

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

ANDRÉ FELIPE DE ARAÚJO BOINA

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E
PRECEDENTES JUDICIAIS**

Vitória

2022

ANDRÉ FELIPE DE ARAÚJO BOINA

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E
PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do grau de Mestre na área de concentração Justiça, Processo e Constituição, linha de pesquisa Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional, sob a orientação do Professor Pós-Doutor Ricardo Gueiros Bernardes Dias.

Vitória

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

D278r de Araújo Boina, André Felipe, 1992-
Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e Precedentes
Judiciais / André Felipe de Araújo Boina. - 2022.
141 f.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Jurisdição constitucional. 2. Recurso extraordinário. 3.
Repercussão Geral. 4. Precedentes judiciais. 5. Processo civil. I.
Gueiros Bernardes Dias, Ricardo. II. Universidade Federal do
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III.
Título.

CDU: 340

ANDRÉ FELIPE DE ARAÚJO BOINA

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E PRECEDENTES JUDICIAIS

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do grau de Mestre na área de concentração Justiça, Processo e Constituição, linha de pesquisa Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional sob a orientação do

Aprovada em 12/04/2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

**Prof. Pós-Doutor Ricardo Gueiros Bernardes
Dias**

Universidade Federal do Espírito Santo

Orientador

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior

Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior

**Membro externo – Faculdade de Direito de
Vitória (FDV)**

RESUMO

A Rercussão Geral, enquanto requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, sofreu significativas transformações em seu regramento a partir da Emenda Regimental nº 54, de 01/07/2020 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e do julgamento do ARE nº 1.273.640. Após análise bibliográfica, conclui-se que tais alterações têm aptidão para transformar esse requisito em filtro de relevância recursal próprio das Supremas Cortes. Investigou-se os diversos discursos de (des)legitimação da Jurisdição Constitucional nas Democracias. Às análises bibliográficas precedentes foram acrescentadas investigações de cunho qualitativo de julgados do Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que, inobstante seja possível vislumbrar características típicas de Cortes de precedentes, a possibilidade de julgamento monocrático de recursos se assemelha mais à Cortes de feição cassacional. Além disso, concluiu-se que o individualismo decisório no Supremo abre margem para arbitrariedades, ratificando-se o diagnóstico de ministocrático atraído ao Tribunal feito por parte da doutrina, com potencial para abalar a legitimidade da Corte.

Palavras chave: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Precedentes. Controle de constitucionalidade. Decisões monocráticas.

ABSTRACT

The General Compelling Reasons, as a requirement for the admissibility of the Extraordinary Appeal, underwent significant changes in its rules from Regimental Amendment No. 54, of 07/01/2020 to the Internal Regulations of the Federal Supreme Court, and the judgment of ARE No. 1,273,640. After a bibliographic analysis, it is concluded that such changes are capable of transforming this requirement into a filter of recursal relevance typical of the Supreme Courts. The various discourses of (de)legitimation of the Constitutional Jurisdiction in Democracies were investigated. Qualitative investigations of judgments of the Federal Supreme Court were added to the previous bibliographic analyzes, concluding that, despite being possible to glimpse typical characteristics of Courts of precedents, the possibility of individual judgment of appeals is more similar to the Courts of cassational feature. In addition, it was concluded that the decision-making individualism in the Supreme Court leaves room for arbitrariness, confirming the diagnosis of individually empowered Justices brought to the Court by the doctrine, with the potential to undermine the Court's legitimacy.

Keywords: Extraordinary Appeal. General Compelling Reasons. Precedents. Judicial Review. Individual Judicial Opinions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	008
PRIMEIRA PARTE	010
1. FILTROS DE RELEVÂNCIA E SUA IMPORTÂNCIA ESTRATÉGICA PARA SUPREMAS CORTES	010
1.1. Introdução.....	010
1.2. Jurisdição discricionária na Suprema Corte dos EUA.....	011
1.3. Doutrina da autocontenção judicial, princípio majoritário e relativismo político.....	016
1.3.1. Introdução	016
1.3.2. James Brandley Thayer	017
1.3.3. Justiça, Democracia e Jurisdição Constitucional no Pensamento de Hans Kelsen	023
1.3.3.1. O Positivismo Normativista de Kelsen.....	023
1.3.3.2. Investigações sobre a Justiça.....	025
1.3.3.3. Democracia como um relativismo político.....	027
1.3.3.4. O papel da Jurisdição Constitucional para Hans Kelsen.....	032
1.3.4. O Judicial Review como elemento contramajoritário e as virtudes passivas das Supremas Cortes na obra de Alexander Bickel	034
1.3.4.1. A dificuldade contramajoritária.....	034

1.3.4.2. Justificação do <i>judicial review</i>	037
1.3.4.3. As virtudes passivas.....	039
1.4. Uma Jurisdição Iluminista.....	043
1.4.1. Análise dos pressupostos teóricos para a legitimação da Razão sem Voto.....	044
1.4.2. Os papéis do Supremo Tribunal Federal e a dificuldade contramajoritária.....	048
1.5. Discussão: para além da questão da legitimidade do controle de constitucionalidade.....	054
SEGUNDA PARTE.....	060
2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.....	060
2.1. Introdução.....	060
2.2. O processamento do recurso extraordinário nos tribunais recorridos até o Supremo Tribunal Federal.....	061
2.3. O processamento do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal: do presidente ao relator.....	068
2.4. A repercussão geral da questão constitucional como filtro de relevância recursal e o procedimento para seu reconhecimento.....	070
TERCEIRA PARTE.....	085
3. REPERCUSSÃO GERAL E REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.....	085
3.1. Introdução.....	085
3.2. A importância do conceito de <i>ratio decidendi</i> para se raciocinar com precedentes.....	087

3.3. O desenvolvimento histórico do conceito de <i>ratio decidendi</i>	092
3.4. Uma visão realista a respeito do conceito de <i>ratio decidendi</i>	095
3.5. A reafirmação da jurisprudência pelo Plenário.....	099
3.5.1. Análise de caso: o Recurso extraordinário 1.038.925/SP e inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.....	102
3.6. A reafirmação da jurisprudência a partir de decisões monocráticas.....	107
3.6.1. Análise de caso: competência da Justiça Federal para ações a respeito de expedição de diploma por entidades privadas.....	114
3.6.2. Análise de casos: aplicação da tese firmada no RE-RG 592.581 (Tema 220) a respeito da possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas.....	118
3.6.2.1. O caso-precedente.....	119
3.6.2.2. Reafirmação da tese no ARE nº 679.066/PE.	122
3.6.2.3. Reafirmação da tese no ARE 991462/SP.....	124
3.6.2.4. Reafirmação da tese no RE 1.214.757/RS.....	126
3.6.2.5. Algumas reflexões sobre os julgamentos monocráticos acima.....	128
CONCLUSÃO.....	131
REFERÊNCIAS.....	135

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste na análise do instituto da Rercurssão Geral enquanto requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, em particular sobre as transformações experimentadas em seu regramento a partir da Emenda Regimental nº 54, de 01/07/2020 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e do julgamento do ARE nº 1.273.640 pelo Plenário dessa Corte, e quais as alterações que essa nova regulação do instituto tem aptidão de promover tendo em vista o papel que se costuma pretender atribuir ao Supremo de Corte de precedentes.

Nesse sentido, investigaremos se é possível considerar tal requisito de admissibilidade, após a alteração em seu regramento, num filtro de relevância recursal pautada na discricionariedade, isto é, se há ou não direito subjetivo das partes de verem seu caso apreciado pelo STF. Essa análise será realizada após digressão a respeito do papel que os filtros de admissibilidade podem desempenhar no perfil de um tribunal. Para tanto, exporemos desde considerações gerais sobre filtros de relevância, como também considerações específicas a respeito de sua utilização no contexto norte americano – a partir do qual se popularizou – e do brasileiro, em que se insere o objeto de pesquisa.

Para melhor subsidiar essa discussão, empreendemos pesquisa bibliográfica a respeito dos papéis passíveis de serem performados pelas Supremas Cortes, relacionado-os com a existência do filtro discricionário, bem como exploraremos diversos discursos que debatem a respeito da legitimação da Jurisdição Constitucional realizada pelos tribunais.

Estabelecidas essas premissas, realizaremos, também, uma análise qualitativa de julgados do Supremo Tribunal Federal, focando na hipótese de presunção de repercussão geral consistente na contrariedade à “jurisprudência dominante”, analisando os diversos procedimentos pelos quais essa reafirmação ocorre, bem como as consequências da utilização de cada procedimento.

Ao final, confrontaremos os resultados da análise qualitativa dos casos concretos com as conclusões alcançadas pela revisão bibliográfica para avaliar em que

medida a prática do Supremo ao realizar a reafirmação de sua jurisprudência se aproxima ou se afasta do perfil dogmático de Corte de precedentes que se lhe atribui, bem como avaliaremos quais as implicações dessas práticas sob a perspectiva da legitimação de sua Jurisdição Constitucional.

PRIMEIRA PARTE

1. FILTROS DE RELEVÂNCIA E SUA IMPORTÂNCIA ESTRATÉGICA PARA SUPREMAS CORTES

1.1. Introdução.

Atribuir às Cortes Supremas um filtro de relevância discricionário para escolherem quais processos julgar é, antes de tudo, entendê-las como atores políticos, cuja responsabilidade seja dizer o que é o Direito. Isso não significa, necessariamente, que a pecha de “política” à Corte, por si só, enseje avanço indevido na esfera de atuação dos outros poderes, eleitos pelo voto majoritário ou proporcional.

Quer isso dizer, apenas, que a atividade jurisdicional, sobretudo nos órgãos de cúpula, cuja função primordial afirma-se ser a uniformização da jurisprudência, gerando precedentes, implica efetivamente em decisão, ato de autoridade, e não de mero conhecimento, e que por isso, sua atuação deve dispor de instrumentos que possibilitem um agir estratégico, até porque, como já disse Eros Grau, a interpretação autêntica do Direito é uma prudência, e não uma ciência.

Nesse contexto, o filtro de relevância discricionário aparece como mecanismo fundamental para que um Tribunal de última instância possa assumir em plenitude sua função de Suprema Corte.

Destarte, nas linhas abaixo, nos debruçaremos, num primeiro momento, a entender o contexto que levou à criação de filtro de relevância nos Estados Unidos da América, bem como os objetivos almejados, sobretudo para podermos traçar paralelos entre o Judiciário de lá e o daqui, tendo em vista que, já há algumas décadas, tem se falado cada vez mais em aproximar o processo civil brasileiro das tradições do *Common Law*, em particular no que tange ao respeito aos precedentes judiciais.

Feito isso, realizaremos uma análise da doutrina constitucional relativa ao Judicial Review, em especial daquelas que defendem uma jurisdição mais autocontida, e que veem no *certiorari* um mecanismo que permite à Corte escolher se e quando adentrar na seara política, podendo, por prudência, eximir-se de tomar certas decisões quando o momento não for oportuno.

Ao longo dessa discussão, fica latente a tensão havida entre o princípio majoritário, um dos pilares legitimadores do regime democrático, a um lado, com a necessidade de garantia dos direitos fundamentais, outro importante pilar desse sistema político. A propósito de subsidiar essa discussão com premissas teóricas mais robustas, e que não se restrinjam ao ambiente institucional norte-americano, trazemos as considerações de Hans Kelsen a respeito dessa tensão.

Dando prosseguimento, será analisada outra corrente, que se poderia dizer menos afeta à autocontenção judicial, representada pela doutrina do professor e Ministro do Supremo Luís Roberto Barroso.

Essas premissas históricas e teóricas serão fundamentais para a discussão subsequente, já que, ao se atribuir a possibilidade discricionária a uma Suprema Corte sobre o que julgar, surge incontornavelmente uma série de questões relativas à sua legitimidade pelo aspecto majoritário inerente ao sistema democrático.

1.2. Jurisdição discricionária na Suprema Corte dos EUA.

É possível afirmar que o principal modelo de jurisdição discricionária no mundo seja o sistema norte americano de admissão de casos pela Suprema Corte daquele país. É verdade que, posteriormente à sua adoção, outras Cortes tenham implantado semelhante regime, bem como, antes mesmo de a Suprema Corte dos Estados Unidos se valer desse mecanismo, o mesmo já houvera sido testado, ainda que não com os mesmos aspectos, no Reino Unido, em especial com o *certiorari* para o King's Bench.

No entanto, dada a clareza de objetivos que nortearam a adoção da regra da discricionariedade, o impacto que teve naquele país, e a repercussão disso para Cortes de outras nações, tem-se naquele modelo um marco no estudo das Supremas Cortes e de seu papel constitucional.

Inicialmente, cumpre dizer que a regra da discricionariedade não fora desde sempre aceita naquele país; muito pelo contrário, no caso *Cohens v. Virginia*¹ (1821), o Chief Justice John Marshall afirmou que

The judiciary cannot, as the legislature may, avoid a measure because it approaches the confines of the constitution. We cannot pass it by because it is doubtful. With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it if it be brought before us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the constitution. Questions may occur which we would gladly avoid; but we cannot avoid them. All we can do is, to exercise our best judgment, and conscientiously to perform our duty

Cem anos depois do caso acima, já em 1921, ocorreria fato político que mudou a trajetória daquele tribunal: a nomeação de William Howard Taft, ex-presidente dos Estados Unidos de 1909 a 1913, agora para o cargo de Chief Justice da Suprema Corte, dos Estados Unidos, cargo a partir do qual se lançou numa campanha para reformar a jurisdição do Tribunal, dentre outros feitos importantes, a exemplo do início da construção do edifício atual.

Antes de ter sido Presidente dos EUA, Taft fora juiz da Suprema Corte do Estado de Ohio, juiz da Corte Federal de Apelações do Sexto Circuito, além de ter ocupado também outros cargos na área jurídica.

Seu ingresso num cargo estritamente político se deu quando de sua nomeação como Governador Geral das Filipinas, em 1901, passando depois disso, já em 1904, para o cargo de Ministro da Guerra durante o governo de Theodore Roosevelt, que o escolheu como seu sucessor, vencendo as eleições de 1908 e tomando posse em 1909 como 27º Presidente dos Estados Unidos da América.

Muito embora alçado ao cargo mais alto daquele país, nunca escondeu que sua grande ambição sempre fora ser Chief Justice. Inclusive, durante sua campanha presidencial, chegou a publicar artigo na revista *Noth American Review*, intitulado

¹ Suprema Corte dos Estados Unidos. **Cohens v. Virginia**, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404. 1821.

“The Law of the Country”², em que tecia críticas à morosidade do judiciário americano, e ao excesso de recursos e regras processuais, mediante as seguintes palavras:

our failure to secure expedition and thoroughness in the enforcement of public and private rights in our Courts was the case in which we had fallen farthest short of the ideal conditions in the whole of our Government

(...)

the number of allowable appeals, overelaborate codes of procedure, expense of litigation, and dilatory judges” justified reform

Mesmo como Presidente, Taft sempre teve seus olhos muito atentos aos problemas enfrentados pela Supre Corte, manifestando em diversas ocasiões a opinião de que não deveria haver direito subjetivo a uma revisão, pela Suprema Corte, de casos já julgados em segunda instância por tribunais inferiores, eis que duas instâncias já seriam suficientes para satisfazer o direito dos litigantes a apreciação de seus pleitos pelo Judiciário. Nesse sentido, o Presidente Taft, em sua segunda mensagem anual ao Congresso, em 06 de dezembro de 1910, fez a seguinte declaração³:

No man ought to have, as a matter of right, a review of his case by the Supreme Court. He should be satisfied by one hearing before a court of first instance and one review by a court of appeals. The proper and chief usefulness of a Supreme Court, and especially of the Supreme Court of the United States, is, in the cases which come before it, so to expound the law, and especially the fundamental law – the Constitution – as to furnish precedentes for the inferior courts in future litigation and for the executive officers in the construction of statutes and the performance of their legal duties.

Apesar de sua defesa pela tese da reforma do judiciário, durante seu único mandato presidencial, suas ideias não foram aceitas pelo Congresso. Após sair do cargo, continuaria a propagar suas ideias como professor universitário, tendo afirmado o seguinte em uma palestra⁴:

² Apud STERNBERG, Jonathan. **Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court.** Wiley Online Library. 2008. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-5818.2008.00176.x> > Acesso em 20/02/2022. P. 08.

³ HEIDEL, Finis Leroy. **The Use of the Writ of Certiorari by the Supreme Court under the Judiciary Act of 1925.** Washington, DC: Law School of Georgetown University. 07/04/1941. p. 24.

⁴ Apud STERNBERG, Jonathan. **Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court.** Wiley Online Library. 2008. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-5818.2008.00176.x> > Acesso em 20/02/2022. P. 08.

The Supreme Court has great difficulty in keeping up with its docket. The most important function of the court is the construction and application of the Constitution of the United States. It has other valuable duties to perform in the construction of statutes and in the shaping and declaration of general law, but if its docket is to increase with the growth of the country, it will be swamped with its burden, the work which it does will, because of haste, not be of the high quality that it ought to have, and the litigants of the court will suffer injustice because of delay

Muito embora não tenha logrado êxito em aprovar as mudanças que julgava necessárias enquanto ocupava a Casa Branca, ao ser empossado Chief Justice da Suprema Corte, em 1921, se apressou em formar uma comissão composta, além de si próprio, também pelos Justices William Day, Willis Van Devanter, e James McReynolds com o objetivo de elaborar um anteprojeto de reforma da jurisdição da Suprema Corte.

Elaborado o projeto, Taft pessoalmente foi ao Congresso defendê-lo, em diversas comissões. Sempre que perguntado, afirmava que a Suprema Corte deveria poder decidir o que é e o que não é importante o suficiente para merecer sua elevada consideração, bem como que as petições recebidas para julgamento seriam melhor analisadas caso não houvesse um enorme estoque de processos aguardando julgamento. Nesse sentido, afirmava também que pelo menos metade do que chegava à Corte não teria qualquer significação para além do interesse das partes.

Após alguns anos, apesar de algumas resistências, tanto de agentes externos à Corte, a exemplo da Associação de Advogados Americana, quanto internos, como o Justice Louis Brandeis, o projeto fora finalmente tornado lei: o Judiciary Act de 1925.

Referida Lei dava seguimento a algumas modificações, ainda que tímidas, começadas pelos Judiciary Act's de 1891 e 1916, no sentido de tornar a maior parte dos casos sujeitos à recurso a Suprema Corte parte de sua jurisdição discricionária, e não obrigatória, sendo, no último caso, o Writ of Error o instrumento por excelência, em contraposição à discricionariedade do Writ of Certiorari.

Ainda que tenha ocorrido enorme transformação no sentido de abranger ampla gama de categorias pelo certiorari, ainda restava, àquela época, diversas classes

sujeitas ao Writ of Error, conforme escreve Jonathan Sternberg⁵:

The 1925 Act did continue writ of error jurisdiction, albeit very limitedly. Under the 1925 Act, writ of error jurisdiction extended to decisions of the courts of appeals denying the validity of a state statute under the Constitution, treaty, or statutes of the United States.¹⁴¹ It also covered both interlocutory and final orders of the United States district courts: (1) in antitrust and interstate commerce law cases; (2) in criminal cases in which the decision was adverse to the United States, jeopardy had not attached, and the defendant had not been acquitted; (3) in suits to enjoin the enforcement of a state statute administrative action, as long as the case had been heard by a special three-judge panel containing a circuit judge; and (4) in suits to enjoin orders of the Interstate Commerce Commission, also only when heard by the special three-judge panel

Muito embora essas hipóteses de jurisdição obrigatória tenham permanecido no ordenamento jurídico norte-americano, a doutrina afirma que, uma vez experimentados os benefícios da discricionariedade na seleção dos casos, a Suprema Corte foi progressivamente impondo restrições que, ao fim e ao cabo, tornaram tais competências também discricionárias.

Em 1988 sobreveio o último Judiciary Act até o momento que, na prática, chancelou em lei a prática da Suprema Corte, ampliando um pouco mais o rol de hipóteses que compartilham avaliação discricionária pela Suprema Corte.

Pelo exposto, pudemos acompanhar a evolução da jurisdição discricionária nos Estados Unidos, passando de um momento de total obrigatoriedade – ao ponto do Chief Justice Marshall ter comparado a negativa de exercício de determinada competência à traição à Constituição – para um momento em que a grande maioria dos casos consiste em jurisdição discricionária.

Essa modificação trouxe grandes impactos para o Poder Judiciário norte americano, possibilitando amplo controle de sua própria agenda, bem como de seu estoque de processos. Ao escolher o que julgar – e o que não julgar – a Suprema Corte dos EUA passa a poder, de modo mais eficaz, se comportar como animal político.

A partir desse ponto de vista, isto é, a Suprema Corte como poder efetivamente político, podemos analisar as diversas correntes que prescrevem como deveria ou

⁵ STERNBERG, Jonathan. **Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court.** Wiley Online Library. 2008. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-5818.2008.00176.x> > Acesso em 20/02/2022. P. 12.

não deveria ser essa atuação, e relacionar esses diversos posicionamentos possíveis com os instrumentos processuais de que dispõe o Tribunal.

1.3. Doutrina da autocontenção judicial, princípio majoritário e relativismo político.

1.3.1. Introdução.

O presente tópico tem como objeto a análise de algumas das principais doutrinas norte-americanas de autocontenção judicial, buscando compreender suas características mais relevantes, principalmente o modo como abordam a questão da legitimidade do Poder Judiciário para proceder ao Controle de Constitucionalidade e as propostas que apresentam no que se refere ao comportamento sugerido para uma Suprema Corte exercer seu ofício.

Esse tema perpassa diversos ramos do conhecimento, mais notadamente o Direito Constitucional e a Ciência Política, sendo catalogado costumeiramente como “*Judicial Politics*”, haja vista que uma abordagem estritamente jurídica das decisões judiciais das Supremas Cortes, que deixe de fora seu inexorável papel de agente político, não satisfaz a curiosidade acadêmica que se volta para a questão acerca da função exercida por esses órgãos no contexto mais amplo das instituições republicanas e democráticas que caracterizam modernamente a política no Ocidente, os chamados Estados Democráticos Constitucionais.

Nos Estados Democráticos Constitucionais pretende-se submeter o Poder Político ao Direito, como forma de assegurar que aquele respeite um determinado rol de Direitos tidos como fundamentais, os quais remontam aos direitos naturais idealizados pelos teóricos iluministas e positivados, em regra, nas constituições.

Essa análise pode ser feita mediante diversas abordagens, e a perspectiva da “autocontenção”, ou “*self restraint*”, é apenas mais uma delas. No entanto, dado seu

valor estratégico para a realização do Direito, essa corrente merecerá, neste espaço, um breve lançar de luzes.

Não abordaremos frontalmente, entretanto, as chamadas “teorias constitucionais normativas” que buscam esclarecer como alcançar argumentativamente uma resposta, a um dado caso sob julgamento, que seja constitucionalmente correta, ou ao menos não equivocada. Em vez disso, traremos esses matizes teóricos ao debate pela via dos trabalhos de Luís Roberto Barroso.

Dentre os diversos autores que tratam do tema, selecionamos dois: James B. Thayer, Alexander M. Bickel e Cass R. Sunstein. A seleção dos autores se deve, em primeiro lugar, ao impacto de suas obras e, em segundo lugar, pela abrangência temporal que dão conta de cobrir. Enquanto Thayer publicou um artigo mencionado por muitos como marco inicial da doutrina do “self restraint” ainda no final do século XIX, Bickel publicou importante obra sobre o tema em meados do século passado.

A escolha da abordagem desse assunto com base em referências estadunidenses decorre da maturidade alcançada pelas diversas escolas de pensamento que se formaram em torno do tema naquele país, que conta com mais de duzentos anos de intensas discussões acerca do papel que cabe ao judiciário naquele sistema político. Seguindo a ordem cronológica, começaremos nossa análise por Thayer.

1.3.2. James Brandley Thayer.

Em 1893, o professor da Harvard Law School James Bradley Thayer publicou artigo acadêmico intitulado “*The Origin and the Scope of American Doctrine of Constitutional Law*”⁶, considerado marco paradigmático da chamada doutrina da autocontenção judicial (*judicial self restraint*).

Naquele trabalho, Thayer argumenta que a melhor tradição jurídica americana é no

⁶ THAYER, James Bradley. **The Origin and the Scope of American Doctrine of Constitutional Law**. Cambridge: Harvard Law Review. 1893.

sentido de que as Cortes somente devem declarar a inconstitucionalidade de Lei quando a mesma for mais do que evidente (“*a clear mistake*”), estando além de qualquer dúvida razoável, de modo a preservar, dessa forma, a autoridade política dos Poderes Eleitos.

É importante notar que o professor de Harvard não alega que essa doutrina seja invenção sua, ao invés disso, procura assentá-la ainda nos primórdios da história dos Estados Unidos, sendo praticada também por Cortes Estaduais, tendo como paradigma suas respectivas constituições, bem como nos desenvolvimentos futuros de diversas cortes americanas, chegando até a data em que escreve, inobstante não fosse esse um entendimento unívoco.

Numa digressão histórica, Thayer afirma que a tradição judicial de declarar a nulidade de leis ante determinado paradigma remonta às práticas da época colonial, sendo resultado do vínculo de submissão à metrópole, a qual impunha sua soberania de diversas formas, a exemplo da possibilidade de, tanto Cortes de última instância, na Inglaterra, quanto por Cortes locais, nas colônias, declararem a nulidade de atos legislativos de parlamentos americanos que contrariassem o que estivesse disposto na Cartas da Coroa Britânica⁷.

Rompidos os laços com a metrópole, entretanto, a figura soberana que impunha limites à atuação política das colônias desapareceu, de sorte que a soberania passou a ser exercida pelo próprio povo, através de suas instituições estabelecidas por uma constituição escrita. Mas e se essas instituições agissem contrariamente à norma fundamental que as estabeleceu?

Nesse caso, muito embora se tratasse de uma opinião controversa ainda no final do século XVIII, seria possível que o judiciário agisse no sentido de derrubar o estatuto inconstitucional, a exemplo do que a Suprema Corte de Rhode Island fez, em 1786, ao julgar o caso *Trevett v. Weeden*, em que os dispositivos de determinada lei, que negavam ao réu, para os delitos relativos à mesma, o direito de ser julgado pelo júri, bem como lhe fechava a via da apelação da decisão, foram considerados

⁷ Exemplificando, o autor cita, dentre outros, o caso *Lechmere v. Wintrop*, julgado na década de 20 do século XVIII, pelo Privy Council inglês, em que se declarou a nulidade de lei provincial da colônia que já estava em vigor a aproximadamente 30 anos.

incompatíveis com a Constituição daquele Estado.

Após Thayer tecer essas considerações sobre a origem histórica do que se denomina *judicial review*, passou a indagar como era concebido esse poder. Sua resposta: como algo “*estritamente judicial*”. Mas o que isso quer dizer?

Com essa expressão, o autor em comento faz referência aos limites da atuação do Poder Judiciário Americano, a quem só cabe manifestação ante um caso concreto, e nos limites exigidos para resolvê-lo. Assim, a averiguação da constitucionalidade de determinada Lei pode ocorrer vários anos após sua entrada em vigor, quando a mesma já produziu diversos efeitos práticos na sociedade.

Desse modo, é plausível que se levante a seguinte questão: se ao Judiciário coubesse, primordialmente, a fiscalização para proteção contra violações legislativas à constituição, por que lhe teria sido conferida essa possibilidade de analisar a constitucionalidade das leis de maneira apenas incidental e posteriormente à sua entrada em vigor?

Dessa limitação, Thayer infere que a revisão judicial da constitucionalidade das leis é somente mais uma dentre muitas salvaguardas contra as violações à Constituição, sendo os outros Poderes também responsáveis pela preservação da autoridade constitucional, de modo a evidenciar o caráter estreito do *judicial review*, dando a entender que se realizar esse controle fosse uma atividade tipicamente judicial, os elaboradores do texto constitucional teriam previsto mecanismos de controle preventivo.

Para endossar essa conclusão, o professor de Harvard menciona algumas instituições políticas que já existiram nos Estados incumbidas de realizar o controle de constitucionalidade de modo independente de casos concretos.

Dentre elas, destaca-se o Conselho de Revisão criado no Estado de Nova York pela Constituição de 1777, do qual vários dos juízes eram membros, e perante o qual todos os atos legislativos deveriam ser apresentados para serem aprovados antes de entrarem em vigor. Isso existiu por mais de quarenta anos, sendo extinto em 1821.

Outros exemplos podem ser encontrados na Constituição da Pensilvânia, de 1776, e na de Vermont, de 1777, em que ambas instituíam um Conselho de Censores, escolhidos a cada sete anos, que deveriam investigar a conduta de cada um dos três Poderes e, dentre outras coisas, apontar as inconstitucionalidades porventura existentes. Na Pensilvânia, esse arranjo durou apenas de 1776 a 1790; em Vermont de 1777 a 1870.

Tais possibilidades de arranjo institucional, outrossim, não passaram batidas quando da elaboração da Constituição Americana. Propôs-se em diversas ocasiões que, para fins de controle de constitucionalidade, o Governo Federal deveria ter direito a uma negativa em qualquer legislação dos estados, ou, ainda, que os governadores dos Estados deveriam ser nomeados pelos Estados Unidos e que deveriam ter uma negativa na legislação estadual. Bem assim, aventou-se que o Presidente da República e as duas casas do Congresso pudessem obter opiniões consultivas da Suprema Corte acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos. Tais propostas, entretanto, não foram aprovadas, estabelecendo-se o expediente de repartição do Congresso em duas casas e de revisão executiva da legislação aprovada e eventual veto, sendo conferido ao Legislativo a prerrogativa de derrubar tal veto, por dois terços de sua maioria.

A consideração desses fatos históricos, na visão de Thayer, corroboravam com sua tese segundo a qual o escopo do controle judicial de constitucionalidade era deveras restrito.

No entanto, admite que, dada a estrutura institucional americana, a qual fora estabelecida por uma constituição escrita com claros limites textuais para a atuação de cada departamento do Estado, é de rigor que haja a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário.

A referida possibilidade/necessidade de controle já fora percebida desde os primeiros anos da história americana por diversas Cortes e autores. No entanto, dada a gravidade da matéria, que compreende o choque de um Poder contra outro, desenvolveu-se, no judiciário, o que o autor chamou de “regra de administração”, a qual veicula certa deferência aos poderes coordenados no trato, pelos juízes, de matérias constitucionais.

Thayer, assim, ao expor a referida “regra de administração”, transcreveu trecho de decisão proferida em 1811 pelo *Chief Justice* Tilghman, da Suprema Corte da Pensilvânia, na qual este afirmava o poder do Tribunal de considerar leis inconstitucionais, mas recusava-se a fazê-lo em um caso particular, declarando o que segue⁸:

*For weighty reasons. it has been assumed as a principle in constitutional construction by the Supreme Court of the United States, by this court, and every other court of reputation in the United States, that an Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt*⁹

Esse trecho, no entanto, não é uma passagem isolada, e nem expressa, segundo Thayer, uma posição minoritária. Grande parte de sua argumentação, portanto, consistirá na exposição de trechos de decisões judiciais, ou dissertações doutrinárias, havidas no final do século XVIII e ao longo do século XIX, de modo a procurar legitimar, historicamente, essa postura restritiva por parte dos tribunais.

Segundo o escritor referido, a “regra de administração” que prescreve às cortes o dever de somente declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando a percepção desse vício estiver além de qualquer dúvida razoável tem um significado muito maior do que mera cortesia e deferência aos outros Poderes. Aquela regra significaria, outrossim, que os juízes se deram conta de que sua tarefa nessas situações vai muito além da mera atividade judicial, ingressando em terreno verdadeiramente político, em esferas de atuação de outros Poderes.

