julgamento e passem a dialogar efetivamente de forma deliberativa e não exclusivamente como um “tribunal de solistas”, para usar a expressão de Conrado Hübner Mendes? Enfim, que tipo de mudanças podem aperfeiçoar o processo decisório do STF?

Como se verá a seguir, as três fases do processo de deliberação (pré-decisional, decisional e pós-decisional) precisam ser modificadas, em maior ou menor grau. Em nossa visão, o problema do nosso modelo não é a forma de deliberação adotada em si. Ou seja, não se trata de um debate antagônico entre a opção por um modelo de *seriatim* ou por um modelo *per curiam*, mas de um debate a respeito das regras que devem pautar as deliberações da Corte. Nosso processo histórico (quase) sempre foi realizado a portas abertas, diante do público – pelas necessidades político-institucionais pátrias. Mesmo nos períodos mais obscuros de nossa história – como na ditadura –, a possibilidade de deliberação a portas fechadas era residual. Desse modo, a solução não pode passar pelo desprezo de mais de 100 anos de história institucional, mas pela reflexão combinada dos vícios e virtudes do ponto a que chegamos.

4.2.1. Fase pré-decisional (elaboração e aprovação do relatório)

A fase pré-decisional tem início com a existência de um caso formal sobre o qual a Corte deverá se debruçar para decidir.⁷⁹⁶ Nessa fase, o julgador tem, via de regra, um papel passivo. Cabe, antes de mais nada, aos interessados e legitimados apresentarem suas razões e contrarrazões para a futura apreciação colegiada. Muitas vezes o debate começa no processo (ou no recurso) e tem continuidade em outros meios (como a imprensa, a academia, os sindicatos, o Congresso Nacional etc.).

Nessa etapa, como salienta Conrado Hübner, o papel do Tribunal é o de “*coletar, tanto quanto possível, argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos, de modo que interlocutores tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los; e, acima de tudo, mostrar abertura aos atores que podem ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso.*”⁷⁹⁷ Pois bem. Nessa fase, tem início com a apresentação do pedido, ocasião em que se abre à fase deliberativa, por meio da admissão de *amici curiae* e da eventual realização de audiência pública ou produção de provas. E se encerra quando o processo é, efetivamente, submetido a julgamento.

Em nossa tradição, após reunir as informações necessárias à formação do seu convencimento, o relator libera o relatório e solicita a inclusão do processo em pauta para julgamento.

É justamente em relação ao relatório que se deve dar a primeira e mais importante mudança no processo de deliberação. Antes de submeter um caso a julgamento, o STF deve definir quais são as questões jurídicas que deverão ser decididas. Ou seja, quais os temas para os quais a Corte foi chamada a se pronunciar. Aqui o relatório ganha relevo e um novo papel. Mais do que descrever os acontecimentos do processo ou os argumentos das partes, o relatório deve indicar, em proposições objetivas, quais são as questões controvertidas, que devem ser objeto da atenção do Tribunal. E isso deverá ser feito pelo relator a partir da análise da petição inicial, das manifestações das entidades estatais envolvidas no controle de constitucionalidade objetivo (AGU e PGR), bem como das intervenções dos *amici curiae* e dos atores sociais eventualmente ouvidos em audiência. Um exemplo ajuda a ilustrar o ponto:

⁷⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 59-60.

⁷⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

No âmbito da ADI nº 5.292, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina, discute-se a constitucionalidade da Lei Estadual nº 16.576/2015, que institui obrigatoriedade diária de divulgação de fotos de crianças desaparecidas nos *noticiários de TV* jornais sediados em Santa Catarina. O Governador alega, na inicial, que a lei estadual violaria os arts. 21, XI (que estabelece a competência privativa da União para explorar os serviços de radiodifusão); 22, IV (competência da União para e para legislar sobre radiodifusão); o art. 167, I (a norma não estabeleceu fonte de custeio e o órgão encarregado de sua execução); e 170 da CRFB (princípio da livre iniciativa). A partir dessas causas de pedir é possível formular, no mínimo, as seguintes questões jurídicas a serem debatidas pelo STF:

- a) Os entes federativos podem estabelecer políticas públicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes, com vistas à redução dos índices de desaparecimento dessas pessoas?
- b) A divulgação da imagem de crianças desaparecidas em veículos de comunicação é instrumento apto à redução desses índices?
- c) É legítimo impor que empresas privadas sejam obrigadas a executar essas políticas públicas?
- d) A Lei restringe a liberdade de expressão dos veículos de comunicação? Em caso afirmativo, essa restrição é legítima?
- e) Os Estados têm competência para impor à empresas que prestam serviços de radiodifusão essa obrigação?
- f) Os Estados têm competência para impor às empresas jornalísticas essa obrigação?
- g) As empresas afetadas pela restrição têm direito a indenização?
- h) A imposição dessa medida sem o pagamento de qualquer valor caracteriza violação à livre iniciativa?

Em nossa visão, cabe ao relator o importante papel de definir as questões jurídicas que o Tribunal deve responder para solucionar determinado caso e estruturá-las de forma clara e precisa, a fim de que todos possam deliberar sobre os mesmos temas, partindo das mesmas premissas.

4.2.2. Fase decisional

4.2.2.1. Deliberação colegiada

“Não sei, então, qual a opinião que prevaleceu.” (Min. Ricardo Lewandowski, no meio do debate da ADI 5028, na

Presidência, sem entender que tipo de consenso se alcançava).⁷⁹⁸

Definidas as teses que serão discutidas, inicia-se, novamente, a sustentação oral, na ordem pré-estabelecida, seguindo-se à discussão individual das questões jurídicas a serem decididas, em moldes semelhantes ao adotado pela Corte Constitucional portuguesa. Exemplifique-se para facilitar a compreensão.

No julgamento da ADI nº 5.292 mencionada anteriormente, supondo que as questões a serem enfrentadas não tenham sido modificadas, cada um dos ministros do STF precisaria manifestar-se sobre elas. Mas, ao invés de proferir um único voto, sobre todos esses temas, de uma só vez, o Presidente ouviria a sustentação oral das partes sobre o primeiro item e, em seguida, colheria o voto de todos os ministros, começando pelo relator, em relação apenas à primeira pergunta (“*a) Os entes federativos podem estabelecer políticas públicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes, com vistas à redução dos índices de desaparecimento dessas pessoas?*”). Decidido o ponto, por maioria ou unanimidade, seria novamente aberta a palavra aos advogados para sustentação oral a respeito da segunda tese. Após, novamente se iniciaria a coleta dos votos do relator e dos demais ministros sobre a segunda questão jurídica (“*b) A divulgação da imagem de crianças desaparecidas em veículos de comunicação é instrumento apto à redução desses índices?*”). E assim por diante. Até chegar-se a situação em que logicamente não faz sentido prosseguir no julgamento ou até o Tribunal decidir todas as questões submetidas a julgamento.

O que se propõe, portanto, é que, na fase de deliberação colegiada, o STF mude a forma de votação, a fim de que todos os ministros se pronunciem sobre os (mesmos) temas, que foram previamente fixados com ampla participação de todos os interlocutores e decisores. Não se defende – e é muito importante que isso fique bem claro –, qualquer alteração no modelo de deliberação. O modelo de *seriatim* não é necessariamente esquizofrênico. Esquizofrênico, com todas as vênias, é a ausência de premissas para a deliberação, que permitam aos ministros enfrentarem as mesmas questões. Assim, entendemos que o STF pode – e deve – continuar a julgar em *seriatim*, como sempre fez. Até porque, não haveria como migrar para um modelo de deliberação institucional, nem para um modelo misto, por conta da imposição constitucional de publicidade dos julgamentos. Nesse contexto, diferentemente da Suprema Corte norte-

⁷⁹⁸ ADI 5028, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 01/07/2014, DJe-213 de 30-10-2014.

americana, o STF não teria como proferir julgamentos *per curiam*, simplificados e desidentificados.

A estruturação da deliberação calcada em perguntas a serem respondidas tem a vantagem de evitar que o STF e seus ministros se percam em divagações desnecessárias sobre o tema *iudicando*. Ademais, ela permite, ao término do julgamento, a identificação mais clara das questões que foram aprovadas pela maioria, que poderão ser organizadas sob um enunciado geral. Isso facilitaria, e muito, a compreensão das decisões, permitindo, por consequência, que outros órgãos e o próprio Tribunal respeitassem esses precedentes.

É verdade que a forma de deliberação em *seriatim* ora proposta exige modificações significativas no funcionamento do Tribunal. De fato, em primeiro lugar, é importante rever o tempo destinado às sustentações orais. Não nos parece razoável que os advogados disponham de 15 minutos para sustentar suas razões em relação a cada uma das teses jurídicas debatidas. No entanto, talvez seja possível pensar em prazos de menores (de 3 a 5 minutos) para a exposição sobre cada questão. Talvez aqui o ideal seja assegurar certa flexibilidade ao tribunal para definir essa matéria, reduzindo ou aumentando o tempo, de acordo com a complexidade da causa, sua importância, o número de *amici curiae* admitidos e o número de questões a serem decididas pelo Tribunal.

Em resumo, nossa proposta é a de realização de votação por rodadas. Nesse novo modelo, não seriam vedados votos dissidentes ou concorrentes, quando houvesse uma divergência forte sobre qualquer uma das respostas. A diferença entre o método que se propõe e o existente atualmente diz respeito aos incentivos para que isso ocorra. Em outras palavras, ainda que seja totalmente aceitável que ministros divirjam e publiquem votos dissidentes e concorrentes, essa não precisa ser a regra do funcionamento do Tribunal. Além disso, em casos especialmente simbólicos ou relevantes, os consensos poderiam ser buscados com mais afinco pelo Presidente do STF, evitando-se, portanto, um enfraquecimento de decisões que exijam união do colegiado.⁷⁹⁹⁻⁸⁰⁰ Por óbvio, o que se defende aqui não é uma gestão tirânica do Tribunal

⁷⁹⁹ Não excluimos com essa afirmação, entretanto, que isso já possa ocorrer em um grau mais leve na prática do STF. A verdade é que, atualmente, faltam dados empíricos para analisar de maneira satisfatória o grau de unanimidade e consensualidade das decisões do Supremo, sobretudo, no que se refere ao exercício de suas funções de Corte Constitucional e Suprema Corte.

⁸⁰⁰ Além disso, o Presidente do STF deve ter instrumentos para buscar consensos sempre que isso for possível e, especialmente, quando for desejável. Em situações nas quais o processo decisório venha se mostrando dificultado pela postura individual de algum ministro ou por desvios na comunicação, o Presidente deve se utilizar de sua autoridade para dar sistematicidade à deliberação. Tal prerrogativa vem sendo reconhecida em outros órgãos, tais como o CADE, que dá ao seu Presidente a capacidade de organizar a deliberação até que se produza um

por parte do Presidente, mas que o objetivo institucional deve ser, na maior parte das situações, a busca pelo consenso, havendo, no entanto, espaço para divergências ou opiniões diversas sempre que o norte normativo dos consensos não seja atingível.

4.2.2.2.O pedido de vista

“Os votos dos magistrados são revelados apenas na sessão de julgamento, em caráter público. Assim, é comum que os votos produzam intensos debates entre os Ministros da Corte, com transmissão ao vivo pela televisão. Caso entendam ser necessário refletir melhor sobre o tema debatido, ante os argumentos levantados na ocasião do debate, os Ministros podem pedir vista do processo. Previsto expressamente no Código de Processo Civil, no art. 555, § 2º (...), o pedido de vista é corolário da democracia, pois visa à qualificação do debate, ao incremento da argumentação, ao aperfeiçoamento do raciocínio, enfim, ao regular e profícuo desenvolvimento do julgamento. Não se pode olvidar que a Jurisdição Constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e argumentação produzida segundo a racionalidade própria das normas e dos procedimentos que conduzem os julgamentos.”⁸⁰¹

A autorização para a formulação de pedidos de vista é legítima e se justifica para permitir que a deliberação seja mais qualificada. Com efeito, é melhor interromper a

(necessário) consenso. De acordo com o art. 95 do Regimento Interno daquela autarquia:

“Art. 95. Se os votos forem divergentes, de modo a não haver maioria para qualquer solução, mesmo após o exercício do voto de qualidade pelo Presidente, reabrir-se-ão os debates, colhendo-se novamente os votos.

§1º Se, em virtude de divergência quantitativa, não se puder formar a maioria em relação a uma questão, insuscetível de decomposição, o Presidente disporá os diversos votos, com as quantidades que cada qual indicar, em ordem decrescente de grandeza, prevalecendo a quantidade que, com as que lhe forem superiores ou iguais, reunir votos em número suficiente para construir a maioria.

§2º Se, em decorrência de divergência qualitativa, os votos dividirem-se entre três ou mais interpretações sobre uma questão, insuscetível de decomposição, o Presidente poderá adotar uma das seguintes providências, conforme recomendarem as circunstâncias:

I - proceder a uma segunda votação, restrita à escolha de uma entre as duas interpretações anteriormente mais votadas; ou

II - colocar em votação dois posicionamentos, escolhidos aleatoriamente, excluindo o que for minoritário nessa votação e colocando o que se sagrou vencedor em nova votação, com um dos remanescentes, repetindo este procedimento até restarem dois posicionamentos, constituindo a decisão o posicionamento que for majoritário na última votação.”

