

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

**CLÍVIA MARCOLONGO PEREIRA GUZANSKY**

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPERCUSSÃO GERAL: ANÁLISE DOS  
TEMAS ADMITIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONFRONTO  
COM A TEORIA IDEALISTA DE LEGITIMAÇÃO DA REVISÃO JUDICIAL**

**VITÓRIA – ES**

**2022**

**CLÍVIA MARCOLONGO PEREIRA GUZANSKY**

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPERCUSSÃO GERAL: ANÁLISE DOS  
TEMAS ADMITIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONFRONTO  
COM A TEORIA IDEALISTA DE LEGITIMAÇÃO DA REVISÃO JUDICIAL**

Dissertação apresentada como condição para obtenção do grau de mestre no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

Professor orientador: **Ricardo Gueiros Bernardes Dias**.

Linha de Pesquisa: Sistemas de justiça, constitucionalidade e tutelas de direitos individuais e coletivos.

**VITÓRIA – ES**

**2022**

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

---

G993j Guzansky, Clívia, 1984-  
A jurisdição constitucional na repercussão geral : análise dos temas admitido pelo Supremo Tribunal Federal e o confronto com a teoria idealista de legitimação da revisão judicial / Clívia Guzansky. - 2022.  
164 f. : il.

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

1. Jurisdição. 2. Tribunais constitucionais. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Repercussão geral. 5. Legitimidade. I. Dias, Ricardo. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

CLÍVIA MARCOLONGO PEREIRA GUZANSKY

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPERCUSSÃO GERAL: ANÁLISE DOS  
TEMAS ADMITIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O  
CONFRONTO COM A TEORIA IDEALISTA DE LEGITIMAÇÃO DA REVISÃO  
JUDICIAL**

Dissertação apresentada como condição para obtenção do grau de mestre no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

Professor orientador: **Ricardo Gueiros Bernardes Dias**.

Linha de Pesquisa: Sistemas de justiça, constitucionalidade e tutelas de direitos individuais e coletivos.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias  
Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória-ES

---

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux  
Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória-ES

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Christine Oliveira Peter da Silva  
Centro Universitário de Brasília (UniCeub), Brasília-DF

---

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior  
Universidade de São Paulo, São Paulo-SP

Este trabalho é dedicado à minha família, por todo o apoio material e emocional que me dispensaram neste momento tão instigante da minha vida, e em especial ao meu marido, Bruno, e aos meus filhos, Cloe e Thomas, que suportaram com paciência e bravura a minha frequente indisponibilidade.

Registro a minha gratidão a todos aqueles que participaram da formação deste trabalho acadêmico, iniciando esta seção com o merecido agradecimento ao meu professor-orientador, Ricardo Gueiros, que com paternal paciência me encorajou a perseguir na investigação deste tema, instigando-me, com cordialidade, a exercitar um olhar crítico sobre o direito, sem nunca me impor a sua própria crítica.

Ao professor Geovany Jevaux e à professora Christine Oliveira, que generosamente se dispuseram a participar do meu exame de qualificação, pelas preciosas observações feitas sobre o trabalho e o incentivo ao seu aprimoramento.

Agradeço também ao meu marido, Bruno Guzansky, por seu encorajamento e sua ativa colaboração no papel de revisor do texto, ao qual assumiu com virtuoso entusiasmo, poupando meus olhos já cansados de buscar erros ortográficos, gramaticais ou de digitação que poderiam prejudicar o sentido e a compreensão deste trabalho.

Também agradeço a Luis Augusto Suzano, que, como chefe, me permitiu frequentemente ajustar meu horário de trabalho de modo a acomodar os compromissos acadêmicos, e, como amigo, também me assistiu na revisão final do texto, colocando-se voluntariamente no alentador papel de segundo revisor.

Rendo, finalmente, um agradecimento especial aos amigos que colhi nessa aventureira empreitada, em especial à Isabella Andretto, nossa querida “Isa”, incansável em buscar junto à coordenação do curso a melhor forma de acomodar as necessidades de toda a turma 2020 à dura realidade e desafios impostos pela pandemia por Covid-19, mas, acima de tudo, por sua inesgotável fonte de afeto, empatia e consolo, disponibilizados mesmo ao custo do seu próprio bem-estar. Aos meus queridos “Luízes”, Luiz Felipe Santana e Luis Henrique de Oliveira, também rendo um agradecimento especial, pois além de todo o incentivo durante a caminhada, sempre estiveram disponíveis para uma não-tão-rápida na troca de ideias e frequentes não-tão-heróicos desabafos. É verdade que a pandemia tornou a nossa jornada muito solitária, mas eu nunca me senti verdadeiramente só. Sabia que tinha vocês comigo.

Louvo a Deus por cada minuto dessa jornada.