Para Thayer, quando defrontadas com uma questão de interpretação de matérias infraconstitucionais, as Cortes devem afirmar qual seja a única interpretação correta das leis. Nestas situações, não há espaço para a manutenção de diversas interpretações possíveis, ainda que razoáveis, devendo decisão judicial buscar cessar a divergência semântica com um juízo determinando a interpretação que

⁸ THAYER, James Bradley. **The Origin and the Scope of American Doctrine of Constitutional Law**. Cambridge: Harvard Law Review. 1893. P. 14.

⁹ Numa tradução livre, temos: “Por razões de peso, foi assumido como um princípio de construção de sentido constitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por este tribunal, e qualquer outro tribunal de reputação nos Estados Unidos, que um ato do legislativo não deve ser declarado nulo a menos que a violação da Constituição seja tão manifesta a ponto de não deixar espaço para quaisquer dúvidas razoáveis.”

deverá prevalecer.

Situação diversa, entretanto, é aquela em que se discute se determinados atos de outros Poderes são juridicamente permitidos ou não. Nesse caso, não se deve indagar qual seria o *significado verdadeiro* da Constituição, mas sim se a legislação questionada é sustentável perante seu texto.

É nesta aferição de sustentabilidade do texto que entra a referida “regra de administração” segundo a qual a percepção da inconstitucionalidade deve estar além de dúvida razoável para que ela seja declarada. Thayer entende que a partir do texto constitucional várias interpretações podem ser construídas racionalmente.

Muito embora admita que diferentes grupos de intérpretes possam construir interpretações distintas, assume que há uma zona de indeterminação nos enunciados constitucionais, de forma que várias construções semânticas discrepantes estejam albergadas nos mesmos, pois há sempre um espaço de escolha e julgamento. Basta que, para isso, a interpretação escolhida pelo Legislador seja racional.

Ao analisar os atos oriundos de outros Poderes, deve o julgador partir de algumas presunções acerca das virtudes de seus ocupantes, virtudes essas que, para Thayer, decorrem da “teoria de governo” por trás das instituições políticas americanas, segundo a qual os legisladores seriam pessoas “competentes, bem instruídas, sagazes, atentas às finalidades públicas, e aptas para representar um governo de pessoas autônomas¹⁰”, ainda que, muitas vezes, a realidade mostrasse o contrário.

Dessa forma, a presunção a favor do Legislador corrobora para que haja um pesado ônus argumentativo para se afastar a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade. Esse pesado ônus nada mais é do que a aplicação da “regra de administração” defendida pelo professor de Harvard, a qual constitui-se, verdadeiramente, numa espécie de teste de racionalidade. Deve haver, portanto, um “erro claro”.

Ao fim e ao cabo, Thayer conclui que a adoção da doutrina que propõe valoriza uma

¹⁰ THAYER, James Bradley. *The Origin and the Scope of American Doctrine of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard Law Review. 1893. P. 23.

cultura de responsabilidade política constitucional por parte dos membros dos outros poderes, fazendo com que eles analisem não apenas a conveniência das leis, mas também sua constitucionalidade. O autor em comento teme que, do contrário, seria fomentado um ambiente político em que os legisladores tenderiam a ignorar a análise de constitucionalidade em razão da crença de que esse tema é apenas afeto às Cortes, empobrecendo a experiência política e abrindo mão de parte do dever de representação neles depositados pelo povo, a quem cabe representar.

A doutrina de Thayer angariou adeptos de peso para a defesa dessa postura judicial a que denominam *self restraint*, ou autocontenção judicial. Dentre esses adeptos, podemos destacar juízes da Suprema Corte Americana como Oliver Wendell Holmes Jr, Felix Frankfurter e Louis Brandeis. Na doutrina, Alexander Bickel ocupa notória posição.

Antes de prosseguir no estudo de outros autores do ambiente político e institucional norte americano, convém analisarmos também a visão de outro autor, dessa vez austríaco, que defende tese que, embora parta de premissas diferentes, radicando seus argumentos em considerações eminentemente filosóficas, chega à conclusão semelhante.

1.3.3. Justiça, Democracia e Jurisdição Constitucional no Pensamento de Hans Kelsen.

1.3.3.1. O Positivismo Normativista de Kelsen.

Hans Kelsen, jurista e cientista político, ficou conhecido por sua Teoria Pura do Direito¹¹, a partir da qual propõe uma metodologia de análise do Direito focada na norma jurídica enquanto entidade mínima de sentido deôntico, deixando de fora

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

desse recorte científico tudo que é alheio ao Direito sob uma perspectiva formal, tais como considerações sociológicas, psicológicas, políticas, morais, e etc., em razão da incompatibilidade metodológica para o estudo de cada uma dessas áreas.

Por essa teoria, as normas jurídicas, como espécie do gênero “norma”, distinguem-se das outras modalidades, como as normas morais ou de etiqueta, pelo fato de possuírem atos coercitivos como sanção, independentemente da mera desaprovação social, e funcionam como um esquema de interpretação – possuindo natureza gnosiológica – da conduta humana, dizendo não sobre o que é, mas sobre o que deve-ser.

Assim, um determinado fato como, por exemplo, o assassinato de um indivíduo, precedido de certa formalidade ritualística, nada diz por si mesmo, devendo ser interpretado à luz das normas jurídicas que qualificarão tal ato, seja como um homicídio ou, ainda, como a legal execução de uma sentença. A diferença, em todo caso, não reside na facticidade do ato em si, mas sim em seu significado objetivo.

Esse significado objetivo do ato lhe é emprestado por uma norma jurídica individual e concreta que, a seu turno, possui o caráter objetivo de um dever-ser, e não meramente subjetivo de expressão da vontade de seu emissor, pelo fato de ter sido proferida pela autoridade competente, mediante determinado procedimento, presumivelmente, portanto, de acordo com as normas gerais e abstratas que regem a matéria. Esse raciocínio, portanto, propõe que um determinado sentido subjetivo de um ato de vontade somente será alçado à objetividade de um dever-ser quando uma norma, cuja validade em última análise se pressupõe, lhe conferir essa qualidade, de modo que somos direcionados à questão acerca de com que fundamento uma determinada norma vale. A resposta passará por uma análise dinâmica do ordenamento jurídico, já que a validade de uma norma, posta por um ato de conduta humana, somente pode ser encontrada em outra norma, que metaforicamente se chama “superior”, descortinando-se, destarte, a estrutura escalonada do ordenamento.

Nesse sentido, o confinamento de um indivíduo poderá ser interpretado como devido sob a ótica da sentença que o determinou, e a validade dessa sentença, por sua vez, deve ser respondida com recurso ao código penal e ao código de processo

penal, os quais, por sua vez, encontram seu fundamento de validade na constituição, e a validade desta, entretanto, tem de ser pressuposta como norma fundamental, que assume a função de premissa maior no raciocínio que fundamenta a validade da constituição.

Essa pressuposição, por sua vez, ao contrário do que críticos do autor em comento por vezes afirmam, não é algo que ocorre no vácuo da abstração. Trata-se de uma norma pensada como pressuposto ao se observar a existência de uma ordem coercitiva globalmente eficaz que é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas. Desta feita, ela tem lugar observando-se a realidade social, de modo que se pode dizer que a validade da ordem jurídica depende de a mesma ser, em geral, acatada pelos indivíduos que a integram¹².

1.3.3.2. Investigações sobre a Justiça.

Se, por um lado, Kelsen julga ter sido bem-sucedido em apreender cientificamente o Direito como objeto de estudo, o mesmo não se deu ao lançar-se à análise de outro tipo de normas, as quais se denominam normas de Justiça.

Para buscar descobrir, de forma objetiva, em que consiste isso que os seres humanos desde a antiguidade recorrem à título de Justiça, o autor se pôs a analisar, minuciosamente, das tradicionais fórmulas de justiça¹³, tais como o *suum cuique* (dar a cada um o que é seu), a “regra de ouro” (não faças aos outros o que não queres que te façam a ti) e o princípio retributivo, até os sistemas de filosofia moral mais notáveis, como o de Aristóteles, com sua regra da mesotes, de Kant e seu imperativo categórico, passando pelos princípios da justiça de Marx e pelas teorias do contrato social. Ao fim e ao cabo, classificou os diversos princípios de justiça em dois grupos: metafísicos, categoria em que arrola a teoria das ideias de Platão e o

¹² KELSEN, Hans. **O que é Justiça?**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 287.

¹³ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 03-66.

princípio da Justiça divina, e, a seu lado, a classe de teorias da justiça racionalistas ou pseudo-racionais, dentre as quais destacam-se as outras acima citadas.

Ambas as classes supra mencionadas, entretanto, podem ser consideradas como exemplos de uma mentalidade que Kelsen denomina absolutismo filosófico, segundo o qual há uma realidade absoluta, para além da que é apreensível pelos sentidos, e que pode ser acessada pela razão ou por divina revelação. Segundo essa concepção, não só pode ser postulada a existência de uma verdade absoluta, como também a existência de valores absolutos, a partir dos quais se pretende fundamentar objetivamente a resposta sobre o que é a Justiça.

Discordando, porém, dessa mentalidade, o autor conclui que todos os princípios e teorias de justiça já formulados não passam de fórmulas vazias, que acabam por pressupor, para sua aplicação, a moral positiva, isto é, dada, e o direito positivo. Reconhece-se, dessa maneira, a incapacidade de se fundamentar racional e objetivamente a escolha dos valores últimos que orientam os diversos paradigmas de justiça existentes. Diferentemente, portanto, da fundamentação da objetividade das normas jurídicas, que tocam a realidade por sua geral efetividade, e que por isso fazem pressupor ao observador a validade da norma fundamental do sistema, a partir da qual se fundamenta epistemologicamente a validade das outras normas que lhe são “inferiores”, a fundamentação das normas morais não pode ser alcançada por via análoga.

Em matéria de Justiça, por outro lado, Kelsen afirma que a escolha, por exemplo, entre quais dos princípios deve prevalecer: liberdade ou segurança, vida ou liberdade, compaixão ou verdade, não pode ser resolvida por recurso à razão, a qual tem por função apenas conhecer, e não querer, sendo o aspecto volitivo, essencialmente emocional, o determinante na hierarquização dos valores. Essa postura de Kelsen é denominada relativismo axiológico, ou filosófico, e consiste, efetivamente, na negação da possibilidade de uma teoria racional da justiça. Isso não significa, entretanto, que a adoção de certos valores por indivíduos ou comunidades seja algo arbitrário e solipsista, como se cada indivíduo possuísse seu próprio sistema de valores. A bem da verdade, o surgimento de valores é um fenômeno social, e está ligado às pressões que os indivíduos exercem historicamente uns sobre os outros nos diversos contextos sociais e econômicos em

que se encontram, e atendem à necessidade humana de justificação do comportamento¹⁴.

A identificação da oposição entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico, por sua vez, não se mostra relevante apenas no âmbito da epistemologia. Mais que isso, Kelsen afirma que essa oposição é de fundamental importância também para a ciência política, eis que há uma correlação entre o absolutismo filosófico e a autocracia, de um lado, e o relativismo filosófico e a democracia, de outro.

1.3.3.3. Democracia como um relativismo político.

Assim, essas duas diferentes posturas – a negação ou a afirmação de valores absolutos alcançáveis racionalmente ou mediante revelação – dão ensejo a duas formas distintas de decidir sobre como o conteúdo do direito positivo deve ser preenchido.

Ora, se há uma verdade absoluta, e valores absolutos, revelados a alguns poucos escolhidos, ou descobertas por alguns notáveis, por que razão seria preferível que uma maioria de ignorantes se assenhorasse dos destinos políticos da comunidade, somente pelo fato meramente numérico de ser maioria? Não seria legítimo que um autocrata, um rei-filósofo, ou coisa do gênero, que detenha esse acesso ao conhecimento absoluto da Justiça ditasse as regras? Concordando com esta mentalidade, de caráter racionalista, são listados Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Dante Alighieri e Hegel. Ainda, Kelsen chama essa corrente de pensamento de totalitarismo epistemológico¹⁵.

No outro extremo, o relativismo filosófico, de caráter cético e empirista, nega a existência do absoluto afirmando que a realidade só existe no interior do

¹⁴ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 01-25.

¹⁵ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 350.

conhecimento humano, sendo relativa, portanto, ao sujeito cognoscente. Essa posição também pode ser denominada de epistemologia relativista e, tal como defendido por Kant, interpreta o processo cognitivo como sendo a criação de seu objeto, pressupondo a liberdade do sujeito cognoscente. Tal liberdade, para que não descambe no pluralismo – existência de tantas realidades quanto sujeitos cognoscentes – ou no solipsismo – negação de qualquer realidade externa ao sujeito cognoscente – precisa ser equilibrada pela suposição da igualdade entre os sujeitos cognoscentes, o que implica a igualdade em seus processos cognitivos.

A repercussão dessa epistemologia relativista no plano político é, pois, que a existência de múltiplas visões de mundo e de valores é fato inexorável da experiência humana, e o único sistema político que não só tolera essa diversidade, mas como a pressupõe é a Democracia. A tolerância aparece, então, como um valor fundamental da Democracia, e intimamente ligado ao relativismo filosófico. E da mesma forma que a epistemologia relativista está calcada na liberdade e na igualdade dos sujeitos cognoscentes, a Democracia tem na sua base a síntese entre os princípios da liberdade e da igualdade.

Ao discorrer sobre a liberdade, Kelsen chama atenção para uma metamorfose nesse conceito. O ponto de partida para a compreensão da ideia de liberdade é a negação, pelo indivíduo, de qualquer ordem social. Ao se considerar igual aos seus semelhantes, ele rejeita submeter-se à vontade alheia, ainda que esta vontade provenha do ente estatal. Nesse sentido, o indivíduo, para ser livre, não deve submeter-se a qualquer vontade alheia, mas apenas à sua própria.

Essa ideia, entretanto, não pode ter lugar numa ordem coercitiva da conduta humana, vez que representa sua própria negação. Para adaptá-la ao convívio social, portanto, Kelsen afirma ser preciso que a ideia de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado transfigure-se em participação do indivíduo no poder do Estado, isto é, em autodeterminação: liberdade em sentido político. O princípio da autodeterminação, para ser concretizado, exige que o indivíduo possa tomar parte na formação da vontade estatal, e isso ocorre através do princípio do voto majoritário.

Nesse sentido, o princípio do voto majoritário ou princípio da maioria, mais

especificamente a maioria absoluta, para Kelsen, corresponde à maior aproximação possível ao ideal de liberdade, já que “a ideia que subjaz ao princípio da maioria é de que a ordem social estará em conformidade com o maior número de sujeitos possível e em desacordo com o menor número possível”¹⁶. E é no princípio da maioria, portanto, que observamos a associação do ideal de liberdade com o de igualdade, sendo que a realização do primeiro pressupõe a aceitação do último, na medida em que reconhece a todos os indivíduos o mesmo valor político e a mesma pretensão de que a ordem social seja estabelecida de acordo com sua vontade.

O princípio da maioria, por sua vez, pressupõe o resguardo da minoria, pois não seria possível falar em maioria sem minoria, haveria unanimidade. Daí resulta a importância dos direitos fundamentais, para se garantir a possibilidade de existência da minoria e, dessa forma, tornar viável que, eventualmente, seja alçada à condição de maioria. Isso demonstra que, na Democracia, as diferentes concepções de valores são toleradas e, se num momento determinada concepção é minoritária, futuramente poderá ser majoritária e vir a integrar o conteúdo da ordem social. Daí a afirmação de Kelsen de que a Democracia é um relativismo político.

E é tendo em vista a relevância do relativismo filosófico no pensamento kelseniano que Richard Posner chega a afirmar, de forma acurada, que “a defesa da democracia por Kelsen é fruto do projeto puramente negativo de refutar o platonismo”¹⁷, representando-se na figura dessa última proposta político-filosófica o modelo por excelência de totalitarismo epistemológico.

Nesse quadro, a instituição do Parlamento aparece como sendo o órgão da comunidade política capaz de conferir visibilidade às diversas visões de mundo, bem como de agregá-las ou conciliá-las. Assim, na moderna Democracia, de caráter indireto – não obstante se faça presente também diversos institutos de Democracia direta, a exemplo do referendo popular –, a formação da vontade do Estado se dá principalmente através da instituição do Parlamento, órgão colegial eleito pelo povo, isto é, pelos titulares ativos dos direitos políticos que os exerceram através do

¹⁶ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 179.

¹⁷ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; Revisão Técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 81.

processo eleitoral, e é integrado pelos assim chamados “representantes do povo”.

Uma crítica que se costuma dirigir a essa instituição, no entanto, cinge-se à negação do caráter democrático do Parlamento em razão de a “representação” ser, em verdade, apenas uma ficção. Nesse ponto Kelsen admite que, de fato, a representação é uma ficção que busca apenas legitimar a instituição parlamentar sob a perspectiva da soberania popular. Realmente, a formação da vontade estatal por via indireta, mediante o Parlamento, em vez de pela via direta, sobretudo quando se tem em vistas que os parlamentares não podem receber instruções de caráter vinculante de seus eleitores, é mais uma concessão, um amesquinamento, do ideal de liberdade política, consistindo verdadeiramente numa declaração de independência do Parlamento em relação ao povo.

Essa crítica, entretanto, desconsidera que, em sociedades complexas como as modernas, não é possível abdicar de técnicas sociais eficientes para o trato da vida comum como o princípio da divisão do trabalho, tal qual o exercício de uma Democracia direta requereria. Em decorrência disso, vemos que a legitimação do Parlamento não precisa se dar exclusivamente com recurso ao ideal de liberdade política, expresso na ficção da “representação”, sendo mais coerente, no pensamento kelseniano¹⁸, explicá-la como uma conciliação entre a ideia de autodeterminação, expressa na escolha dos representantes pelo sufrágio universal, igualitário e periódico, de um lado, e o princípio da distribuição do trabalho, condição essencial do progresso técnico-social, de outro.

Além disso, ao discorrer sobre o papel que historicamente os Parlamentos têm desempenhado, Kelsen observa que “todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso”¹⁹. Nessa toada, o autor entende que a instituição parlamentar, ao organizar os indivíduos em maioria e minoria, cria um meio-termo entre interesses opostos, acomodando antagonismos, e transformando a tese e a antítese dos interesses políticos numa síntese. Esse

¹⁸ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 45.

¹⁹ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 70.

modelo político, vale repisar, só pode se sustentar mediante a proteção das minorias frente às maiorias, fazendo sobressair o papel dos direitos e liberdades fundamentais, cujo rol “se transforma, de instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, em instrumento de proteção da minoria – de uma minoria qualificada – contra a maioria puramente absoluta”²⁰. Não é por outra razão que se afirma que a função política da constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder²¹.

O devido cumprimento dessa função que Kelsen reconhece à constituição de uma ordem jurídica democrática, isto é, a limitação do Poder pelo Direito e o asseguramento das liberdades e garantias das minorias, pressupõe um órgão da comunidade política apto para realizar essa tarefa. E se, por um lado, o Parlamento aparece como sendo o órgão, por excelência, mais capaz de expressar a vontade da maioria, o mesmo não pode ser dito quanto à sua capacidade de frear certos excessos seus que poderiam pôr em risco os direitos das minorias, pois nesse caso se faria juiz de si mesmo.

O controle da observância desses limites, vale dizer, a guarda da constituição ante a alegação de seu descumprimento por parte dos poderes políticos, em especial pelo Parlamento, não poderia, portanto, ficar a cargo justamente dos órgãos a serem controlados. Para resolver esse impasse, Kelsen postula a criação de um Tribunal Constitucional, que exerceria um papel de legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as normas que julgasse inconstitucionais, seja porque consistentes em leis promulgadas em desacordo com os ritos prescritos pela norma fundamental, seja porque há conflito entre seu conteúdo e o da constituição.

²⁰ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 68.

²¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sérgio Sérvulo da Cunha. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P 240.

1.3.3.4. O papel da Jurisdição Constitucional para Hans Kelsen.

Chamado de modelo austríaco, ou concentrado, de controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, distintamente do modelo americano ou difuso de controle, possuiria a vantagem de evitar decisões contraditórias, conferindo eficácia uniforme às suas decisões. Bem assim, evitar-se-ia a proliferação de demandas individuais e a incerteza jurídica, por permitir a impugnação em abstrato dos dispositivos normativos a serem controlados.

A respeito desse modelo de Tribunal Constitucional, uma ponderação importante deve ser feita. No que se refere às críticas de violação do princípio da separação dos Poderes, Kelsen responde que, em verdade, tal tribunal exerce uma função efetivamente legislativa, e não jurisdicional, pois que as normas por ele criadas têm caráter geral, e não individual. Sendo então um órgão do Poder Legislativo, mesmo que organizado sob a forma de tribunal e assegurando-se a independência de seus membros, sua atividade poderia ser interpretada como a repartição de poder legislativo em dois órgãos, e a independência do mesmo frente ao legislador positivo seria, então, não uma contradição com o princípio da separação dos poderes, mas sua afirmação.

Diante do que até aqui foi exposto, podemos concluir que, no pensamento de Kelsen, ao desempenhar o papel de guardião da constituição, e em particular dos direitos e liberdades fundamentais, o Tribunal Constitucional atua como defensor das minorias, cuja existência, como já visto, é verdadeiro pressuposto da Democracia, a qual, por sua vez, é chamada por Kelsen de relativismo político, diante do fato de, partindo do princípio da tolerância, abraçar a possibilidade de múltiplas visões de mundo, com a coexistência de múltiplos valores, os quais não podem ser racionalmente hierarquizados, dada sua natureza subjetiva e emocional. Assim, a atuação da Jurisdição Constitucional no sentido de dar efetividade aos direitos e liberdades fundamentais o coloca na posição de garante não só da Constituição, mas também da própria Democracia, que, enquanto relativismo político, exige a proteção das minorias.

Ocorre que, nos diversos catálogos de direitos e liberdades fundamentais, as constituições por vezes enunciam palavras demasiadamente vagas como equidade, justiça, liberdade, moralidade, igualdade, etc., sem, entretanto, delimitar o sentido dos termos (até por isso não ser possível). A respeito desses termos, Kelsen afirma que, na seara da jurisdição constitucional, eles podem desempenhar um papel extremamente perigoso. É que, ao se pronunciar sobre a constitucionalidade de determinada lei, se o Tribunal Constitucional entender por anulá-la por “ser injusta”, e portanto violar o mandamento constitucional de observância da Justiça, ou qualquer outro termo assemelhado, “a força do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável”²². Prossegue o autor afirmando que “a concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse de justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com maioria do Parlamento, que votou a lei”²³.

Kelsen reputa esse fenômeno um deslocamento de poder totalmente contradicado, sob o ponto de vista político, do Parlamento para o Tribunal Constitucional. A esse mal, entretanto, o pensador austríaco fornece como remédio apenas a insatisfatória sugestão de precisão na escolha dos vocábulos de que se valem as constituições.

Em conclusão, é de se observar, portanto, que certos usos que podem ser feitos, pelo Tribunal Constitucional, desses termos vagos, podem representar, eventualmente, a negação de sua razão de ser, que de acordo com as premissas kelsenianas, deita suas raízes profundas no relativismo filosófico. É importante notar que essa crítica de Kelsen ao referido “deslocamento de poder” do Parlamento para o Tribunal Constitucional é feita sob uma perspectiva “política”, isto é, considerando o valor a que o autor atribui ao Parlamento como instituição garantidora do princípio da liberdade, ou melhor dizendo: autodeterminação, e que é instrumentalizado por meio do sufrágio universal.

²² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sérgio Sérvulo da Cunha. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 169.

²³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sérgio Sérvulo da Cunha. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 169.

Sob uma perspectiva da Teoria Pura do Direito, por outro lado, Kelsen enxerga na atividade de interpretação autêntica – aquela realizada pelas autoridades competentes – um misto de ato de conhecimento com ato de vontade, consagrando assim a discricionariedade judicial como um elemento inexpurgável do Direito. Por isso, a pretensão de cientificidade da Teoria Pura do Direito descamba na negação da possibilidade de o conhecimento racional fornecer um método de interpretação capaz de alcançar uma única resposta correta, limitando-se a expor as interpretações possíveis, dado que muitas vezes os fatores determinantes para a escolha do sentido a ser fixado para a norma aplicanda são de caráter metajurídico.

1.3.4. O Judicial Review como elemento contramajoritário e as virtudes passivas das Supremas Cortes na obra de Alexander Bickel.

1.3.4.1. A dificuldade contramajoritária.

Alexander Bickel publicou, em 1962, um livro paradigmático chamado “The Least Dangerous Branch”²⁴. O título faz referência ao que disse Alexander Hamilton no *Federalist* nº 78 ao afirmar que, dos três poderes, o Judiciário seria o que menos poderia ameaçar os direitos políticos dos cidadãos pois, se, por um lado, o Poder Executivo possui a “espada” e, por outro, o Legislativo estabelece as leis e a destinação das verbas públicas, ao judiciário caberia “meramente” a função de julgar e, para que se cumpram suas ordens, dependeria do Poder Executivo.

O tempo tratou de demonstrar, entretanto, a autonomia e a imponência da qual a Suprema Corte se reveste numa república democrática politicamente estável, razão pela qual há algo de ironia na escolha do título por Bickel.

O cerne das reflexões desse autor gira em torno do papel que cabe à Corte

²⁴ BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

desempenhar, tendo em vista a possibilidade de interpretar a constituição e de afastar leis por inconstitucionalidade, enquanto órgão formado por agentes não eleitos e com mandato vitalício, no contexto da Democracia Americana, em particular.

Para tanto, Bickel parte das seguintes premissas. Em primeiro lugar, afirma que o Poder de *Judicial Review* não se encontra delineado na Constituição americana, muito embora seja possível realizar-se uma leitura da mesma que o encaixe em seu texto. Esse poder seria, na verdade, uma construção jurisprudencial realizada, sobretudo, por John Marshall, que com seu gênio de estadista, acabou por moldar em larga medida as feições do judiciário americano aos seus ideais, ligados ao antigo partido Federalista, do qual fazia parte, e que defendia uma maior preponderância da União na vida política do país recém criado.

Bickel não questiona que a Constituição seja a norma fundamental do sistema político norte-americano, e nem que deva servir como paradigma para a aferição da constitucionalidade das leis. O que põe em cheque é qual órgão da estrutura estatal daquele país deveria ter o direito de dizer se uma lei é ou não constitucional.

Nesse sentido, afirma que a votação de determinada matéria pelo Congresso pressupõe que seus membros interpretaram a constituição e concluíram pela validade perante esse texto do projeto que aprovaram. Bem assim, a sanção pelo Presidente da República atesta esse mesmo fato.

Assim, na constituição norte-americana, para o processo legislativo não há previsão de participação das Cortes, só tendo voz os poderes eleitos, de modo que o reconhecimento por Marshall, quando do celebre caso *Marbury vs. Madison*, de que caberia às Cortes negar validade aos atos do executivo e legislativo quando entendessem haver violação à Constituição seria fruto de um raciocínio falho.

Dentre outras razões, afirma que não há, na maioria esmagadora dos casos, inconstitucionalidades auto evidentes, como Marshall supôs ao dizer que se duas leis confrontam-se uma com a outra, a primeira sendo a constituição e a segunda uma lei ordinária, deve prevalecer a primeira em detrimento da segunda, sob pena de a constituição não poder ser considerada a lei suprema do país. Essa afirmação

seria fruto de uma compreensão que aponta como “strict constructionist”, o que no Brasil poderíamos chamar de formalismo interpretativo.

Afirma, também, que o reconhecimento do judicial review quanto a leis federais sequer fora considerado pelo primeiro congresso americano, já que no judiciary act de 1789 apenas havia previsão de controle de atos estaduais, não havendo qualquer menção ao controle de leis federais.

Inobstante isso, diz que, se por um lado não haveria qualquer pista no texto da constituição que indicasse competir à Suprema Corte controlar a constitucionalidade dos atos do legislativo e executivo federais, também não haveria nenhuma proibição nesse sentido, tendo esse poder sido adicionado ao espectro de possibilidades semânticas do texto constitucional pela criatividade de Marshall.

Muito embora não considere, portanto, inconstitucional esse poder de controle pelo judiciário dos atos dos poderes federais eleitos, afirma, entretanto, que o judicial review é uma instituição desviante da teoria de governo adotada na carta magna, sendo antidemocrático.

Ao considerar antidemocrático o judicial review, Bickel quer com isso dizer que um corpo de juízes não eleitos, ao negar validade a leis elaboradas por agentes eleitos e, por isso, politicamente responsáveis perante o eleitorado – que pode simplesmente não renovar seus mandatos na próxima eleição – frustra a vontade majoritária expressa nas urnas, sem que o povo possa fazer nada a respeito, já que o cargo dos juízes da Suprema Corte norte americana é vitalício.

A partir disso, Bickel infere que, nos EUA, o controle de constitucionalidade enfrenta uma dificuldade, tanto em termos de teoria de governo, quanto em termos de prática política, a qual denomina “dificuldade contramajoritária”, expressão que denota o caráter de avanço sobre a vontade da maioria, representada pelos poderes eleitos, implicada no exercício do judicial review.

Muito embora faça tais afirmações a respeito desse instituto, a intenção de Bickel não é rechaçar sua possibilidade, ou negá-lo de qualquer forma, apenas chamar a atenção para uma dificuldade que, embora não impeditiva, deva ser considerada com prudência sempre que a Corte estiver diante de uma oportunidade de exercer

esse controle.

1.3.4.2. Justificação do *judicial review*.

Após expor todas essas considerações a respeito da dificuldade contramajoritária implicada no *judicial review*, Bickel se pergunta se haveria alguma justificação plausível para a aceitação desse instituto na democracia norte americana para além da mera permanência histórica dessa prática até a data em que escreveu. Isto é, se haveria uma necessidade política para o bom funcionamento do sistema que somente poderia ser satisfeita pela Suprema Corte, por suas características institucionais, e que não poderia ser performada adequadamente nem pelo Congresso e nem pelo Presidente da República.

Nesse sentido, Bickel afirma que tanto o congresso quanto o Presidente da República, por estarem imediatamente envolvidos nas disputas políticas cotidianas, orientam sua ação política para o curto prazo, não sendo característico dessa atuação o desenvolvimento de princípios duradouros para orientar o direito de modo, por assim dizer, apartidário. Nesse sentido, defende que²⁵

The need might have been felt for an institution wich stands altogether aside from the current clash of interests, and wich, insofar as is humanly possible, is concerned only with principle

Outra razão apontada para legitimar o *judicial review* seria o fato de que a apreciação da constitucionalidade das leis ocorre bem depois de sua entrada em vigor, visto que naquele sistema não há controle em abstrato e nem preventivo, de modo que ao avaliar a pertinência da norma com a carta magna seria possível também aferir seus resultados e também sua aceitação social, sendo um exame realizado em concreto. Confira-se, a esse respeito, as palavras do autor em comentário²⁶:

²⁵ BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986. P. 25.

²⁶ BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press,

Another advantage that courts have is that questions of principle never carry the same aspect for them as they did for the legislature or the executive. Statutes, after all, deal typically with abstract or dimly foreseen problems. The courts are concerned with the flesh and blood of an actual case. This tends to modify, perhaps to lengthen, everyone's view. It also provides an extremely salutary proving ground for all abstractions; it is conducive, in a phrase of Holmes, to thinking things, not words, and thus to the evolution of principle by a process that tests as it creates.