⁸⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 20.02.2013.

votação quando um dos julgadores não está seguro da decisão a ser proferida, do que proferir uma decisão errada, que poderá trazer consequências deletérias. E isso, sobretudo, no exercício da jurisdição constitucional, em razão dos significativos reflexos que as decisões proferidas pelo STF têm sobre a sociedade.

No entanto, o pedido de vista não pode ser desvirtuado ou transformado, indevidamente, em estratégia para interromper, *sine die*, a conclusão de um julgamento. Embora não se possa afirmar que, na atualidade, o pedido de vista tenha perdido aquele seu propósito mais nobre, é importante aperfeiçoá-lo, até para impedir críticas de que o instituto estaria sendo utilizado como instrumento de obstrução de julgamentos. O aprimoramento do processo de deliberação do STF passa, portanto, pela redefinição do escopo dos pedidos de vista.

Em nossa visão, em processos submetidos a controle de constitucionalidade em tese, os ministros só devem formular pedidos de vista excepcionalmente. Com efeito, como em tais processos se discute, preponderantemente, questões de direito, e não aspectos fáticos, em princípio não faz muito sentido pedir vista, sobretudo considerando que os ministros são escolhidos entre pessoas com notório saber jurídico. É verdade, no entanto, que em alguns casos mais complexos pode se mostrar necessário um maior tempo para reflexão e para o adequado enfrentamento do problema. No entanto, isso não deve ser a regra.

Da mesma forma, em sede de apreciação de medida cautelar em ação de controle concentrado, não parece legítima, via de regra, a formulação de pedidos de vista. Dada a provisoriedade desse tipo de provimento e a profundidade da cognição realizada nesse momento (sumária), não há razão, salvo circunstâncias excepcionais, para suspender a deliberação. Em outras palavras, a liminar deve ser apreciada de imediato, sem a necessidade de se analisar, com profundidade e extensão, as razões suscitadas na inicial. O mesmo já não se pode dizer em relação à atribuição de medidas cautelares em ações de controle difuso de constitucionalidade (processos subjetivos). Nesses casos, havendo circunstâncias fáticas subjacentes que devam ser consideradas, bem assim consequências futuras que precisem ser ponderadas, pode ser legítima a formulação de pedido de vista.

O fato é que o pedido de vista não pode ser banalizado. E isso exige mudanças culturais e, quiçá, regimentais. É preciso, em primeiro lugar, que os ministros exerçam uma autocontenção na formulação desses pedidos (mudança cultural). Além disso, os demais ministros devem tentar, ao máximo, dissuadir aquele que fez o pedido a não suspender o julgamento, esclarecendo e elucidando, de plano, o maior número de aspectos da causa que devam ser levados em consideração para buscar habilitar o magistrado inseguro a proferir seu

voto de imediato. Cabe, ainda, ao Presidente do STF desestimular esses pedidos. Do ponto de vista regimental, pode ser interessante aprovar regra restringindo as hipóteses de vista, a fim de evitar externalidades negativas. Por exemplo: por mais sensível que o julgamento de um *habeas corpus* seja, parece-nos legítimo proibir a formulação de pedidos de vista no *writ* constitucional, dada a importância do bem jurídico por ele tutelado.

4.2.2.3. Televisamento das sessões de julgamento das Turmas, ao menos pela internet

As razões que justificaram a criação e divulgação, ao vivo, das sessões plenárias do STF recomendam, agora, a ampliação do televisamento para abarcar as sessões das Turmas. É importante que o Tribunal dê novo impulso republicano e aumente a transparência dos julgamentos das Turmas que, afinal, também e cada vez mais, julgam matérias relevantes para a sociedade. Como se disse, transmitir ao vivo as sessões é uma forma de ampliar a cidadania e promover direitos fundamentais, permitindo que os jurisdicionados possam compreender o funcionamento da justiça, acompanhar, sem precisarem se deslocar para Brasília, o julgamento de seus casos e fiscalizar o trabalho de seus advogados.

Não se pode perder de vista, nesse sentido, que a grande maioria dos recursos e processos – AREs, HCs, MSs – são julgados pelas Turmas do STF. Tais processos não devem estar imunes à análise crítica e ao escrutínio rigoroso da sociedade brasileira. De mais a mais, como se disse anteriormente, desde junho de 2014, com o advento da ER nº 49/2014, muitas competências que, antes, eram do Plenário foram transferidas para as Turmas. Competências relevantes, relativas, por exemplo, a investigações de ações penais envolvendo parlamentares, que são de nítido interesse público, foram atribuídas às Turmas. Isso justifica que se adotem medidas para que a população possa acompanhar, ao vivo, ao menos pela *internet*, as sessões de julgamento das Turmas.⁸⁰²

Por fim, vale observar que o eventual acolhimento da sugestão de transferência, do Plenário para as Turmas, de todas as competências que não estejam relacionadas ao controle de constitucionalidade abstrato e aos feitos que produzem eficácia *erga omnes* e efeitos

⁸⁰² Na conjuntura atual, como as sessões das Turmas são realizadas no mesmo dia da semana, no mesmo horário, seria inviável transmiti-las pela televisão, utilizando-se de um único canal de televisão a cabo.

vinculantes, tornaria impositiva a medida. Quanto mais importância se der às Turmas para o equilíbrio institucional da Corte, maior deve ser a transparência dedicada a elas. O que não seria tolerável seria esvaziar o televisionamento das sessões pela transferência de competências do Plenário para as Turmas, sem a adoção de medidas capazes de restaurar a transparência perdida com essa mudança.

4.2.3. Fase pós-decisional

4.2.3.1. A redação dos acórdãos.

“a fase pós-decisional, (...), abarca primeiramente a redação da decisão colegiada, e então toda a sorte de debates que sucede na esfera pública informal em reação à decisão.”⁸⁰³

Na fase pós-decisional, é importante repensar a forma de redação do acórdão. Em nossa visão, o trabalho deve ser mais colaborativo do que individual.

Com efeito, após o julgamento, o relator apresentaria uma minuta do acórdão no âmbito do Plenário Virtual. Tal minuta deverá refletir, tanto quanto possível, as divergências e concordâncias dos ministros em relação a cada uma das teses julgadas. Essa minuta ficaria, então, disponível *on line* para a avaliação e comentário de todos os ministros. Ao final de um período pré-definido, o relator faria novos ajustes para tentar atender aos comentários feitos e, então, o acórdão seria submetido ao plenário físico, para leitura e aprovação. Eventuais divergências que ainda existissem sobre a redação seriam reduzidas a termo e registradas, juntamente com as justificativas apresentadas. Os ministros poderiam, ainda, propor emendas, substitutivos e sugerir a votação de determinado ponto específico, por meio de destaque – de maneira semelhante ao trabalho deliberativo realizado pelo parlamento.

A despeito disso, não há como negar que, em momentos de impasse agudo, a decisão teria que ser binária (concordo/discordo; aprovo/rejeito), a fim de evitar que o acórdão se

⁸⁰³ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 59-60.

torneuma colcha de retalhos cuja interpretação é impossível. Além disso, em situações de grave desacordo moral, a solução seria, em alguma medida, semelhante àquela tomada pelos parlamentos: prolação de decisões que encarnassem os consensos possíveis entre os diferentes agentes na deliberação. Se o Congresso Nacional consegue articular 513 deputados e 81 senadores para produzir leis que sejam, tanto quanto possível, inteligíveis aos cidadãos e legítimas do ponto de vista jurídico, não há razão para que o STF, composto por onze ministros, não consiga fazer o mesmo.

Embora a presente proposta possa, em alguma medida, burocratizar e tornar mais demorado a publicação do acórdão, ela se faz necessária, pois facilitaria, sensivelmente, a identificação dos fundamentos adotados pelo STF.

4.2.3.2. Restrição ao tamanho dos votos e acórdãos

O tamanho das decisões do STF tem ensejado problemas para a interpretação daquilo que a Corte decidiu. Tomem-se como exemplos alguns casos emblemáticos e o número de páginas utilizadas para que a decisão se efetivasse: o acórdão do HC nº 82.424 (Caso Ellwanger) tem 488 páginas; o da ADI nº 3.510 (que questionava a Lei de Biossegurança), por sua vez, possui cerca de 600 páginas; já o acórdão da AP nº 470 (caso Mensalão) consumiu aproximadamente 8000 páginas! Na era da informação e da internet, em que tudo é efêmero, veloz, instantâneo, e as pessoas têm cada vez menos tempo disponível, parece não haver justificativas para que o STF continue proferindo votos com essa extensão.⁸⁰⁴

Acórdãos e votos extensos tornam a atividade do STF hermética e bastante restrita, quando, em verdade, deveriam ser difundidos e discutidos amplamente não só pela comunidade jurídica, como também pela população em geral (sobretudo em casos que produzem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante). Mas isso não ocorre. E não ocorre, dentre outras razões, porque é faticamente impossível que alguém, de fora do Direito, decida ler decisões desse tamanho.

⁸⁰⁴ A raiz do problema é profunda e tem múltiplos fatores. Ela pode ser explicada, dentre outros, pela enorme complexidade das matérias submetidas ao julgamento da Corte, decorrência de uma excessiva judicialização da política e da abertura do sistema aos valores morais através dos princípios jurídicos. Mas, pode ser explicada, também, como uma certa vaidade dos ministros em deixar registrado, para a história, sua posição a respeito do tema controvertido.

Note-se, nessa linha de raciocínio, que, se já é difícil, para um operador do Direito, encontrar tempo para ler acórdãos gigantescos, para a população em geral essa característica torna as decisões do STF praticamente inacessíveis. Isso é contrário ao que se tem pregado, nas últimas décadas, nas ciências jurídicas. Como se sabe, de alguns anos pra cá tem-se defendido que advogados, magistrados e professores de Direito abandonem expressões empoladas, arcaicas, e, sem descuidar do uso da norma culta, utilizem linguagem que possa ser mais facilmente compreendida por qualquer pessoa, a fim de aproximar a população do Poder Judiciário. Só que de nada adianta adotar uma linguagem mais simples, acessível, se, pela extensão, a população não tem condições de conhecer o que ficou decidido.

Nesse sentido, propõe-se a radical simplificação e redução da extensão dos votos e acórdãos. Tendo em vista a importância do STF na atualidade e o papel pedagógico que suas decisões devem exercer sobre os jurisdicionados, entendemos que as decisões da Corte precisam ser, tanto quanto possível, curtas, objetivas, diretas. Para reduzir a extensão dos votos e acórdãos faz-se necessário, em um primeiro plano, abandonar a perspectiva que atribui a doutrina um peso muito grande na fundamentação judicial, como se a mera citação de algum autor fosse capaz de dar força incontestável ao argumento. O importante, na decisão, é a autoridade do argumento, e não o argumento de autoridade. O efeito imediato dessa mudança de perspectiva seria a redução do número de citações e transcrições nos votos e, por consequência, uma simplificação do conteúdo das decisões do STF.

Nessa direção, muito embora não encarasse, à época, a extensão dos votos como um problema, o hoje Ministro Luís Roberto Barroso já identificava, há alguns anos, que a leitura da íntegra desses textos, em sessão, gera dificuldades para o adequado funcionamento do STF. Em razão disso, propôs que os ministros lessem em sessão um resumo com os “melhores momentos” de seus votos. Veja-se o que ele defendia:

A leitura de votos extremamente longos, ainda que possa trazer grande proveito intelectual para quem os ouve, torna os tribunais disfuncionais. (...) isso é especialmente verdadeiro em relação ao Supremo Tribunal Federal. (...) nas sessões plenárias, muitas vezes o dia de trabalho é inteiramente consumido com a leitura de um único voto. E a pauta se acumula. E o pior: (...) depois de certo tempo de exposição, os interlocutores perdem a capacidade de concentração e a leitura acaba sendo para si próprio. Não há problema em que a versão escrita do voto seja analítica. A complexidade das questões decididas pode exigir tal aprofundamento. Mas a leitura em sessão deveria resumir-se a vinte ou trinta minutos, com uma síntese dos principais argumentos. Ou, em linguagem futebolística, um compacto com os melhores momentos.⁸⁰⁵

⁸⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A revolução da brevidade (sobre a necessidade de advogados, Ministros e*

A solução é, com todas as vênias, insuficiente e insatisfatória. Parece-nos que a melhor maneira para reduzir a extensão dos votos e dos acórdãos é apostar mais na *oralidade* dos votos e no seu registro por meio das notas taquigráficas. Além disso, é importante repensar o papel da ementa, a fim de que ela passe a exercer duas funções: (i) consolide as questões discutidas no caso, de forma sintética, e (ii) exponha *aratio decidendi*, isto é, as razões que levaram a Corte a tomar a decisão naquele sentido. Defender a redução dos votos não exige, necessariamente, a alteração do modelo de deliberação atualmente adotado pelo STF. É bem verdade que as deliberações em *seriatim* tendem a ser mais extensas do que as adotadas *per curiam*. Mas o modelo misto, com votos dissidentes e concorrentes, também podem gerar deliberações extensas, como vêm ocorrendo nos EUA.