Após expor esses argumentos, Bickel encerra sua dissertação a respeito da justificação do *judicial review* na democracia norte americana com seu argumento mais importante para esse instituto, abordando o que ele chama de “função mística” do controle de constitucionalidade, que se articula em dois aspectos: em primeiro lugar, a função legitimadora que a corte exerce ao manifestar-se a respeito da constitucionalidade das leis e, em segundo lugar, em razão do papel simbólico que exerce no arranjo institucional daquele país.

No que se refere à função legitimadora, defende o autor em comentário que ao manifestar-se a Corte a respeito da constitucionalidade dos atos dos outros poderes de modo positivo, empresta-se legitimidade a tais atos. Por evidente, isso só é possível num contexto em que se faculta à Corte, caso entenda necessário, decidir em sentido oposto, isto é, pela sua inconstitucionalidade, já que de nada valeria a chancela do Tribunal se estivesse obrigado a concedê-la.

Somado a isso, argumenta o autor que o papel exercido pela Corte naquele país é algo que simbolicamente pode ser entendido como a personificação da constituição, justamente pela missão que lhe é dada de dizer o que seja o direito em cada caso concreto que julga.

Na esteira dessa função simbólica, Bickel chega a comparar o papel da Corte ao exercido pela Coroa no Reino Unido, isto é, uma personificação da unidade política. Isso se deve ao fato de a Corte ser observada como uma continuidade, jamais sendo renovada de uma vez só. Nesse sentido, o mandato vitalício de seus magistrados exerce um papel importantíssimo, de modo em que seus integrantes se observa a manifestação da atuação política das forças políticas do passado e do presente. Adiciona a isso o fato de, naquela época (talvez hoje isso não fosse verdade), a maioria dos Justices ser oriunda da política, tendo serviços prestados à

nação nos mais diversos cargos, sejam eles eletivos ou por indicação, de modo que, efetivamente, se observa na composição do Tribunal a ligação com o passado institucional da vida política americana.

Assim, em conclusão, pode-se dizer que, muito embora o judicial review, na opinião do autor, enfrente uma dificuldade contramajoritária, por possuir um caráter antidemocrático, esse instituto se justifica no arranjo institucional norte americano por possibilitar à Suprema Corte o desenvolvimento de princípios constitucionais, que não poderiam, por razões de desenho institucional, ser realizados pelos poderes eleitos, a partir do ângulo privilegiado do caso concreto, e que acarreta numa função legitimadora do direito daquele país, permitindo à Corte consagrar-se como o símbolo supremo da constituição.

1.3.4.3. As virtudes passivas.

Tendo em vista essas duas premissas fundamentais, a saber, (1) que o judicial review é uma instituição desviante da teoria de governo norte americana – antidemocrática, nas palavras do autor – mas que, apesar disso, (2) sua presença no sistema possibilita o que se pode considerar uma função legitimadora das decisões da Suprema Corte, pois ao não declarar a inconstitucionalidade de uma lei acaba por emprestar-lhe sua legitimidade, Bickel afirma que a principal virtude que deve nortear a atuação daquele tribunal é a prudência.

Nesse sentido, a Corte deve agir estrategicamente, em seu âmbito político de atuação, para sempre prezar pela manutenção de sua autoridade, e também por evitar o cometimento de erros que tenham o condão de internalizar na doutrina constitucional da Corte princípios que não deveriam ser sustentados.

É nesse contexto que Bickel afirma que um dos principais instrumentos políticos à disposição da Corte consistiria numa séria de dispositivos que o autor busca catalogar e delinear que permitem ao tribunal exercer o que chama de “virtudes passivas”. Assim, uma das principais decisões que a Suprema Corte pode tomar é,

em certas circunstâncias, decidir por não decidir. Confira-se trecho de sua obra²⁷:

It follows that the techniques and allied devices for staying the Court's hand, as is avowedly true at least for certiorari, cannot themselves be principled in the sense in which we have a right to expect adjudications on the merits to be principled. They mark the point at which the Court gives the electoral institutions their head and itself stays out of politics, and that is nothing paradoxical in finding that here is where the Court is most a political animal

Desse modo, usa-se o tempo a favor da instituição, vez que integrada por membros vitalícios, descomprometidos com quaisquer resultados eleitorais, não havendo qualquer necessidade de se apressarem em decidir determinados assuntos que, se maturados nas cortes inferiores por mais tempo, podem ser futuramente apreciados com um maior lastro de discussões, sem correr o risco de tomar decisões precipitadas, no calor dos acontecimentos políticos.

Dentre os diversos mecanismos mencionados por Bickel, certamente o principal instrumento consiste na negativa discricionária ao certiorari – e é nesse ponto que conectamos toda essa exposição ao capítulo que abre essa parte da dissertação – já que consiste numa faculdade da Corte recebê-lo ou não, esse instrumento possibilita a mesma agir como um verdadeiro “animal político”, controlando o *timing* das decisões, bem como sua agenda.

A esse respeito, Bickel menciona um caso paradigmático em que considera que o exercício da negativa do certiorari teria sido incomensuravelmente benéfica para o sistema político norte americano. Trata-se do caso *Korematsu v. United States*, que certamente se encontra no ranking das decisões mais infames já proferida por aquela Corte.

O caso foi o seguinte. Pouco tempo depois que os EUA entraram na Segunda Guerra Mundial, o presidente Franklin D. Roosevelt, em 19 de fevereiro de 1942, assinou a Ordem Executiva nº 9066, autorizando o Secretário de Guerra e as forças armadas a remover pessoas de ascendência japonesa do que designaram como “áreas militares e comunidades vizinhas” nos Estados Unidos, as quais se tornaram proibidas para estrangeiros japoneses e cidadãos nipo-americanos.

²⁷ BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986. P. 132.

Com base nesse ato normativo, desencadeou-se o transporte em massa e a realocação de mais de 120.000 japoneses para lugares que o governo chamou de campos de detenção – por que não dizer: campos de concentração – que foram montados para essa finalidade específica.

Dentre essas pessoas estava Fred Korematsu, na época com 23 anos, cidadão nipo-americano, que decidiu não cumprir a ordem de deixar sua casa e trabalho, mudando seu nome para tentar disfarçar sua ascendência como sendo espanhica e havaiana.

Poucos meses depois, no entanto, o FBI prendeu Korematsu por não se apresentar a um centro de realocação. Após sua prisão, decidiu permitir que a União Americana pelas Liberdades Civas o representasse e fizesse de seu caso um caso de teste para contestar a constitucionalidade da ordem do governo. Após perder nas duas primeiras instâncias, Korematsu conseguiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos ouvisse seu caso. Em 18 de dezembro de 1944, por 6 votos a 3, decidiu a Corte, que a detenção era uma “necessidade militar” não baseada em raça.

Diante do *holding* dessa decisão, Bickel aponta como correta a visão do Justice Robert Jackson, que em seu voto dissidente atacou a posição adotada pela Suprema Corte. Confira-se abaixo trecho de sua *dissenting opinion*²⁸, transcrita por Bickel:

Much is said of the danger to liberty from the Army program for deporting and detaining these citizens of Japanese extraction. But a judicial construction of the due process clause that will sustain this order is a far more subtle blow to liberty than the promulgation of the order itself. A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency. Even during that period, a succeeding commander may revoke it all. But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. Every repetition imbeds that principle more deeply in our law and thinking and expands it to new purposes. (...) A military commander may overstep the bounds of constitutionality, and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Constitution. There it has a generative power of its own, and all that it creates will be in its own image.

²⁸ Apud. BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986. P. 131.

Com base nesse caso, concordando com o voto dissidente do Justice Jackson, Bickel reitera sua preocupação com os deletérios efeitos legitimadores que a afirmação da constitucionalidade de certas leis podem acarretar, transformando aberrações jurídicas na doutrina constitucional do país, razão pela qual enaltece a importância de se negar o certiorari diante de questões polêmicas no calor dos acontecimentos – lembre-se que as medidas de exceção foram tomadas em plena segunda guerra mundial – privilegiando uma visão mais sóbria do assunto passado o período de turbulências.

Ocorre que a negativa ao certiorari não é o único mecanismo pelo qual a Corte pode legitimamente deixar de decidir. Esse seria o primeiro deles. Porém, é preciso lembrar que, ainda naquela época, bem como até agora, a decisão por conceder o writ é tomada pela minoria, com a chamada *rule of four*. Assim, surge a pergunta: se a minoria da Corte decidir ouvir um caso que a maioria discorda que deva ser apreciado, o que é possível fazer?

Para essa questão, Bickel sugere uma série de técnicas processuais que possibilitam à Corte dispensar o caso sem entrar em seu mérito. São basicamente as seguintes: *standing*, *case and controversy*, *ripeness* e *political question*.

A doutrina do *standing* poderia ser traduzida, grosso modo, como nossa condição da ação consistente no interesse de agir, segundo o qual a parte precisa demonstrar que determinado provimento judicial é necessário e adequado para atender a um direito seu tido por violado. *Case and controversy*, por sua vez, diz respeito da necessidade da existência de uma disputa de interesses concreta a ser resolvida pela apreciação judicial, reforçando o antigo entendimento segundo o qual o Tribunal não está constitucionalmente autorizado a dar opiniões consultivas, nem *in totum*, mediante uma provocação puramente abstrata, e nem parcialmente, isto é, abordando argumentos que não se prestam a justificar a decisão concreta a ser tomada. Deve haver, portanto, uma situação adversarial a ser resolvida pela decisão.

Por *ripeness*, a seu turno, diz respeito à maturação necessária para que um caso seja considerado apto para julgamento, com isso querendo significar que um mero dano potencial, cujo perigo de lesão a direito ainda não se manifestou e, talvez,

sequer venha a se manifestar, não enseja apreciação do mérito pelo judiciário.

Por fim, o conceito de *political question* aponta para um argumento passível de ser utilizado pela Corte no sentido de reconhecer aos Poderes Eleitos um espaço de atuação discricionária que não pode ser submetido à apreciação judicial, conferindo-lhe uma ampla margem argumentativa para manter-se distante de questões politicamente sensíveis, não sendo utilizada apenas por questões de interpretação jurídica, ainda que principiológica, mas sim como uma manifestação de prudência diante do que se entende ser a esfera de atuação de outros poderes.

Diante do exposto, conclui-se que as tais “virtudes passivas” consistem em mecanismos pelos quais a Suprema Corte se equipa para, num juízo de política judicial, evitar entrar em choques com as instituições eleitoralmente responsáveis. Deve ser notado, entretanto, que isso não significa dizer que, ao dispor de tais mecanismos, automaticamente a Corte se torna mais autocontida, mas apenas que, a partir deles, pode escolher, num agir estratégico, qual posicionamento adotar, e em que momento. A bem da verdade, o papel passível de ser assumido pelo Suprema Corte é algo que fica permanentemente em aberto. A esse respeito, convém explorar certos argumentos, no capítulo seguinte, a respeito dos diversos discursos que legitimam a atuação das Supremas Cortes, e em especial do Supremo Tribunal Federal, no âmbito político.

1.4. Uma Jurisdição Iluminista.

Se, por um lado, Kelsen considerava, sob uma perspectiva política, a discricionariedade da jurisdição constitucional quando da interpretação de expressões da constituição com conteúdo vago ou aberto a exemplo de “justiça”, “liberdade” e “moralidade” como sendo algo extremamente perigoso, considerando que esse fenômeno poderia acarretar deslocamento de poder inadequado do Parlamento para o Tribunal Constitucional, tamanha desconfiança é apresentada por muitos autores como sendo algo que não mais se justifica, dadas as transformações pelas quais passou o Direito, e a cultura jurídica e política em geral, a partir de

meados do século passado.

A esse respeito, passamos a discutir, agora, tese defendida pelo professor de Direito Constitucional e ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, o qual atribui à jurisdição constitucional essencialmente três funções: contramajoritária, representativa e iluminista.

1.4.1. Análise dos pressupostos teóricos para a legitimação da Razão sem Voto.

O ponto de partida para a fundamentação dessa visão é o reconhecimento das profundas alterações ocorridas no desenho das democracias ocidentais após o final da Segunda Guerra Mundial, a começar pela Europa Continental, com a criação de diversos Tribunais Constitucionais, que passaram a assumir um papel político cada vez maior.

Conjuntamente com a ascensão da Jurisdição Constitucional, operaram-se profundas transformações na retórica jurídica, jurisprudencial e doutrinária, no sentido de se produzir um discurso legitimador dessa nova realidade institucional, o que pode ser observado na centralização da figura da constituição no ordenamento jurídico como elemento irradiador de princípios para seus mais diversos ramos, os quais deveriam passar a ser lidos sob a ótica da mesma. Esse fenômeno tem sido identificado como o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”²⁹. Surge, assim, a nova hermenêutica constitucional, corolário da passagem do Estado Legislativo de Direito, produto do século XIX, para o Estado Constitucional de Direito, do século XX.

Esse novo modelo, denominado neoconstitucionalismo, adota como marco filosófico a “superação do positivismo jurídico”, abandonando a profunda separação

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 28.

metodológica proposta por Kelsen entre a ciência jurídica e outros ramos do conhecimento, sobretudo a filosofia moral e a filosofia política, para, então, empreender uma “leitura moral da constituição de das leis”³⁰, tomando o Direito positivo como ponto de largada, mas percorrendo um caminho permeado por valores éticos, os quais têm como porta de entrada para o Direito os princípios jurídicos (em oposição às regras), com sua textura aberta, em especial os direitos e garantias fundamentais.

É importante mencionar aqui que essa “superação do positivismo”, muito embora pretendida por vários intelectuais de peso, como Barroso, está longe de ser um fato consumado no debate acadêmico, razão pela qual Rubens Glezer³¹ prefere falar em “antipositivismo” ao se referir aos autores que defendem essa aproximação do Direito com a Moral. Por esse “novo paradigma”, a argumentação jurídica é elevada a elemento legitimador da atuação jurisdicional, havendo a “revalorização da razão prática”³² (que se distingue da razão teórica por não possuir caráter meramente cognitivo), mediante a qual se busca fundamentar racionalmente padrões de conduta humana.

Acreditando apenas na razão teórica, de outro lado, o positivismo jurídico normativista parte da premissa do relativismo axiológico³³, pois uma vez que não se reconhece a qualquer princípio de justiça valor objetivo, havendo, em vez disso, coexistência entre diversas normas morais com pretensão de validade, mas que, em última análise, revelam apenas juízos de valor subjetivos, de origem emocional – ainda que surgidos a partir de um contexto histórico e social – , não seria possível fundamentar o direito posto por meio de quaisquer desses valores. Assim, considera-se a elaboração das normas como atos de vontade, mesmo que presente também, em algum grau, atividade cognitiva. Por isso, o positivismo normativista refuta a possibilidade de a ciência jurídica fazer mais do que apenas descrever seu

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 30.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 143.

³² BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 29.

³³ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 69-70.

objeto, elencando as diversas interpretações possíveis que a fórmula verbal escolhida pelo órgão que pôs a norma pode dar ensejo.

Afastando-se dessa concepção, e pautando-se na possibilidade de uma razão prática portanto, o neoconstitucionalismo, antipositivista, pretende reaproximar o Direito da Moral mediante uma argumentação racional, calcada em princípios constitucionais. Dentre os motivos para essa alteração paradigmática, Barroso destaca o fato de que a sociedade moderna é cada vez mais heterogênea e complexa, não sendo possível, para o Legislador, estabelecer de antemão todas as respostas aos problemas jurídicos a serem formulados. Em razão disso, tem sido comum nas constituições mais recentes o “recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes”³⁴, demonstrando haver intencional transferência de poder decisório por parte dos constituintes e legisladores em geral para as cortes que exercem Jurisdição Constitucional.

Para essa visão sobre a atuação judicial, portanto, “o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento”³⁵, desse modo, afirma o autor em comentário que se trata “de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo”³⁶.

Como dito acima, a valorização da razão prática como sendo apta a fundamentar argumentativamente o processo decisório aproximou o Direito da Moral. Mais do que isso, essa perspectiva ressignificou o sentido da discricionariedade judicial. Enquanto Kelsen defendia a existência de diversas alternativas possíveis dentro da moldura fornecida pela textualidade normativa, a abordagem antipositivista afirma ser possível chegar-se à resposta correta. Acerca disso, Barroso entende que cabe ao juiz constitucional preencher a textura aberta dos princípios constitucionais com suas próprias valorações, desde que o faça de forma fundamentada. Tais valorações, entretanto, não podem significar impor suas próprias vontades políticas,

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 31.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 32.

³⁶ Ibidem.

mas ser meio de captação dos sentimentos sociais, do espírito de sua época³⁷.

Nesse contexto, a única resposta correta deixa de ser compreendida em termos objetivos, a exigir uma aceitação universal, e passa a ter o caráter subjetivo, sendo a única resposta subjetivamente correta, pretendendo a aceitação por parte de seu auditório. Isso se justificaria porque “um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Vale dizer: não pode dizer que há empate, que tanto faz um resultado ou outro (...)”³⁸. Terá de haver, necessariamente, uma decisão que põe fim à indeterminação do direito para o caso em análise. Ao decidir, entretanto, o juiz tem deveres de integridade e coerência, levando em consideração os precedentes judiciais e suas próprias decisões anteriores.

Ao analisar de perto a argumentação de Barroso, entretanto, salta aos olhos a mudança operada no conceito de “resposta correta”, que sai de um plano objetivo e passa a um plano subjetivo (a “única resposta subjetivamente correta”). Longe de ser apenas um pormenor, esse elemento desloca a legitimação do voto judicial da racionalidade intrínseca de sua argumentação e a posiciona no ambiente retórico, razão pela qual o autor fala em persuasão do auditório³⁹.

Além disso, no momento em que a correção da resposta desenvolvida é colocada como algo de caráter subjetivo, isto é, a resposta subjetivamente correta de que fala Barroso, retornamos ao relativismo axiológico defendido por Kelsen e pelos positivistas em geral. Confira-se o que disse Barroso a respeito⁴⁰:

Onde está a verdade? O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem,

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 33.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 35.

³⁹ Conferir a seguinte passagem: “Como esse juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu. Surge, nessa perspectiva, o conceito interessante de auditório. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa.” Pg. 32 de *A razão sem voto*.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 35.

do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra.

Como visto ao abordar o pensamento de Kelsen, é justamente essa abordagem epistemológica que caracteriza o relativismo axiológico e a consequência disso é que, para questões morais, não é possível uma resposta objetivamente correta, mas apenas respostas subjetivamente corretas.

Pelo exposto, conclui-se que a argumentação de Barroso, por mais que incorpore todo um arcabouço teórico das mais diversas áreas da doutrina antipositivista, como Alexy, Dworkin e Perelman, no intuito de cancelar com a pecha de racional a atividade da Jurisdição Constitucional, não se desvencilhou e nem refutou a tese central do relativismo moral, pelo contrário, abraçou-a ao afirmar que a única resposta correta é a subjetivamente correta, razão pela qual não há que se falar em qualquer “superação” do positivismo em sua digressão teórica.

Interessante notar, a esse respeito, que o professor Rubens Glezer afirma, em artigo⁴¹ que aponta o positivismo inconsciente de Barroso, que as ideias do mesmo mais se coadunam com formas de positivismo jurídico defendidas por Joseph Raz e Stanley Fish, havendo incompatibilidade entre a negação por Barroso da tese da resposta objetivamente correta e a sustentação que professa dos chamados “deveres de integridade” aos quais se refere Dworkin.

1.4.2. Os papéis do Supremo Tribunal Federal e a dificuldade contramajoritária.

Firmadas essas premissas, cabe, agora, entrar na questão específica acerca das funções assinaladas por Luís Roberto Barroso para a Jurisdição Constitucional.

A primeira delas – contramajoritária – refere-se ao papel tradicionalmente reconhecido pela doutrina, anterior ao movimento neoconstitucionalista, de opor-se a

⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 160.

Jurisdição Constitucional ao resultado do processo legislativo, o qual se reputa o principal instrumento de formação de consenso democrático para o estabelecimento da vontade estatal. Essa função do controle de constitucionalidade se justifica por ser o modo institucional de se realizar a pretensão de submissão da Política ao Direito, que subjaz ao constitucionalismo em geral.

Assim, o papel contramajoritário da jurisdição constitucional tem como escopo sobretudo a proteção dos direitos e garantias fundamentais, impedindo que a democracia se torne uma ditadura da maioria em desfavor da minoria.

Barroso menciona, no referido artigo publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, que este papel tem sido desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal com parcimônia, buscando embasar essa afirmação aludindo a levantamento da Secretaria de Gestão Estratégica da Corte a que se atribui o relato de ter sido identificado que desde o ano de 1988 houve a declaração de inconstitucionalidade de somente 93 dispositivos de Lei Federal, sendo que no mesmo período foram publicadas 5.379 Leis Ordinárias Federais e 88 Leis Complementares. Aduz, ainda, que, em casos emblemáticos em que ocorreu a judicialização de decisões políticas, o Tribunal tem se mostrado autocontido, a exemplo da ADI contra dispositivo legal que autorizava as pesquisas com células-tronco embrionárias, da ADPF questionando a lei que previa ações afirmativas em favor de negros no acesso a universidades e da ação popular que impugnou o decreto presidencial de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

No que se refere ao papel representativo, por outro lado, o autor em comento apresenta um STF com perfil mais arrojado. O delineamento dessa função passa por um diagnóstico negativo quanto a capacidade de a democracia representativa efetivamente entregar o que promete, isto é, a prevalência da vontade da maioria. Assim, fala-se em “déficit de representação” em situações em que, por exemplo, a maioria congressual não consegue se articular para fazer valer pretensões majoritárias na sociedade – possivelmente obstruída pela minoria – ou, ainda, quando o Parlamento age movido por interesses próprios distintos do da população, e também interesses de certos grupos influentes.

Exemplificando a atuação representativa do Supremo Tribunal Federal, Barroso cita

a ADC nº 12, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em que se declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que impede o emprego, nos tribunais, de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados, se estes não forem aprovados em concurso público. No dia seguinte, diante deste e de outros precedentes, editou-se a súmula vinculante nº 13, estendendo os efeitos da declaração aos outros poderes, de todas as esferas da Federação, incluindo-se a Administração Pública direta e indireta.

Noutros exemplos, dessa vez na seara do Direito Eleitoral, a Corte procurou corrigir fatores considerados disfuncionais do processo político. Assim, no Mandado de Segurança nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, determinou-se a perda do mandato de deputado federal em caso de desligamento voluntário do partido pelo qual se deu a eleição, considerando esse ato incompatível com o sistema proporcional, de lista aberta, e uninominal que vigora para a eleição de deputados no Brasil, mesmo que essa situação não se enquadre nas hipóteses de cassação do mandato prevista no art. 55 da CF, assistindo ao partido político o direito ao número de cadeiras conquistado na eleição. Já na ADI nº 4.650, rel. Min. Luiz Fux, o STF, com base nos princípios democrático, do pluralismo político e da igualdade política, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos e normas da legislação eleitoral que autorizavam a doação de pessoas jurídicas para campanhas, sob o argumento de que esse fator denota um agir estratégico do poder econômico com o objetivo de capturar o poder político, levando a uma plutocratização do processo político.

Nestes casos, Barroso entende que a Corte não age numa função propriamente contramajoritária, mas sim contrarrepresentativa, pois assume a função de representante argumentativa da sociedade, em oposição aos seus representantes eleitos, possuindo uma legitimação discursiva, partindo-se da premissa de que “pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos”⁴². Assim, o neoconstitucionalismo propõe a institucionalização da razão, na forma de razão prática, a legitimar uma atividade expansiva da Jurisdição Constitucional.

Para além dos papéis contramajoritário e representativo, Barroso defende o que ele chama de “papel iluminista” da Jurisdição Constitucional. Ao invocar o Iluminismo, o

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 41.

referido autor tem em mente “uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas”⁴³. Assim, o termo “iluminista” vem carregado da ideia de supremacia da razão enquanto instrumento apto para melhorar a sociedade, apontando o caminho na direção do “Bem”.

O exercício dessa função, na visão do autor em comento, não se justifica para que os juízes da Suprema Corte simplesmente imponham seus valores, objetivando, pelo contrário, permitir que cada indivíduo viva seus próprios valores, desde que respeitando as convicções alheias.

A constituição aparece, nessa perspectiva, como um documento político que, ao democratizar o Estado e estabelecer limitações ao poder, busca conciliar, de um lado, a vontade da maioria, e de outro, a razão iluminista. Nesse sentido, “o poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão”⁴⁴.

Assim, caberia ao Supremo Tribunal Federal, em certas circunstâncias, legitimado por uma racionalidade prática exposta na argumentação de suas decisões, efetivamente empurrar a História na direção do “Bem”, ainda que em sentido diverso ao pretendido pelos representantes eleitos pela população, ou por essa mesma população. Exemplificando o agir iluminista do STF, Barroso cita a ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, em que se determinou a interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil para excluir da interpretação desse dispositivo qualquer vedação à união estável homoafetiva. Tal interpretação baseou-se nos princípios da

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, volume 9, n. 4, 2018, pg. 2209.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, volume 9, n. 4, 2018, pg. 2210.

dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade (autodeterminação), da intimidade e da vida privada.

Diante do exposto, podemos perceber que a chamada função iluminista da jurisdição constitucional identificada por Barroso representa a crença na razão argumentativa enquanto instrumento de transformação social pela política feita pelas Cortes, a ser levada à cabo passando-se ao largo das instituições representativas, e dos próprios representados, num grau muito maior que as outras duas funções: contramajoritária e representativa.

Em aparente negação, portanto, ao ceticismo quanto às potencialidades da razão apresentada por Kelsen, característico do seu relativismo axiológico, Barroso defende expressamente a razão enquanto instrumento hábil para se chegar ao Bem.

Diante do quadro apontado por Barroso quanto à atuação concreta do STF, uma ponderação deve ser feita. No quadro apontado por Barroso, não há qualquer critério para identificar quando o Supremo erra. A atuação judicial ou será autocontida, ou contramajoritária, ou representativa ou, ainda, iluminista. Em momento algum são fornecidos, de forma clara, critérios para identificar eventual avanço do STF para além de suas atribuições. Se a Corte aquiesce com a decisão das autoridades eleitas, afirma-se que foi autocontida. Se decide contra a opinião pública, ela cumpre seu papel contramajoritário. Se decide a favor da opinião pública, mas contra os representantes eleitos, diz-se que exerceu atividade representativa, como “representante argumentativo da sociedade”. E por fim, se vai contra os Poderes eleitos e contra a opinião pública, exerceu seu papel iluminista de empurrar a História⁴⁵.

Assim, nas palavras de Diego Werneck Arguelhes⁴⁶,

No limite, mesmo que esse não tenha sido o objetivo de Barroso, “A Razão sem Voto” funciona como um completo manual de instruções das muitas narrativas nas quais um observador sempre pode considerar que o STF tem razão (ainda que sem voto) para ter feito o que fez. O destino do STF é ser legítimo.

⁴⁵ Nesse sentido, vale a pena conferir o artigo de Diego Werneck Arguelhes, “o Supremo que não erra”, constante da obra já referenciada organizada por VIEIRA e GLEZER (2017, p. 81-107).

⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 160.

Essa crítica à visão de Barroso tem como objetivo chamar a atenção para o fato de que a legitimação irrestrita de qualquer decisão que a Corte venha a tomar está em descompasso com o fato de sua estrutura não ter sido pensada para que captasse os anseios populares, mas para que pudesse ter a independência necessária para colocar limites ao Poder Majoritário quando isso se fizer necessário.

Isso nos remete o conceito de dificuldade contramajoritária, a que se refere Bickel, para quem o *judicial review* é sempre um vetor que vai na direção contrária ao princípio democrático, mas que se legitima, dentre outros fatores⁴⁷, por permitir o desenvolvimento dos princípios jurídicos insculpidos na constituição, através de seus precedentes, de forma independente das alternâncias de Poder ocorridas no legislativo e no executivo, e portanto tendo condições de fazer o que os outros ramos do Poder, seja em razão da forma de ingresso nos cargos, seja em razão do caráter temporário dos mesmos, não são capazes de fazer.

Essa “dificuldade contramajoritária”, longe de ser uma falha nos sistemas democráticos de governo é um de seus elementos estruturantes, propiciando uma tensão salutar entre votos e razões. Nesse sentido, confira-se mais uma vez as palavras de Arguelhes⁴⁸ (VIEIRA; GLEZER, 2017, p. 95):

Vale refletir sobre a escolha de palavras de Bickel: dificuldade contramajoritária. Em uma interpretação possível, “dificuldade” não é um problema a ser resolvido, mas sim uma propriedade inconveniente da atuação judicial que apresenta desafios permanentes – uma sombra potencial que paira sobre a instituição sempre que seu poder é exercido. Há certos problema em uma democracia que não são solúveis, e este é um deles.

⁴⁷ Confira-se o primeiro capítulo de *The Least Dangerous Branch* (BICKEL, 1986).

⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 95.

1.5. Discussão: para além da questão da legitimidade do controle de constitucionalidade.

Da exposição precedente, podemos constatar a tensão, sempre presente, decorrente do que Barroso afirma ser uma característica das democracias contemporâneas, que exigem votos, direitos e razões, e não apenas votos. Isso está no cerne do que Bickel afirmava ser a dificuldade contramajoritária, com a qual os sistemas políticos democráticos têm de conviver.

Sumarizando essa tensão, André Rufino do Vale escreveu as seguintes palavras⁴⁹:

A jurisdição constitucional sempre foi alvo de contestações quanto à sua (i)legitimidade democrática. Desde as primeiras ideias relacionadas ao poder de revisão judicial dos atos políticos emanados dos parlamentos democraticamente eleitos, muito se discutiu (e ainda muito se discute) sobre a (in)compatibilidade desse poder com a democracia, o que pode ser traduzido como uma tensão imanente entre *controle judicial das leis vs. Soberania parlamentar* (se o foco da discussão é institucional) ou entre *direitos fundamentais (ou humanos) vs. soberania popular* (se o debate se concentra nos valores protegidos), de modo que a questão central remete, ao fim e ao cabo, às relações entre *constitucionalismo vs. democracia*.

No que diz respeito a Thayer, para quem os juízes deveriam evitar ao máximo a declaração de inconstitucionalidade de normas, é possível afirmar que essa tese não passa, atualmente, tanto nos EUA, quanto entre nós, de um importante documento histórico, que animou por longas décadas a discussão sobre o *judicial review* nos Estados Unidos, fazendo discípulos ilustres como os juízes da Suprema Corte Holmes, Brandeis e Frankfurter, além de professores como o próprio Bickel, mas sem possuir, entretanto, qualquer aplicabilidade prática.

É notável que, naquele escrito, Thayer tenha endossado uma teoria da democracia essencialmente majoritária, no sentido de privilegiar as instituições eleitas para a tomada das principais decisões da comunidade política, inclusive de definir o significado e o alcance do texto constitucional, em detrimento da Suprema Corte, não eleita. Inevitavelmente, esse sempre será um argumento a ser considerado no

⁴⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um Estudo Sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília/Universidad de Alicante. 2015. p. 21.

regime democrático; porém o desenvolvimento histórico das democracias constitucionais demonstra que, de longe, não é o único fator a ser sopesado.

É interessante que, em sentido semelhante, Kelsen chega a conclusões parecidas, muito embora menos extremistas, por assim dizer. O caminho trilhado por ele, como era de seu perfil, passava por uma argumentação essencialmente filosófica, rechaçando a razão prática como elemento apto para se chegar ao “Bem”, e abraçando o relativismo epistemológico para, com isso, fundamentar a prevalência dos parlamentos em determinar quais os sentidos que se devem atribuir a termos vagos, geralmente postos nas constituições, como equidade, justiça, liberdade, moralidade, igualdade.