Em resumo: o tamanho das decisões deve estar permanentemente no foco das atenções do STF. Sobretudo porque, do ponto de vista prático, o tamanho dos acórdãos vem comprometendo o respeito às decisões proferidas pela Corte. Prova disso é que muitas vezes os Tribunais de origem erram (ou interpretam mal) as decisões do STF, dando ensejo à interposição de RE, ARE e reclamações constitucionais. O papel pedagógico e orientador da jurisprudência só será observado se as decisões não forem demasiadamente extensas. Só com a adoção de decisões mais curtas e objetivas será possível, efetivamente, orientar a sociedade e pautar a atuação dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

4.2.3.3. Aprovação da minuta do acórdão e da ementa

Vencidas todas as etapas anteriormente descritas, o julgamento alcança sua última fase, na qual serão aprovados o acórdão e a ementa do julgamento. O que propomos é que essa etapa funcione de maneira semelhante à que ocorre em relação à redação de um instrumento contratual entre particulares. De modo que, em um primeiro momento, uma minuta circulará, no plenário virtual, entre todos aqueles que integram a maioria que aprovou a decisão tomada pelo colegiado, sendo objeto de discussão entre os diversos membros da Corte e de sugestões e anotações até que se alcance o consenso possível— novamente, de maneira semelhante à Corte

operadores jurídicos em geral serem mais objetivos e menos prolixos). In: “Temas de Direito Constitucional”, Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 524.

Constitucional portuguesa.

Esse método de construção dos acórdãos e das ementas, tem o propósito de desestimular situações nas quais a leitura de ambos não revela a decisão que foi tomada pela Corte, mas, somente, a visão do relator que os redigiu. Um voto que seja o resultado de um trabalho coletivo facilitaria a construção de precedentes que poderiam ser seguidos efetivamente pela Corte e por outros órgãos judiciários e administrativos.

Uma alternativa interessante, pautada nas mesmas preocupações, é apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Para ele, o relator deveriaremeter à maioria a tese jurídica que constará da ementa do julgado, possibilitando, portanto, que os ministros estejam totalmente cientes do resumo do acórdão.⁸⁰⁶ Preferimos nossa proposta, por uma única razão: ela lida com a questão de uma forma mais abrangente.

4.2.3.4. Notas taquigráficas: função/disponibilização como anexo do voto e impossibilidade de os ministros apagarem-nas ou revisarem-nas.

O registro das notas taquigráficas é fundamental para dar publicidade aos debates travados no STF. Em nossa visão, tal registro deve integrar o acórdão como anexo, e não como fundamento da deliberação. Isso porque, como ficou demonstrando, muitas vezes, as necessidades de produzir decisões coerentes que possam ser seguidas no futuro, exige uma sistematicidade que, na maior parte das vezes, é impossível durante os debates orais entre onze diferentes julgadores.

Nesse sentido, é fundamental compreender que a premissa da qual partia o RISTF – de que os votos são o resultado do debate travado oralmente, de modo que as notas taquigráficas seriam essenciais para compreender a posição individual dos ministros – mudou. Com o uso preponderante de votos escritos e o abandono gradual dos debates orais, as notas taquigráficas acabaram adquirindo um papel secundário nos debates da Corte.

Como consequência, uma prática abertamente inconstitucional passou a ser adotada por

⁸⁰⁶ “Antes de concluir o julgamento, acho produtivo que o relator submeta, à maioria que se formou, a tese jurídica que constará da ementa do julgado. Isso daria clareza imediata ao que restou decidido pelo Colegiado, facilitando o trabalho do próprio relator e a compreensão pelos demais tribunais e pelo público em geral.” BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as Competências e o Funcionamento do Supremo Tribunal Federal*, Mimeo, p. 15. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 03.09.2014.

alguns ministros do Tribunal, qual seja, a supressão de manifestações orais transcritas em notas taquigráficas. Como as notas não constituem mais o aspecto central da fundamentação e dos votos de alguns ministros, os ministros se sentem no direito de suprimir parte ou até a totalidade de suas manifestações das notas taquigráficas. Com isso, perde-se a história. Perdem-se os debates. Perdem-se os registros, sobretudo quando não há outro meio de transmissão (nas turmas, p.e., as sessões ainda não são televisionadas), de compreender o que se passou. Tal prática contraria frontalmente o princípio da publicidade dos julgamentos (art. 93, X) e deve ser proibida.

Nossa proposta, na direção das outras que já foram feitas ao longo deste trabalho, é transformar as notas taquigráficas em anexo dos acórdãos, possibilitando que as partes e a própria sociedade possam ter acesso aos debates que justificaram a tomada de decisão, sem que com isso aquelas razões, que não foram acrescentadas, ao acórdão por não terem alcançado o consenso mínimo no debate oral, sejam de alguma forma vinculantes das futuras decisões da Corte ou do posicionamento de outros órgãos jurisdicionais ou administrativos.

5 SUGESTÕES PARA FACILITAR O CONHECIMENTO E A IDENTIFICAÇÃO DE PRECEDENTES

5.1. Utilização equivocada do entendimento de cortes inferiores (jurisprudência) já substituído por decisões das cortes superiores

Para além e todas essas sugestões, é importante pensar em formas de ampliar o conhecimento e a identificação dos precedentes. Nesse sentido, é fundamental corrigir uma grave falha sistêmica, decorrente da falta de instrumentos adequados para identificar a jurisprudência superada por um determinado precedente. Tal falha permite a aplicação equivocada do entendimento de cortes inferiores, mesmo quando a questão já foi decidida, definitivamente, pelo STF.

A utilização de julgados de tribunais como forma de corroborar determinada tese jurídica é uma prática corriqueira entre os operadores do Direito. Tal exercício, no entanto, é maculado por grave falha metodológica, qual seja, a falta de verificação dos efeitos que as decisões colacionadas produzem no mundo jurídico. Isso porque não é difícil encontrar uma sentença proferida que tenha sido substituída por um acórdão, ou mesmo um acórdão lavrado por um órgão de 2ª instância que tenha sido anulado ou reformado por um tribunal superior.

Com efeito, é incontável o número de questões jurídicas discutidas por órgãos de diferentes instâncias. A preocupação, então, reside no fato de que diversos entendimentos, travados principalmente em cortes inferiores, já foram ultrapassados por precedente do STF, por exemplo. E esses entendimentos são hoje explorados pelos operadores como se produzissem efeitos capazes de vincular – ou, ao menos, orientar – os aplicadores do Direito.

Como se vê, a ausência de um sistema capaz de reunir e encadear as decisões das cortes inferiores e dos tribunais superiores dificulta essa verificação. A desorganização e a falta de comunicação da tramitação de um processo em diferentes tribunais, ao fim, é capaz de subverter a lógica da utilização de julgados para legitimar um argumento jurídico. É importante, pois, criar mecanismo para permitir que magistrados e advogados tenham rápido conhecimento da árvore processual e possam aferir se determinada decisão proferida, por exemplo, pelo TJRJ foi substituída por acórdão do STJ ou do STF.

Nesse sentido, idealmente seria interessante reunir em um sistema nacional, unificado,

a base de dados de toda a jurisprudência e dos precedentes vinculantes. Seria igualmente interessante que essa base fosse sistematizada de forma a permitir a rápida identificação sobre a revogação de um acórdão por outra decisão proferida por órgão superior ou pelo mesmo tribunal. O caminho, talvez, passe pela utilização da numeração única adotada pelo CNJ ou pela utilização do Banco de Soluções do Poder Judiciário.⁸⁰⁷

O intuito da medida é uniformizar a jurisprudência pátria em plena consonância com os precedentes fixados pelos Tribunais Superiores, evitando, assim manifestações divergentes sobre as mesmas questões jurídicas. Veja-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, atento a essa dificuldade institucional, cuidou de estabelecer, em seu Regimento Interno, a obrigatoriedade de anotação da interposição de recursos extraordinário contra decisão que tenha por objeto suas súmulas:

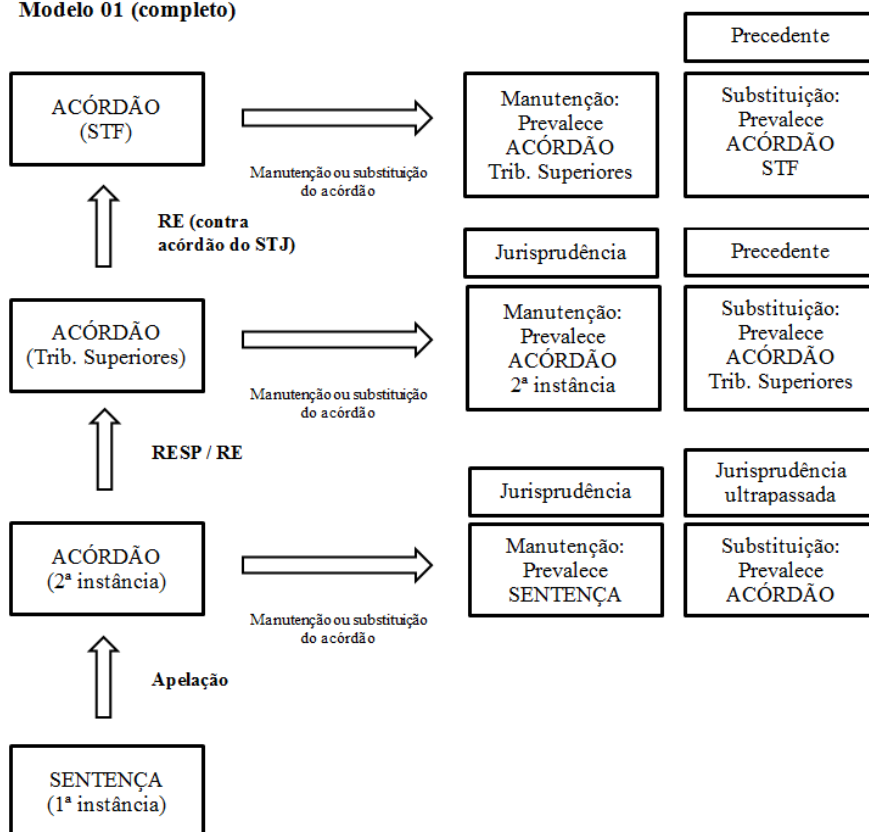
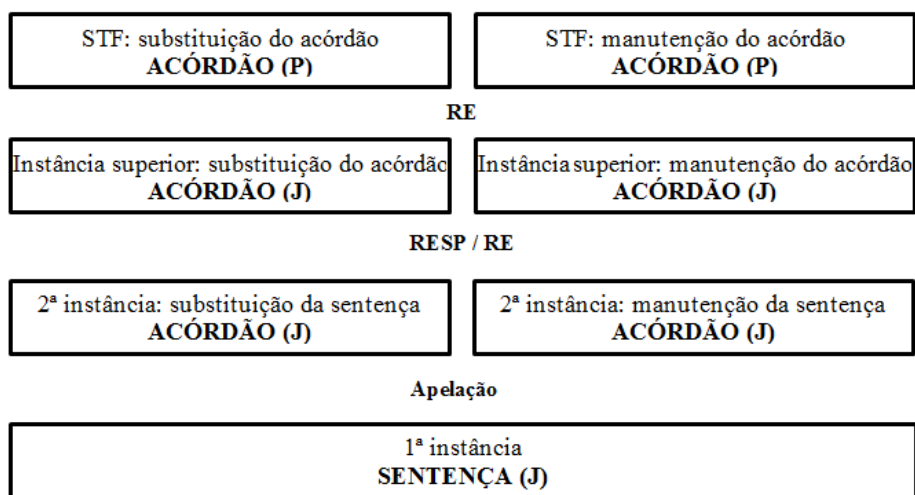
Art. 121. Se for interposto recurso extraordinário, em qualquer processo no Tribunal, que tenha por objeto tese de direito compendiada em súmula, a interposição será comunicada à Comissão de Jurisprudência, que determinará a averbação dessa comunicação em coluna própria do registro no livro especial e a anotar na ficha da súmula compendiada.

Parágrafo único. A decisão proferida no recurso extraordinário também será averbada e anotada, na forma exigida neste artigo, arquivando-se, na mesma pasta, cópia do acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Embora o dispositivo seja limitado à obediência de súmulas e à interposição de recurso extraordinário, a determinação pode ser tida como um movimento vanguardista – ainda que incipiente – em direção à correta utilização de jurisprudência e precedentes.