A esse respeito, vale a pena reiterar o que dissera Richard Posner, comentando o pensamento kelseniano: “a defesa da democracia por Kelsen é fruto do projeto puramente negativo de refutar o platonismo”⁵⁰.

De outra banda, Posner também escreveu importante artigo em que afirmou a morte da doutrina de Thayer. Para Posner, a morte dessa doutrina ocorreu em dois fronts: tanto na academia quanto nas Cortes. No que se refere ao campo acadêmico, confirmam-se suas palavras⁵¹:

I have tried to explain the vulnerability of Thayerian theory (it might better be called a rhetoric than a theory), but I have not explained its death. It died on two fronts: in the academy (except for the handful of hyper-Thayerians), and in the courts. Its academic death is attributable in part to its incoherence, but more to the rise of the constitutional theories that I mentioned earlier, which claim to show how “correct” constitutional decisions can be generated confidently. They highlight the weakest part of Thayer’s theory: that it tells judges to uphold statutes that they consider unconstitutional. If they *knew* a statute was unconstitutional they’d have to strike it down even in Thayer’s account; and the modern theorists have proved (though only to their own satisfaction) that they can tell judges which outcomes in constitutional cases are correct and which incorrect. The rise in academics’ confidence that they have the keys to unlocking the Constitution’s secrets is related to the vastly increased number of professors specializing in constitutional law (because the reach of that law expanded significantly during the 1960s and has continued to expand) and to the rising intellectual ambition of legal academics as they draw further and further apart from legal practice.

⁵⁰ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; Revisão Técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 81.

⁵¹ POSNER, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review. Volume 100. P. 518-556. Junho de 2012. p. 546.

Ainda sobre o surgimento das chamadas doutrinas constitucionais sobre a interpretação correta, menciona o seguinte⁵²:

The pretensions of constitutional theory are summarized in Ronald Dworkin's insistence that even the most difficult—the most indeterminate-seeming—legal questions have “right answers.” He acknowledges that the right answer may not always be ascertainable with sufficient confidence to still doubts. But judges, if not told what to do when they can't find the right answer to a question that a case presents to them, will be reluctant to acknowledge an inability to find it. Judge Easterbrook, though no Dworkinian, has said that “the power to countermand the decisions of other governmental actors and punish those who disagree *depends* on a theory of meaning that supposes the possibility of right answers.” Easterbrook thinks the correct theory is textualism. It was textualism's cousin, originalism, that emboldened Justice Scalia and his colleagues to render the notably activist decision in *District of Columbia v. Heller*.

If there is a demonstrably right answer to even the most difficult constitutional question, it is natural to think it's the answer the judge *must* give, that any other answer would be lawless.

Já quanto a derrota da teoria de Thayer na Suprema Corte norte americana, Richard Posner tece as seguintes considerações⁵³:

Thayerism's judicial demise preceded and was independent of, though it contributed to, its academic demise. Its judicial demise is attributable to the exuberant activism of the Warren Court, which in the 1950s and 1960s powered a major, left-leaning expansion of constitutional law. Its best-known decision, *Brown v. Board of Education*, quickly became an icon despite the opinion's analytical weaknesses. One is still permitted to criticize the opinion, but if you doubt publicly that the case was *decided* correctly you'll be hurled into the outer darkness. The doctrine of “incorporation,” pushed very hard by the liberal Justices (led in this domain by Justice Black), was the antithesis of judicial self-restraint because it imposed uniform rules on the states and could not be thought compelled by the Constitution. It not only preempted state legislative decisions but ended experimentation by the states in the preempted areas.

Se é possível afirmar, como faz Posner, que a doutrina de Thayer está morta nos Estados Unidos, onde se entende que o poder de realizar o Judicial Review não está expresso na Constituição, antes deriva de construção judiciária, na qual se destaca a figura de John Marshall no caso Marbury vs. Madison, o que dizer no Brasil, em que nossa constituição expressamente atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para realizar o controle de constitucionalidade, em concreto e em abstrato, seja por ato comissivo ou omissivo, tanto com relação a leis quanto em relação a emendas constitucionais?

⁵² POSNER, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review. Volume 100. P. 518-556. Junho de 2012. p.535-536.

⁵³ POSNER, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review. Volume 100. P. 518-556. Junho de 2012. p. 546.

Assim, mesmo que os discursos que questionem a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade pelo Judiciário ecoem no Brasil – o que, como já dito, tem uma importante razão de ser, haja vista que o princípio majoritário permanece sendo um dos principais pilares do nosso sistema político –, é preciso ter em mente que, apesar da questão relativa à legitimidade desse controle permanecer como um tópico importante no debate acadêmico e político, a verdade é que a instituição do *judicial review* se provou, na evolução dos sistemas políticos, vitoriosa, sobretudo no mundo democrático, e em particular no Brasil. Nesse sentido, confira-se trecho da tese de doutorado de André Rufino do Vale⁵⁴:

Grande parte da discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional da qual se tem conhecimento advém do debate teórico norte-americano. Os aportes iniciais sobre os problemas enfrentados foram fixados naquele contexto específico e muito do que se produz e reproduz sobre o tema – mesmo em outras latitudes – está intimamente ligado às ideias centrais dos autores anglo-americanos mais representativos do debate. O fato tem uma razão de ser que o justifica plenamente: como o poder concedido a juízes e tribunais de controlar a constitucionalidade das leis não está textualmente previsto na Constituição de 1787, o amplo e profundo debate acadêmico acaba cumprindo um papel relevante nesse contexto, ao contribuir para um processo mais amplo de legitimação desse mesmo poder (jurídico e político), em conformidade com as bases democráticas genuínas que sustentam o regime político norte-americano. Daí a constante necessidade de que o debate teórico em torno de um problema de legitimação da *judicial review* seja sempre revisitado, reproduzido e aprofundado naquela realidade.

É sempre preciso questionar, porém, se os mesmos conteúdos desse debate podem ser simplesmente reproduzidos e adotados acriticamente em outros ambientes institucionais, especialmente em democracias construídas sobre a base de robustos documentos constitucionais repletos de direitos fundamentais positivados, que preveem normativamente mecanismos fortes de jurisdição constitucional e que assistem à atuação marcante e onipresente das Cortes Constitucionais na decisão de questões jurídicas e políticas de crucial importância para o desenvolvimento institucional dessas democracias. Se as teses teóricas são construídas com finalidade normativa e crítica, visando produzir reflexões em torno de modelos ideais, parece não haver qualquer inconsistência na manutenção dos debates em âmbitos estritamente filosóficos e teóricos para a mera rediscussão das teses produzidas na academia norte-americana. No entanto, se a intenção é oferecer propostas teóricas para o aperfeiçoamento das práticas institucionais vigentes, numa perspectiva mais pragmática, o referido questionamento se impõe. Para os teóricos de realidades político sociais completamente distintas da norte-americana, especialmente aqueles que vivenciam e constroem suas teorias tentando oferecer alternativas institucionais para o desenvolvimento das denominadas *novas democracias*, esse questionamento então passa a ter uma importância crucial. Fato que hoje não pode ser, de nenhuma maneira, menosprezado pelos teóricos das

⁵⁴ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um Estudo Sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília/Universidad de Alicante. 2015. p. 25-26.

novas democracias, principalmente por aqueles que teorizam para a realidade ibero ou latino americana, está no fenômeno recente da difusão e consolidação de sistemas de jurisdição constitucional na maioria das democracias do mundo contemporâneo.

Realmente, não parece profícuo questionar a legitimidade, em si, do controle de constitucionalidade, sobretudo no Brasil. O objetivo de se trazer, nesta dissertação, esse tema à baila, diz respeito, tão somente, à necessária fundamentação teórica para a discussão empírica que realizaremos logo adiante.

Assim, é importante ter em mente que, mesmo em nosso país, cuja Constituição amplamente concede poderes e atribuições ao Supremo para realizar o controle dos atos dos outros poderes, essa atuação pode gerar sérias tensões entre os órgãos políticos.

Pelo exposto, mais do que simplesmente revisitar o tema da legitimação do controle de constitucionalidade, seja dos atos do legislativo, seja dos atos do executivo por meio do controle de políticas públicas, nosso objetivo neste trabalho será examinar como isso é feito, focando no aspecto empírico e processual.

Evidentemente, tema tão amplo comportaria infinitas páginas, razão pela qual o foco deste estudo cingir-se-á ao requisito da repercussão geral, e a reafirmação de jurisprudência.

Mais uma vez, inspira-nos o trabalho de André Rufino do Vale, que ao discorrer sobre deliberação judicial, não se perdeu no debate teórico, muito embora o tenha enfrentado com maestria, mas debruçou-se no seu aspecto factual, empírico, focando sua investigação nos ambientes institucionais das práticas deliberativas – se ocorre em sessão aberta ou reservada – e também na apresentação institucional dos resultados da deliberação (redação, formatação e publicação da decisão), apontando as diferenças e as implicações da escolha por decisões *per curiam*, com ou sem possibilidade de publicação de votos divergentes ou concorrentes, ou por decisões *seriatim*.

Nesse sentido, vale a pena mais uma vez conferir suas palavras⁵⁵:

debates estritamente teóricos tem levado as diversas teses a focar em demasia no problema da *legitimação do poder* político (da jurisdição constitucional) e a pouco considerar a *prática* desse mesmo poder em diferentes contextos institucionais. Numa realidade política em que a presença constante e marcante de sistemas de controle judicial das leis tornou-se praticamente uma característica dos regimes democráticos – e na qual, portanto, as relações entre jurisdição constitucional e democracia têm sido cada vez mais vistas como não necessariamente de tensão, mas de conciliação –, mais importante do que continuar questionando o próprio poder da jurisdição constitucional (em face da democracia) parece ser problematizar *como e em que medida* esse poder tem sido exercido (democraticamente ou não) pelas Cortes Constitucionais. Dada a inegável realidade institucional das democracias contemporâneas, o problema (estritamente teórico e filosófico) da legitimação do poder em si não deixa de ter sua importância, mas passa a conviver com questões igualmente relevantes, relacionadas ao *como e em que medida* esse poder *de fato* tem sido exercido (numa perspectiva empírica) e *como e em que medida* ele *deveria* ser exercido em termos democráticos (numa perspectiva normativa).

Entendemos que esse debate empírico encontra campo fértil quando o assunto é recurso extraordinário, repercussão geral e reafirmação da jurisprudência. Assim, como Bickel, entendemos que um filtro de relevância possibilita à Corte um agir estratégico, a partir do qual se pode observar como de fato esse ator político lida com as atribuições que lhe foram conferidas por nossa constituição.

Mais que isso, é a repercussão geral, enquanto filtro de relevância, instrumento apto para, como defendia William Howard Taft, possibilitar à Suprema Corte se manter em sua tarefa mais relevante: uniformizar a interpretação Constituição Federal com o devido zelo, julgando os assuntos mais importantes do país, e não o que quaisquer partes entendam que a Suprema Corte deva julgar.

A seguir, focaremos nossas atenções no regramento da repercussão geral no Brasil, em particular quanto a suas recentes transformações. Logo em seguida, vamos ver como esse mecanismo tem sido utilizado na questão específica relacionada à reafirmação de jurisprudência.

⁵⁵ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um Estudo Sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília/Universidad de Alicante. 2015. P 24-25.

SEGUNDA PARTE

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.

2.1. Introdução.

O instituto da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário constitui-se em filtro discricionário de relevância recursal, como pretendemos demonstrar ao longo desta dissertação. Nesse sentido, tem aptidão para equipar o Supremo Tribunal Federal com instrumento tipicamente presente nas Supremas Cortes, aperfeiçoando o regramento do Recurso Extraordinário.

Esse recurso existe no Brasil desde o início da República, sendo sucessor do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça do Império. Dentre as semelhanças entre esses dois recursos, destacava-se sua função de controle reativa e retrospectiva, cuja interposição e consequente julgamento pelo tribunal era manifestação de verdadeiro direito subjetivo da parte, a partir do qual se buscava a uniformização da jurisprudência. Atualmente, como demonstraremos a seguir, o recurso extraordinário presta-se a uma função de “nomofiláquia paradigmática⁵⁶”, para usar a expressão de Marinoni, voltada a uma “interpretação proativa e prospectiva” do Direito.

Quanto às diferenças, destaca-se o caráter revisional do extraordinário, em oposição à feição cassacional do recurso de revista. Atribui-se essa mudança, essencialmente, ao influxo político cultural estadunidense experimentado pelo Brasil nos primeiros anos da República, havendo a assimilação do “*writ of error*”, previsto

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial: do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 91.

no *Judiciary Act*, de 1789, cuja fonte é o *writ of error* inglês⁵⁷.

A nomenclatura do recurso, inspirada no *recurso extraordinario* argentino, apareceu pela primeira vez no Regimento Interno do STF ainda em 1891, sendo assimilada pela Lei 221/1994. Suas hipóteses de cabimento, por sua vez, permaneceram estáveis desde seu surgimento até 1988, consistindo basicamente na guarda da constituição federal e das leis federais.

A partir da Constituição Federal de 1988, entretanto, o cabimento do recurso extraordinário foi significativamente fracionado, criando-se o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de guarda do Direito Federal infraconstitucional, permanecendo a guarda da Constituição como função primordial do STF, e, conseqüentemente, do recurso extraordinário.

Nas linhas abaixo, empreendermos uma análise desse recurso com foco em seu processamento, nos órgãos jurisdicionais com atribuição para decidir a respeito deles e, sobretudo, quanto ao requisito de admissibilidade consistente na repercussão geral. Através desse estudo, pretendemos demonstrar que a implementação desse filtro de relevância, conquanto tenha aptidão para alterar o perfil da corte no sentido da valorização dos precedentes judiciais em detrimento da função revisional, ainda atravessa um período de aprimoramento, a exemplo das alterações produzidas pela Emenda Regimental nº 54/2020, e endossadas quando do julgamento do ARE nº 1.273.640.

2.2. O processamento do recurso extraordinário nos tribunais recorridos até o Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (a) contrariar dispositivo da

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial: do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 92.

Constituição; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Entendendo, a parte interessada, estar diante de ao menos uma das hipóteses de cabimento acima, poderá, no prazo de 15 dias após a intimação do acórdão proferido pelo tribunal *a quo*, interpor recurso extraordinário em petição contendo a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. Caso haja, no acórdão objurgado, argumentos de direito federal infraconstitucional, deve-se realizar a interposição conjunta do Recurso Especial junto ao Extraordinário.

A petição do Recurso é direcionada ao presidente ou ao vice-presidente da Corte recorrida, conforme seu regimento interno e, ao ser recebida pela secretaria, a parte contrária será intimada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal *a quo*.

Nesse momento, o magistrado que realiza o primeiro juízo de admissibilidade poderá adotar uma das seguintes condutas (I) retornar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se considerar que o acórdão recorrido diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (II) sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo com mérito ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal, mas com repercussão geral já reconhecida; e (III) realizar o juízo de admissibilidade, positivo ou negativo.

O juízo de admissibilidade, nas instâncias ordinárias, deverá ser positivo caso a questão constitucional debatida ainda não tenha sido submetida ao regime de repercussão geral; ou caso o próprio presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido selecione o recurso como representativo de controvérsia constitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036 ou, ainda, se o órgão colegiado prolator da decisão recorrida, após despacho nos termos do art. 1.030, II, do CPC, tiver refutado o juízo de retratação. Admitido o recurso, os autos sobem ao STF, que realizará novo juízo de admissibilidade, conforme delineado adiante.

O presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, entretanto, poderá negar seguimento ao recurso extraordinário, e a partir da fundamentação utilizada para tanto, abrir-se-á uma de duas vias para impugnar essa decisão monocrática: agravo ao STF, nos termos do art. 1.042 do CPC, ou agravo interno, nos termos dos arts. 1.021 e 1.030, §2º, do CPC.

Se a fundamentação da decisão denegatória de seguimento do RE não se basear nem em negativa do plenário do Supremo, para futuros casos similares, de repercussão geral da questão constitucional, e nem no reconhecimento da adequação do acórdão recorrido com precedente do STF proferido no regime de repercussão geral, mas sim em qualquer outra questão processual, como os diversos argumentos comumente referidos como “jurisprudência defensiva”: ausência de prequestionamento, revolvimento de questões fáticas, etc., o recurso cabível é o agravo em recurso extraordinário previsto no art. 1.042 do CPC.

Caso, outrossim, fundamentação do despacho denegatório de seguimento estiver baseada no argumento de que a questão constitucional suscitada já fora apreciada pelo STF, que não reconheceu sua repercussão geral, ou, ainda, se se entender que o acórdão recorrido está em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou regime de julgamento de recursos repetitivos, não se mostra cabível o manejo do agravo em recurso extraordinário (art. 1.042 do CPC), mas apenas agravo interno (art. 1.021 do CPC), a ser julgado pelo plenário do tribunal, ou outro órgão apontado em seu regimento interno.

Em casos como esses, entretanto, não é possível evitar certa perplexidade com os possíveis resultados da aplicação da norma legal: negar ao STF a possibilidade de superar seus próprios precedentes, ou de aprimorá-los mediante a realização de distinções em certos casos. Lido à ferro e fogo, o art. 1.030, I, do CPC, obrigaria aos tribunais de cúpula a manifestarem-se sobre determinada questão apenas uma única vez, e nunca mais.

Antes mesmo do início da vigência do CPC/2015, a doutrina notou esse problema.

Nesse sentido, confirmam-se as palavras de Alexandre Freitas Câmara⁵⁸:

Será que o fato de já ter o STF ou o STJ se pronunciado sobre a matéria deve ser capaz de impedir que a mesma questão volte a ser suscitada, de modo a fazer com que a corte *nunca mais* se pronuncie? Imagine-se em que mundo se viveria hoje se a Suprema Corte dos EUA, por já se ter pronunciado em *Plessy v. Ferguson* não pudesse ter superado seu precedente: jamais teria sido proferida a decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka*

Lucas Buril de Macedo, por sua vez, ao criticar o dispositivo, afirmou que o CPC acabou por “criar uma técnica aberrante, em erro imperdoável de premissa, e contraditória com suas próprias finalidades”⁵⁹. Mais ainda, anotou que a “estruturação do sistema processual, com a pretensão de fazer valer um sistema eficiente de precedentes, acabou confundindo precedente e coisa julgada”.

A razão apontada por Macêdo para esse erro seria que, se a segurança jurídica mediante precedentes é essencialmente dinâmica, “a segurança jurídica fornecida pela coisa julgada é clássica ou estática, simplesmente impedindo a argumentação acerca de um ponto já definido e independentemente da possibilidade de inovação”⁶⁰.

Para não obstar, ao STF, a possibilidade de superar seus próprios precedentes, tanto Macedo quanto Câmara sugerem a realização de uma interpretação conforme do art. 1.030, I, do CPC e a possibilidade de se apresentar recurso extraordinário em face da decisão colegiada que julga o agravo interno, que é, ela mesma, um acórdão que, proferido em última instância, abre a via do recurso extraordinário (art. 102, III, da CF). Nesse sentido, afirma Câmara⁶¹:

É o caso, então, de dar-se ao novo texto do novo CPC interpretação conforme a Constituição, para considerar que, no caso do RE, só pode haver vedação de acesso ao STF quando o recorrente não tiver

⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Conjur, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acessado em 27/09/2021.

⁵⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. **A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O Pernicioso art. 1.030 do CPC e sua Inadequação Técnica como Fruto de uma Compreensão Equivocada do Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista de Processo | vol. 262/2016 | p. 187 - 221 | Dez / 2016 DTR\2016\24423. P. 198.

⁶⁰ Ibidem. P. 200.

⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Conjur, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acessado em 27/09/2021.

expressamente suscitado ser caso de superação do padrão decisório, com a dedução de argumentos novos. E, quando se inadmitir o RE, será então cabível novo RE, por violação do artigo 102, caput, da CF. Este novo RE, evidentemente, não terá caráter repetitivo e, por isso, não se poderá inadmiti-lo pelos mesmos fundamentos do recurso anterior.

Tenha-se claro este ponto: o novo recurso, interposto contra o acórdão que julga o agravo, não se submete ao regime dos recursos repetitivos. É que nele se terá necessariamente suscitado questão nova, ainda não submetida ao tribunal de superposição. E se a questão é nova, inédita, não é repetitiva. Assim, no caso do RE, incidirá o artigo 1.030, V, a, do novo CPC reformado e, positivo o juízo de admissibilidade, o recurso deverá ser encaminhado ao STF para verificação da existência de repercussão geral do novo fundamento suscitado.

Além da apresentação de novo recurso extraordinário, é possível vislumbrar outra solução processual a ser dada para possibilitar, ao STF, que venha a examinar o caso, trata-se da reclamação.

Essa ação autônoma de impugnação foi criada na prática forense nacional, tendo sido aceita, sobretudo, com espeque na “teoria dos poderes implícitos”⁶², sendo incorporada ao regimento interno do STF ainda no ano de 1957. De lá para cá, o instituto foi cada vez mais alargado, em especial na CF de 1988 que já em seu texto original conferia ao STF atribuição para julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF/88) e que, após a promulgação da EC nº 45/2009, também passou a ser usada para impugnar ato administrativo ou decisão judicial que contrariar, ou que indevidamente aplicar, súmulas vinculantes.

Atualmente, essa ação vem regulada no Código de Processo Civil que, em seu art. 988, estabeleceu seis hipóteses de cabimento: (I) preservar a competência do tribunal; (II) garantir a autoridade das decisões do tribunal; (III) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de (IV) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (V) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência e, por fim, (VI) garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. Saraiva Jur: São Paulo, 2020. P. 1327.

Entendemos, desse modo, que interposto recurso extraordinário veiculando razões ainda não apreciadas pelo STF, quando do julgamento do paradigma, no sentido de buscar a superação do precedente ou, ao menos, estabelecer uma hipótese de distinção, não se aplica a permissão de negativa de seguimento prevista no art. 1.030, I, do CPC, nos termos da interpretação conforme à constituição sugerida por Câmara, acima aludida.

Caso, ainda assim, o recurso seja monocraticamente negado com fundamento nesse dispositivo, e o respectivo plenário ou órgão especial do tribunal recorrido, em agravo interno, julgue prejudicado o recurso, o que estará efetivamente acontecendo é um indevido decote da competência estabelecida para o Supremo Tribunal Federal atuar como guarda da constituição, atraindo a hipótese de cabimento de reclamação prevista no art. 988, I, do CPC.

Essa opinião, entretanto, está longe de ser unânime, possuindo abalizadas vozes contrárias. Nesse sentido, vale a pena citar Dierle Nunes e Maria Carvalho Freitas⁶³, bem como Rodrigo Becker e Victor Trigueiro⁶⁴, para os quais não há previsão de cabimento de reclamação para esses casos.

Para Becker e Trigueiro, o cabimento de reclamação para superação de precedentes seria algo paradoxal, admitem, no entanto, a proposta de Alexandre Câmara pela apresentação de novo RE. São suas palavras:

não se pode admitir o desvirtuamento da nobre função constitucional atribuída a Reclamação Constitucional, para possibilitar a sua utilização com o objetivo de desconstituir o precedente que justificou a sua própria admissibilidade

Por outro lado, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha fazem coro a Fábio Lima Quintas e Alcebiades Galvão César Filho⁶⁵ no sentido de admitirem o

⁶³ NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **A Utilização Controversa da Reclamação para a Superação de Precedentes**. Conjur, 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/opiniao-uso-reclamacao-superacao-precedentes>>. Acessado em 27/09/2021.

⁶⁴ BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **Reclamação Constitucional para Superação de Precedentes**. Jota, 2016. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016> >. Acessado em 27/09/2021.

⁶⁵ QUINTAS, Fábio Lima; CÉSAR FILHO, Alcebiades Galvão. **A Reclamação Constitucional como Veículo de Modificação da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 19, p. 498-522, jul-dez, 2018.

cabimento de reclamação para realização de distinção e superação dos precedentes. Para os primeiros autores, “a reclamação constitui instrumento para impor o exercício do dever de autorreferência, constituindo, nesse sentido, mecanismo para a realização de distinção⁶⁶.”

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, parece tender a dar razão para esses últimos. Isso não exclui, evidentemente, a procedência do argumento pelo cabimento de novo RE, mas esse recurso se soma àquela ação autônoma para possibilitar a distinção e a superação de precedentes. Nesse sentido, vale a pena conferir trecho da decisão monocrática transcrita no voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, na Segunda Turma, no agravo regimental na reclamação nº 28.605⁶⁷:

em casos excepcionais, a reclamatória exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes obrigatórios, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de

a) **desrespeito à autoridade da decisão do STF**, porquanto configurada erro na aplicação do entendimento vinculante a evidenciar teratologia da decisão reclamada; ou

b) **usurpação da competência do STF**, pois existente, i) no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (**distinguishing**) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, ii) a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (**overruling**). (Grifos no original)

É interessante notar que ao dar provimento à reclamação acima, o que se fez, efetivamente, foi cassar a decisão reclamada para que seja realizado novo exame de admissibilidade, não servindo a reclamação para, em seu bojo, ocorrer a distinção ou a superação de um precedente, e nem para fazer subir imediatamente os autos.

⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª Edição. Juspodivm, 2016. P. 556.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental na Reclamação 28.605. Agte: Eliane do Rocio Ribeiro de Camargo, Agdo: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 26/09/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748029442>>. Acessado em 27/09/2021.

Ante tudo o que foi dito até aqui, podemos concluir que o acesso ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário pode se dar de duas formas: em primeiro lugar, pela admissão do próprio recurso pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, e em segundo lugar, através de agravo em RE. O provimento da reclamação, no máximo, pode viabilizar novo exame de admissibilidade na origem.

Ultrapassado o primeiro juízo de admissibilidade do RE, ou interposto ARE (art. 1.042), após a chegada dos autos ao STF, o processo será concluso ao presidente do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe despachar os autos inicialmente. É possível considerar que, no STF, há quatro categorias de órgãos deliberativos com função jurisdicional que podem atuar num recurso extraordinário, sendo o seu presidente o primeiro deles, seguido dos ministros relatores, das turmas e por fim do plenário. Todos esses órgãos podem, eventualmente, ser chamados a se manifestar sobre os RE's e os ARE's.

2.3. O processamento do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal: do presidente ao relator.

Embora o art. 3º do RISTF ainda contenha trecho de sua última versão original, de 27/10/1980, segundo o qual “são órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente”, já é um aspecto característico da peculiar organização judiciária brasileira, respaldado pelo próprio regimento interno e pelas normas do Código de Processo Civil, a presença de mais uma categoria de órgãos jurisdicionais no Supremo: os ministros relatores, os quais devem ter suas atribuições individuais consideradas para se compreender adequadamente o funcionamento do STF através do recurso extraordinário.

Abaixo, discorreremos sobre processamento desse recurso no âmbito do STF, com ênfase no instituto da repercussão geral, discussão a partir da qual pretendemos elucidar a organização interna do Supremo e seu funcionamento prático, lançando luz sobre seus diversos órgãos para compreender as relações que mutuamente

estabelecem. Iniciemos pelo começo: o presidente da corte.

Nos termos do art. 13, V, c) e d), do Regimento Interno do STF (RISTF), conforme redação dada pela Emenda Regimental nº 54/2020, é atribuição do presidente despachar, como relator, nos termos dos arts. 932 e 1.042 do CPC, até eventual distribuição, os recursos extraordinários e os agravos em recurso extraordinário, podendo negar-lhes seguimento ou mesmo improvê-los, no mérito. O fundamento para essa atribuição de competências pode ser encontrado no inciso VIII do referido art. 932 do CPC, que autoriza o tribunal, por meio de seu regimento interno, a designar “outras atribuições” aos relatores.

Conforme o regramento estabelecido, no entanto, não pode o presidente dar provimento monocraticamente aos pedidos veiculados nos recursos. A única exceção a essa regra se encontra no inciso VIII do mencionado artigo, em que se autoriza a decisão de questões urgentes nos períodos de recesso ou férias, o que pode ser feito mediante a concessão de tutela provisória de urgência, com posterior distribuição do recurso.

Essa atribuição de competência para decidir questões urgentes durante o recesso não passou despercebida pela doutrina, sendo alvo de críticas em razão da concentração de poderes na figura do presidente. Nesse sentido, Flávia Danielle Santiago Lima e José Gomes Neto⁶⁸ fazem as seguintes ponderações:

Durante esse breve momento, as normas acima referidas ampliam a competência decisória da Presidência do Tribunal, permitindo-lhe conhecer e decidir as mais diversas questões, bem como concentram todas as resoluções na pessoa de quem esteja no exercício da função nesse período excepcional

E continuam dizendo:

a ausência de constrangimentos institucionais e a ampla margem de definição subjetiva do que seria “urgente” permitem que o Presidente exerça total seletividade quanto ao que deve, ou não, ser decidido naquele momento *sui generis* ou relegado ao momento posterior (quando será apreciada por outro membro do Tribunal), sendo o *timing* decisional um fator importante para compreensão da racionalidade das decisões tomadas

⁶⁸ NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.747.

Ordinariamente, outrossim, é atribuição do presidente negar seguimento aos recursos que considerar ineptos ou manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como negar seguimento àqueles cujo tema seja destituído de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal (art. 327 do RISTF).

No mérito, por sua vez, a Emenda Regimental nº 54/2020 inovou ao dizer que cabe ao presidente do STF negar procedência aos recursos que, em seu entendimento, veiculem pretensão contrária a “jurisprudência dominante” ou a “súmula” do Supremo Tribunal Federal. Sendo o recurso rejeitado ou improvido, caberá agravo regimental ao plenário (art. 6º, II, d, e 327, §2ª, do RISTF), tendo como relator o próprio presidente (art. 72, do RISTF) e será julgado preferencialmente pelo plenário virtual (art. 21-B, §1º, I, do RISTF).

Além dessas atribuições, o RISTF também estabelece a competência do presidente para, diante de recursos representativos de controvérsia constitucional, afetar a apreciação da repercussão geral diretamente ao plenário (art. 326-A do RISTF) e determinar a suspensão nacional dos recursos que veiculem a mesma questão, antes ou depois do reconhecimento da repercussão geral (art. 328 do RISTF), para aguardar a deliberação do STF sobre inexistência de RG ou, se reconhecida, sobre o mérito da demanda.

Não se verificando nenhuma das três hipóteses acima descritas, isto é, (I) não ocorrendo o sobrestamento do processo para aguardar deliberação do STF sobre o mérito de RE ou ARE com repercussão geral reconhecida, (II) nem sendo o caso negativa de seguimento ou (III) improvimento liminar do pedido, ocorrerá a distribuição do feito aos demais ministros que compõe a corte nos termos do art. 66 do RISTF.

2.4. A repercussão geral da questão constitucional como filtro de relevância recursal e o procedimento para seu reconhecimento.

Com a distribuição e a conclusão dos autos, surge em cena a segunda categoria de órgãos jurisdicionais que, como aludimos acima, compõe a corte: o ministro relator. Assim como o presidente, é facultado aos relatores tomar quaisquer das decisões acima referidas, realizando novamente o juízo de admissibilidade do recurso, podendo determinar (I) o sobrestamento do processo para aguardar deliberação do STF sobre o mérito de RE ou ARE com repercussão geral reconhecida (art. 328 do RISTF), (II) negativa de seguimento, ou (III) improvimento liminar do pedido em caso de “reafirmação da jurisprudência” da corte (o que será explorado logo adiante). Além dessas atribuições, compete ao relator manifestar-se sobre a eventual presença da preliminar de repercussão geral da questão constitucional veiculada no apelo extraordinário.