A fim de permitir que o sistema judiciário funcione de maneira coesa, é importante que a cadeia decisória, desde a sentença proferida em 1ª instância até, por exemplo, o acórdão lavrado pelo Plenário do STF, seja de fácil acesso aos operadores e aplicadores do Direito. Daí, a proposta de utilização da numeração única do CNJ, atrelada a uma plataforma tecnológica organizada e uniforme, que permita amplo acesso à completa tramitação do processo. Isso poderia fomentar a correta utilização dos julgados, de forma a evitar a aplicação de entendimentos ultrapassados, os quais solidificam a divergência e a incoerência em um mesmo ordenamento jurídico. Esquemáticamente, o sistema teria a seguinte estrutura:

⁸⁰⁷ A Resolução CNJ nº 12, de 14.02.2006 criou “o Banco de Soluções do Poder Judiciário com o objetivo de reunir e divulgar a todos os interessados, de forma mais completa e ampla possível, os sistemas de informação implantados ou em desenvolvimento que visam à melhoria da administração da Justiça ou da prestação jurisdicional.”

Modelo 01 (completo)**Modelo 02 (simplificado)****5.2. Maior publicidade para os precedentes**

Uma última questão diz respeito à publicidade das decisões tomadas pelo Plenário do STF. É importante ampliar a publicidade a essas decisões, que, ao fim e ao cabo, gozam de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, de forma a cientificar a comunidade jurídica e a sociedade em geral a respeito daquilo que foi decidido pela Corte. É extremamente importante, nesse sentido, a ampliação dos canais de comunicação do Tribunal com a sociedade, que não deve se limitar à publicação da decisão no Diário de Justiça ou à divulgação das sessões ao vivo pela TV Justiça. Nesse sentido, o STF se utilizar, ao máximo, das novas tecnologias, divulgando, em linguagem acessível, suas decisões mais importantes por instrumentos como Twitter, Facebook, Google+ etc. Como afirma, novamente, o Min. Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal foi o primeiro Tribunal a ter uma página especial no YouTube, na qual se podem ver as principais sessões de julgamento, assim como programas transmitidos pela TV Justiça e outras atividades desenvolvidas pela Corte. No Twitter, o Supremo Tribunal Federal conta com mais de 90.000 seguidores, que recebem constantemente mensagens atualizadas do que está a acontecer no mais alto órgão do Judiciário brasileiro.⁸⁰⁸

Tais práticas têm o condão de aumentar a legitimidade do Tribunal e, por consequência, seu capital político. Conhecer de maneira transparente as decisões e o processo decisórios de uma instituição é forma republicana de produzir confiança social. Ademais, a profusão dos debates constitucionais pelos diversos estratos da sociedade muda a própria linguagem na qual as discussões políticas ocorrem, adotando-se uma gramática mais voltada à afirmação de direitos fundamentais. Esse, inclusive, parece ser o caminho que a Corte vem seguindo em sua relação com a sociedade. O Twitter do STF já conta com mais de 550.000 seguidores, seu canal do Youtube já atingiu a marca de 25 milhões de visualizações e, por fim, seu perfil no Facebook tem cerca de 50.000 curtidas.⁸⁰⁹

⁸⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação*: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 20.02.2013.

⁸⁰⁹ “Relatório de Atividades 2014: Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 64. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2014.pdf>. Acesso em 28/06/15.

CONCLUSÃO

A título de encerramento apresentamos, a seguir, uma síntese das principais ideias apresentadas neste trabalho:

1. Na primeira parte deste trabalho, buscamos enfatizar a importância do surgimento do neoconstitucionalismo como instrumento de ascensão do Poder Judiciário, e seus impactos no constitucionalismo hodierno, sobretudo, no modelo da Constituição de 1988. Mais adiante, o foco foi a distinção entre os conceitos de Corte Constitucional, enquanto órgão exclusivamente responsável pela jurisdição constitucional, e de Suprema Corte, como tribunal de cúpula de todo o Poder Judiciário. Concluiu-se que, no caso brasileiro, a opção do constituinte de 1988 foi por um STF com características *híbridas*, que exercesse ambas as funções.

2. A discussão passou, então, a girar em torno do papel dos precedentes e da jurisprudência, no contexto de ascensão do Judiciário possibilitada pelo neoconstitucionalismo. Nesse âmbito, defendemos que as ideias de jurisprudência e de precedente são diferentes, estando a primeira relacionada com a noção de repetição de uma tese jurídica e a segunda com o ato de preceder, de vir antes, de modo que sua força não viria da reiteração, mas da precedência temporal que lhe daria um papel diretivo. Nessa toada, sustentamos não se poder falar em precedentes persuasivos. Em nossa visão, há apenas precedentes vinculantes, por força da própria ideia de precedente. Avançando na teoria dos precedentes, o trabalho tratou dos seus três elementos, quais sejam: i) *stare decisis* relacionado à ideia de vinculação aos precedentes; ii) *ratio decidendi* que constitui a tese jurídica extraída do caso concreto; e iii) *obiter dictum*, consistindo em consideração lateral feita pelo julgador que não influi decisivamente na tomada de decisão. Por fim, focamo-nos nos instrumentos para superação dos precedentes, o *distinguishing*, técnica jurídica utilizada para distinguir um novo caso do caso de um precedente, e o *overruling*, empregado para a superação de precedentes existentes e aplicáveis ao caso, classificado em três aplicações distintas, de acordo com o momento de produção de efeitos da nova orientação, quais sejam: i) *retrospective overruling*, quando a decisão produz efeitos *ex tunc*; ii) *prospective overruling*, com efeitos *ex nunc*; e iii) *anticipatory overruling*, quando um precedente é revogado preventivamente por uma corte inferior.

3. Tratou-se, em seguida, dos três modelos de deliberação judicial e suas vantagens e desvantagens: i) o modelo de “*seriatim*”, fulcrado na deliberação por votos individuais e pela

ausência de opinião da corte; ii) o modelo “*per curiam*”, caracterizado por votos institucionais prolatados de maneira anônima e impessoal, havendo, portanto, restrição a votos dissidentes e concorrentes; e iii) o modelo intermediário, no qual há a possibilidade de divulgação de uma opinião institucional sem, entretanto, vedar-se a publicação de votos individuais identificados, sejam concorrentes ou divergentes.

4. Em seguida, o trabalho concentrou-se nas formas de deliberação das Cortes. Como se viu, os Tribunais podem deliberar a portas abertas ou fechadas. Após ilustrar, comparativamente, tais formas com os diferentes exemplos fornecidos pelo Direito Comparado, encerramos o tema, concluindo pela necessidade de utilização da forma fechada pelos modelos institucionais e pela possibilidade de opção por deliberação fechada ou aberta nos modelos intermediários e de votos individuais. Finalizando a primeira parte do trabalho, apresentamos as três fases do processo de deliberação: i) pré-decisional; ii) decisional; e iii) pós-decisional.

5. A segunda parte do estudo se iniciou com uma avaliação histórica do papel do Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Carta de 1824. Em seu percurso, o estudo demonstrou a pouca importância institucional do órgão jurisdicional de cúpula, relegado a um papel secundário na estrutura da divisão de poderes. A própria Constituição Imperial lhe atribuía poucas funções, como ficou claro com a análise de seu artigo 164. As competências do órgão supremo do Judiciário imperial se resumiam: (i) à concessão de revista nas causas que a lei determinasse; (ii) ao julgamento criminal de seus ministros, dos das Relações, os diplomatas e Presidentes das Províncias (Governadores); e (iii) à decisão de conflitos de jurisdição e competência dos Tribunais das Relações. Tratava-se, na linha do que argumentamos no trabalho, de uma típica Corte de Cassação ao estilo europeu, sem quaisquer funções de jurisdição constitucional. Aprofundando o tema e divergindo do que parte da doutrina especializada enxergava como as causas do enfraquecimento do Supremo Tribunal de Justiça, a tese defendeu que três características da Constituição de 1824 seriam essenciais para explicar esse papel diminuto da Corte, quais sejam: (i) a adoção da forma unitária de Estado; (ii) a divisão dos poderes em quatro, com a previsão de um Poder Moderador ao lado do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário; e, por fim, (iii) a semirrigidez do texto constitucional (art. 178). Por fim, ressaltamos que uma importante consequência do desenho institucional propugnado pela Constituição de 1824, profundamente inspirada na tradição europeia da época, foi a incapacidade de surgimento de um sentimento constitucional.

6. O capítulo seguinte dedicou-se às transformações geradas pela proclamação da República e pelo estabelecimento de uma jurisdição constitucional exercida, a partir daquele

momento, por um Supremo Tribunal Federal idealizado por Rui Barbosa, na esteira da influência americana. Nesse sentido, inclusive, a tese demonstrou que a opção pelo modelo de “Suprema Corte”, com amplas competências recursais, em detrimento da organização de uma “corte constitucional”, limitada à análise de casos relacionadas à aplicação e interpretação da Constituição, revelou-se problemática, sendo a raiz de muito dos entraves que existem até hoje. Ironicamente, na linha do que a pesquisa arguiu, o modelo de Suprema Corte adotado por Rui Barbosa começou a ser superado nos Estados Unidos no mesmo ano em que a primeira Constituição Republicana foi promulgada. O *Judiciary Act*, de 1891, deu início a um processo de restrição das competências recursais da Suprema Corte americana, tendo como causa o excessivo número de processos que alcançavam aquela Corte e tornavam o exercício de sua jurisdição quase impossível.

7. Na sequência, o trabalho se ocupou do primeiro regimento interno do Supremo Tribunal Federal, o qual impôs uma série de inovações na prática jurisdicional brasileira, entre elas: (i) a criação do recurso extraordinário; (ii) o método de escolha do Presidente e do Vice-Presidente da Corte para um mandato de três anos; (iii) a existência de sessões ordinárias e extraordinárias; (iv) a estrutura das relatorias e revisões, que exigia a aceitação do relatório por todos os membros da corte; e, por fim, (v) a deliberação, que desde aquele momento já permitia a declaração de voto vencido e impunha um modelo misto, por meio do qual os juízes apresentavam suas opiniões individuais, mas o relator se via obrigado a lavrar um acórdão com base na opinião majoritária. A Corte era composta por 15 ministros e exerceu suas funções, muitas vezes de maneira precária, em diferentes edifícios até se instalar no edifício localizado na Avenida Rio Branco, lugar no qual permaneceu até 1960, com a criação de Brasília.

8. Por fim, ainda no âmbito da República Velha, a tese tratou das circunstâncias políticas existentes durante os primeiros anos do Tribunal, defendendo que sua criação se deu por forte influência de Rui Barbosa e que a impossibilidade de uma atuação mais rigorosa da Corte em face dos demais poderes era consequência do reconhecimento de sua incapacidade, muito mais do que da sua submissão às ilegalidades dos governantes de plantão. Para ilustrar essas questões, abordaram-se os diferentes enfrentamentos que tiveram lugar em seu plenário – envolvendo, até mesmo, os ministros – e como, algumas vezes, o exercício da jurisdição constitucional serviu como contraponto aos poderes políticos que agiam à margem do Direito.

9. Mais adiante, o trabalho se concentrou nos impactos das transformações constitucionais atinentes à Era Vargas no funcionamento do STF. No período revolucionário, anterior à promulgação da Constituição de 1934, as principais modificações impostas foram:

(i) a alteração da composição numérica do Tribunal de 15 para 11 ministros, com a aposentadoria forçada de 7 dos seus ministros; (ii) a incidência de tributos de caráter geral no vencimento dos magistrados, algo que, a época se considerou atentatório da garantia funcional de irredutibilidade dos vencimentos; (iii) a criação e a regulação do funcionamento das turmas no STF, somada à previsão de decisões monocráticas para alguns casos específicos, no intuito de acelerar o julgamento dos efeitos a ele submetidos; (iv) a criação de prazo para que os ministros pudessem estudar os feitos que lhe fossem conclusos; (v) estabelecimento de prioridade de julgamento para algumas ações ou execuções em que fossem interessadas a União, os Estados ou suas Fazendas, quando assim o requeresse o Procurador-Geral da República; (vi) o aumento das sessões semanais, acompanhada das alterações regimentais necessárias para aceleração dos julgamentos e o estabelecimento de prioridade para os julgamentos dos feitos de acordo com a ordem de antiguidade no tribunal; e, finalmente, (vii) a inclusão da taquigrafia nas deliberações da Corte, que deveriam passar pela revisão do relator. Do ponto de vista político, a tese procurou demonstrar o diminuto papel do STF em face das contingências do período revolucionário.

10. Ao adentrar o período que decidimos chamar de “Breve Redemocratização”, estudaram-se os impactos da promulgação da Constituição de 1934 no funcionamento do STF. Do ponto de vista do Poder Judiciário, como ficou demonstrado, a Carta Democrática teve o objetivo de criar alguns instrumentos para racionalizar o funcionamento da Corte Suprema, novo nome do STF, dentre eles: (i) o estabelecimento, na linha do governo revolucionário, da composição do Tribunal em 11 ministros, permitindo, no entanto, que a própria Corte aumentasse esse número até 16; (ii) a devolução do poder de organizar os regimentos internos aos tribunais e, por fim, (iii) a possibilidade da divisão interna do Tribunal em Câmaras ou Turmas.