Esse requisito de admissibilidade foi estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o art. 102 da Constituição Federal, acrescentando o §3º, para exigir que no recurso extraordinário o recorrente demonstre 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.

A inspiração para a implantação no STF de um filtro de relevância recursal pode ser encontrada em institutos similares do direito estrangeiro, em especial no sistema norte-americano, no qual a admissão de uma petição de *certiorari* pela Suprema Corte é discricionária, conforme preceitua o regramento estabelecido por aquele tribunal. Confira-se⁶⁹:

Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari - Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. [...]

Assim, para se levar um caso à apreciação da Suprema Corte, necessário interpor uma “*petition for writ of certiorari*” (ou “*cert petition*”), que é regulada pelas *Rules* 13 e 14 do regimento daquela corte. Caso a corte aceite julgar o caso, o que se dá quando ao menos quatro dos nove integrantes concordam, é expedido uma espécie de mandado para a corte inferior na qual tramita o processo, avocando-se os autos.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. Disponível em < <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>>. Acessado em 27/09/2021.

A esse “mandado” dá-se o nome de “*Writ of Certiorari*”.

Apesar de não serem estipuladas “hipóteses de cabimento”, a referida *Rule 10* menciona, à título meramente exemplificativo, lista de circunstâncias que indicam o caráter das razões que se costuma considerar para admitir uma petição de *certiorari*⁷⁰, as quais, entretanto, ainda que presentes não são suficientes para atribuir à parte o direito subjetivo à apreciação de seu caso pela Suprema Corte, que permanece uma discricionariedade do tribunal.

No Brasil, as discussões a respeito da criação de um filtro de relevância recursal para o Supremo são antigas. Damares Medina menciona que “dados estatísticos que remontavam a 1926 já sugeriam uma reforma constitucional com vistas a superar a crise de nossa Corte Constitucional⁷¹”. Esse mesmo intuito, décadas depois, animou a criação da arguição de relevância da questão federal, pela Emenda Regimental nº 03/1975, segundo as quais a inadmissão do RE era a regra para uma ampla gama de matérias, e somente deixaria de prevalecer, nos termos do *caput* do art. 325 do RISTF, “nos casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal”.

A arguição de relevância da questão federal, após sua criação regimental pelo STF, foi incorporada ao texto constitucional vigente à época pela emenda constitucional nº 07, de 13 de abril de 1977, decretada pelo Presidente da República no uso da atribuição que lhe outorgara o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, para incluir no art. 119, dentre outras disposições, o §1º e §3º,

⁷⁰ Confira-se: “*Rule 10 [...] The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. [...]*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>>. Acessado em 27/09/2021.

⁷¹ MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016. e-book. p. 42-44

para conferir ao regimento interno do Tribunal atribuição para estabelecer o procedimento de arguição de relevância da questão federal para os recursos extraordinários fundados em contrariedade a dispositivo da Constituição, negativa vigência de tratado ou lei federal, ou divergência na interpretação de lei federal.

A redação do regramento estabelecido pelo RISTF foi alterada pela última vez mediante a ER nº 02/1985, que passou a elencar 10 hipóteses em que seria cabível o recurso extraordinário, a exemplo das anteriormente já previstas violação à Constituição Federal e divergência com súmula do STF, dentre outras, mas acrescentou, fora àquelas hipóteses restritas, como regra subsidiária a possibilitar o conhecimento de matérias não presentes nas hipóteses dos incisos I a X do art. 325 do RISTF, a relevância da questão federal.

De todo modo, desde o início da Nova República o Supremo já entende pela abolição do instituto da arguição de relevância. Nesse sentido, ao julgar questão de ordem na arguição e relevância nº 21.756, o Plenário do STF reconheceu que este instituto fora abolido pela Constituição Federal de 1988, julgando prejudicada a arguição.

O argumento adotado pelo relator, ministro Sydney Sanches, e seguido unanimemente pela Corte, afirmava, nos termos do art. 27, §1º, do ADCT, que caberia ao Supremo “continuar exercendo as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente (inclusive, portanto, as relativas à arguição de relevância da questão federal) até a instalação do STJ”, razão pela qual, uma vez instalado esse tribunal, restaria abolido o instituto da arguição de relevância.

Assim, após a extinção do referido instituto, logo se percebeu a necessidade de um novo filtro de relevância recursal, reintroduzido no nosso ordenamento jurídico, como já dito, pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Nesse sentido, a respeito dos objetivos da instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE, parecer da Comissão Mista Especial do Congresso Nacional para Regulamentação da Reforma do Judiciário e Promoção da Reforma Processual, relatado pelo senador José Jorge (PFL-PE)⁷², assim discorreu:

72 Conferir BRASIL, Congresso Nacional. Relatório nº 1, de 2006 – CN. Diário do Senado Federal de

Essa novidade servirá para restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário. Com isso, em tese, o STF deixará de se pronunciar sobre questões sem qualquer relevância para a sociedade.

Do trabalho da referida Comissão congressional resultou projeto legislativo para regulamentar o novel instituto, originando a Lei nº 11.418/2006, que introduziu o art. 543-A no CPC/1973. Por esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, e entendendo-se por “repercussão geral” a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Essa mesma definição permaneceu no CPC/2015, em seu art. 1.035, §1º.

Como se percebe, a lei não define o conceito de repercussão geral, apenas alude a uma série de conceitos jurídicos indeterminados que deverão ser considerados para avaliar sua presença, ou não; dessa forma, STF passou novamente a ter um mecanismo para filtrar os recursos a serem julgados mediante um juízo de admissibilidade discricionário, de modo que, via de regra, não seria possível falar, nesses casos, em direito subjetivo da parte à apreciação do seu caso pelo Supremo, salvo, para alguns autores, quando se tratar de uma das hipóteses de presunção de existência de repercussão geral, veiculada pelo §3º do art. 1.035, isto é, quando o acórdão recorrido contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou quando tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, a respeito das quais discorreremos na última parte deste trabalho.

Defendendo o caráter discricionário do juízo, pelo STF, de admissibilidade mediante averiguação da presença, ou não, de repercussão geral, sobressai o posicionamento de Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego, em importante artigo a respeito do qual se falará logo adiante⁷³.

21 jan. 2006, p. 1404 e seguintes. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1123?sequencia=44>>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar.** *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

Em sentido diverso, Luiz Guilherme Marinoni entende que, diferentemente do que se passa na Suprema Corte norte americana, não há, aqui, discricionariedade na apreciação do que seja repercussão geral. Para tanto, avoca a ideia de haver, nos “conceitos jurídicos indeterminados, um núcleo conceitual (certeza do que é e não é) e um halo conceitual (dúvida do que pode ser)⁷⁴”. Para esse autor, “uma vez caracterizadas a relevância e a transcendência da controvérsia, o STF encontra-se obrigado a conhecer do recurso extraordinário⁷⁵”. Parecendo concordar com Marinoni, Lênio Streck adverte que “mecanismos como a repercussão geral (...) devem ser utilizados para aprimorar o acesso à justiça e não para barrá-lo⁷⁶”, não devendo o Supremo “sucumbir ao canto da sereia das ‘efetividades quantitativas’⁷⁷”.

De todo modo, ao definir os contornos legais do que seria a “repercussão geral” inserida pela EC 45/2004, a referida lei nº 11.418/2006 partiu de uma noção muito clara dos problemas que pretendia resolver, e das alterações que pretendia implementar no STF, conforme pode ser constatado no relatório do deputado Odair da Cunha (PT-MG), na CCJ da Câmara (em 10/06/2006), nos seguintes termos⁷⁸:

É inegável que o STF vive atualmente a maior crise de sua história, abarrotado de processos de relevância duvidosa, capazes tão somente de postergar, obliterar ou impedir a prestação da jurisdição constitucional que a sociedade e as instituições brasileiras entendem devida e rotineiramente por essa clamam e esperam.

Nesse particular, a proposição permitirá que as causas submetidas ao STF sejam efetivamente selecionadas, de modo a se impedir o julgamento de recursos cuja irrelevância constitucional, sob os aspectos econômico, político, social ou jurídico, seja manifesta. Afastaremos, pois, os recursos extraordinários que apenas refletirem o espírito de emulação e de inconformismo das partes.

Faremos, pois, que o STF deixe de ser um Tribunal de terceira ou quarta instância para apreciação de questões já decididas por outros tribunais. Alteraremos o seu perfil, alçando-o à condição de corte constitucional, cuja jurisdição será desvinculada do caso concreto, ainda que continue a ser um órgão do Poder Judiciário.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1079.

⁷⁵ Ibidem. P. 1080.

⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.P. 233.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Conferir BRASIL, Congresso Nacional. Diário da Câmara dos Deputados de 10 jun. 2006, p. 29780. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10JUN2006.pdf#page=203>>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

A implementação da medida possibilitará a atualização de nosso sistema de controle de constitucionalidade, tornando-o mais próximo aos sistemas hoje vigentes tanto no direito americano quanto no direito alemão, que influenciaram diretamente a sua formação.

Num primeiro momento, entretanto, a implementação dessa novidade, suscitou mais transtornos do que promoveu a simplificação de procedimentos. A esse respeito, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁹ teceram as seguintes considerações:

A criação da repercussão geral, antes de sua regulamentação, gerou certa perplexidade: criou-se um mecanismo de filtragem, limitando a admissibilidade de recursos extraordinários, com vistas a racionalizar a atividade da Corte Suprema. Por outro lado, exigiu-se que tal mecanismo fosse exercido pelo Plenário, impondo duplicidade de pautas e excesso de casos erigidos ao crivo do Pleno. A repercussão geral sofria, então, o risco de conspirar contra sua finalidade de filtrar e racionalizar julgamentos no STF, implicando um inesperado transtorno procedimental.

O enfrentamento dessa dificuldade fora iniciado ainda na gestão da Ministra Ellen Gracie, por meio da edição da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, a qual estabeleceu que a apreciação da existência de repercussão geral nos Recursos Extraordinários deve ocorrer de maneira eletrônica, criando-se, para tanto, o Plenário Virtual.

Inobstante a criação do Plenário Virtual, é certo que a instituição do requisito da repercussão geral não foi suficiente para atingir seus objetivos. Para usar a expressão do deputado Odair da Cunha no relatório acima mencionado, o STF não deixou de se comportar, também, como “um Tribunal de terceira ou quarta instância”, além de que a assimilação de tal filtro de relevância no Direito brasileiro veio acompanhado de uma lógica própria das técnicas de julgamento de demandas repetitivas, o que eventualmente pode gerar resultados incompatíveis com a função interpretativa que se pretende a uma suprema corte quando se tem em mente a negativa de repercussão geral de determinado tema.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego, em artigo publicado mais de 10 anos após a promulgação da lei nº 11.418/2006, sustentavam

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 369.

ter ocorrido o colapso do sistema de repercussão geral⁸⁰.

Os autores iniciam sua exposição aludindo a uma significativa tendência de redução dos recursos extraordinários e agravos em recurso extraordinário a partir da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, que regulamentou a repercussão geral, a qual, entretanto, passou a se reverter a partir de 2011, de modo que os números voltaram a subir já em 2012. Segue quadro elaborado pelos referidos autores:

Ano	Novos processos protocolados no STF	Número de julgamentos (monocráticos + colegiados)
2016	89.971	109.174
2015	93.503	109.193
2014	79.943	107.964
2013	72.072	85.000
2012	72.148	84.039
2011	64.018	93.712
2010	71.670	98.529
2009	84.369	89.355
2008	100.781	104.237
2007	119.324	159.522
2006	127.535	110.284

A inferência obtida a partir desses dados é no sentido de que o requisito de admissibilidade da repercussão geral não foi capaz de reduzir os processos que chegam à Corte, e nem o número de decisões proferidas por ela, fato que, por si só, já denota a inefetividade do instituto, fragilizando a tentativa de retirar do Supremo a obrigação de atuar como instância revisional para assumir um papel eminentemente nomofilático, isto é, concernente à promoção da unidade do Direito Constitucional mediante o estabelecimento de precedentes judiciais.

Nesse particular, é possível adaptar a crítica de Leandro Giannini⁸¹ à Corte Suprema de Cassação da Itália para o caso brasileiro: em um tribunal que profere dezenas de milhares de

⁸⁰BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 695-713.

⁸¹GIANNINI, Leandro. **El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas**. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 373-374.

sentencias por año, el riesgo de inconsistencias aumenta dramáticamente, el conocimiento de la jurisprudencia del Alto cuerpo por parte de los diversos operadores jurídicos se desvanece y se expande a límites desproporcionados la demora en la resolución final de la causa

Além do enorme número de decisões proferidas anualmente pela Corte, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego chamam a atenção para a incapacidade do STF de julgar o mérito dos recursos cuja repercussão geral da questão constitucional já fora preliminarmente reconhecida. À data em que o artigo em comento fora escrito, 947 temas haviam sido afetados ao regime da repercussão geral, sendo que em 308 ela foi negada; das 639 questões remanescentes, 354 haviam sido julgadas e 285 ainda estavam pendentes de julgamento, de sorte que a média de julgamento ao longo do período analisado foi de 35,4 temas com repercussão geral por ano (354 em 10 anos).

Concluíram os autores que

Mantida essa média, o Tribunal demoraria mais de oito anos para exaurir um estoque de 285 temas, e isso, apenas, se nenhum novo caso tiver repercussão geral reconhecida. Além disso, criou-se um novo problema: no final de 2016, havia no mínimo 1,5 milhão de processos sobrestados nas instâncias de origem aguardando as decisões a serem tomadas pelo STF nos cerca de 300 feitos pendentes afetados ao regime da repercussão geral⁸²

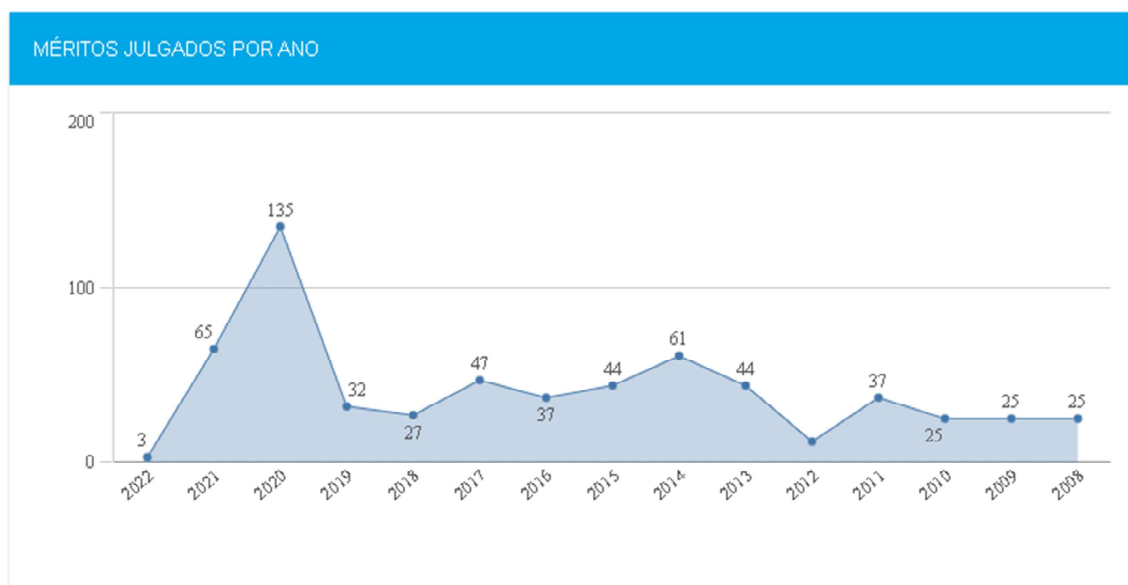
Até a última atualização deste texto (14/03/2022), conforme dados do Portal do Supremo Tribunal Federal, os números da repercussão geral são os seguintes: em 801 temas, a repercussão geral fora reconhecida, em 390, negada. No mérito, 619 recursos já foram julgados, estando 182 ainda pendentes⁸³.

Ainda segundo os dados fornecidos pelo sítio eletrônico do STF⁸⁴, esse é o gráfico relacionando o número de julgamentos de mérito de processos com RG reconhecida por ano:

⁸² BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 701.

⁸³ Conferir BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>>. Acesso em: 14 de março de 2022.

⁸⁴ Informação disponível no seguinte endereço eletrônico: < <http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>>. Acessado em 28/09/2021.



Assim, apesar do importante aumento no julgamento do mérito dos recursos ocorrido em 2020, não foi possível superar, num ano, o volume do estoque de recursos com mérito ainda pendente de apreciação.

Após apresentarem os dados numéricos pelos quais entendem ter havido colapso no sistema da repercussão geral, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio apontam o que entendem sejam as causas desse insucesso, quais sejam (I) a adoção de um “filtro oculto” de admissibilidade pelo STF, (II) a prática da recusa de teses, e não de casos e, por fim, (III) o regramento estabelecido pelo RISTF segundo o qual a não manifestação de algum ministro, no Plenário Virtual, era computada como voto no sentido do reconhecimento da RG, e não como acompanhamento do voto do relator, como costuma acontecer em julgamentos presenciais.

A primeira causa apontada para o insucesso da repercussão geral diz respeito à ordem em que essa preliminar é analisada. Nesse sentido, diz o caput do art. 323 do RISTF que “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.”

Destarte, antes de submeter a questão constitucional debatida nos RE’s e nos ARE’s ao crivo da repercussão geral, o ministro relator deve avaliar a presença de

todos os óbices tradicionais para a admissão do apelo extremo, tais como a qualificação da matéria discutida como infraconstitucional (súmulas 280 e 636), como fática, e não jurídica (Súmula 279), ou apontar a falta de pré-questionamento (Súmulas 282 e 356).

Como consequência, a maioria dos recursos extraordinários, e respectivos agravos, é decidida de forma monocrática, com fundamento no art. 932, IV, do CPC e art. 21, §1º do RISTF. Corroborando essa afirmação, no artigo ora em comento menciona-se que entre 2009 e 2016, as decisões monocráticas representaram entre 84% e 89% do total de julgados da Corte e, dentre essas decisões tomadas em RE ou ARE 95% foram no sentido de manter o acórdão recorrido⁸⁵.

Desse modo, o primeiro “filtro” ao qual o recurso tem de se submeter para ter seguimento na Corte não é o juízo de admissibilidade quanto à eventual presença de repercussão geral da matéria, mas sim quanto a todas as demais teses de jurisprudência defensiva utilizadas estrategicamente como um meio informal de seletividade dos casos.

Ao mencionar os efeitos colaterais deletérios desse tipo de prática, os autores afirmam o seguinte:

A utilização de óbices formais de admissibilidade demanda um tempo de análise processual muito superior ao que exigiria um filtro inicial assumidamente baseado na relevância: do modo como é feito hoje, por menos relevantes que sejam as discussões, é preciso tempo para debruçar-se sobre elas e compreender os fundamentos do acórdão recorrido, as teses do recurso extraordinário, as contrarrazões e a decisão de admissibilidade, a fim de aferir se a controvérsia “pouco relevante” é fática, infraconstitucional, não está pré-questionada etc. Esse estudo do caso, embora seja “invisível”³⁰ para as partes e seus advogados, consome boa parte dos recursos humanos e materiais do tribunal

Além do chamado “filtro oculto”, outra causa apontada para o insucesso da repercussão geral como filtro de relevância recursal consiste na prática adotada pelo STF, reforçada pela redação do art. 1.030, I, a, do CPC, de produzir verdadeiros precedentes vinculantes sobre a irrelevância de determinada matéria, acarretando no impedimento prático da reapreciação da mesma pelo STF, vez que, da decisão

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 703.

do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que inadmite o extraordinário com fundamento em prévia manifestação do STF sobre a ausência de repercussão geral não cabe sequer agravo em RE, mas apenas agravo interno.

A prática atual de se recusar o julgamento de teses e não de casos concretos individualmente considerados acabou acarretando numa confusão entre um método de julgamento de demandas repetitivas, que pode ser útil em diversos casos, com um juízo discricionário de inadmissão baseado na relevância da questão constitucional, com prejuízo para o último.

Por fim, a última causa apontada para o malogro da função de filtro de relevância da RG consiste no modo como o RISTF tratava o silêncio dos ministros vogais quando da votação a respeito da (in)existência de repercussão geral.

A esse respeito, dizia o regimento que “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”, isto é, ultrapassada boa parte da jurisprudência defensiva do STF, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. A partir daí, os outros ministros se manifestavam, também por meio eletrônico, num prazo de 20 dias, após o qual, se não houvesse manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-ia existente a repercussão geral. Doravante, a ausência de manifestação nesse quesito era computada a favor da existência de Repercussão Geral, sendo necessários oito votos expressos negando a Repercussão Geral para que o recurso não fosse conhecido por esse motivo.

Desse modo, o regimento colocava a admissibilidade da RG como premissa a ser desconstituída, mediante quórum qualificado. Ao proceder dessa forma, efetivava-se uma distorção da função do elevado quórum de dois terços para a rejeição da admissibilidade dos RE's. Nesse sentido, segundo Barroso e Rego⁸⁶,

o quorum constitui um contrapeso destinado a compensar a impraticabilidade de uma motivação analítica das decisões negativas em larga escala. Em outras palavras: para dificultar que a inevitável

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 705.

discricionarietà desse tipo de juízo desnature-se em arbitrariedade

A partir desse diagnóstico, os autores propuseram a implementação de mudanças normativas, passíveis de serem tomadas pelo próprio STF, via regimento interno, para superar os problemas apontados.

Assim como três foram os problemas relatados, três são as soluções apontadas: (I) tornar a repercussão geral o primeiro requisito de admissibilidade a ser analisado, invertendo-se, portanto, a ordem estabelecida pelo *caput* do art. 323 do RISTF, (II) autorizar-se a negativa de admissibilidade em razão de ausência de repercussão geral com efeitos apenas para o caso concreto, mediante motivação sumária e, por fim, (III) a alteração do valor atribuído ao silêncio dos magistrados quando da apreciação da (in)existência de repercussão geral, invertendo-se o ônus de formação de *quórum*.

Sugerindo uma boa recepção das ideias expostas no trabalho em comento, todas as suas propostas foram adotados pelo Supremo Tribunal Federal, em especial através da edição da Emenda Regimental nº 54, de 01/07/2020, e do julgamento, pelo Plenário do Supremo, do ARE nº 1.273.640, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Atualmente, é possível sintetizar o procedimento para o reconhecimento da repercussão geral da seguinte forma: conclusos os autos ao Relator, este poderá negar, em decisão singular, a repercussão geral da questão constitucional com eficácia apenas para o caso concreto. Havendo recurso contra essa decisão, a mesma deverá ser confirmada por 2/3 do Plenário. É possível que, em vez de decidir individualmente, o relator já submeta a questão diretamente o plenário.

Em qualquer dos casos, a manifestação pela presença, ou não, de repercussão geral será encaminhada por meio eletrônico, aos demais ministros. Recebida a manifestação do Relator, os ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Diferentemente da previsão regimental anterior, agora o ministro que não se manifestar no prazo previsto no *caput* terá sua não participação registrada na ata do

juízo e, se não for alcançado o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência, ou não, de repercussão geral, o julgamento será suspenso e automaticamente retomado na sessão em meio eletrônico imediatamente seguinte, com a coleta das manifestações dos ministros ausentes.

Além disso, inclui-se nesse procedimento a verificação da natureza constitucional da matéria, que, se for negada, terá os mesmos efeitos da ausência de repercussão geral, porém sem a necessidade do quórum qualificado de 2/3, podendo ocorrer apenas por maioria absoluta. Somente será analisada a repercussão geral da questão se reconhecida a existência de matéria constitucional.

Caso a proposta do relator não seja confirmada por dois terços dos ministros, o feito será redistribuído, na forma do art. 324, § 5º, do RISTF, sem que isso implique reconhecimento automático da repercussão geral da questão constitucional discutida no caso, devendo o novo relator sorteado reiniciar o exame de admissibilidade do recurso, na forma dos arts. 323 e 324 do Regimento Interno.

Se o relator for vencido na votação em plenário, no sentido de se reconhecer a existência de repercussão geral, redigirá o acórdão o ministro sorteado dentre aqueles que dele divergiram ou não se manifestaram, a quem competirá relatar o caso para o exame do mérito ou de eventuais incidentes processuais.

É possível afirmar que, no julgamento do ARE nº 1.273.640, o Tribunal promoveu uma interpretação sistemática de seu próprio regimento, de modo que, muito embora inalterado o caput do art. 323, segundo o qual a apreciação da repercussão geral somente terá lugar “quando não for o caso de inadmissão do recurso por outra razão”, consignando-se expressamente no julgado que a averiguação de existência, ou não, de repercussão geral da questão constitucional precede a análise do extenso repertório de pressupostos recursais de admissibilidade, que, portanto, só será realizada caso o recurso ultrapasse o crivo de relevância definido nos novos parágrafos do art. 326 do RISTF.

A esse respeito, Ricardo Gueiros e Leonardo Goldner tecerem ponderadas

considerações⁸⁷:

Mesmo que se venha a falar em jurisprudência defensiva após a análise da repercussão geral, certamente essa se dará de forma mais madura, abordando o cerne da questão trazida à apreciação, vinculando os demais casos, filtrando, dessa vez, de forma mais consistente, superadas as formalidades em excesso.

A partir dessas alterações de ordem regimental e jurisprudencial, o Supremo dá um passo adiante na direção de tornar-se cada vez mais uma Corte voltada para a produção de precedentes judiciais, função para a qual se mostra imprescindível um filtro de relevância na admissão dos recursos, tornando mais efetivo o uso da repercussão geral.

Em que pesem renomadas opiniões em sentido contrário, entendemos que o juízo de admissibilidade com base na existência, ou não, de repercussão geral, pelo STF, ostenta alto grau de discricionariedade, fato que somente se confirmou a partir das alterações regimentais e jurisprudencial mencionadas.

Por fim, na esteira do que apresentamos a respeito da doutrina de Alexander Bickel, em particular no item 1.3.4.3., que trata das “virtudes passivas”, devemos vislumbrar a possibilidade de a repercussão geral ser reconhecida pela minoria qualificada do STF, isto é, por quatro ministros, porém a maioria da Corte entender que não seja conveniente a apreciação do processo naquele momento. Em situações como tais, outros mecanismos podem ser utilizados para impedir a apreciação do caso pelo Supremo, dentre os quais as diversas teses que compõe a chamada “jurisprudência defensiva”, a exemplo da falta de dialeticidade e da falta de prequestionamento, caso tais teses sejam sustentáveis diante do caso concreto.

Adiante, avançaremos no estudo da Repercussão Geral no caso específico em que seja presumida, ante alegada contrariedade à “jurisprudência dominante”, ensejando alguns dos procedimentos de reafirmação de jurisprudência.

⁸⁷ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Repercussão Geral: Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato**. Meritum. Belo Horizonte. v. 14, n. 1. p. 98-113 – Jan./Jun. 2019. P. 112.

TERCEIRA PARTE

3. REPERCUSSÃO GERAL E REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

3.1. Introdução.

Na seção anterior desta dissertação, buscamos expor o regramento do reconhecimento da repercussão geral para admissão do Recurso Extraordinário, com ênfase nas mudanças havidas sobretudo por meio da Emenda Regimental nº 54, de 01/07/2020, e do julgamento do ARE nº 1.273.640, que em conjunto abrem a possibilidade de reconhecimento discricionário pelo Supremo da existência, ou não, de Repercussão Geral em cada caso concreto.

Como defendido, entendemos que não deve haver direito subjetivo à apreciação do extraordinário, eis que o direito de acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, não significa acesso ao Supremo, mas ao judiciário. Isso é fundamental para que, conforme já defendia William Howard Taft, no início do século passado, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos, seja possível uma Suprema Corte voltada para a elaboração de precedentes, à uniformização da jurisprudência, com controle de seu estoque de processos, não se constituindo numa terceira ou quarta instância judicial.

Além disso, como demonstrado por Alexander Bickel, a discricionariedade quanto a aceitação da *petition of certiorari* – no nosso caso, do Recurso Extraordinário – possibilita à Corte um agir estratégico, comportando-se como verdadeiro animal político, de modo a lidar mais adequadamente com a dificuldade contramajoritária que, como salientado por Arguelher e Glezer “não é um problema a ser resolvido,

mas sim uma propriedade inconveniente da atuação judicial⁸⁸.

Nesta parte do trabalho, buscaremos avançar no estudo da Repercussão Geral com ênfase na chamada “reafirmação da jurisprudência”, que nada mais do que o julgamento de um recurso extraordinário em que a repercussão geral é presumida, nos termos do art. 1035, § 3º, I, segundo o qual “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”.

Com isso não se quer dizer que, havendo contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante, haja direito subjetivo da parte à apreciação do caso pelo Supremo, permanecendo hígido, também a esse respeito, tudo quanto discorreremos na segunda parte deste trabalho. Trata-se apenas de regra que provê procedimento simplificado para demonstração da preliminar de Repercussão Geral, não precisando pois a parte demonstrar, nesses casos, a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Como se pode perceber, a redação do dispositivo é bem ampla, deixando margem para se determinar o que seja “súmula” ou, principalmente, “jurisprudência dominante”. Conforme demonstraremos a seguir, atualmente há duas formas de se realizar a reafirmação da jurisprudência, com ritos distintos, cuja opção por um ou por outro depende não de deliberação colegiada da Corte, ou de qualquer disposição legal, mas sim da discricionariedade do relator.

Basicamente, os ritos são os seguintes: A primeira hipótese diz respeito ao relator poder solicitar a reafirmação nos termos do art. 323-A do Regimento Interno do STF, havendo nesse caso julgamento colegiado da matéria no Plenário Virtual. Já a segunda hipótese trata da possibilidade de a reafirmação da jurisprudência ser realizada monocraticamente, nos termos do art. 932, IV e V, do CPC e art. 21, §1º e/ou § 2º do RISTF.

Antes de entrarmos em detalhes a respeito de cada uma das duas formas, no

⁸⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 95.

entanto, convém fazermos uma digressão a respeito de alguns conceitos fundamentais para se raciocinar com precedentes judiciais, temática na qual se insere a reafirmação da jurisprudência. Trata-se dos conceitos de *stare decisis* e *ratio decidendi*, em particular no contexto do sistema de precedentes inserido no Código de Processo Civil de 2015, sobre os quais passamos a nos debruçar.

3.2. A importância do conceito de *ratio decidendi* para se raciocinar com precedentes.

Conforme já sustentamos em trabalho anterior⁸⁹, a Lei 13.105/2015 busca consolidar no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes. Referido sistema passa a ser reforçado por dispositivos espalhados ao longo do Código, mas tem nas disposições gerais (art. 926 a 928) do Título I, do Livro III, sua coluna vertebral. Nesses dispositivos, encontramos, de forma explícita elementos muito característicos dos Sistemas de Common Law, em particular o “*stare decisis*” (art. 926, caput e 927, § 4º) e a vinculação vertical aos precedentes (art. 927, caput, e incisos).

Nesse contexto, é importante elucidarmos o conceito adotado de precedente judicial no direito brasileiro, sendo certo que não é qualquer decisão emanada do Poder Judiciário que será alçada a esta categoria.