11. No que tange ao controle de constitucionalidade, a Carta de 1934, embora tenha mantido o modelo difuso e incidental, introduziu novos e relevantes mecanismos, a exemplo: (i) da previsão de atribuição, pelo Senado Federal, de efeitos *erga omnes* à lei declarada inconstitucional (art. 91, IV), (ii) da criação da representação interventiva (art. 12, §2º), a criação da reserva de plenário (art. 179), e (iii) da criação do mandado de segurança (art. 113, 33). Tratando ainda do tema da jurisdição constitucional e do surgimento do controle concentrado, sustentou-se que o surgimento da representação interventiva não tinha o propósito de reafirmar as prerrogativas do Poder Executivo, mas de limitá-las, tendo em vista o processo constituinte que se desenvolveu em 1933 e as discussões doutrinárias existentes à época. Apesar

de todas essas inovações geradas pela promulgação da Carta de 1934, o trabalho argumenta que o ambiente pouco democrático dos anos 1930 não permitiu que fossem garantidas a normalidade institucional e a estabilidade democrática. Nessa toada, a decisão da Suprema Corte de não conhecer do *habeas corpus* nº 26.155, impetrado em favor de Olga Benário Prestes, resultando em sua expulsão para a Alemanha Nazista, é emblemática do papel de refém dos acontecimentos ao qual o Tribunal estava sujeito.

12. A segunda Constituição que foi promulgada durante os anos da Era Vargas foi a de 1937, apelidada de “Polaca”. Tratou-se de instrumento que concentrou poderes e prerrogativas exorbitantes na mão do Presidente da República, esvaziando todas as competências dos outros Poderes. Do ponto de vista do Poder Judiciário, as principais mudanças consistiram na extinção da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral e na criação do Tribunal de Segurança Nacional. No que concerne ao STF, suas principais marcas foram: (i) a expansão das competências recursais da Corte e a (ii) a atribuição ao Presidente da República do poder de submeter decisões de inconstitucionalidade ao exame do Congresso Nacional. Como se disse, as condições institucionais, político-filosóficas e legais impossibilitavam uma expansão do Judiciário. Ademais, a edição do Código de Processo Civil de 1939, obrigou o STF a editar novo regimento interno, em 1940. As principais alterações impostas pelo regime de exceção do Estado Novo com relação ao funcionamento e a deliberação do STF foram: (i) a alteração da aposentadoria compulsória de 75 para 68 anos, atingindo 5 ministros; (ii) a redução da independência administrativa do Tribunal, por meio da nomeação de seu Presidente e Vice-Presidente pelo Presidente da República; (iii) o julgamento de quase todos os feitos pelas Turmas, com o esvaziamento do Pleno; (iv) a autorização para a substituição eventual dos ministros por desembargadores do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na ordem de antiguidade; (v) a revisão dos feitos, a partir de então, passou a ser feita por apenas um revisor e não mais por dois; (vi) a permanência da regra que permitia que, por sua conveniência, o STF decidisse deliberar em sigilo; (vii) a alteração na ordem de prioridade dos julgamentos; e, finalmente, (viii) no que concerne aos acórdãos, foram instituídas a possibilidade de dispensa da juntada das notas taquigráficas, a previsão da declaração de voto e a necessidade de redação da ementa. Encerrando a análise do Estado Novo, a tese concentrou-se na avaliação da importância e do papel do STF durante o período, concluindo que o Tribunal permaneceu tolhido em suas principais funções por um Poder Executivo agigantado e ditatorial.

13. Do ponto de vista da história constitucional, foi com a promulgação da Constituição de 1946 que teve início um novo período democrático no Brasil. A convocação da

constituinte que deu lugar à Nova Carta, diferentemente dos modelos de Constituição surgidas na Europa no mesmo período, preocupados com a “coisificação da pessoa humana”, deu-se em um ambiente preocupado com a restrição aos poderes do chefe do Executivo. Nessa direção, defendemos que a Constituição de 1946 direcionou suas esperanças ao Poder Legislativo, absolutamente enfraquecido durante a Era Vargas, e não ao Poder Judiciário. No que se refere ao processo de deliberação do STF, apontaram-se como principais impactos da promulgação da nova carta: (i) a reconquista da autonomia administrativa do Tribunal; (ii) a atribuição ao STF da competência para decidir sobre a necessidade ou não da convocação de desembargadores do Tribunal de Apelação do Distrito Federal para substituir ministros. Do ponto de vista da importância e do papel do STF, nossa pesquisa concluiu que, tirando alguns fatos específicos, a Corte teve um papel de mero expectador no desenrolar das crises institucionais pelas quais o Brasil passou. Apesar disso, o trabalho se preocupa em afirmar que, de uma perspectiva institucional, a Constituição de 1946 foi muito importante, ao delinear as características centrais que vão dar ao STF feições mais próximas das de uma Corte Constitucional.

14. No momento seguinte, o trabalho se concentrou na avaliação dos impactos da ditadura militar e suas alterações constitucionais no funcionamento e deliberação do STF. Em primeiro plano, a tese enfrentou a discussão sobre o aspecto autoritário ou não da criação do controle concentrado de constitucionalidade, por via da EC nº 16/1965. Nesse sentido, concluímos que a adoção do controle concentrado surgiu no bojo de outras medidas voltadas à tentativa de domesticação do Judiciário e de aumentados poderes da União sobre os Estados-membros. Outras medidas importantes tomadas durante o início do golpe foram, por intermédio do AInº 2, a regulação das Turmas do STF, que passaram a se dividir em três, e o delineamento das competências do Plenário e da Turmas.

15. Mais adiante, o trabalho se concentrou nas duas Cartas do período ditatorial. A primeira, de 1967, não produziu grandes alterações no âmbito do Poder Judiciário com relação as modificações realizadas anteriormente. A segunda por sua vez, de 1969, precedida pelo AI nº 5, de 1968, impôs profundas mudanças no funcionamento do Judiciário. No que concerne ao AI-5, foram aposentados compulsoriamente três ministros e outros dois se afastaram da Corte em solidariedade. Em seguida, o AInº 6, de 1969, reduziu novamente a composição do STF de dezesseis para onze ministros, bem como alterou suas competências recursais.

16. No que concerne ao funcionamento e à deliberação do STF, o trabalho mostrou que, durante o período, (i) houve alteração no número de ministros de dezesseis para onze, a

despeito da crescente carga de trabalho; (ii) o regime militar assegurou a independência administrativa do STF, objetivando dar um verniz de legalidade ao regime; (iii) as competências das Turmas e do Plenário foram fixadas no próprio texto constitucional; (iv) foram asseguradas ao relator novas competências, sobretudo, no que concerne à prolação de decisões monocráticas, a partir da edição do Regimento Interno do STF 1970; (v) a enumeração de prazos aos quais estavam sujeitos os ministros; (vi) houve alteração da ordem de prioridade dos processos nas Turmas e no Plenário; (vii) a deliberação sofreu regulamentação bem mais criteriosa: estabeleceu-se o tempo de fala das partes e do PGR; manteve-se a regra do número máximo de manifestações dos ministros; excluiu-se a previsão de revisão para a maior parte dos casos e, por fim, criou-se a possibilidade de formulação de pedidos de vista; (viii) no que concerne aos acórdãos, procurou-se utilizar as notas taquigráficas no intuito de evitar a elaboração de votos individuais escritos, além disso, com base nas mesmas notas o relator poderia extrair os fundamentos que contaram com o apoio da maioria durante a deliberação; (ix) no que se refere aos efeitos vinculantes, estabeleceu-se a vinculação das Turmas às decisões em controle de constitucionalidade do Plenário; e (x) a limitaram as hipóteses de cabimento de RE e introduziu-se o requisito da Arguição de Relevância. O trabalho concluiu que o papel e a importância do STF, durante o período ditatorial, foram limitados pelas circunstâncias políticas e institucionais da época. O Tribunal perdeu credibilidade transformando-se em um órgão burocrático, lento, assoberbado de trabalho, que não prestava jurisdição no tempo e na velocidade que dele se exigia.

17. Com a promulgação da Constituição de 1988, o STF passou da condição de um desconhecido da opinião pública para uma das instituições constitucionais mais reconhecidas, ao ponto de se tornar superexposta à opinião pública, com a criação da TV Justiça. Com relação ao STF, à promulgação da Carta impôs uma tímida redução das competências recursais do Tribunal, tendo o constituinte, por influência dos próprios ministros do STF, optado por manter a Corte com atribuições híbridas (Suprema Corte e de Corte Constitucional simultaneamente). Duas outras mudanças foram muito importantes. Em primeiro plano, a Constituição deu maior enfoque no controle concentrado de constitucionalidade, por meio da criação de novas ações e da ampliação do rol de legitimados ativos.

18. Com relação às emendas à Carta de 1988, duas foram ressaltadas no decorrer do trabalho por sua importância para os temas em análise: (i) a EC nº 3/93, que criou a ADC e introduziu a questão da eficácia vinculante e *erga omnes* em relação às discussões em sede de controle de constitucionalidade abstrato; e (ii) a EC nº 45/2004, que introduziu o requisito da

repercussão geral e criou as SVs. Em suma, o trabalho conclui que nenhum dos dois institutos exerceu, por questões estruturais e contingenciais, de maneira adequada sua função de reduzir o número de processos que chega ao STF e de unificar as decisões jurisdicionais.

19. Em seguida, analisou-se o funcionamento e o processo de deliberação do STF na vigência da Constituição de 1988, aferindo-se alguns aspectos importantes da atuação do Tribunal, quais sejam: (i) o crescimento exponencial do número de processos na Corte; (ii) a manutenção da estrutura da organização interna existente sob a vigência da Carta de 69, havendo um claro descompasso entre a ordem constitucional de 1988, a prática do Tribunal e o regimento interno; (iii) a relevância da atuação do Presidente nos trabalhos e na definição da agenda da Corte; (iv) o aumento do número de decisões que podem ser tomadas em sede monocrática. Ressaltou-se, também, (v) os aspectos disfuncionais do processo de deliberação do STF, sendo os principais: (a) a dificuldade de formação de consensos, (b) a prolação de votos extensos, (c) a opção por sessões de leitura de voto e a, conseqüente, demora no julgamento dos casos complexos, (d) o estabelecimento de uma pauta irreal, (e) a dificuldade para identificar as teses jurídicas dominantes em cada julgado e, por fim, (f) a resistência à concessão de liminares em ADI. Para além disso, o trabalho destacou (vi) a importância da criação da TV Justiça e o seu importante impacto sobre o processo de deliberação da Corte. Por fim, enfatizou-se (vii) a manutenção de um modelo disfuncional de redação dos acórdãos.

20. A terceira e última parte do trabalho se concentrou no desenvolvimento de propostas voltadas a solucionar os problemas na deliberação e de funcionamento do STF. Para tanto, decidimos concentrar nossos esforços em aspectos internos ao próprio Tribunal, de modo a oferecer instrumentos para que ele se reinvente como colegiado, sem que para isso dependa do Parlamento. O objetivo central desta parte da tese, portanto, foi apresentar propostas concretas que permitissem a racionalização da jurisdição constitucional.

21. O Tribunal pode modificar-se, primeiramente, revendo interpretações jurídicas. Como se disse, o STF pode se redesenhar e redefinir seu papel, sem que para isso sejam necessárias alterações legais ou constitucionais. A crença defendida é a de que o Tribunal tem uma importante margem interpretativa para readequar suas funções e redefinir seus papéis diante dos demais poderes da República. Nessa direção, foram defendidas as seguintes medidas: (a) discricionariedade da Corte para escolher os REs que pretende julgar; (b) possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI por decisão monocrática do relator, fora dos períodos de recesso e férias; e, por fim, (c) a aplicação adequada e, portanto, excepcional do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

22. A tese propôs, ainda, mudanças culturais e regimentais que podem aprimorar o funcionamento do STF. No que se refere às mudanças culturais, são feitas propostas de: (i) maior respeito ao regimento interno, com (a) início pontual das sessões de julgamento; (b) o respeito a ordem regimental de prioridade de julgamento; (c) a devolução de vistas dentro do prazo; e, finalmente; (d) publicação dos acórdãos em prazo razoável. Propusemos, ainda, (ii) uma maior racionalização do tempo do Plenário; (iii) o respeito aos precedentes da Corte; e, por fim, (iv) a aplicação de sanções em caso de descumprimento de precedentes.

23. No que tange às mudanças regimentais, defendemos: (i) a edição de um novo Regimento Interno adequado à realidade neoconstitucional; (ii) a inclusão automática das questões de ordem sobre matérias procedimentais ao Regimento; (iii) a autorização expressa para que os relatores possam conceder monocraticamente liminar em ADI; (iv) a limitação do prazo de vigência de cautelares em ação de controle concentrado e a criação de um procedimento para a prorrogação desse prazo; (v) o estabelecimento de medidas voltadas a modificar a administração do STF, propondo-se especificamente o aumento do tempo da duração do mandato do Presidente e do Vice-Presidente. Defendemos, ainda, (vi) a definição clara dos papéis do Plenário e das Turmas, direcionando ao primeiro as funções de Corte Constitucional e às segundas as funções de Suprema Corte; (vii) a ampliação do Plenário Virtual para mais matérias, mantidas certas condições deliberativas; (viii) o aumento do número de Turmas; (ix) a especialização das Turmas; (x) a imputação de consequências para o descumprimento dos prazos de vista; (xi) o estabelecimento de uma nova ordem para os julgamentos no Plenário; e (xii) a definição da pauta do plenário com maior antecedência.