Assim, uma decisão judicial poderá ser considerada um precedente⁹⁰ desde que, estando dentre aquelas modalidades listadas no art. 927 do CPC, promova uma

⁸⁹ BOINA, André Felipe de Araújo. **Precedentes Vinculantes no Direito Brasileiro**, In: Frederico Ivens Miná Arruda de Carvalho; Miryã Bregonci da Cunha Braz; Vinicius de Souza Sant'Anna. (Org.). *Temas contemporâneos de Direito Processual*. 1ed.: Dialética, 2021, v. 1, p. 00-00

⁹⁰ Hermes Zaneti Júnior, em sua obra específica sobre o tema, nos fornece a seguinte conceituação geral de precedentes: “Os precedentes judiciais [...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou holding como o core do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (material facts somados à solução jurídica dada para o ^{caso} com o caso atual).” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 2ª edição revista e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. P. 304-306)

interpretação operativa do direito para solucionar o caso, interpretação essa que, sendo reconstrutiva do ordenamento jurídico, possua a pretensão de universalização, para que se decidam em conformidade consigo os casos futuros, muito embora sua vinculatividade independa da bondade de suas razões. Dessa forma, pode-se dizer que, no Brasil, os precedentes devem ser formal e materialmente vinculantes, necessitando dos dois critérios conjugados para que haja a vinculação, entendendo-se como elemento formal a tipificação da decisão no rol do mencionado art. 927 do NCPC, e como elemento material a referida interpretação operativa do direito, que reconstrói o ordenamento jurídico para solucionar o caso.

Desta feita, excluem-se da definição de precedente (i) a jurisprudência meramente persuasiva, (ii) as decisões judiciais que apenas aplicam lei não objeto de controvérsia, sem contribuir com a fixação de uma tese interpretativa acerca da mesma e, por fim, (iii) as decisões judiciais que apenas aplicam um precedente, sem acrescentar nada de novo para a construção do entendimento do tribunal⁹¹.

Produzido o precedente, todos os casos-futuros deverão observá-lo, quer dizer, segui-lo. As únicas hipóteses em que não se segue o precedente ocorrem quando de sua superação (“overruling”) ou havendo distinção (“distinguishing”) entre os fatos do caso-atual e os do caso-precedente. Não estando dentre estes o caso, o entendimento consolidado no precedente deve ser aplicado, mantendo-se estável.

O dever de estabilidade, prescrito no art. 926 do Código de Processo Civil, está na base de um modelo de precedentes, integrando também o núcleo duro da doutrina do “stare decisis”. Tal doutrina, desenvolvida na Inglaterra⁹² e aplicada também nos

⁹¹ Corroborando com o conceito apresentado, há a lição de Hermes Zaneti e Carlos Pereira: “Todas as vezes que houver interpretação operativa, abrir-se-á a possibilidade para a formação de um precedente (do ponto de vista material). Essa decisão, desde que se enquadre nas hipóteses qualificadas como vinculantes pelo art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), será considerada um precedente normativo formalmente vinculante (do ponto de vista formal). Em sentido contrário, quando a norma for simplesmente aplicada, sem qualquer reconstrução do seu conteúdo, é a lei ou o precedente anterior que será aplicado. O mesmo ocorre quando o leading case é aplicado sem alterar seu conteúdo normativo, a nova decisão com base no precedente não é ela mesmo um precedente, mas apenas uma decisão judicial”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 2ª edição revista e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. P. 304-306).

⁹² Abalizada doutrina alienígena corrobora a tese de que *common law* e *stare decisis* não são termos equivalentes ou indissociáveis, eis que o último surgiu no seio do primeiro ao longo de seu desenvolvimento histórico. Na Inglaterra, a construção de um sistema de *stare decisis*, que se deu posteriormente às duras críticas realizadas por Bentham e Austin, e significou o princípio pelo qual a *House of Lords* ficaria vinculada por suas próprias decisões, há dois precedentes muito relevantes,

Estados Unidos da América⁹³, refere-se ao dever que o órgão que estabeleceu o precedente tem de segui-lo. Trata-se de uma vinculação horizontal, portanto. Assim, havendo um julgado com estatura capaz de alçar-se à categoria de precedente (o que, no Brasil, como já dito acima, consiste numa decisão judicial, dentre as modalidades arroladas no art. 927 do CPC, que promova uma interpretação operativa do direito), surgirá uma presunção em favor do mesmo, necessitando-se de um pesado ônus argumentativo para superá-lo, tal como evidenciado no § 4º do art. 927, c/c art. 926, ambos do NCPC.

A vinculação horizontal aos precedentes⁹⁴ (“stare decisis”) é, portanto, um primeiro passo na implantação de um modelo de precedentes, pois se o Tribunal que os engendrou não se mostra comprometido a respeitá-los, por mais que haja mecanismos formais capazes de permitir a reforma das decisões de órgãos inferiores que também os tenham descumprido, a coerência e a integridade da atividade jurisdicional será profundamente abalada, frustrando o norte principiológico insculpido no art. 926 do CPC.

Beamish v. Beamish (1861) e *London Tramways Co. v. London County Council* (1898). Nesse sentido, Simpson escreve que “any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of common law in terms of stare decisis, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of a law without such props as the concept of the ratio decidendi, and functioned well enough”. (SIMPSON, Alfred William Brian. **The Common Law and Legal Theory**. In: JEREMY, Horder. Oxford Essays in Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1973, P. 77).

⁹³ Nos Estados Unidos, a concepção hodierna de stare decisis tem como marco a *dissenting opinion* do Justice Brandeis, quando do julgamento do caso *Burneis v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932). A esse respeito, Colin Starger afirma que “Brandeis dramatically impacted both the substance and the form of the Court’s stare decisis jurisprudence [...] Justices to this day quote or paraphrase this most famous aphorisms, including ‘stare decisis is not an inexorable command’ or ‘it’s more importante that the law be settled than that it be settled right’ [...] After *Conorado Oil*, no Court opinion has ever again described stare decisis as merely a maxim. In short, Brandeis transformed stare decisis from common-law maxim to Supreme Court doctrine”. (STRAGER, Colin. **The Dialectic of Stare Decisis Doctrine**. In: PETERS, Christopher J. Precedent in the United States Supreme Court. Dordrecht: Springer, 2013, p. 29).

⁹⁴ Ora, a doutrina da observância obrigatória dos precedentes não é sinônimo de “stare decisis”. Referida doutrina engloba tanto a vinculação horizontal, quanto a vertical aos precedentes. O termo *stare decisis*, por outro lado, refere-se apenas à vinculação horizontal aos precedentes. Nesse sentido, Frederick Schauer afirma que “Stare decisis is the term used to describe that obligation of a court to follow its own previous decisions [...] The idea of precedent generally is broader, including both vertical precedente, the duty of a court to adhere to decisions of courts above it on the judicial hierarchy; and horizontal precedent, the duty of a court to follow its own decisions from some time in the past [...] when are discussing precedent in the context of decisionmaking by the Supreme Court of the United States, we are entirely within the domain of horizontal precedent and stare decisis, because vertical precedente has no applicability to courts that sit atop the judicial pyramid”. (SCHAUER, Frederick. **Stare Decisis and the Selection Effect**. In: PETERS, Christopher J. Precedent in the United States Supreme Court. Dordrecht: Springer, 2013, p. 19).

A partir da vinculação horizontal aos precedentes, chegamos a necessidade de vinculação vertical aos mesmos, isto é, quando do estabelecimento de uma decisão que, nos termos já abordados acima, possa ser considerada um precedente, reunindo os critérios formal e material para tanto, os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores, e territorialmente adstritos, ao Tribunal que a prolatou passam a estar vinculados a ela, devendo adotar suas razões. Entendemos, aqui, “razões”, como a unidade incindível entre os fatos e a solução jurídica dada (também referida na doutrina como “holding” do precedente). Tais razões serão observadas ao se julgar os casos-futuros, sendo permitida a sua não aplicação apenas em caso de distinção entre as circunstâncias fáticas do caso-atual e as do caso-precedente, vedados os órgãos de hierarquia inferior a proceder ao “overruling”, ou seja, à superação do precedente, atribuição esta exclusiva do órgão prolator.

A vinculação vertical aos precedentes é, por conseguinte, o complemento necessário ao “*stare decisis*” para que se possa falar, efetivamente, num modelo de precedentes vinculantes.

A doutrina tem apresentado uma série de valores e princípios que podem ser efetivados mediante a implantação de um sistema de precedentes normativos. Destaca-se, nesse contexto, a voz de Luiz Guilherme Marinoni, que lista a segurança jurídica⁹⁵, a igualdade⁹⁶, a coerência⁹⁷ e a eficiência⁹⁸ (dentre outras

⁹⁵ Assim leciona Marinoni: “(...) a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito variável de acordo com o caso.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 123).

⁹⁶ “Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição” (Ibidem. p. 123).

⁹⁷ “Inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual. Na verdade, em caso de decisões que afirmam significados distintos em relação a um mesmo texto legal, não há sequer como pensar em direito dos juizes ou em discurso do Poder Judiciário. Desconhece-se o pensamento e o discurso do Judiciário”. (Ibidem, 2011. p. 172).

⁹⁸ Por fim, citamos mais uma vez a fala de Marinoni, para quem “o respeito aos precedentes constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário”. (Ibidem, 2011. p. 190).

coisas) como razões para que os precedentes judiciais sejam seguidos.

Ora, os motivos acima referidos, realmente, constituem-se em razões de peso para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, e que não podem ser desconsideradas. Entretanto, com espeque na doutrina de Hermes Zaneti Júnior, ousamos afirmar que, malgrado a nobreza daqueles princípios, os mesmos se mostram insuficientes para justificarem, do ponto de vista de uma teoria da argumentação no Estado Democrático Constitucional, a adoção do referido sistema.

Uma fundamentação adequada para a defesa da incorporação, em nosso ordenamento jurídico, de um modelo de precedentes, perpassa, necessariamente, pela racionalidade que se deve imprimir ao sistema jurídico com base na premissa da universalização das razões, premissa essa atrelada ao imperativo categórico kantiano, pelo qual devemos pautar nossas ações segundo uma máxima tal que admitamos tornar-se uma lei universal. Desse modo, considerando a premissa da universalização das razões num julgado o elemento garantidor da racionalidade de um modelo de precedentes, Zaneti⁹⁹ leciona que:

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com a pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar. É a própria pretensão de correção, ratio, que deve governar, de forma imparcial, os atos humanos e espalhar, em todas as áreas do conhecimento, os seus efeitos, que está na base da premissa da universalização.

É válido afirmar, por conseguinte, que os precedentes são formados atrelados ao caso concreto, mas com a vocação de regular os casos futuros, de modo que a universalização das razões tem a pretensão de garantir a racionalidade do discurso jurídico, contribuindo para o fechamento do decisionismo judicial, pois que, firmada uma interpretação legal, dentre as possíveis, pelas cortes de vértice, promove-se a densificação semântica dos significados dos textos normativos.

Elemento fundamental para a aplicação dos precedentes, portanto, é o instituto da ratio decidendi, acerca do qual discorreremos abaixo.

⁹⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 2ª edição revista e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. P. 333.

3.3. O desenvolvimento histórico do conceito de *ratio decidendi*.

No Brasil, divide-se a decisão judicial oriunda de colegiado em três partes: relatório, votos e acórdão. Diante disso, pergunta-se: onde procurar o significado do precedente judicial? Por mais relevantes que sejam o relatório e o acórdão, é na fundamentação jurídica que deve ser buscada a compreensão da norma jurídica veiculada pelo precedente, ainda que, para compreendê-la adequadamente, se deva analisar a decisão judicial em sua totalidade.

Por mais que a razão de decidir não se confunda com a fundamentação, eis que esta última compreenderá, via de regra, diversas teses mais ou menos relevantes para a solução do caso, algumas meramente colaterais, dentre tais teses haverá as que foram essenciais para a decisão do caso.

Essa, entretanto, nem sempre foi essa compreensão de *ratio decidendi*. É que não é tarefa simples estabelecer o significado desse termo, havendo sido travado intenso debate no ambiente do Common Law acerca de sua definição. Uma abordagem importante desse problema foi empreendida por Eugene Wambaugh¹⁰⁰ no final do século XIX.

Para esse autor, a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o caso seria decidido diferentemente. Para identificar essa regra, propõe-se um teste: em primeiro lugar, supõe-se uma regra como sendo a *ratio decidendi*. Após, insere-se na mesma uma palavra que inverta seu significado. Após essa modificação, deve-se indagar se, caso a Corte tivesse se valido da regra alterada, o resultado seria o mesmo. Se a resposta for negativa, identificou-se a *ratio decidendi*.

Essa teoria sofreu diversas críticas. A mais contundente delas diz respeito à possibilidade de o Tribunal valer-se de mais de um argumento, cada um deles capaz de, por si só, justificar a decisão. Nesse caso, a negação de qualquer um deles não

¹⁰⁰ WAMBAUGH, Eugene. *Study of cases*. Boston : Little, Brown, 1894.

seria suficiente para reverter o resultado do julgamento, muito embora qualquer um fosse suficiente para embasá-lo.

Outra abordagem sobre o conceito de *ratio decidendi* foi proposta por Arthur L. Goodhart, no célebre artigo *Determining the ratio decidendi of a case*, publicado no *Yale Law Journal* em 1930¹⁰¹. Nesse artigo, o autor propõe como critério para identificação da *ratio* os fatos do caso, a partir dos quais se embasou a decisão. Afirma-se, inclusive, que a *ratio* não está, primordialmente, nas razões ofertadas na *opinion*, e sim nisso que o autor chama de *material facts*.

Os *material facts* seriam, portanto, os fatos juridicamente relevantes para a solução da lide, não necessariamente todos os fatos expostos na decisão, mas apenas aqueles que a justificam. Um exemplo disso é apresentado no caso *Rylands v. Fletcher*. Nesse processo, Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório hídrico em sua propriedade. O empreiteiro teria atuado negligentemente e a água do reservatório invadiu as terras de propriedade do vizinho, causando diversos prejuízos. Ao analisar a situação no artigo retro citado, Goodhart elencou como “fatos do caso” os seguintes: i) B tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por B para edificá-lo, agiu negligentemente; e iii) a água transbordou do reservatório e prejudicou A. Já como “fatos materiais”, foram considerados os seguintes: i) B tinha um reservatório construído em sua propriedade; e ii) a água transbordou e prejudicou A. Diante disso, Goodhart afirmou que a Corte desconsiderou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, considerando tal fato como “imaterial”, concluindo-se a partir disso que não houve responsabilização de B pela negligência do seu contratado, inaugurando a doutrina da responsabilidade objetiva (*absolute liability*).

A concepção de Goodhart, muito embora tenha servido de paradigma para o desenvolvimento subsequente na matéria, foi criticada em artigos publicados por Montrose¹⁰² e Simpson¹⁰³, os quais entenderam que, pela proposta de Goodhart, a

¹⁰¹ GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. *Yale Law Journal*. vol. 40. p. 162. 1930.

¹⁰² Montrose, J. L. **Reasoning, ratio decidendi and Denning L. J.** *The Modern Law Review*, 1954, vol. 17, p. 462 e ss. e Montrose, J. L. **Ratio decidendi and the House of Lords**. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 124 e ss.

¹⁰³ Simpson, A. W. B. **The ratio decidendi of a case**. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 413

argumentação do juiz poderia ser algo completamente ignorado para a determinação da *ratio decidendi*, já que o que contaria seriam unicamente os fatos tomados como materiais. No entanto, Goodhart replica essa crítica, contestando-a, ao dizer que jamais haveria insinuado tal afirmação. Pelo contrário, atribui sim importância para a argumentação empreendida pelos juízes, mas na medida em que contribui para elucidar quais os fatos tomados como materiais pelo órgão julgador.

Mais modernamente, a noção de *ratio decidendi* vem sendo tratada sob o prisma da justificação. É esse o enfoque que Neil MacCormick¹⁰⁴ dá a esse instituto jurídico, salientando que a *ratio* consiste numa argumentação judicial suficiente para resolver uma questão jurídica que seja necessária para justificar uma decisão. Assim, a *ratio* não estaria nos fatos tratados como materiais, e nem na regra de direito invocada para solucionar o litígio, mas interpretação das normas jurídicas promovida pelo magistrado que seja suficiente para, no contexto da disputa, legitimar uma decisão.

Ocorre que, assim como outros conceitos jurídicos, o de *ratio decidendi* não pode ser simplesmente importado de fora e utilizado pela doutrina brasileira como se se adequasse perfeitamente à nossa realidade. Por essa razão, a doutrina tem procurado adaptar esse conceito às particularidades do nosso ordenamento jurídico.

Uma interessante abordagem nesse sentido foi feita pelo professor Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁵. Para este autor, no caso brasileiro, não se pode afirmar haver *ratio decidendi* apenas e tão somente quando se estiver diante de um fundamento que seja necessário e suficiente para a solução do caso.

Entre nós, propõe Marinoni, poderá ocorrer precedente sobre o julgamento de questão, ainda que se trate sobre a resolução de questão que beneficie a parte vencida, por exemplo quando se rechaça a decadência da ação rescisória porém, no mérito, se julga improcedente.

ess

¹⁰⁴ MACCORMICK, Neil. **Coherence in Legal Justification**. Theory of Legal Science. Reidel Publishing Company: Lund. 1983.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011

A possibilidade de haver precedente sobre questões sobressai ainda mais relevante quando se tem em mente que, em nosso sistema, cabem ao recurso extraordinário e ao recurso especial a resolução de questões estritamente jurídicas.

Isso não significa negar, evidentemente, a importância dos fatos para a interpretação do direito quando do julgamento desses recursos, mas apenas que o que realmente importa nesses casos será a solução dada a uma questão jurídica, constitucional ou infraconstitucional.

Ainda no sentido de ressaltar a peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro, devemos considerar a possibilidade de formação de precedente no controle principal da constitucionalidade, abstrato por excelência, o que quer dizer que os fatos desses casos consistem basicamente – mas não exclusivamente – em fatos relativos ao processo legislativo, de modo que o objeto controlado será dotado de generalidade e abstração, características da linguagem legal, que se projeta para o futuro. Assim, a chamada vinculação dos motivos determinantes propalada pelo STF é um bom exemplo de vinculação às questões decididas.

3.4. Uma visão realista a respeito do conceito de *ratio decidendi*.

Julius Stone, em instigante artigo intitulado *The Ratio of the Ratio Decidendi*¹⁰⁶ nos apresenta uma visão realista, até mesmo cética, a respeito da possibilidade de se determinar, de antemão, qual seja a *ratio decidendi* de um caso. Ao fazer isso, problematiza conceito fundamental para o *Common Law*, que está no cerne da doutrina do *stare decisis*.

Esse autor inicia sua exposição levantando a seguinte questão: como é possível haver um sistema jurídico, que, por um lado, alega basear as decisões judiciais do presente em julgamentos do passado, ao qual está submetido – *stare decisis*, e por outro lado, se pretende flexível o suficiente para se adaptar às novas realidades. Isto

¹⁰⁶ STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi**. The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959.

é: como um sistema que existia desde os tempos do feudalismo na Inglaterra pode ser o mesmo, num sentido de continuidade, com que se apresenta nas sociedades modernas, marcadas pela urbanização e pela industrialização. O conceito central desse sistema jurídico, como já temos abordado, é o de *ratio decidendi*. O autor coloca a questão nos seguintes termos¹⁰⁷:

The doctrine of *stare decisis*, in addition to whatever it may enjoin upon the intellect, certainly evokes an atmosphere and a mood to abide by ancient decisions, to follow the old ways, and conform to existing precedents. It suggests a condition of rest, even of stasis, a system of law whose content is more or less settled, the past content by past decisions, and the present and future content because they too are controlled by those past decisions. It implies the stability of the legal system along the stream of time, that despite all the vast social, economic and technological changes of the last eight or nine hundred years, society remains nevertheless in some meaningful sense under the governance of the same system of law.

Para melhor abordar a questão do que seja a *ratio decidendi*, o autor divide o termo em dois sentidos possíveis: descritivo e prescritivo. No sentido descritivo, corresponde à explicação de como a Corte chegou a determinado resultado a partir de casos que elencou como precedentes. Diz respeito, portanto, a uma explicação voltada para o passado, meramente cognitiva, desinteressada de quais sejam as possíveis implicações para futuros casos a serem analisados.

No sentido prescritivo, por outro lado, diz respeito a como a Corte deverá decidir, tendo em vista certos casos que um observador poderia julgar estarem abrangidos pelas razões adotadas pelo caso precedente, seja numa elucubração acadêmica, projetando regras que devam ser seguidas, ou numa argumentação judicial, requerendo seja prolatada decisão judicial em determinado sentido.

A esse respeito, vale a pena conferir trecho de seus escritos¹⁰⁸:

Related to the distinction between the descriptive *ratio decidendi* and prescriptive *ratio decidendi*, are two approaches to the behaviour of courts as this bears on the problem of the *ratio decidendi*. One approach is that of the observer who seeks to describe and explain as a *matter of fact* how present decisions are related to prior decisions. The other approach seeks to establish from the behaviour of courts themselves, perhaps supplemented by assumed first principles, the limits within which, as a *matter of law*, a prior

¹⁰⁷ STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi**. The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959. P. 598.

¹⁰⁸ STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi**. The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959. P. 602.

decision prescribes a binding rule for later decisions. It seeks (to use Professor Goodhart's term) to establish a "system" by which we can test what ground of decision of an earlier case is legally binding on the court in a later case.

É nesse ponto que apresenta divergência quanto à formulação do professor Goodhart, baseada nos já mencionados *material facts*, teoria segundo a qual cada caso albergaria uma, e apenas uma, *ratio decidendi*. A principal divergência diz respeito a como descobrir quais sejam esses tais *material facts*, haja vista que um mesmo conjunto fático poderia ser compreendido em diferentes graus de abstração. Assim, um elemento concreto presente num determinado caso, cuja presença se liga uma certa consequência jurídica, poderia ser entendido como pertencente a uma classe mais ampla, que por sua vez poderia ser compreendido como integrante de uma classe ainda mais ampla, todas às quais, em certas circunstâncias, poderiam ensejar a mesma consequência, de modo que os diferentes graus de abstração, todos reconduzíveis a um mesmo arranjo factual, poderia originar regras jurídicas as mais diversas.

Nesse sentido, confirmam-se as palavras do autor em comento:

Each "material fact" of a case would then have to be recognised as capable of statement in an often numerous range of more or less generalised versions, the range of the *ratio* varying with each version. Since this is so the extraction of the *ratio decidendi* in the course of later judgment could never have the flavour of discovering the single correct *ratio decidendi* of the earlier case, by merely identifying *nunc pro tunc* the "facts" deemed "material" by the precedent court as at the instant of the precedente decision. And this is quite additional to the difficulties, already mentioned, of so identifying these "material facts."¹⁰⁹

(...)

For, once it is granted that "a material fact" of the precedente case can be stated at various levels of generality, each of which is correct for that case, any of these levels of statement is potentially a "material fact." Insofar as the *ratio decidendi* is determined **by** each "material fact," then what the precedent case yields must be a number of potentially binding *rationes* competing *inter se* to govern future cases of which the facts may fall within one level of generality, but not within another.¹¹⁰

Diante desse cenário, conclui ser uma realidade incontornável do Direito que aos

¹⁰⁹ STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi**. The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959. P. 606.

¹¹⁰ STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi**. The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959. P. 607.

juízes, em especial aos Tribunais, sempre será cabível certa margem de discricionariedade, não sendo possível determinar a princípio uma única resposta correta a respeito de qual seja a *ratio decidendi* de um precedente, essa tarefa somente será possível em algum grau, se consideradas diversas possibilidades de interpretação tendo em vista os variados graus de abstração a que se pode chegar diante do que Goodhart chamava de *material facts*.

Esse posicionamento, é interessante notar, lembra muito o que dissera Kelsen, no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, em que recorre à metáfora da moldura; por essa alegoria, os textos legais poderiam, quando muito, fornecer uma moldura, isto é, certos limites, em que caberia ao órgão responsável pela aplicação da norma jurídica geral e abstrata criar a norma jurídica individual e concreta, havendo portanto um arco de possibilidades.

Com base em todas essas premissas, conclui o autor que o dever de realizar escolhas semânticas é inerente à atividade judicial, e que essas escolhas, muito embora frequentemente apresentadas pelos magistrados como uma derivação lógica de certas premissas dadas previamente pelo ordenamento jurídico, em especial pelos precedentes judiciais, são inescapavelmente, ao menos em algum grau, discricionárias. Isso não quer dizer que a realidade do Direito seja puro arbítrio, mas sim que a atividade jurisdicional necessariamente será perpassada pelas experiências e visões de mundo dos julgadores, isto é, por sua subjetividade, sendo a principal qualidade que se possa esperar dos magistrados é a sabedoria, ou, como outros autores preferem colocar, a prudência. Vejam-se suas palavras¹¹¹:

No ineluctable logic, but a composite of the logical relations seen between legal propositions, of observation of facts and consequences, and of value-judgments about the acceptability of these consequences, is what finally comes to bear upon the alternatives with which " the rule of *stare decisis* confronts the courts, and especially appellate courts. And this, it may be supposed, is why finally we cannot assess the product of their work in terms of any less complex quality than that of wisdom.

Essas considerações, extraídas do trabalho de Julius Stone, são de extrema relevância para a adequada compreensão da matéria. Muito embora seja relevante termos em conta uma definição do que seja *ratio decidendi*, como nos fornece

¹¹¹ STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi**. The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959. P. 618.

MacCormick e Marinoni, não podemos fechar os olhos para as lições que pensadores frequentemente classificados como realistas nos trazem: a aplicação do direito, conquanto, seja também um ato de conhecimento, de razão, é, em larga medida, um ato de vontade.

Assentadas as premissas teóricas básicas do assunto, passemos à análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal em que foi realizada a reafirmação da jurisprudência, ou seja, aplicação de precedentes judiciais, para, com isso, notarmos as diferenças entre os dois modos de reafirmação de jurisprudência a que se aludiu no início desta seção.

3.5. A reafirmação da jurisprudência pelo Plenário.

No presente trabalho, seguimos a linha que considera o Plenário do Supremo Tribunal Federal o órgão jurisdicional que, por excelência, pode de fato exercer o papel de estabelecer precedentes em matéria constitucional, uniformizando a jurisprudência, e conferindo racionalidade ao Direito, já que no desenho institucional do judiciário brasileiro, este é o verdadeiro órgão de cúpula, o vértice mais elevado da pirâmide – para usar uma metáfora.

O mesmo não pode ser dito dos outros órgãos jurisdicionais que integram o Supremo Tribunal Federal apontados na parte pretérita deste trabalho, a saber, as Turmas, o Presidente do STF e os Ministros Relatores. Todos esses três últimos órgãos possuem competência para criar normas jurídicas, proferindo decisões judiciais. Porém, contra todas cabe recurso a ser apreciado por órgão distinto, via de regra com maior número de membros, de modo que não se pode dizer que sejam decisões finais, irrecorríveis.

Além disso, por serem proferidas por órgão fracionário, não expressam o entendimento dominante da Corte como um todo, mas sim de parte de seus membros, ou, às vezes, de apenas um deles, abrindo a possibilidade de haver decisões discrepantes sobre a mesma matéria, resultando no enfraquecimento da

credibilidade do Tribunal.

Mais ainda, pode-se dizer que, se se pretende que ao STF caiba exercer o papel que propriamente se atribui às Supremas Cortes, isto é, decidir as principais questões jurídicas nacionais para, com isso, conferir racionalidade ao Direito, uniformizar a jurisprudência e produzir segurança jurídica e isonomia, outra conclusão não nos resta senão que os órgãos fracionários daquela alta Corte não são apropriados para a tarefa: não expressando a vontade majoritária da Corte, não são aptos a gerar efeitos para casos futuros, sendo apenas a resolução de casos concretos, consistindo, no máximo, em mera jurisprudência persuasiva, sem que ninguém esteja a elas vinculado, com exceção do órgão prolator e seus integrantes. A existência de órgãos fracionários no Supremo, a nosso ver, só se justifica sob o paradigma das Cortes Revisionais, já que impróprios para o estabelecimento de precedentes vinculantes, cabendo a esse modelo de Corte dizer se a decisão controlada está correta ou incorreta.

Nesse contexto, entendemos que a reafirmação da jurisprudência dominante pela via do plenário se mostra mais adequada para o perfil que se quer imprimir ao STF, possibilitando que a interpretação dos precedentes seja realizada pelo órgão que melhor se qualifica como seu intérprete autêntico, o próprio Plenário. Isso por razões óbvias quando se trata de precedente oriundo do mesmo, mas também por razões de peso quando se tratar de jurisprudência dominante oriunda das turmas, já que, ao evocá-la e endossá-la, o que efetivamente estará sendo feito é a própria constituição de novo precedente, dessa vez formalmente vinculante.

Nessa senda, conforme aludido acima, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê procedimento simplificado para reafirmação de jurisprudência no bojo de Recurso Extraordinário, com espeque na hipótese de presunção de repercussão geral encartada no art. 1035, § 3º, I, segundo o qual “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”. Trata-se do art. 323-A do RISTF, abaixo transcrito:

Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico. (Incluído pela Emenda Regimental

n. 42, de 2 de dezembro de 2010) Parágrafo único. Quando o relator não propuser a reafirmação de jurisprudência dominante, outro ministro poderá fazê-lo, mediante manifestação devidamente fundamentada (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

A primeira coisa que é interessante notar diz respeito a amplitude do termo “jurisprudência dominante”, que integra a hipótese de presunção de repercussão geral do art. 1035, §3º, I. Claramente, como mencionado logo acima, não se trata apenas de entendimentos firmados em outros recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e decididos pelo plenário, podendo se tratar a *rationes decidendi* havidas em processos abstratos, *habeas corpus*, ou quaisquer outras modalidades processuais.

Outra coisa importante de ser observada nesse procedimento é a sua simplificação. Como se percebe da prática do STF – que fica evidenciado com o caso logo abaixo discutido – é que se segue uma formalidade muito abreviada, dispensando-se o rito tradicional de liberação do relatório, subsequente pauta, leitura dos votos e posterior lavratura do acórdão. Nesses casos, frequentemente há apenas um documento intitulado “manifestação” em que, a um só tempo, o Ministro Relator relata, vota e propõe o acórdão, tudo pelo Plenário Virtual, gerando economia processual sem abrir mão da colegialidade.

Além do procedimento abreviado, a reafirmação pelo Plenário faz surgir uma “tese de repercussão geral”, passando a incidir todo o regramento discutido na Parte 2 desta dissertação, no sentido de possibilitar ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* a negativa de seguimento ao extraordinário, além de poder ser usado como paradigma para controle monocrático.

Entendemos, entretanto, que o surgimento da tese é opcional: se for o caso de se reafirmar jurisprudência já consolidada em tese que não precise ser modificada, isso não inviabiliza o procedimento do art. 323-A do RISTF. Basta a reiteração da tese anterior.

Forte nessas premissas, buscaremos analisar, nas linhas abaixo, um caso em que o Plenário do STF reafirmou sua jurisprudência pela via extraordinária. A partir dessa análise, buscaremos compreender, essencialmente, em que medida esse meio de reafirmação de jurisprudência endossa os conceitos de *stare decisis* abordados

linhas atrás, bem como, em que medida, desenvolvem a jurisprudência, de modo criativo.

3.5.1. Análise de caso: o Recurso extraordinário 1.038.925/SP e inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

O primeiro caso a ser discutido diz respeito ao Recurso extraordinário 1.038.925/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tema 959 da Repercussão Geral. Segue resumo do litígio.

José Ricardo Rodrigues Rocha foi preso em flagrante no dia 25/11/2013, pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de drogas, porque surpreendido com 10 invólucros de cocaína (8,5g) e a importância de R\$ 2,00.

O Juízo processante, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do art. 312 do CPP. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos.

O Paciente entrou com pedido de Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, que, por sua Quinta Turma, seguindo precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando julgamento do Habeas Corpus nº 104.339/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, concedeu de ofício a ordem, conforme trecho a seguir colacionado¹¹²:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.
PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.
PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA.

¹¹² HC 290.843/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 24/06/2014

FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. (HC N.º 104.339/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

Irresignado com essa decisão, o Ministério Público Federal apresentou Recurso Extraordinário no intuito de rechaçar a aplicabilidade da tese adotada. Conforme argumentação empreendida, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do HC 104.339/SP, tenha declarado inconstitucional a vedação de liberdade provisória ao acusado por crime de tráfico, não teria sido observado o procedimento previsto no art. 52, inciso X, da CF, pelo qual seria de competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, concluindo o Parquet ter havido manifesto confronto ao sistema de controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

Sustentou-se, portanto, que dar efeito vinculante em controle incidental/concreto à declaração de inconstitucionalidade seria ferir de morte o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, além de aniquilar o princípio da separação dos Poderes decorrente de um ativismo exacerbado.

Antes de prosseguirmos na exploração deste caso, convém tecermos algumas linhas a respeito do precedente no qual se baseou, e que ao final foi reafirmado. Trata-se, como já mencionado, do Habeas Corpus 104.339/SP.

O paciente desse HC era Márcio da Silva Prado, que foi preso em flagrante e denunciado pela prática do delito descrito no art. 33, caput, c/c 40, III, ambos da Lei 11.343/2006. O pedido de relaxamento da prisão em flagrante e/ou a concessão de liberdade provisória, foi indeferido pelo Juízo de piso, confirmada essa decisão pelo TJ/SP, justamente com fundamento na vedação do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Ao levar o caso perante o Superior Tribunal de Justiça, mediante Habeas Corpus, a resposta foi, mais uma vez, negativa. Nesse sentido, fora proferido acórdão, por unanimidade, pela Quinta Turma do STJ, nos autos do HC 155.558/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer (DJe 28.6.2010), que denegou a ordem, lastreando-se na

vedação legal para concessão de liberdade provisória aos possíveis autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/2006.

Contra essa decisão, por sua vez, impetrou a Defesa novo Habeas Corpus, de nº 104.339, agora perante o Supremo. Nessa oportunidade, outrossim, melhor sorte assistiu ao paciente. Levado o caso ao plenário, foi concedida a ordem de *habeas corpus*, nos termos da fundamentação do Ministro Relator. Confira-se trecho de seu voto:

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.

A previsão constitucional de que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável (art. 5º, XLIII) não traduz dizer que seja insuscetível de liberdade provisória, pois conflitaria com o inciso LXVI do mesmo dispositivo, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

(...)

Ante o exposto, declaro, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei 11.343/2006 e concedo parcialmente a ordem de habeas corpus, para confirmar a liminar anteriormente deferida, no sentido de que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente.

Feita essa exposição do caso-precedente, retornemos ao Recurso extraordinário 1.038.925/SP, objeto primeiro de nossa análise.

Como estávamos dizendo, o MPF recorreu de decisão do STJ que aplicou justamente a tese acima exposta oriunda do Habeas Corpus 104.339/SP, sob o fundamento de que o Senado não teria, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, expedido resolução no sentido de suspender o texto legal declarado inconstitucional pelo Supremo, a saber, a expressão “e liberdade provisória” constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. Contra esse argumento, entretanto, o Ministro Relator Gilmar Mendes teceu brevíssimas considerações. A bem da verdade, a argumentação chega a chamar a atenção de tão lacônica.

Confira-se a passagem em que o assunto foi abordado¹¹³:

Embora o Tribunal, na sessão referida, tenha autorizado aos Ministros decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, há a necessidade de reafirmar-se, via sistemática de repercussão geral, a referida decisão, a fim de que se evite questionamento quanto à observância do 52, inciso X, do texto constitucional.

É que, até o presente momento, não foi editada pelo Senado Federal, resolução com fins a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, manifesto-me, uma vez mais, pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário para negar-lhe provimento.

Esse julgado pode ser considerado uma demonstração exemplar da utilização da reafirmação de jurisprudência pelo Plenário por meio de RE com repercussão geral como instrumento viabilizador de uma cultura de precedentes judiciais, merecendo alguns comentários adicionais.

Em primeiro lugar, é louvável que se tenha preferido a reafirmação pelo Plenário, em vez da opção pelas decisões monocráticas, sobretudo pelo peso que esse órgão empresta ao julgado, demonstrando a inequívoca intenção do Supremo, como um todo, de manter o entendimento firmado quando do julgamento do HC nº 104.339/SP.

Em segundo lugar, é digno de nota a função associada à reafirmação de jurisprudência por repercussão geral implicada no acórdão, haja vista a consequência de, a princípio – como abordado na Parte 2 deste trabalho –, ensejar a inadmissibilidade de novos RE's requerendo a aplicação do trecho legal incidentalmente declarado inconstitucional.

Conectado a isso, podemos considerar que esse julgado consiste em mais um

¹¹³ RE 1038925 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-212 DIVULG 18-09-2017 PUBLIC 19-09-2017

passo dado pelo Supremo – sempre sobre a iniciativa do Ministro Gilmar Mendes – de emprestar às declarações incidentais de inconstitucionalidade proferidas pela Corte efeitos erga omnes, seguindo portanto a trajetória também percorrida na Reclamação 4.335/AC e nas ADI's nº 3470 e 3406.

Apesar de não essa a temática deste trabalho, registre-se que nos parece adequada essa posição. Nesse sentido, confira-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁴:

Registre-se que a eficácia vinculante, derivada das decisões em controle incidental, funda-se unicamente na força peculiar dessas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça. Assim, a eficácia vinculante das decisões do Supremo nada tem a ver com a comunicação ao Senado, certamente ilógica e desnecessária para tal fim. A comunicação é feita apenas para permitir ao Senado, em concordando com o STF, suspender a execução do ato normativo. A não concordância daquele em nada interfere sobre a eficácia vinculante da decisão deste. Trata-se de planos distintos. Depois do controle incidental e da produção de efeito vinculante, a lei declarada inconstitucional pode continuar a existir, ainda que em estado latente. Lembre-se de que, nos Estados Unidos, existem casos em que a Suprema Corte “ressuscita” a lei que estava apenas *on the books*, ou que, mais precisamente, era vista como *dead law*, exatamente por já ter sido declarada inconstitucional.

Além dessas considerações, é interessante notar, por fim, em que medida a reafirmação da jurisprudência se aproximou do precedente reafirmado e em que medida foi além dele. Por todo o exposto, fica claro que a aproximação consistiu na aplicação da mesma tese de fundo, qual seja pela inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006, verdadeiro precedente sobre questão, como defende Marinoni, visto que a inconstitucionalidade desse dispositivo não depende de qualquer circunstância fática do caso concreto.

A decisão acima, por outro lado, vai além do precedente que reafirma, na medida em que, ao se utilizar da repercussão geral para fazê-lo, nas palavras do Relator, “a fim de que se evite questionamento quanto à observância do 52, inciso X, do texto constitucional”, dá um passo adiante no fortalecimento do Supremo no que diz respeito aos efeitos da decisão incidental de inconstitucionalidade, seja por que ao reafirmar o precedente firmado no HC nº 104.339/SP considera sua *ratio decidendi* obrigatória, seja por que, mesmo esse não seja caso, passa o STF a ter um meio

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1088.

simplificado de julgamento – já que a reafirmação de jurisprudência pela sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 323-A do RISTF pode ocorrer por meio exclusivamente eletrônico – para emprestar efeitos gerais de forma célere a entendimentos que eventualmente não sejam, por qualquer razão, considerados vinculantes, e uma vez adotada, como já mencionado, atrai todos os efeitos da sistemática da repercussão geral.

3.6. A reafirmação da jurisprudência a partir de decisões monocráticas.

Como visto acima, existe mecanismo fundado no Código de Processo Civil (art. 1035, § 3º, I) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 323-A) que permite a reafirmação da jurisprudência do Supremo, via recurso extraordinário, pelo Plenário da Corte, por via simplificada (julgamento virtual); mas há também, concomitantemente, regramento fundado no CPC e no RISTF os quais autorizam que o mesmo seja feito por meio de decisões monocráticas, conforme trechos abaixo transcritos:

Art. 932 do CPC. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

Art. 21 do RISTF. São atribuições do Relator: § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007) § 2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 2, de 4 de dezembro de 1985)

Tais dispositivos são apenas mais um dentre vários exemplos que compõe todo um complexo de normas que facultam aos ministros, individualmente, escolherem como julgarão cada caso, seja por via monocrática, ou pelo colegiado e, nesse último caso, em qual colegiado, Turmas ou Plenário. Assim, diante de Recurso Extraordinário, o Relator pode escolher julgar monocraticamente ou levá-lo ao Plenário; no primeiro caso, havendo agravo interno, poderá escolher julgá-lo na Turma à qual pertença, ou levar o caso diretamente ao Plenário.

A esse respeito, Flávia Danielle Santiago Lima, José Mário Wanderley Gomes Neto e Tassiana Moura de Oliveira, em texto¹¹⁵ publicado em inglês na revista Sequência, vinculada à UFSC, tecem as seguintes considerações:

Based on the procedural features provided by the Court's institutional design, Justices have sophisticated and intelligent strategies at their disposal to be chosen to maximize results favorable to their individual preferences or to reduce any harm to their interests, from reciprocal assignments (to persuade their peers) to choose the most favorable moment for agenda-setting. Among these strategies, there is a unique possibility given to the Rapporteurs Justices: according to the moment, the socio-political context and the decision-making costs of each subject submitted to judicial review, they can perform a dynamic distribution of the natural judgment of the conflict between the fractional bodies of the court (monocratic judgment, Chambers and Plenary), in search for an institutional decisionmaking environment with a greater probability of a result that best represents the Justice's preferences regarding the controversial issue.

No referido estudo, além de fazerem diversas considerações a respeito da completa ausência de qualquer tipo de responsabilização política dos ministros do Supremo Tribunal Federal por eventuais violações à Lei de Crimes de Responsabilidade, os autores também ressaltam a tese, defendida por diversos setores da doutrina nacional, em particular aquela voltada para o estudo da ciência política aplicada ao Poder Judiciário, segundo a qual o STF seria hoje uma Corte fragmentada – para usar uma metáfora já consagrada: *onze ilhas* – em que o poder se exerce, em primeiro lugar, individualmente, e, apenas se cada ministro assim o desejar, coletivamente, pelas turmas ou pelo Plenário.

A esse respeito, dão interessante exemplo ao mencionarem o Habeas Corpus nº

¹¹⁵ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, Jose Mario Wanderley; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. **Entre Decisões Individuais e Deliberações Colegiadas: decidindo como decidir, influenciando o resultado**. Revista Sequência. V. 40, nº 81. 2019. P. 18

152.752, relatado pelo Ministro Edson Fachin, no qual, antevendo chances de derrota de sua tese, a favor da possibilidade de execução da pena de prisão após condenação em segunda instância, na Segunda Turma do STF, à qual pertencia, decidiu levar o caso diretamente ao Plenário da Corte, maximizando as chances de ver sua tese emplacada, como de fato ocorreu, ainda que por apertada maioria (6X5).

O uso estratégico das diversas faculdades processuais conferidas aos Ministros do STF individualmente considerados já foi abordado, em instigante artigo intitulado “Ministrocracia¹¹⁶” pelos professores Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro. No referido artigo, os autores listam três tipos de poderes que os ministros individualmente possuem e que compõe o cerne desse (des)arranjo institucional que caracteriza o Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas.

Em primeiro lugar, os ministros possuem o poder de definição de agenda. Para que um caso seja julgado, é preciso que o Relator o libere para julgamento, não havendo qualquer mecanismo que o obrigue a tanto. Após, o Presidente da Corte, ou das Turmas, tem de pautar o processo, e aí, mais uma vez, há espaço para discricionariedade desse ator individual na escolha de quais processos serão julgados. Por fim, qualquer ministro que componha o órgão julgador tem a faculdade de, a qualquer tempo – desde que não encerrado o julgamento, evidentemente – pedir vista dos autos, ou, no caso do próprio Relator, seu retorno ao gabinete, para fins de maior aprofundamento no caso.

Embora haja prazo no RISTF para os pedidos de vista¹¹⁷, não há qualquer sanção para seu extrapolamento, e nunca qualquer ministro foi obrigado a retornar os autos para julgamento após o transcurso do mesmo. Assim, o poder de pedir vista dos autos pode ser entendido como verdadeiro veto de algum Ministro à deliberação colegiada, cujo exercício não está condicionado à qualquer tipo de supervisão pelos seus pares. É possível, e de fato já ocorreu, o uso dessa faculdade para obstar a consagração de tese a respeito da qual já se formara maioria, como feito pelo

¹¹⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**. Novos estudos/CEBRAP. SÃO PAULO, V37n01, p. 13-32, JAN.–ABR. 2018.

¹¹⁷ Art. 134 do RISTF. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

Ministro Gilmar Mendes na ADI 4.650/2015, que discordava do entendimento adotado.

O segundo dos poderes mencionados por Arguelhes e Molhano diz respeito à sinalização de preferências. Muito embora a Lei Orgânica da Magistratura seja expressa ao afirmar que

Art. 36 - É vedado ao magistrado: III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Essa obrigação não vem sendo observada pelos membros do Supremo, que, com frequência, manifestam suas opiniões sobre processos pendentes de julgamento, ou sobre votos alheios, manifestações essas que produzem efeitos no cálculo político dos diversos agentes públicos, produzindo efeitos concretos sobre a realidade social, como salientam os autores.

Por fim, o terceiro poder que integra o cerne do regramento que possibilita o exercício da “ministrocracia” consiste na tomada de decisão individual, seja por meio de liminares, seja para resolver o mérito do recurso.

O poder de decidir recursos monocraticamente não é algo novo na história do Brasil, existindo pelo menos desde o Código de Processo Civil de 1973, com as alterações legais e regimentais subsequentes. Nesse sentido, Barbosa Moreira, em palestra proferida em 2002, e publicada na revista da EMERJ¹¹⁸, fez perspicaz projeção:

A tradição do direito pátrio conferia-lhe exclusivamente atribuições relacionadas com o processamento do recurso; reservava-se o julgamento ao órgão colegiado. No texto originário do Código, o art. 557 criava exceção a essa regra, para permitir ao relator do agravo de instrumento indeferi-lo quando “manifestamente improcedente”; mas tratava-se de caso isolado.

Uma série de reformas foi pouco a pouco imprimindo nova feição ao sistema, no particular¹⁵. Culminou o processo evolutivo - por enquanto! – com a Lei nº 9.756, cuja redação, por sinal, se esmerou em desprezar as regras da boa técnica legislativa. Em parágrafo acrescentado ao art. 557 e curiosamente designado como § 1º-A, apesar de situado antes do § 1º, esse diploma investiu o relator (de qualquer recurso) do poder de dar-lhe provimento por decisão monocrática, se a recorrida “estiver em manifesto confronto” (leia-se conflito) “com jurisprudência dominante do Supremo

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003. P. 68.

Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Caso se persista em caminhar no mesmo sentido, a relação regra-exceção, mais dia, menos dia, estará invertida, e excepcionais passarão a ser os julgamentos colegiados de recursos

Como cogitado pelo processualista acima citado, hoje a esmagadora maioria das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são tomadas pela via monocrática. Isso desperta uma série de indagações a respeito de sob quais hipóteses os ministros estão do STF estão autorizados a decidir monocraticamente os recursos extraordinários, por outras palavras, a questão principal diz respeito a indagar se há e quais são os limites para o exercício do poder monocrático.

A esse respeito, lembrando que o paradigma de controle mencionado pela lei ao autorizar tais decisões unipessoais era o conceito de “jurisprudência dominante”, o qual por sua amplitude merece nossas críticas. Nesse sentido, na mesma palestra¹¹⁹ acima mencionado, Barbosa Moreira comentou o seguinte sobre o assunto:

É de bom alvitre que o relator exerça com algum comedimento os poderes decisórios que se lhe conferem, sobretudo os contemplados no art. 557, § 1º-A. Na aplicação desse dispositivo, deve ele ter em vista, entre outras coisas, que o conceito de “jurisprudência dominante” não possui contornos precisos, que o predomínio desta ou daquela tese pode e costuma variar com o tempo, mesmo no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, e que por conseguinte seria erro grave arvorar sempre em critério definitivo e imutável, digno de sobrepor-se a tudo mais, uma tendência contingente, embora reiterada, a dar a tal ou qual norma determinada interpretação. Enquanto nosso ordenamento não incorporar o princípio da eficácia vinculante de precedentes, casos haverá em que se mostre preferível abrir ao colegiado a oportunidade de pesar os prós e os contras da adesão estrita à diretriz neles firmada, por mais alta que seja a fonte de onde emanam.

Nesse sentido, diversas tem sido as tentativas de formular, de modo objetivo, em que situações, em particular no Recurso Extraordinário, podem os ministros do Supremo Tribunal Federal decidir monocraticamente, com fundamento no art. 932 do CPC. Uma abordagem interessante a esse respeito foi feita pelo professor Hermes Zaneti Júnior, acerca da qual abaixo discutiremos.

Para Zaneti, o rol de tipos de provimentos judiciais constante do art. 932 do CPC, que no Supremo Tribunal Federal autorizariam o julgamento monocrático – a saber: súmula do STF e acórdão proferido pelo STF em julgamento de recursos repetitivos

¹¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003. P. 70.

– seria meramente exemplificativo, devendo ser estendido para albergar todas as hipóteses previstas no art. 927 do CPC, em especial aquelas oriundas do Plenário da Corte, conforme transcrição¹²⁰ abaixo:

Os precedentes normativos vinculam aos juízes e tribunais, determinando que os juízes e os tribunais observarão a sua aplicação para garantia da estabilidade, coerência e integridade do direito. Por essa razão, defendemos que o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes, previsto no CPC/2015, atinge os poderes do relator, permitindo o julgamento monocrático em todos os casos previstos no art. 927 e incisos do CPC, e não somente nas hipóteses declinadas no art. 932, IV e V (rol meramente exemplificativo).

O relator, contudo, e justamente por essa razão, não poderá decidir com base em entendimento dominante da própria câmara ou turma do tribunal, pois não cabe aos órgãos fracionários firmar precedentes. Esse limite obriga o tribunal a estabelecer precedentes, ao mesmo tempo que evita a existência de um “alvo móvel” na jurisprudência do tribunal e os contrastes sincrônicos e diacrônicos que persistem em nosso ordenamento jurídico.

Assim, muito embora se admita um alargamento nas hipóteses originalmente previstas no rol do art. 932, isso dá a partir de uma teoria dos precedentes formalmente vinculantes justamente com o objetivo de fechar a margem de discricionariedade conferida aos relatores, valorizando-se a posição privilegiada do Plenário.

A respeito da possibilidade de má aplicação dos precedentes pela via monocrática, retornando ao problema da discricionariedade do julgador, Zaneti entende que o antídoto para isso já se encontra no próprio CPC, na medida em que se determina a observância das circunstâncias fáticas que deram origem aos fundamentos determinantes do caso paradigma, *in verbis*:

O único risco seria que as súmulas fossem aplicadas fora da teoria dos precedentes, mas o Código de Processo Civil previu a necessidade expressa pela obrigatoriedade de referência às circunstâncias fáticas na formação dos enunciados das súmulas (art. 967, § 2º: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”) e pela obrigatoriedade de citar os fundamentos determinantes quando se aplicar o precedente judicial ou o enunciado da súmula que lhe serve de extrato ao caso-atual, demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, V).

Bem visto este argumento, nota-se a contradição com a posição, exposta

¹²⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no Código de Processo Civil/2015**. Revista dos Tribunais. 2020. P.10.

anteriormente, de Julius Stone, para quem os “material facts” não teriam muito de concreto, já que permitiriam diversos graus de generalização, a ensejar diversas *rationes decidendi* diferentes.

Em conclusão, podemos afirmar que, ao lado da possibilidade de reafirmação da jurisprudência do STF, via recurso extraordinário com repercussão geral, pelo Plenário, há a possibilidade de fazê-lo pela via monocrática, nos termos do art. 932, IV e V do CPC, que segundo a doutrina, pressupõe a existência de precedente formalmente vinculante.

Ocorre, no entanto, que, ao lado do CPC, o Supremo Tribunal Federal entende aplicável seu Regimento Interno, que confere atribuições monocráticas para seus integrantes em termos diversos do que faz a Lei, ainda se utilizando da velha terminologia “jurisprudência dominante” como sendo fundamento jurídico apto a embasar decisões individuais. Mais que isso, é costume tratar termos como “súmula”, “jurisprudência dominante”, “julgamentos repetitivos” como sendo aptos a produzir as mesmas consequências para a finalidade específica de se decidir monocraticamente.

Nessa toada, é comum observarmos decisões monocráticas que, com espeque no art. 932, V, do CPC, aplicam os chamados “precedentes turmários” (*rectius*: mera jurisprudência persuasiva, sem valor vinculante), aplicam precedentes do Plenário sem demonstrar que a *ratio decidendi* se amolda ao caso presente, ou, ainda, simplesmente não citam precedente algum¹²¹.

¹²¹ Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão monocrática: “Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão de Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No caso, o Tribunal de origem afastou a decadência de revisão do benefício previdenciário, sob o seguinte fundamento: “Assim, a tese firmada pela TNU, ao julgar o Tema 126, foi a seguinte: A decadência não atinge os pedidos revisionais referentes a questões não apreciadas pela Administração no ato de concessão do benefício, como nos casos em que o reconhecimento do caráter especial das atividades laborais desenvolvidas em determinados interregnos e sua conversão em tempo comum não foram objeto de análise e indeferimento pela autarquia previdenciária naquela oportunidade.” O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 5º, XXXVI, da CF. O recurso extraordinário merece acolhimento. Levando em consideração que o ato de concessão do benefício discutido nestes autos ocorreu após advento da MP 1.523, no caso, em 04.05.1998, conta-se o prazo de 10 (dez) anos a partir da data inicial do benefício. No entanto, a ação revisional da qual decorre o presente recurso foi ajuizada em 12.08.2008, quando o direito pleiteado já se encontrava extinto. Diante do exposto, com base no art. 932, V, do CPC/2015 e no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso. Ficam invertidos os ônus de sucumbência, ressalvado eventual concessão do benefício da justiça gratuita.(RE

Nas linhas abaixo, examinaremos algumas decisões monocráticas que, sob o fundamento existência de repercussão geral para o fim de reafirmação da jurisprudência do Supremo expõe o fato de que, apesar das alterações normativas pontuais operadas pelo CPC/2015 quanto aos poderes dos relatores, ainda não é possível controlar a discricionariedade dos ministros relatores no STF, haja vista a inalteração do desenho institucional da Corte.

A seguir, abordaremos basicamente duas situações distintas. A primeira diz respeito ao uso da via monocrática sem que haja precedente do Plenário, apenas diante de julgados de turmas, consistindo num erro formal.

A segunda situação, por sua vez, diz respeito à utilização de precedentes judiciais em situações fáticas significativamente distintas daquelas em que o paradigma foi formado. Isso não é, propriamente, um erro, já que ainda que as situações sejam bem diferentes, pode ser possível traçar analogias que justifiquem a aplicação do precedente. Pode ocorrer entretanto, que a adequação ao suposto precedente seja tão forçada, que seja possível falar-se num erro material.

3.6.1. Análise de caso: competência da Justiça Federal para ações a respeito de expedição de diploma por entidades privadas.

O primeiro caso a ser analisado quanto a utilização da faculdade de decidir monocraticamente pelo Relator refere-se à aferição da competência da Justiça Federal para ações relativas a expedição de diploma por entidades privadas, tratado no Recurso Extraordinário nº 1.295.591/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

No caso, tendo em vista o atraso na expedição do diploma pela faculdade VIZIVALI, Sandra Regina Tonin entrou com ação indenizatória perante a Justiça Federal, sem, entretanto, apresentar pedido de expedição do mesmo. O juízo federal declinou da

competência, alegando não haver qualquer interesse da União, remetendo os autos para a Justiça Estadual, a qual suscitou conflito de competência que, no STJ, foi julgado no sentido de se negar a competência da Justiça Federal, reconhecendo a estadual, sobretudo porquanto ausente pedido de expedição de diploma.

O Estado do Paraná, no entanto, apresentou Recurso Extraordinário, defendendo que a participação da União no polo passivo seria obrigatória, haja vista que as instituições privadas de ensino superior, como é o caso da VIZIVALI, se sujeitam ao Sistema Federal de Ensino, sendo reguladas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996), notando-se que a União é competente para legislar sobre diretrizes e bases da educação, e pretendendo derivar daí a razão de ser da competência da justiça federal para o julgamento do processo.

Distribuídos os autos à Ministra Cármen Lúcia, acolheu-se o pedido do Recorrente, afirmando-se que o Supremo Tribunal assentou que, por ser a União competente para legislar sobre diretrizes e bases da educação e para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores, ainda que privadas, há que se reconhecer o interesse e a legitimidade da União na causa, competindo, portanto, à Justiça Federal o julgamento da controvérsia.

Como consta da decisão, o provimento ao recurso extraordinário para anular o julgado recorrido e declarar a competência da Justiça Federal para o julgamento do presente feito foi ancorado na alínea b do inciso V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Para fundamentar essa premissa jurídica, mencionou as seguintes decisões: RE n. 1.150.568-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24.6.2019; RE n. 964.312-AgR/PR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 11.4.2018; RE n. 1.016.533-AgR/PR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.12.2017; RE n. 700.936-AgR-segundo/PR, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 11.4.2014; RE n. 1.150.568-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24.6.2019; ARE n. 754.849-AgR/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 27.5.2015; ARE n. 750.186-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 27.8.2014. Além disso, fez referência a diversas decisões monocráticas sobre o tema.

É interessante notar que, ao fundamentar sua decisão, e considerar presumida a repercussão geral, a Ministra não se valeu de nenhuma decisão do Plenário da Corte, mas tão somente de julgados oriundos das Turmas do Supremo Tribunal Federal, e em decisões monocráticas, exemplificando que decisões de Turmas, para o Supremo, pode configurar “jurisprudência dominante”, e são aptas a ensejar provimento ou improvimento no mérito de forma monocrática, sob a alegação de aplicação da “sistemática da repercussão geral”.

Tomando como base a doutrina de Hermes Zaneti, acima mencionada, haveria claro erro processual ao não mencionar qualquer decisão constante do art. 927 do CPC para fundamentar o exercício monocrático do poder no Supremo.

É verdade que, se analisados os “precedentes turmários” citados pela decisão monocrática, a exemplo do ARE n. 754.849-AgR/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 27.5.2015, seremos redirecionados a uma decisão do Plenário, qual seja o julgamento da ADI nº 2.501/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, que concluiu que as instituições privadas de ensino superior se sujeitam ao Sistema Federal de Ensino, sendo reguladas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996).

A referida ADI foi proposta pela Procuradoria Geral da República em face dos arts. 81 e 82 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais que conferiu atribuições de “supervisão pedagógica” sobre instituições de ensino privadas ao Conselho Estadual de Educação, o que incluía competência para autorizar a criação, o credenciamento e descredenciamento, e o funcionamento de cursos superiores.

Ao julgar a Ação Direta, a Corte entendeu que essa “supervisão pedagógica” ia além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interferia no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais, haja vista sua privatização.

Assim, a posição do Tribunal foi no sentido de reconhecer a invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da

CF/88), afirmando-se que a autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, estando essas instituições sob a autoridade do Conselho Federal de Educação.

É digno de nota que, em momento algum naquela ADI teceu-se quaisquer considerações a respeito da competência para julgar ações que versem sobre expedição de diploma, e muito menos sobre a existência, ou não, de litisconsórcio entre a União e o ente privado caso impetradas essas ações. O caso simplesmente não dizia nada a respeito disso. Muito embora o reconhecimento da subordinação das Faculdades Particulares ao poder de polícia federal seja uma premissa jurídica que possa ser levada em conta num raciocínio para aferição da competência num ou noutro caso, ela é insuficiente para justificar, de forma silogística, a conclusão pela competência federal.

Esse fato foi bem notado pelo Ministro Teori Zavascki, que ao julgar essa questão, no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 691.035/Paraná, Segunda Turma, desenvolveu o seguinte argumento:

Não merece guarida, a toda evidência, a tese segundo a qual a condição de litisconsorte necessária da União decorre da competência (= poder) normativa ou reguladora que tem em matéria de ensino superior. Para que essa afirmação pudesse ser verdadeira seria indispensável afirmar que o exercício do poder normativo ou controlador ou de polícia ou autorizador ou concedente de serviços públicos, pelos entes estatais, transforma tais entes em partes em todas as relações de direito material estabelecidas pelos destinatários das normas por eles editadas, ou pelas entidades por eles fiscalizadas ou pelas empresas ou instituições titulares de concessões ou autorizações por eles expedidas. Pensar assim significaria dizer, absurdamente, que as entidades estatais seriam partes nas relações jurídicas de direito material estabelecidas, por exemplo, entre concessionárias de serviços concedidos e seus usuários, entre instituições financeiras e seus clientes, entre instituições seguradoras e seus segurados, e assim por diante. O poder normativo ou regulador ou de polícia, ainda que previsto na Constituição, não determina, por si só, nem pode determinar, tal espécie de vinculação jurídica, razão pela qual não se pode imaginar possível a presença daqueles entes estatais como litisconsortes (sequer facultativos, quanto mais necessários) em demandas sobre tais relações jurídicas.

Antes essas considerações, resta evidenciado que não há qualquer manifestação do Supremo que se enquadre no rol de pronunciamentos judiciais do art. 927 que embase a decisão monocrática concedida no caso em análise pela Ministra Cármen Lúcia, de sorte que os únicos julgados que verdadeiramente adotaram a tese

reafirmada fora os tais “precedentes turmários” que, conforme defendido por Zaneti, não se enquadram na categoria de precedentes judiciais adotada no Direito brasileiro, eis que, muito embora eventualmente promovam uma interpretação operativa do Direito, não possuem o requisito formal indispensável para serem alçados a essa categoria: a previsão no art. 927 do CPC.

Impende salientar, que, caso se quisesse revestir essa tese da autoridade formal de um precedente judicial, bastaria, como fez o Ministro Gilmar Mendes quando do Recurso extraordinário 1.038.925/SP, utilizar-se do expediente de reafirmação de jurisprudência mediante RE com base em presunção de repercussão geral a que se refere o art. 323-A do RISTF.

Por fim, deve-se considerar que a decisão monocrática aqui abordada não é apenas uma exceção, mas sim parte da prática do STF. Como a análise aqui desenvolvida é qualitativa e não quantitativa, não vem ao caso saber se corresponde ou não à maioria das situações. Isso, na verdade, é irrelevante. Basta reconhecer que essa é uma possibilidade em vigor na cultura interna daquele Tribunal, e que decorre de uma série de regras legais, regimentais e jurisprudenciais adotadas pela Corte, que compõe o cenário a que Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro chamaram de “ministrocracia”.

Ressalte-se que, mesmo quando a decisão monocrática é baseada em precedente do plenário, não é possível afirmar que, ainda neste caso, estejamos livres de uma prática judicial ministrocrática, até porque, como expusemos ao analisar as teses de Julius Stone, é um ato de autoridade dizer qual seja *ratio decidendi* de um determinado caso, não sendo uma mera conclusão lógica ou auto evidente, havendo espaço, que pode ser maior ou menor, para alargamento do escopo do precedente. É isso que vamos abordar nos casos a seguir analisados.

3.6.2. Análise de casos: aplicação da tese firmada no RE-RG 592.581 (Tema 220) a respeito da possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas.

3.6.2.1. O caso-precedente.

O RE-RG 592.581 (Tema 220), relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, com acórdão publicado em 01/02/2016, versava sobre reformas em presídios, mais especificamente o Albergue Estadual de Uruguaiana, do Estado do Rio Grande do Sul.