24. O terceiro grupo de modificações propostas concentra-se especificamente no processo de deliberação da Corte. O objetivo buscado foi preservar as experiências históricas positivas do processo de deliberação, as quais, em nossa visão, refletem as conquistas da afirmação do Estado Democrático de Direito no contexto nacional, sem contudo deixar de refleti-las criticamente em seus aspectos disfuncionais. Em um primeiro plano, foram demarcados os aspectos que não devem ser modificados, sendo eles: (i) a publicidade das deliberações; e (ii) o televisionamento das sessões de julgamento.

25. Os aspectos que devem ser objeto de um escrutínio mais sério dizem respeito às etapas do processo de deliberação. Como se demonstrou, é preciso modificar a forma (i) de elaboração dos relatórios, a fim de definir as teses sobre as quais o Tribunal deverá deliberar; e (ii) de deliberação colegiada (por rodadas). Essa mudanças, como se viu, possibilitam que todos os ministros possam partir das mesmas premissas e, por conseguinte, facilitam o processo de

identificação da *ratio decidendi*. Defendemos, ainda, (iii) a possibilidade de restrição dos pedidos de vista; e (iv) o televisionamento das sessões das Turmas, como forma de ampliar a transparência e compensar a transferência de competências do Plenário para as Turmas. Sustentamos, ainda, (v) a necessidade de mudanças na fase pós-decisional, em especial no que tange à elaboração do acórdão. Sugerimos (vi) a necessidade de elaboração de votos concisos; bem como (vii) a necessidade de aprovação do acórdão e da ementa, após processo de elaboração colaborativo. Por fim, (viii) defendemos a juntada das notas taquigráficas e a impossibilidade de cancelamento de apartes.

26. Finalmente, apresentamos duas propostas voltadas a facilitar o conhecimento e a identificação dos precedentes, quais sejam: (i) a agregação dos casos por meio da publicação da cadeia decisória na qual eles estejam incluídos, de forma a evitar a utilização equivocada do entendimento de cortes inferiores (jurisprudência) quando já substituído por decisões das cortes superiores; e (ii) a ampliação dos canais de comunicação da Corte com a sociedade, por meio de redes sociais e novas mídias.

Em síntese, o propósito desta tese foi o de analisar o STF sob dois ângulos distintos, mas igualmente importantes e críticos na atualidade: seu processo de deliberação e de funcionamento. Diante da crescente importância e vinculação dos precedentes, defendemos a necessidade de adoção de novas ferramentas, mecanismos e desenhos institucionais que sejam capazes – ou pelo menos favoreçam – a obtenção de consensos ou de maiorias bem estruturadas no âmbito do STF, sobre os *fundamentos* das matérias em análise. Como se disse, o Supremo precisa passar por uma transformação – se reinventar – para adequar-se ao constitucionalismo contemporâneo (*ne Constitucionalismo*).

E nesse momento, o médico cortou o cordão umbilical que ligava criador e criatura, transformando-os definitivamente em seres autônomos e independentes. E a vida pôde seguir seu curso novamente, mas nunca mais foi a mesma...

REFERÊNCIAS

- “Balanço. STF julga 18 temas de repercussão geral no 1º semestre”. *In*: Migalhas de 28.07.2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204977,71043-STF+julga+18+temas+de+repercussao+geral+no+1+semestre>>. Acesso em 30.07.2014.
- “Barroso defende que STF defina o que vai julgar a cada 6 meses”. *In*: CONJUR. Publicado em 29.09.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-29/barroso-defende-stf-defina-julgar-cada-meses>>. Acesso em 18.11.2014.
- “Carta de Retalhos. *In*: Migalhas. Publicado em 14.05.2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/pilulas/220505>>. Acesso em 14.05.2015.
- “Da reflexão para o reflexo”. *In*: Migalhas nº 3.511, de 08.12.2014.
- “Deputado quer acabar com transmissão de sessões do STF”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-21/projeto-lei-pretende-acabar-transmissao-sessoes-supremo>>. Acesso em 21.12.2013.
- “Diante possibilidade de inviabilização, Barroso pede revolução para STF”. *In*: Anuário da Justiça Brasil 2014. Republicado no Conjur em 21.06.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014jun21/Diantepossibilidadeinviabilizacaoministrorevolucaostf>>. Acesso em 20.07.2014.
- “Discurso de posse do Ministro Joaquim Barbosa na Presidência do Supremo Tribunal Federal”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=JQhESCD3SoQ>>. Acesso em 21.07.2014.
- “Discurso proferido pelo então Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio, no exercício do cargo de Presidente da República, na cerimônia de assinatura do ato para sanção da lei que criou a TV Justiça.Palácio do Planalto, 17.05.2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100078&sigServico=no+iciaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em 20.05.2012.
- “Estoque antigo: 700 processos do século passado ainda aguardam julgamento no STF”. Publicado em 03.01.2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-03/700-processos-seculo-passado-ainda-aguardam-julgamento-stf>>. Acesso em 01/02/2015.
- “From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. *In*: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, pp. 1305-1326. Disponível em <<http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>>. Acesso em 03.02.2014.
- “From Consensus to Collegiality: The Origins of the ‘Respectful’ Dissent”. *In*: Harvard Law Review, Volume 124, Number 5, March 2011, pp. 1305-1326. Disponível em <<http://harvardlawreview.org/2011/03/from-consensus-to-collegiality-the-origins-of-the-respectful-dissent/>>. Acesso em 03.02.2014.
- “Julgamento de processos com repercussão geral aumenta em 2014”

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283495&tip=UN>. Acesso em 19.01.2015.

“Julgamento de processos com repercussão geral é desafio para Lewandowski.” Publicado em 15.08.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/processos-repercussao-geral-sao-desafio-lewandowski>>. Acesso em 15/08/2014.

“Jurimetria: a estatística a favor do Direito. A utilização de métodos probabilísticos aos fenômenos jurídicos dá origem a Jurimetria.” *In*: Migalhas de 09.12.2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI212456,21048-Jurimetria+a+estatistica+a+favor+do+Direito>>. Acesso em 23.12.2014.

“Metas para o biênio 2015-2016 incluem prioridade para repercussão geral e novas súmulas vinculantes”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283300&tip=UN>>. Acesso em 13.01.2015.

“Ministros aposentados relembram os colegas cassados”. *In*: STF. Publicada em 16.01.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101692>>. Acesso em 23.01.2014.

“Ministros Gilmar Mendes e Barroso abordam aperfeiçoamento da repercussão geral. As entrevistas foram concedidas à TV Migalhas durante o V Encontro Anual AASP.” *In*: Migalhas de 11 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI198994,101048-Ministros+Gilmar+Mendes+e+Barroso+abordam+aperfeicoamento+da>>. Acesso em 06.05.2014.

“Nova direção. Toffoli é empossado presidente da 2ª turma do STF. *In*: Migalhas. Publicado em 19.05.2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220762,310477Toffoli+e+empossado+presidente+da+2+turma+do+STF>>. Acesso em 20.05.2015.

“Plenário virtual do STF já analisou mais de 750 temas: Temas com julgamento de mérito pelo STF possibilitaram aos tribunais decidirem de forma semelhante em, pelo menos, 152.482 processos.” *In*: Migalhas de 28.07.2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204911,61044-Plenario+virtual+do+STF+ja+analisou+mais+de+750+temas>>. Acesso em 28.07.2014.

“Plenário Virtual reconhece repercussão geral em 48 processos em 2014”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284179&tip=UN>>. Acesso em 28.01.2015.

“Pronunciamento do Ministro Celso de Mello, no Plenário do STF, em 17/05/2012, rememorando a criação da TV Justiça em seu 10º aniversário.” Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MCM10anosTV.pdf>>. Acesso em 20.05.2012).

“Reclamação Geral”. *In*: JOTA. Publicado em 16.10.2014. Disponível em <<http://jota.info/00ne5>>. Acesso em 25.11.2014.

“Relatório de Atividades 2011: Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/RELATORIO_DE_GESTAO_2011_site_STF.pdf>. Acesso em 20.05.2012.

“Relatório de Atividades 2014: Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2014.pdf>>. Acesso em 28/06/15.

“Reunião-almoço com Ricardo Lewandowski. Desafios e Perspectivas do Judiciário.” *In*: Revista Letrado nº 110, outubro-dezembro de 2014, São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, pp. 20-21.

“Sem mudança na cultura do litígio mediação não basta, dizem professores da USP”. Publicado em 23.11.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-23/mudanca-cultura-litigio-mediacao-nao-basta>>. Acesso em 26.02.2015.

“STF é um tribunal soterrado por miudezas”. Disponível em <<http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17953-o-stf-e-um-tribunal-soterrado-por-miudezas-diz-barroso>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

“The Supreme Court, 1986 term: leading cases”, Harvard Law Review, vol. 100, 1986.

“Um processo de R\$ 4 bilhões.” *In*: JOTA. Disponível em <<http://jota.info/um-processo-de-r-4-bilhoes>>. Publicado em 25.11.2014>. Acesso em 29.11.2014.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2012.

ABRÃO, Carlos Henrique. *Reforma é única saída para problemas do Judiciário*. *In*: Consultor Jurídico de 06 de julho de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-06/carlos-abrao-reforma-unica-saida-problemas-judiciario?imprimir=1>>. Acesso em 07.07.2014.

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Harvard University Press: Cambridge, 2007, pp. 224-244.

ALEXANDER, Larry. “*Comigo é tudo ou nada*” *formalismo no direito e na moralidade*. Tradução de Diego Werneck Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). “*A Justificação do Moralismo Jurídico*”. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 65-116.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Pablo Antonio Cordeiro de. *Garantia do dissenso na Jurisdição Constitucional: julgamento da Reclamação 4.335, pelo STF, em 2014*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/pablo-almeida-tese-congresso-mp.pdf>>. Acesso em 01.02.2015.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

AMATO, Giuliano. *Osservazioni sulla dissenting opinion*. In: MORTATI, Costantino (Org.). “Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali”. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 25.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao CPC*, Vol. 3, Arts. 675 a 807. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1942.

_____. *Comentários ao CPC*, Vol. 4, Arts. 808 a 1052. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1943.

ARABI, Abhner Youssif Mota. *STF aceita reunir pedidos de ADI e ADC em ação de controle concentrado*. In: CONJUR. Publicado em 03.06.2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015jun03/Stfaceitareunirpedidosadiadcaaocontroleconcentrado>>. Acesso em 04.06.2015.

ARAÚJO, António de. *O Tribunal Constitucional (1989-1996): Um estudo do comportamento judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Disponível em <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/2885/2308>>. Acesso em 05.03.2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. *A irrelevância do Regimento Interno do STF*. In: JOTA. Publicado em 09.10.2014. Disponível em <<http://jota.info/j9zbn>>. Acesso em 09.10.2014.

ATALIBA, Geraldo. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Revista de Processo, v. 20, n. 78, p. 7-8, abr./jun. 1995.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (org). *Elaborando a Constituição Nacional: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Ed. Fac-similiar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon. *The Judge in a democracy*. Princeton University Press: New Jersey, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; e BARROSO, Luis Roberto (orgs). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. 1a ed. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97).

BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. In: BARBOSA, Rui. "Obras Completas". v. XXXII. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa: Constituição de 1891*. Ministério da Educação e Saúde: Rio de Janeiro, 1946.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, nº. 21, jan./dez., 2011, pp. 123-160.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Mimeo, 2014.

_____. *A revolução da brevidade (sobre a necessidade de advogados, Ministros e operadores jurídicos em geral serem mais objetivos e menos prolixos)*. In: "Temas de Direito Constitucional", Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 524.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 12.03.2012.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: "Interesse Público" nº 36, 2007, pp. 31-61.

_____. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Mimeo. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

_____. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: "Temas de Direito Constitucional". Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord). "A constitucionalização do direito". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-59.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000.

_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Mimeo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em 03.09.2014.

_____. *Tribunal Não Cumpre Seu Papel com 80 Mil Processos*. In: Conjur. Publicado em 04.06.2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 26.06.2014.

BASSOK, Or. *Soundbite Rules*. In: “Int’l J. Const. L. Blog”. Publicado em 14.01.2015. Disponível em <<http://www.iconnectblog.com/2014/12/soundbite-rules>>. Acesso em 15.01.2015.

BAUM, Lawrence. *American Courts: process and policy*. 7ª edição, Wadsworth, Cengage Learning, 2013.

BECKER, Werner. *Los Significados opuestos del concepto de consenso*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón (compilador). “Derecho y Filosofía. Buenos Aires: Editorial Alfa, s/d, pp. 59-70.

BELAUNDE, Domingo García. *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*. In: Revista de Derecho Político, nº 61, 2004, pp. 317-318. Disponível em <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-2004-61-4C6F6927/PDF>>. Acesso em 10.02.2015.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Second Edition, New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A Justiça na TV*. Disponível em <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/folha-de-s-paulo--38594>>. Acesso em 20.05.2012).

_____. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. V – Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 25-47.