O litígio foi originado através de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual, obtendo-se, ao final da tramitação no primeiro grau, sentença prolatada pela 2ª Vara Cível da Comarca de Uruguaiana/RS, em 2/7/2007, condenando o Estado do Rio Grande do Sul a realizar, no prazo de 06 (seis) meses, obras de reforma geral no Albergue, de modo a adequá-lo aos requisitos básicos de habitabilidade e salubridade dos estabelecimentos penais, a saber:

a) conserto dos telhados onde há infiltração e umidade; b) instalação de forro sob o telhado em todos os dormitórios; c) conserto de janelas e substituição de vidros quebrados; d) conserto das instalações hidrossanitárias, especialmente de canos com vazamentos, e dos esgotos abertos no pátio; e) adequação das instalações elétricas, especialmente dos fios e tomadas aparentes; f) revestimento das áreas molhadas (paredes dos banheiros, etc.) de maneira que fiquem lisos, laváveis e impermeáveis” (fl. 333).

Essa decisão de piso, entretanto, fora reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo o qual ao Judiciário não caberia determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o *Parquet*, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração.

Irresignado com esse desfecho, apresentou o Ministério Público do Rio Grande do Sul apelo extremo, distribuído à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski sob o nº RE-RG 592.581, tema 220 da Repercussão Geral.

Ao julgar o recurso, em seu voto o Relator empreendeu significativa análise fática do caso *sub judice*, afirmando que, conforme constava daqueles autos, de forma inconteste, a situação em que se achava o Albergue Estadual de Uruguaiana era efetivamente atentatória à integridade física e moral de seus detentos, tal a

precariedade da conservação de suas instalações, fato esse que não fora objeto de qualquer disputa ao longo de toda a tramitação do feito, consignando-se que os detentos daquela instituição carcerária estavam permanentemente expostos a risco de morte em razão das péssimas condições da fiação elétrica do citado Albergue, havendo notícia, inclusive, de que um dos presos perdera a vida por eletrocussão.

Afirmou-se, ainda, que alguns desses problemas já haviam sido detectados na inspeção realizada pela Corregedoria Geral do Sistema Penitenciário em fevereiro de 2004, constando do relatório dos corregedores a avaliação do então promotor de Justiça que atuava na Vara de Execuções Criminais a respeito de sua péssima impressão quanto aos aspectos físicos dos alojamentos do albergue, com precárias condições para o convívio humano, existindo inclusive menção sobre a intenção de promover a interdição da casa prisional.

Após tecer tais considerações sobre o caso concreto, empreendeu minuciosa análise do sistema prisional brasileiro; assentadas essas premissas, passou a análise das regras jurídicas que regem o assunto, tanto no plano constitucional, quanto no legal, regulamentar, e também no âmbito de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, concluindo, a partir daí que, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, não se estaria diante de normas meramente programáticas, não se justificando a hipótese de que o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.

No caso dos autos, haveria clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção; nesse sentido, rechaçou a tese de indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária, muito embora considerasse esse tipo de intervenção *“circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes”* (pg. 25 do voto, grifo nosso).

A respeito da mencionada discussão casuística que esse tipo de demanda suscita, o Relator desenvolveu raciocínio de importância fundamental para a compreensão do alcance da *ratio decidendi* do julgado, o qual pedimos vênias para transcrever (pgs. 40/41 de seu voto):

(...) cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”.

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.

Conforme bem observado pelo representante do Parquet gaúcho (fls. 420-423), o recorrido jamais contestou o péssimo estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, o qual, inclusive, cumpre lembrar, acarretou a morte de um de seus detentos devido à deterioração de suas instalações elétricas.

A partir do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, seguido à unanimidade pelo Plenário da Corte, podemos perceber que, se, por um lado, o Supremo decidiu pela possibilidade de o Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, intervindo diretamente em políticas públicas, por outro essa decisão foi tomada sob circunstâncias muito específicas, que passaram a justificar a intervenção, a qual só se torna lícita aos juízes naquelas situações em que “se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”.

Tal omissão, longe de ser apurada no vácuo da abstração, foi aferida com base em regras detalhadas sobre as condições que devem ser satisfeitas pelos estabelecimentos prisionais, em especial, a Resolução nº 14 de 1994, do CNPCP/MJ, cuja competência encontra-se definida no art. 64 da LEP (além, evidentemente, de mencionar os dispositivos constitucionais que regem a matéria: arts. 1º, III, e 5º, XLIX), contrapostas com análise específica do caso concreto.

3.6.2.2. Reafirmação da tese no ARE nº 679.066/PE.

Tratou-se o Agravo em Recurso Extraordinário nº 679.066/PE, de relatoria no Ministro Edson Fachin, julgado em 08/06/2018, de caso oriundo de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público de Pernambuco, em face daquele Estado, no intuito de obter provimento judicial que determinasse a estruturação e regularização do funcionamento de cinco escolas públicas estaduais, com o objetivo de garantir acesso à educação infantil.

Inicialmente, o pedido foi acolhido pelo julgador de primeiro grau. No Tribunal de Justiça de Pernambuco, entretanto, a sentença foi revertida, argumentando a Corte Recursal que, inobstante a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente consagrem o direito indisponível à educação, para acolher tal pedido seria necessária previsão nas leis orçamentárias, as quais devem ser propostas pelo Poder Executivo e votadas pelo Poder Legislativo, cabendo a estes poderes a decisão sobre qual será a destinação dada aos recursos públicos, não sendo cabível ao Judiciário intervir e determinar a inclusão de verba para realização de uma determinada obra, pois estaria invadindo a esfera da conveniência e oportunidade do ato administrativo.

Os autos subiram ao STF com agravo em Recurso Extraordinário, movido pelo *Parquet* estadual, segundo o qual a controvérsia estabelecida através do recurso cingia-se ao confronto entre o princípio da separação dos poderes, consubstanciado no direito do Estado de Pernambuco estabelecer, discricionariamente, se irá adotar medidas administrativas no sentido de garantir a estrutura mínima de escolas públicas, e a proteção constitucional do direito fundamental à educação, que entendia dever ser garantido prioritariamente pelo Poder Público, já que obrigado a manter crianças, adolescentes e jovens a salvo de qualquer negligência.

Distribuídos os autos ao Ministro Edson Fachin, foi proferida decisão monocrática em que, após breve relatório, lançou os seguintes fundamentos:

Registre-se, primeiramente, que se considera presumida a repercussão geral sempre que o acórdão recorrido contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 1.035, §3º, do

Código de Processo Civil.

A irresignação, no caso dos autos, merece acolhida, eis que a decisão recorrida contraria jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que reconhece legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública referente à proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, em paradigma no qual se discutia obras emergenciais em presídios, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 1º.02.2016 (Tema 220), com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso dos autos, que trata da obrigação de promover obras e adquirir materiais necessários ao bom funcionamento de escolas públicas com a finalidade de garantir o acesso à educação infantil. Nessa linha, confira-se o seguinte julgado: (...) (ARE 942573 AgR, minha relatoria, Primeira Turma, DJe 13.02.2017).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para restabelecer, parcialmente, a sentença que julgou procedente a ação civil pública, no tocante a obrigação de regularizar a infraestrutura das 5 (cinco) escolas, bem como de adquirir materiais necessários para o seu funcionamento, nos termos do art. 932, V, b, do CPC e art. 21, § 2º, do RISTF. Ressalvada eventual concessão do benefício da justiça gratuita, ficam invertidos os ônus de sucumbência.

Da análise da decisão, notamos que as decisões consideradas precedentes citadas foram duas: um RE com Repercussão Geral julgado pelo Plenário, RE-RG 592.581 (Tema 220), e um Agravo Regimental em Recurso Extraordinário julgado pela Primeira Turma (ARE 942573)¹²².

¹²² Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.6.2016. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO . 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar ao Estado a obrigação de fazer reparação em escolas, quando estas se encontrarem em condições precárias, por se relacionarem a direitos ou garantias fundamentais, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com majoração de honorários advocatícios, com base no art. 85, § 11, do CPC, e aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, §4º, do CPC. (ARE 942573 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 16/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2017 PUBLIC 13-02-2017)

Ao emprendermos a leitura do precedente oriundo do Plenário, outrossim, salta aos olhos a diferença entre as situações tratadas em cada caso. É notável, também, o distinto grau de atenção conferido às situações fáticas versadas em cada processo.

Pelo exposto quanto ao RE-RG 592.581 (Tema 220), podemos perceber que a fundamentação adotada pelo Ministro Edson Fachin ao julgar monocraticamente o ARE nº 679.066/PE foi deveras deficiente. Mais que isso, é possível dizer que a decisão sequer foi fundamentada, haja vista que a mesma empregou conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (“políticas públicas”), se limitou a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, e, fazendo isso, fez uso de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, violando, por conseguinte, os incisos II, III e V do §1º do art. 489 do CPC.

Nesse sentido, a decisão monocrática em comento não explicou o porquê de as cinco escolas do Estado de Pernambuco – cujos nomes sequer foram mencionados – poderem ser consideradas depredadas a tal ponto que “*se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados*”¹²³. Sem isso, a suposta aplicação do precedente remanesce insindicável.

Para encerrar este tópico, vale mencionar que, contra essa decisão foi interposto Agravo Interno, ao qual foi negado provimento, à unanimidade de votos, em sessão virtual na qual foram julgados outros noventa processos, todos em lista.

3.6.2.3. Reafirmação da tese no ARE 991462/SP.

O presente caso, ARE 991462/SP, relatado pelo ministro Edson Fachin, e julgado no dia 06/12/2016, dizia respeito a Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face do Município de Sorocaba requerendo-se a

¹²³ Recho extraído do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE-RG 592.581 (Tema 220)

inscrição em programas habitacionais de interesse social, e fornecimento de moradia, aos ocupantes de área particular sobre a qual pende ordem judicial de desocupação e reintegração de posse.

Em primeiro grau, negou-se provimento ao pedido. Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença, sob o fundamento de que o juiz não pode substituir o administrador público na consecução de políticas públicas, fixando as prioridades da administração, pois acarretaria em ofensa à separação dos poderes (art. 2º, da CF) e à isonomia, privilegiando os defendidos nessa ação em detrimento dos anteriormente inscritos nos mesmos programas e igualmente necessitados.

Diante disso, a Defensoria entrou com recurso extraordinário, alegando ofensa aos artigos 1º, III, 3º, I e III, 5º, caput e § 1º, 23, IX e X, e 182, todos da Constituição da República, por violação aos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana, da sociedade livre, justa e solidária, da redução das desigualdades sociais e regionais e da igualdade, bem assim, da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, da promoção, pelos Entes federados, de programas de moradia e da integração social dos setores desfavorecidos e da política de desenvolvimento urbano.

Ao apreciar o recurso, o Ministro Edson Fachin proferiu decisão monocrática em que, após brevíssimo relatório, no qual basicamente transcreveu o acórdão objurgado e mencionou os dispositivos constitucionais tidos por violados segundo a recorrente, entendeu por dar provimento ao recurso, conforme a seguinte fundamentação:

O recurso merece acolhida. Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio de separação dos poderes.

Nesse sentido, em caso no qual se discutia obras emergenciais em presídios, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 1º.02.2016 (Tema 220), com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o

respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário com agravo para determinar ao Município de Sorocaba a obrigação de fazer consistente na inscrição preferencial em programas habitacionais de interesse social, com o objetivo de fornecimento de moradia, de ocupantes de área particular sobre a qual pende ordem judicial de desocupação e reintegração de posse, nos termos do disposto no artigo 21, § 2º, do RISTF. Ressalvada eventual concessão do benefício da justiça gratuita, ficam invertidos os ônus de sucumbência.

Conforme se percebe da fundamentação supra, estamos diante de outra decisão não fundamentada, em que apenas se alega aplicação do precedente encartado no RE-RG 592.581 (Tema 220), empregando conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (“políticas públicas”), sem identificar os fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, e, fazendo isso, fez-se uso de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, violando, por conseguinte, os incisos II, III e V do §1º do art. 489 do CPC.

3.6.2.4. Reafirmação da tese no RE 1.214.757/RS.

A última decisão monocrática a ser analisada nesse tópico foi tomada no RE 1.214.757/RS, relator Ministro Edson Fachin, julgado em 25/10/2019. O caso versava sobre Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual em face do Rio Grande do Sul requerendo a determinação de que o Estado do Rio Grande do Sul se abstenha de transferir, de ofício, policiais civis da Delegacia de Polícia de Palmeira das Missões para outras delegacias, enquanto o quadro desse órgão não estiver preenchido com a quantidade de, pelo menos, 20 policiais, 01 delegado e 19 agentes, ressalvadas situações excepcionais, com a designação de 5 agentes, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00

O juízo de primeiro grau julgou procedente em parte a ação no sentido de compelir o réu à contratação de inspetores ou escrivães de polícia para o desempenho do serviço de segurança pública, impedindo a transferência ou afastamento temporário

de qualquer agente de segurança.

Em apelação, entretanto, a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça acolheu integralmente os pedidos do Estado, reformando a sentença e negando provimento ao pedido autoral, sob o argumento de que não pode o Estado-membro ser compelido à realização de obras de infra-estrutura, nem à implementação de serviços públicos, devendo ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, não só da conveniência e da oportunidade de agir ou deixar de agir, como da previsão orçamentária e do programa de governo que expressa a vontade popular haurida na liça eleitoral.

Já em sede de Recurso Extraordinário, o Ministro Edson Fachin, em decisão monocrática com espeque no art. 932, V, b, do CPC, deu provimento aos pedidos do Parquet, restaurando a sentença.

Também neste caso, a fundamentação consistiu basicamente em citar o precedente havido no RE-RG 592.581 (Tema 220) sem, em nenhum momento, realizar a *“discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes”* que no vot do Ministro Ricardo Lewandowski no referido precedente seria condição necessária para justificar a intervenção do Judiciário em políticas Públicas. Confira-se trecho da decisão revelando a generalidade de seus argumentos:

Encontra-se sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento pelo qual se admite a legitimidade do Poder Judiciário para impor obrigação de fazer com vistas à concretização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas quando houver omissão da Administração Pública, de modo que não configura violação do princípio de separação dos Poderes, tampouco da discricionariedade do ente estatal em dispor das verbas orçamentárias a ele vinculadas, pois cuida-se de situação que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada. Ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2016 (Tema 220), no qual se discutia a competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela licitude da imposição da obrigação, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Além de mencionar o RE-RG 592.581 (Tema 220), a decisão em comento também citou alguns julgados de turma, igualmente sem entrar em detalhe sobre a

similaridade fática entre os casos.

Mais uma vez, portanto, vemos uma decisão monocrática violadora do art. 489, §1º, incisos II, III e V, do CPC.

3.6.2.5. Algumas reflexões sobre os julgamentos monocráticos acima.

Como visto, à todas as três decisões monocráticas mencionadas faltou uma fundamentação adequada, nos termos do art. 489, §1º, incisos II, III e V, do CPC, não havendo um diálogo entre os fatos que ensejaram a prolação do caso precedente e os fatos dos casos sob julgamento.

A respeito da possibilidade de dar provimento monocraticamente aos recursos, é importante ter em mente, no entanto, que, como afirmado por Arguelhes e Molhano no já referido artigo intitulado “Ministrocracia”¹²⁴:

Embora alguns ministros sejam particularmente agressivos no uso desses mecanismos de ação individual, esses problemas não surgem pelo comportamento excepcional deste ou daquele ministro. Ao contrário, o desenho e a prática do STF libertam o comportamento individual e ampliam o seu alcance, de maneiras que provavelmente continuarão por muito tempo, mesmo após mudanças na composição atual

Ao julgar acolher individualmente diversos pedidos recursais para implementação de políticas públicas, os ministros exercem notável papel contramajoritário, substituindo-se ao executivo na definição do que seja o interesse social. Como demonstrado na primeira parte desta dissertação, essa atribuição lhes é conferida pela própria Constituição, na medida em que cria uma miríade de direitos individuais, sociais e coletivos autoaplicáveis, não sendo possível, a esta altura do desenvolvimento político e institucional brasileiro, por em cheque a legitimidade de controle constitucional dos atos, comissivos ou omissivos, dos poderes legislativo e executivo.

Isso não significa, entretanto, que esteja o STF desobrigado de sopesar tais direitos

¹²⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**. Novos estudos/CEBRAP. SÃO PAULO, V37n01, p. 13-32, JAN.–ABR. 2018. P. 27.

com as atribuições igualmente constitucionais conferidas aos poderes eleitos para implementar políticas públicas conforme seu juízo de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, convém mencionar importante reflexão em artigo¹²⁵ de Jevaux e Karninke em que abordam a inteseção da teoria de John Rawls com posturas geralmente tidas por ativistas do Supremo Tribunal Federal:

cabe ao Poder competente inicialmente adotar, implementar e realizar as políticas públicas de inclusão social, em ações verdadeiramente afirmativas, possibilitando o acesso de todos os desfavorecidos e não só daqueles que batem à porta do Judiciário. O ativismo judicial tem se revelado como uma importante ferramenta de concretização de direitos fundamentais, sobretudo aos *worst off*, mas se não “utilizada” de forma equilibrada pode implicar em inadequada ingerência sobre outros poderes, podendo ocorrer inclusive um desequilíbrio nas contas orçamentárias, na qual estaria ocorrendo a desigualdade inversa, para os *better off* ou até mesmo para os *worst off* que não se valeram da adoção da determinação judicial, criando-se castas privilegiadas, o que seria um tremendo contrassenso à teoria da justiça de Rawls.

Com isso, evidentemente, não negamos a possibilidade de intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas. Essa intervenção, entretanto, quando realizada monocraticamente pelos ministros do Supremo sob a alegação de estarem meramente aplicando o precedente proferido no RE-RG 592.581 (Tema 220), com fundamento no art. 932, V, do CPC, exige que tais decisões sejam adequadamente fundamentadas, nos termos do art. 489 do mesmo código, demonstrando que ocorre apenas aplicação de entendimento já consolidado para fatos similares, de preferência os mais parecidos possíveis.

A esse respeito, convém citar trecho da obra *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, de Lucas Buril de Mâcedo¹²⁶:

Note-se que, para a aplicação do dispositivo, as questões levantadas pelo recorrente ou na decisão precisam já ter sido estabilizadas, pelo que não atinge recursos nos quais é realizada alguma distinção ou se traz uma interpretação diferenciada da *ratio decidendi*. Nessas hipóteses, conquanto haja pacificação do tema no próprio tribunal ou nos tribunais superiores, é

¹²⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. **A Teoria de Justiça de John Rawls, Ações Afirmativas e o Ativismo Judicial por Meio do Supremo Tribunal Federal**. Revista *Argumentum*. Marília/SP. V. 21, N. 1, pp. 295-313, Jan.-Abr. 2020. P. 311.

¹²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2016. P. 509-510.

essencial que essas questões peculiares ou novas sejam debatidas e decididas pelo colegiado, sem o que não se cumpre o devido processo legal, o contraditório e o dever de fundamentação. Muito embora exista precedente sobre o tema, de forma mais ampla, a questão específica levantada pelo recorrente transborda os limites da norma jurisprudencial, o que torna inadequado sumarizar a discussão, que precisa ser levada ao juízo natural para seu devido desenvolvimento e resolução

Pelo exposto, entendemos que, em casos como os acima citados, melhor seria se o caso tivesse sido julgado pelo Plenário, oportunizando aos demais ministros a averiguação, por meio do debate, do efetivo enquadramento na *ratio decidendi* oriunda do precedente do no RE-RG 592.581 (Tema 220), ou, ao menos, tivesse sido reafirmada a jurisprudência pelo procedimento previsto no art. 323-A do RISTF, de modo a emprestar a autoridade do colegiado à decisão, evitando-se, com isso, o que Diego Werneck costuma chamar de *judicial review* individual.

Caso não se entendesse conveniente nenhuma das alternativas acima, seria possível, nos termos do art. 326, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, alterado pela Emenda Regimental nº 54, de 01/07/2020, e assentado pelo Plenário por meio do ARE nº 1.273.640, negar repercussão geral para o caso concreto.

Ainda assim, é preciso reconhecer, o art. 932, IV e V permanece em pleno vigor também para o Supremo, somente podendo ser alterado por meio de lei, de modo que, permanece em aberto a via monocrática. Pelas razões já expostas, no entanto, defendemos que essa faculdade somente seja exercida em casos nos quais a subsunção do caso à *ratio decidendi* esteja acima de qualquer dúvida, privilegiando-se sempre que possível o Plenário ou a não aceitação do caso, para que assim se fortaleça o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte de precedentes, e não mero Tribunal de revisão.

CONCLUSÃO

Diante do que exposto na presente dissertação de mestrado, podemos chegar às seguintes conclusões.

Na linha do que defendia William Howard Taft, articulador da reforma implementada na jurisdição da Suprema Corte dos Estados Unidos pelo Judiciary Act de 1925, não deve ser a missão de uma Corte Suprema a mera correção dos julgados das Cortes inferiores, mas sim o estabelecimento de precedentes. Desse modo, não deve haver direito subjetivo das partes à apreciação de seu caso pelo Suprema Corte. A aceitação do caso deve ser discricionária. Desse modo, possibilita-se ao tribunal o controle de seu estoque de processos, de modo a permitir-lhe maior dedicação a cada caso, por um lado, e, por outro, o empoderamento da Corte para focar apenas as questões mais relevantes.

Admitindo-se a existência de um filtro de relevância, uma consequência inevitável é a maior desenvoltura política do Tribunal para que cumpra o seu mister, sendo possível enxergar em sua atuação diversos papéis, ou posturas, passíveis de serem performados. Em primeiro lugar, há a postura da autocontenção, segundo a qual a Corte deve se abster, sempre que possível, de entrar em choque com os poderes eleitos pelo exercício do controle de constitucionalidade. Essa postura foi defendida sobretudo por James Brandley Thayer, mas também por diversos de seus discípulos, como Alexander Bickel.

Bickel vislumbrava na dicreionariedade implicada no *certiorari*, dentre outros mecanismos processuais para se negar a apreciação de mérito a um caso, a possibilidade de a Suprema Corte comportar-se como verdadeiro animal político, num agir estratégico, sempre com o fim de preservar sua autoridade.

Como visto, essas teses que endossam uma postura autocontida privilegiam o elemento majoritário das democracias constitucionais como fator legitimador desse regime. Tal entendimento deita suas raízes filosóficas, como pretendemos demonstrar na análise da obra de Hans Kelsen, no relativismo epistemológico, que nega a razão prática como instrumento para decidir qual deva ser o conteúdo das normas. Aceitando essa premissa, vislumbra-se a democracia como um relativismo

político, e a possibilidade de um Tribunal Constitucional ir contra leis votadas pelo parlamento valendo-se de termos como justiça, equidade, igualdade, etc. como um deslocamento indesejável de poder dos representantes eleitos da população a uma instituição não eleita, abrindo espaço para o totalitarismo epistemológico de viés plantonista.

Outros papéis a serem desempenhados pela Jurisdição Constitucional, entretanto, são defendidos por teóricos que aceitam a razão prática como meio de aproximar o Direito da Moral, em busca da decisão correta. Exemplificando esse posicionamento, analisamos o pensamento de Luís Roberto Barroso, para quem, além da autocontenção, cabe ao Supremo desempenhar outros três papéis: contramajoritário, defendendo direitos individuais e sociais em face de maiorias eventuais; representativo, quando por alguma razão os interesses dos representantes sejam contrários aos dos representados, e iluminista, pelo qual se autoriza o Tribunal a, mesmo contra a vontade dos representantes eleitos e da maioria da sociedade, tomar decisão reconhecendo uma norma que seja capaz de empurrar a história na direção do “Bem”.

Inobstante a importância dessa discussão a respeito das posturas passíveis de serem adotadas pela Jurisdição Constitucional, e de sua legitimação político-filosófica, adotamos a perspectiva de André Rufino do Vale, no sentido de que, independentemente dessas considerações, fato é que a Jurisdição Constitucional é uma realidade empírica e consolidada no mundo democrático, razão pela qual sugere a mudança do debate da questão da legitimação do poder, para a prática do poder consistente na realização do *judicial review*, empregando uma análise mais empírica e menos abstrata.

Dando seguimento nessa linha, passamos a focar nossas atenções ao instituto da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, e sua implicação para o desempenho do STF na missão de se tornar eminentemente uma Corte de precedentes. Concluímos, ao cabo, que as mudanças promovidas por meio da Emenda Regimental nº 54, de 01/07/2020, e do julgamento do ARE nº 1.273.640, abrem a possibilidade de reconhecimento discricionário pelo Supremo da existência, ou não, de Repercussão Geral em cada caso concreto, superando-se o regramento anterior que tratava esse instituto mais como um mecanismo de solução

de demandas repetitivas do que como instrumento apto para o desempenho da função de Suprema Corte.

Na parte final deste trabalho, voltamos nossa análise para a hipótese de presunção de repercussão geral consistente na contrariedade à “jurisprudência dominante” do Supremo, concluindo que a reafirmação da mesma pode ser feita de duas formas: em primeiro lugar, pelo Plenário da Corte, seguindo o rito previsto no art. 323-A do Regimento Interno do STF, e em segundo lugar pela via monocrática, nos termos do art. 932, IV e V, do CPC e art. 21, §1º e/ou § 2º do RISTF.

Após análise de casos concretos decididos pelo Supremo, concluímos que a melhor forma de se proceder à reafirmação da jurisprudência é pelo Plenário, e não de forma individual, para que se evite o agravamento do que Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro chamam de ministrocrazia.

Essa conclusão foi alcançada, sobretudo, ao se constatar a presença de dois graves problemas na reafirmação monocrática: em primeiro lugar, uma inadequação formal, ocorrendo a praxe de os diversos ministros se utilizem de meras jurisprudências persuasivas, e não precedentes formalmente vinculantes – para usar a terminologia de Hermes Zaneti Júnior – ao fundamentarem suas decisões. Em segundo lugar, há um problema de ordem material, consistente na utilização de precedentes que, se bem vistas as coisas, ou não se ajustam ao caso concreto, ou somente se ajustam com exacerbada abstração de seus fundamentos determinantes, sendo comum que, nesses casos, a fundamentação da decisão monocrática seja precária.

Com decisões tomadas dessa forma, a Jurisdição Constitucional perde em legitimidade, abrindo espaço para arbitrariedades, razão pela qual endossamos o Plenário como órgão do STF que, por excelência, pode viabilizar a alta missão que lhe é conferida: estabelecer a interpretação da Constituição Federal e uniformizar a jurisprudência.

Nesse sentido, se por um lado não se pôde concluir pela possibilidade de abolição dos julgamentos monocráticos em RE, já que prevista expressamente na lei processual, recomendamos sempre que possível a apreciação dos casos pelo Pleno

ou, não sendo a questão importante o suficiente para isso, a inadmissão do recurso mediante negativa de repercussão geral para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**. Novos estudos/CEBRAP. SÃO PAULO, V37n01, p. 13-32, JAN.–ABR. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, volume 9, n. 4, 2018, pg. 2171-2228.

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **Reclamação Constitucional para Superação de Precedentes**. Jota, 2016. Disponível em: <
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016> >. Acessado em 27/09/2021.

BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BOINA, André Felipe de Araújo. **Precedentes Vinculantes no Direito Brasileiro**, In: Frederico Ivens Miná Arruda de Carvalho; Miryã Bregonci da Cunha Braz; Vinicius de Souza Sant'Anna. (Org.). Temas contemporâneos de Direito Processual. 1ed.: Dialética, 2021, v. 1, p. 00-00.

BRASIL, Congresso Nacional. **Diário da Câmara dos Deputados de 10 jun. 2006**, p. 29780. Disponível em: <
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10JUN2006.pdf#page=203>>.

Acesso em: 27 de setembro de 2021.

BRASIL, Congresso Nacional. Relatório nº 1, de 2006 – CN. **Diário do Senado Federal de 21 jan. 2006**, p. 1404 e seguintes. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1123?sequencia=44>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2021

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Repercussão Geral: Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato**. Meritum. Belo Horizonte. v. 14, n. 1. p. 98-113 – Jan./Jun. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Conjur, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acessado em 27/09/2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª Edição. Juspodivm, 2016.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. *Yale Law Journal*. vol. 40. p. 162. 1930

GIANNINI, Leandro. **El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas**. La Plata: Librería Editora Platense, 2016.

HEIDEL, Finis Leroy. **The Use of the Writ of Certiorari by the Supreme Court under the Judiciary Act of 1925**. Washington, DC: Law School of Georgetown University. 1941.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. **A Teoria de Justiça de John Rawls, Ações Afirmativas e o Ativismo Judicial por Meio do Supremo Tribunal Federal**. *Revista Argumentum*. Marília/SP. V. 21, N. 1, pp. 295-313, Jan.-Abr. 2020.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, Jose Mario Wanderley; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. **Entre Decisões Individuais e Deliberações Colegiadas: decidindo como decidir, influenciando o resultado**. Revista Sequência. V. 40, nº 81. 2019.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O Pernicioso art. 1.030 do CPC e sua Inadequação Técnica como Fruto de uma Compreensão Equivocada do Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista de Processo | vol. 262/2016 | p. 187 - 221 | Dez / 2016 DTR\2016\24423

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2016.

MACCORMICK, Neil. **Coherence in Legal Justification**. Theory of Legal Science. Reidel Publishing Company: Lund. 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial: do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. Saraiva Jur: São Paulo, 2020.

MONTROSE, J. L. **Ratio decidendi and the House of Lords**. The Modern Law Review, 1957, vol. 20.

MONTROSE, J. L. **Reasoning, ratio decidendi and Denning** L. J. The Modern Law Review, 1954, vol. 17, p. 462 e ss. e

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **A Utilização Controversa da Reclamação para a Superação de Precedentes**. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/opinio-uso-reclamacao-superacao-precedentes>>. Acessado em 27/09/2021.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; Revisão Técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review. Volume 100. P. 518-556. Junho de 2012.

QUINTAS, Fábio Lima; CÉSAR FILHO, Alcebiades Galvão. **A Reclamação Constitucional como Veículo de Modificação da Jurisprudência do Supremo**

Tribunal Federal. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 19, p. 498-522, jul-dez, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHAUER, Frederick. **Stare Decisis and the Selection Effect.** In: PETERS, Christopher J. Precedent in the United States Supreme Court. Dordrecht: Springer, 2013

SIMPSON, A. W. B. **The ratio decidendi of a case.** The Modern Law Review, 1957, vol. 20.

SIMPSON, Alfred William Brian. **The Common Law and Legal Theory.** In: JEREMY, Horder. Oxford Essays in Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1973

STERNBERG, Jonathan. **Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court.** Wiley Online Library. 2008. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-5818.2008.00176.x> > Acesso em 20/02/2022.

STONE, Julius. **The Ratio of the Ratio Decidendi.** The Modern Law Review. Volume 22, nº 06. P. 597-620. Novembro/1959.

STRAGER, Colin. **The Dialectic of Stare Decisis Doctrine.** In: PETERS, Christopher J. Precedent in the United States Supreme Court. Dordrecht: Springer, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

Suprema Corte dos Estados Unidos. **Cohens v. Virginia,** 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404. 1821.

THAYER, James Bradley. **The Origin and the Scope of American Doctrine of Constitutional Law.** Cambridge: Harvard Law Review. 1893.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um Estudo Sobre a**

Deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de doutorado. Universidade de Brasília/Universidad de Alicante. 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

WAMBAUGH, Eugene. **Study of cases.** Boston : Little, Brown, 1894.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes.** 2ª edição revista e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2016