_____. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. In: Revista da EMERJ, v. 6, nº 23, 2003, pp. 360-380.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary: with pronunciations*. Centennial Edition (1891-1991), 6th edition, St. Paul: West Group, 1990.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRÍGIDO, Carolina. *Pedidos de vista paralisam 216 processos no Supremo: Ministros ignoram prazo de duas sessões para devolução de ações*. In: O Globo. Publicado em 05.04.2015. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/pedidos-de-vista-paralisam-216-processos-no-supremo-15784597>>. Acesso em 26.06.2015.

_____. *Supremo reduz tempo de sessões plenárias de julgamentos na Corte: Ministros concordaram em acabar com o intervalo e marcar as audiências para o fim da sessão*. In: "O Globo". Publicado em 23.04.2015. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/supremo-reduz-tempo-de-sessoes-plenarias-de-julgamentos-na-corte-15959189>>. Acesso em 03/05/2015.

BRITTO, Lemos. *A Nova Constituição Brasileira: precedida de uma notícia histórica e seguida de um amplo índice alfabético remissivo*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*, Vol. 1, 7^a edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; e SILVA, Denis Franco. "Prospective Overruling": Como e por que ele deve ser aplicado? In: Bustamante, Thomas Da Rosa de (Ed.). "Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica". Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 405-415.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume II: Direito Constitucional Brasileiro. 2^a edição revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 14.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Acesso à Justiça no Plano dos Direitos Humanos*. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 1-9.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANÁRIO, Pedro. *Exagero na racionalização dos trabalhos dos tribunais prejudica cidadania*. In: CONJUR. Publicado em 21.12.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014dez21/entrevistamarcoarelioministrosupremotribunalfederal>>

>. Acesso em 02.02.2015.

_____. *Restrição ao HC. 'Exagero na racionalização dos trabalhos dos tribunais prejudica cidadania'*. In: Conjur. Publicado em 21.12.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014dez21/entrevistamarcoarelioministrosupremotribunalfederal>>. Acesso em 05.01.2015.

_____. *STJ bate recorde de produtividade e julga 10% mais processos em 2014*. In: Conjur. Publicado em 23.01.2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/stj-bate-recorde-julga-10-processos-2014>>. Acesso em 25.06.2015.

CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo, elementos para uma definição*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coordenação). “20 anos da Constituição Brasileira”. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 197-208.

CARNEIRO, Luiz Orlando. *Ministros do Supremo aceleram leitura*. In: JOTA. Publicado em 07.11.2014. Disponível em <<http://www.jota.info/7zuny>>. Acesso em 07.11.2014.

CARNEIRO, Luiz Orlando; RECONDO, Felipe. *Para Nelson Jobim, vontade de legislar do STF desqualifica o Parlamento*. Entrevista do Ministro (aposentado) Nelson Jobim ao portal de notícias jurídicas “Jota”. Publicado em 17.09.2014. Disponível em <<http://jota.info/materias15-para-nelson-jobim-vontade-de-legislar-do-stf-desqualifica-o-parlamento>>. Acesso em 18.09.2014.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 76.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Efeito Vinculante: E Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Editora Consulex, 1º edição: 2002 p. 80.

CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: O imaginário da República no Brasil*. 23ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2014.

_____. *Forças Armadas e Política no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. Vol. 1, 21ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *O Espírito do Código de Processo Civil: Estudo crítico-analítico do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939*. Grafica Labor, Rio de Janeiro, 1941.

CARVALHO, Luiz Maklouf. *Supremo, Quosque Tandem?* In: Piauí 48, setembro de 2010, pp. 34-41.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

_____. *A Nova Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1935.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

CELOTTO, Alfonso. *La Corte costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2004;

CERRI, Augusto. *Corso de Giustizia Costituzionale Plurale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*. Disponível em

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>>. Acesso em 14.03.2015.

CHAVES, Maria Rachel Faleiros Sandoval. *Os critérios da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. In: Migalhas. Acesso em 17.12.2011.

CITTADINO, Giselle. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: Luiz Werneck Vianna (Org.). “A Democracia e os Três Poderes no Brasil”. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp. 17-42.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237, nota de rodapé nº 233;

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 179).

COIRO, Adriana Lacombe. *Aos ministros, tudo?* Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 24, p. 159-202, 2012.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 120).

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq, realizada no âmbito da Universidade de Brasília. Disponível em <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>. Acesso em 10.08.2014.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006.

COSTA, Sylvio; SARDINHA, Edson. *Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF*. In: Congresso em Foco. Publicado em 17.04.2014. Disponível em

<<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>>. Acesso em 17.05.2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?* In.: Revista de Direito do Estado nº 5, janeiro/março 2007, pp. 267-288.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Frederico Widson da Silva. *O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial*. In: Revista EMASFE - Escolha de Magistratura Federal da 5ª Região nº 17, 2008, pp. 83-114.

DENTI, Vittorio. *La Corte Costituzionale e la Collegialità della Motivazione* in Rivista di Diritto Processuale, nº 16, 1961.

_____. *Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie*. In: MORTATI, Costantino (Org.). "Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali". Milano: Giuffrè, 1964.

DIAS, José de Aguiar. *Como se Advoga no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DIDIER JR., Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. Revista de Processo, n. 108, a. 27, p. 23-31, out./dez. 2002.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Artigo 102, parágrafo terceiro*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (coord.). "Comentários à Constituição Federal de 1988". Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1311-1320.

DIMOULIS, Dimitri. *Crítica ao neoconstitucionalismo*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 22, p. 179-203, 2011;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. Revista Forense (Impresso), Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, 1999.

DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal: uma breve análise da sua criação*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 260, 2012, pp. 231-254.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 213-331.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 217-250.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución española de 1978 como pacto social y norma jurídica*. Madrid: Inap, 2003.

FALCÃO, Joaquim. *Por que o Supremo não cumpre seus próprios prazos?* In: JOTA. Publicado em 24.09.2014. Disponível em <<http://jota.info/76o9v>>. Acesso em 09.10.2014.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em 02/06/2012.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNANDES, Bianca Stamato. *Ação Direta de Inconstitucionalidade e seu efeito vinculante: Uma análise dos limites objetivo e subjetivo da vinculação*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). "Temas de Constitucionalismo e Democracia". Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 165-206.

FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIX-ZAMÚDIO, Hector. *Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina*. Sem indicação da fonte, pp. 59-74. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>>. Acesso em 10.02.2015.

FONTE, Felipe de Melo. *Resenha do livro: O juiz em uma democracia*. In: Revista de Direito do Estado nº 6, abril-junho de 2007, pp. 365-381.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. "É Preciso Abandonar a Ilusão de que Tudo Deve ser Judicializado". Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-04/segunda-leitura-preciso-abandonar-ilusao-tudo-judicializado>>. Acesso em 26/06/2015

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FREIXES, Teresa. *La pratique des opinions dissidentes en Espagne*. In: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 8, 2000, p. 99. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>>. Acesso em 12.04.2014.

FULD, Stanley H. *The Voices of Dissent*. In: Columbia Law Review, v. 62, n. 6, 1962, pp. 923-929.

GALDINO, Flávio. *A evolução das idéias de acesso à justiça*. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flavio (Org.). Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471.

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, Kindle Edition, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. trad. Alonso Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Coleção Estudos de Direito de Processo - Enrico Tullio Liebman - Vol. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in Judicial Voice*. In: New York University Law Review, v. 67, nº. 6, 1992, pp. 1185-1209

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 350-351).

GUERRA, Otto Marroquín. El Magistrado Constitucional. Revista de Derecho (Latin America Journals Online), nº 8 (2004), Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pp. 101-111. Disponível em <<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>>. Acesso em 10.02.2015.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Haidar, Rodrigo. *Barroso propõe racionalidade aos julgamentos no STF*. In: Os Constitucionalistas. Publicado em 03.08.2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/barroso-propoe-razionalidade-aos-julgamentos-no-stf-1/>>. Acesso em 15.05.2014.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 161-200;

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the Paradox of Democracy*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. (Studies in Rationality and Social Change);

HOLT, Wythe. *Judiciary Act of 1789*. In: HALL, Kermit et alli (Org). "The Oxford Companion to the Supreme Court of United States". 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 548.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial*: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

ITO, Marina. *Entrevista: Patrícia Perrone Campos Mello, advogado*. In: Consultor Jurídico. Publicado em 07.09.2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar>. Acesso em 08.06.2012.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Dignidade e fundamentalismo na jurisdição constitucional*. In: CONJUR. Publicado em 16.03.2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-16/observatorio-constitucional-entre-dignidade-fundamentalismo-jurisdicao>>. Acesso em 03.12.2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 9ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A marcha do STF*. In: Migalhas de Peso. Publicado em 28.06.2011. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136102,71043-A+marcha+do+STF>>. Acesso em 28.06.2011.

_____. *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo W. (Ed.). “Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KOMMERS, Donald P.; FINN, John E.; JACOBSON, Gary J. *American Constitutional Law*. Volume 2: Liberty, Community, and the Bill of Rights. Second Edition. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2004.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third Edition, Revised and Expanded. Durham: Duke University Press, 2012.

L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?* In: Osgoode Hall Law Journal, v. 38, n. 3, 2000, pp. 495-517

LAMARQUE, Elisabetta. *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*. Roma: Editori GLF Laterza, 2012.

LANGENIEUX-TRIBALAT, Anne. *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*. Tese apresentada à UNIVERSITE DE LIMOGES Faculte de droit et des sciences économiques, em 2007. Disponível em <<http://epublications.unilim.fr/theses/2007/langenieux-tribalat-anne/langenieux-tribalat-anne.pdf>>. Acesso em 10.01.2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997.

LARRY, Kramer D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. *Judicial Deliberations: A comparative analysis of judicial*

transparency and legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LEAL, Fernando. *Uma Jurisprudência que Serve para Tudo*. In: Jota. Disponível em <<http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. Acesso em 11/06/2015.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro na súmula do STF*. In: RDA, v. 145, pp. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em <http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf>. Acesso em 15.05.2014.

_____. *Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). “Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional”. 1ª ed., v. 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Glauco Salomão. *Artigo 103-A*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (coord.). “Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1371-1387.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A reforma do judiciário e o federalismo brasileiro*. In: “Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo nº 56, setembro/99 – Reforma do Judiciário.” São Paulo: AASP, 1999, pp. 39-43.

LIMA, George Marmelstein. *Com o Relator: o ‘efeito manada’ nos julgamentos colegiados*. In: Direitos Fundamentais – Blog. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/22/com-o-relator-o-“efeito-manada”-nos-julgamentos-colegiados/>>. Acesso em 18/12/11. LIMA, George Marmelstein. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *O Asno de Buridano, o Non Liqueet e as Katchangas*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liqueet-e-as-katchangas/>>. Acesso em 10.03.2012.

_____. *Quem tem medo da publicidade?* In: Direitos Fundamentais - Blog. Acesso em 05.08.2010.

LINERO, Yebrail Haddad. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

LIVELY, Donald E. *Foreshadows of the Law: Supreme Court Dissents and Constitutional Development*. Westport, Connecticut: Praeger, 1993.

LUCHETE, Felipe. *Judicialização da vida. ‘Só tema chinfrim não pode ser levado ao Supremo’, critica Barroso*. In: Conjur. Publicado em 09.08.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/tema-chinfrim-nao-levado-supremo-critica-barroso>>. Acesso em 14.08.2014.

_____. *Câmara, MPF e OAB querem fixar regras para pedidos de vista*. In: CONJUR. Publicado em 09.06.2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-09/camara-mpf-oab-fixar-regras-pedidos-vista>>. Acesso em 10.06.2015.

LYNCH, Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *O Constitucionalismo da Inefetividade: a Constituição de 1891 no Cativera do Estado de Sítio*. In: Revista Quaestio Iuris, 5, pp. 85-136.

MACEDO, Ubiratan Borges de (Org.). *Avaliação Crítica da Proposta de Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Círculo de Estudos do Liberalismo, 2002;

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. Dodicesima edizione interamente riveduta da Gaetano Silvestri. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

MARTINS, Ives, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 363-368.

MARTINS, Leonardo Resende. *Acesso à Justiça e Efetividade Constitucional*. In: A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho: por duas décadas de docência e pesquisas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 301-315.

MARTINS, Leonardo. *Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. In: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 33-126.

MELLO FILHO, José Celso de. Cadernos IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), Reforma Constitucional do Poder Judiciário, Série de Propostas Legislativas, Volume 1 - janeiro de 2000. Organizado por Petrônio Calmon Filho - São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 1999, p. 19/ 20).

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Segurança Jurídica e mudança de jurisprudência*. In: Revista de Direito do Estado nº 6, abril-junho de 2007, pp. 327-338.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal: Império e República*. 3ª edição. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_informativas_sobre_o_STF_versao_de_2012.pdf>. Acesso em 06.07.2014.

MELLO, Marco Aurélio. *O Judiciário cada vez mais perto*. In: Folha de S. Paulo de 19.05.2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noiciaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em 20.05.2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELO, João Ozorio de. *Mais Transparência: Maioria dos americanos quer transmissão ao vivo das sessões da Suprema Corte*. Publicado em 06.09.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-06/maioria-americanos-transmissoes-vivo-suprema>>

corte>. Acesso em 06.09.2014.

_____. *Suprema Corte dos EUA aceita só 1% dos processos recebidos*. In: Conjur. Publicado em 03.01.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-03/sobrecarga-trabalho-suprema-corte-eua-lida-falta-casos>>. Acesso em 09.01.2014.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. In: JOTA. Publicado em 17.09.2014. Disponível em <<http://jota.info/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf>>. Acesso em 18.09.2014.

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. *Constitutional Reasoning in the Brazilian 'Supremo Tribunal Federal' (STF)*. Mimeo, 2014.

_____. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão consultado em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Acesso em dia 04/06/2014.

_____. *O projeto de uma Corte Deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana, PINTO, Henrique Motta, Gorzoni, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). “Jurisdição Constitucional no Brasil”, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 53-74.

_____. *Onze Ilhas*. In: Folha de S. Paulo. Publicado em 01.02.2010. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em 18/05/2014.

_____. *Sessão de Leitura no STF*. In: Folha de S. Paulo de 05.10.2010. Acesso em 06.10.2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>>. Acesso em 20.02.2013.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª edição, revista e ampliada, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193).

_____. *Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e*

da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, nº 41, 1º de maio de 2000. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/130>>. Acesso em 31.01.2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários ao art. 97*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). “Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 1332-1335.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>>. Acesso em 31.10.2012.

MENDONÇA, Eduardo. *A Jurisdição Constitucional Como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático*. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 133-176.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Do novo status da obrigação de motivar as sentenças*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 1060-1065.

MIRANDA, Dalton Cesar Cordeiro de. *Qual o papel o Supremo tem a desempenhar?* In: Migalhas de 17 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202837,71043-Qual+o+papel+o+supremo+tem+a+desempenhar?>>. Acesso em 17.06.2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

_____. *Normas Complementares da Constituição*. 2ª edição, Lisboa: AAFDL, 1991.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo X, Arts. 782-807. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XI, Arts. 808-852. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, revista e atualizada. Niterói: Editora Impetus, 2008.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade: Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Artigo 93, inciso IX*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (coord.). “Comentários à Constituição Federal

de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1187-1193.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, v.5, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 700).

_____. *Publicité et secret Du delibere dans La justice brésilienne*. In: “Temas de Direito Processual, 4ª série, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Questões de técnica de julgamento nos Tribunais*. Revista de Direito do TJERJ, Vol. 59, pp. 13-25.

_____. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos*. Revista Dialética de Direito Processual nº 27, pp. 49-58.

_____. *Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado*. In: Revista de Processo, vol. 75, jul. 1994, pp. 145-172.

MORTATI, Costantino (Org.). *Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali*. Milano: Giuffrè, 1964.

MÓSCA, Hugo. *Djaci Falcão, o decano da Corte, e suas sugestões aos constituintes de 87*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, p. 194).

_____. *Linhares, Chefe de Estado*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 33-39.

_____. *O Recurso Extraordinário no passado e no presente*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 8-26.

_____. *O Supremo Tribunal, hoje*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986.

_____. *Os advogados, o antigo e o novo regimento*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 121-123.

_____. *Relevância, tema sempre polêmico*. In: MÓSCA, Hugo. “O Supremo Tribunal, ontem e hoje”. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986, pp. 211-226.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. atual. até a EC 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 831).

MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. In: Política e Sociedade nº 3, outubro de 2003, pp. 11-26.

MULLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* (tradução para o inglês de Deborah Lucas Schneider), Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

NASCIMENTO FILHO, Pedro Luiz do. *Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. In: COUTINHO, Diogo R. e VOJVODIC, Adriana M. (Coordenadores). “Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?” São Paulo:

Malheiros, 2009, p. 183).

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Jurisdição constitucional na América do Sul*. In: Revista de Direito do Estado nº 6, abril-junho de 2007, pp. 87-108.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

NOGUEIRA, Gustavo. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

NUNES, Jorge Amaury. *Cuide do seu quintal*. In: "JOTA". Disponível em <<http://jota.info/materias13-cuide-do-seu-quintal>>. Publicado em 16.09.2014. Acesso em 18.09.2014.

PACELLI, Eugênio. *Entre o Plenário e as turmas do STF*. In: JOTA. Publicado em 18.11.2014. Disponível em <<http://jota.info/75z47>>. Acesso em 18.11.2014.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume 1. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 23ª edição, de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Aspectos Gerais sobre a Restrição de Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://works.bepress.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=janereis>>. Acesso em 1º.10.2014.

_____. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELL, Paul M. *Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument*. In: *Best Guide to Canadian Legal Research*, 1987. Disponível em <<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>>. Acesso em 06.02.2014.

PERTENCE, J. P. Sepúlveda. *Um prefácio afinal desnecessário*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POWELL, Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*. In: American Bar Association Journal, n. 66, 1980.

PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Liberalismo Político*. trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, pp. 281-91.

REALE, Miguel. *O Integralismo Revisitado*. In: Revista Letrado nº 110, outubro-dezembro de 2014, São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, pp. 56-57.

RECONDO, Felipe. *A amnésia do Supremo Tribunal Federal*. In: JOTA. Publicado em 14.11.2014. Disponível em <<http://jota.info/amnusia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 14.11.2014.

_____. *Como o STF decide o que e quando não julgar*. Matéria publicada em 15.09.2014, no portal de notícias jurídicas “Jota”. Disponível em <<http://jota.info/article8-como-o-stf-decide-o-que-e-quando-nao-julgar>>. Acesso em 18.09.2014.

_____. *Lewandowski exige justificativa de ministros para adiar acórdãos*. In: JOTA. Publicado em 17.10.2014. Disponível em <<http://jota.info/rh1d0>>. Acesso em 22.10.2014.

_____. *No ritmo atual, STF conclui repercussão geral em 2040*. In: JOTA. Publicado em 08.01.2015. Disponível em <<http://jota.info/repercussaogeral2014>>. Acesso em 12.01.2015.

_____. *Novo CPC e o fim da Repercussão Geral*. In: Jota. Publicado em 25.02.2015. Disponível em <<http://jota.info/gs7da>>. Acesso em 02.03.2015.

_____. *Repercussão geral por omissão. Isso pode?* In: JOTA. Publicado em 15.09.2014. Disponível em <<http://jota.info/article2-repercussao-geral-por-omissao>>. Acesso em 17.09.2014.

Relatório “Justiça em Números 2014”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2013. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros>>. Acesso em 25/06/2015.

RODAS, Sérgio. *Prioridade no recebimento: Nova Súmula Vinculante confere natureza alimentar a honorários de sucumbência*. In: CONJUR. Publicado em 27.05.2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015mai27/Stfconferenaturezaalimentarhonorariosucumbenciasumula>>. Acesso em 28.05.2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV – Volume 1 / 1930-1963 Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I / 1891-1898: Defesa das liberdades civis, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991.

ROSAS, Roberto. *Novas perspectivas do Recurso Extraordinário*. In: “Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1976, pp. 352-371, p. 357

ROTENBURG, Walter Claudius. *Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). “O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *A experiência da Justiça do Trabalho Brasileira sobre procedimento oral*. In: “Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro”. Brasília: Editora UNB, 1976, p. 320.

SADURSKI, Wojcieh. *Rights Before Courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of central and eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Diez argumentos a propósito de los principios*. In: “Ley, principios, derechos”. Madrid: Dykinson, 1998, pp. 47-68.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 551.

_____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Coordenador). “Filosofia e teoria constitucional contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, p. 172.

SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideú, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SCOCUGLIA, Livia. *Crise de funcionalidade. Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral*. In: Conjur. Publicado em 26.08.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>>. Acesso em 03.09.2014.

SEMONCHE, John E. *Judiciary Act of 1891*. In: HALL, Kermit et alli (Org.). “The Oxford

Companion to the Supreme Court of United States”. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 548.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Hermenêutica institucional, Supremacia Judicial e democracia*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. 2011

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Tribunais Constitucionais e jurisdição*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 60/61, jan./jul. 1985, pp. 495-524.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: a. 1, nº. 4, p. 23-52, out./dez., 2006.

_____. *Deciding without deliberating*. I-CON (2013, Vol. 11 No. 3, 557-584. Oxford University Press and New York University School of Law. 2013. Disponível em <<http://icon.oxfordjournals.org>>. Acesso em 26.09.2013.

SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. Folha de S. Paulo de 11.05.2009. Disponível em <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>>. Acesso em 1º.05.2012.

SILVEIRA, José Néri da. *O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa*. In: “Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, pp. 131-153.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos Tribunais: Procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SOLUM, Lawreny. *Legal Theory Lexicon: Holdings*. Legal Theory Blog. Postado em 27.07.2014. Disponível em <http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/10/legal_theory_le_2.html>. Acesso em 28.07.2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 104-143, 2007.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA, Giselle. “Em posse no TRE-RJ, Fux pede para juízes eleitorais respeitarem precedentes”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015mar23/possetrerjfulxrespeitoprecedentes>>. Acesso em 23/03/2015.

SOUZA, Wilson Alves de. *Decisão monocrática em órgão colegiado em face do princípio da colegialidade e da garantia de acesso à justiça*. Evocati Revista v. s/n. 2013.

STACK, Kevin M. *The Practice of Dissent in the Supreme Court*. In: The Yale Law Journal, v. 105, 1995-1996, pp. 2235-2259.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2013.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 2004.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SULLIVAN, Kathleen. *Foreword: the justice of rules and standards*. Harvard Law Review. Cambridge: n. 106, p. 22-123, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. *The Supreme Court Will Always Split 5-4*. In: Bloomberg View de 16 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.bloomberglaw.com/articles/2014-06-16/the-supreme-court-will-always-split-5-4>>. Acesso em 06.07.2014.

_____. *The Supreme Court, 1995 Term: Leaving Things Undecided*. Harvard Law Review, 1996.

_____. *Why Care If the Court Splits 5-4?* In: Bloomberg View de 17 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.bloomberglaw.com/articles/2014-06-17/why-care-if-the-court-splits-5-4>>. Acesso em 06.07.2014.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting beyond groupthink to make groups smarter*. Boston: Harvard University Press, Kindle Edition, 2015.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. In: Revista de Processo RePro, Ano 36, V. 199, Setembro de 2011, pp.140-155.

TATE, Neal C. e VALLINDER, Tobjorn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, José Roberto; BRAMATTI, Daniel. *Brasileiro confia mais no Supremo do que no Congresso, diz pesquisa do Ibope*. In: o Estado de S. Paulo. Publicado em 24.12.2012. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,brasileiro-confia-mais-no-supremo-do-que-no-congresso-diz-pesquisa-ibope-imp-,977294>>. Acesso em 06.06.2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *Unvertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Holy and Company, Kindle Edition, 2014.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal no Império e na República*. Conferência ministrada em 11.09.1978 em homenagem ao Sesquicentenário do STF. In: “Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

_____. *Prefácio*. In: MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, ontem e hoje*. Brasília: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direito Processual Civil Inglês*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). “Direito processual civil europeu contemporâneo”. 1ª edição, São Paulo: Lex, 2010.

_____. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: Teoria e Experiência: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Tomo II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 1527-1564.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VASCONCELLOS, Marcos de; LUCHETE, Felipe. *Agenda Viável: “Supremo deveria fazer análise realista do que pode de fato julgar”*. Entrevista concedida por Eduardo Bastos Furtado de Mendonça. In: “Consultor Jurídico”. Publicado em 26 de abril de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/entrevista-eduardo-mendonca-advogado-professor>>. Acesso em 26.04.2015.

VELLOSO, Carlos. *A TV Justiça e o seu papel*. Disponível em <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/folha-de-s-paulo--38594>>. Acesso em 20.05.2012.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice, MELO, Manoel P. C. e BURGOS, Marcelo B. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). “Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 483-502.

_____. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editor, 1999.

VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*, São Paulo: Leya, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Maria França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 5, n. 1, jan-jun 2009, pp. 21-44.

WALDRON, Jeremy. *Precommitment and Disagreement*. In: ALEXANDER, Larry. “Constitutionalism: Philosophical Foundations”. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

WALTER, Christian *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*. In: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 8, 2000. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-allemande.52541.html>>. Acesso em 10.03.2014.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Perfil, 3ª edição, 2005.

WEDY, Gabriel. *Dissenso no caso Lochner v. New York deixou um legado nos EUA*. In: CONJUR. Publicado em 03.06.2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015jun03/dissensolochnernewyorkdeixoulegadoeua2>>. Acesso em 04.06.2015.

WEST, Sonja R. *Concurring in part & Concurring in the confusion*. In: Michigan Law Review, v. 104, 2006, pp. 1951-1960.

WILBEFORCE, Lord. *La chambre des Lords*. In: BELLET, Pierre; TUNC, Andre (Org.). “La Cour Judiciaire Suprême - une enquête comparative”. Paris, Economica, 1978.

WRIGHTSMAN, Lawrence S. *The Psychology of the Supreme Court*. American Psychology-law society series. New York: Oxford University Press, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Liminares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade*. In: *Revista de Processo*, nº 98, 2000.