## RESUMO

### **A jurisdição constitucional na repercussão geral: análise dos temas admitidos pelo Supremo Tribunal Federal e o confronto com a teoria idealista de legitimação da revisão judicial**

A presente dissertação analisa a agenda temática do Supremo Tribunal Federal tendo a repercussão geral como ferramenta de escolha de temas constitucionais alçados à sua jurisdição. O problema está relacionado à suspeita de ilegitimidade desse órgão para o exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos dos poderes eleitos, fonte de uma crítica comum, que se resume na ideia de que a última palavra acerca do sentido da constituição não deveria recair sobre um órgão não sujeito à sindicância eleitoral, sendo o problema acentuado pela suspeita de que as teorias que embasam o exercício desse poder por um órgão judicial não se refletiria na realidade da Corte. A falta de aderência aos fundamentos teóricos que justificam o uso desse poder foi objeto de investigações científicas que apuraram se a agenda temática do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade seria ordenada preferencialmente para a defesa de direitos fundamentais, ou se para o exercício de outros papéis não relacionados ao discurso legitimador. O presente trabalho estende a investigação desse problema para o controle concreto, examinando os recursos extraordinários submetidos ao juízo de admissibilidade do Supremo Tribunal Federal como paradigma de temas de repercussão geral, visando, a partir de uma metodologia de classificação própria, baseada na técnica de análise de conteúdo com atenção às contingências, apresentar um quadro geral sobre as preferências temáticas da Corte, cobrindo com dados empíricos uma esfera da atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro não contemplada por estudos prévios, com a esperança de assistir a comunidade jurídica na compreensão das funções exercidas pelo Supremo e sobre a posição desse órgão no arranjo democrático nacional, anelando-se também fornecer dados estatísticos que possam contribuir para o desenvolvimento de uma dogmática jurídica constitucional moralmente sóbria, que busque influenciar e transformar a realidade a partir dela mesma.

**Palavras-chave:** Poder judicial. Jurisdição constitucional. Repercussão geral. Agenda temática. Aderência à teoria normativa.

## ABSTRACT

### **Constitutional jurisdiction in “Repercussão Geral”: analysis of the themes admitted by the Brazilian Supreme Court and the confrontation with the idealist theory of legitimation of judicial review**

The present study analyzed the thematic agenda of the Brazilian Supreme Court within the procedural technic named “repercussão geral”, used by the Court as a tool for choosing constitutional themes within its jurisdiction. The problem that moved this investigation has to do with the suspicion of illegitimacy within the control of constitutionality of normative acts of the elected Powers by a Court that is not subjected to electoral accountability, which is accentuated by the suspicion that the theories that support the exercise of this power by a judicial body would not be reflected in the reality of the Court. The lack of adherence to the theoretical foundations that justify the use of this power was the object of studies that determined whether the Brazilian Supreme Court’s thematic agenda in the context of centralized judicial review would preferentially be ordered for the defense of fundamental rights, or for the exercise of other roles unrelated to the legitimating discourse. The present work sought to extend this investigation, examining the appeals admitted by the Brazilian Supreme Court as paradigm of issues of “repercussão geral”. Following a research methodology based on the technique of content analysis with attention to contingencies, this study presents its own classification to show an overview of the thematic preferences of the Court, covering with empirical data an area of the constitutional jurisdiction of the Judiciary Power not sheltered by previous studies, with the hope of assisting the legal community in understanding the functions performed by the Brazilian Supreme Court and the position that it occupies in the national democratic arrangement, also aiming to provide statistical data that can contribute to the development of a morally sober approach of the constitutional dogmatic, which seeks to influence and transform reality from itself.

**Key words:** Judicial Power. Constitutional jurisdiction. “Repercussão geral”. Thematic agenda. Theory adherence.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Relação de abstenções em Plenário Virtual nos períodos pesquisados.....	123
Tabela 2 - Convergência para o resultado de temas admitidos em Plenário Virtual.....	124
Tabela 3 - Quantidade de temas submetidos por cada relator ou relatora no primeiro período.....	141
Tabela 4 - Quantidade de temas submetidos por cada relator ou relatora no segundo período.....	142
Tabela 5 - Distribuição dos temas admitidos pela relatoria especial da Presidência e não imediatamente julgados pela reafirmação da jurisprudência no segundo período.....	144

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Universo da pesquisa.....	120
Gráfico 2 - Ambiente de julgamento da preliminar de Repercussão Geral.....	121
Gráfico 3 - Números totais: temas admitidos e rejeitados.....	126
Gráfico 4 - Temas admitidos.....	127
Gráfico 5 - Temas rejeitados.....	127
Gráfico 6 - Segmentação por Presidência - temas admitidos.....	132
Gráfico 7 - Categoria preferencial dos temas admitidos sob cada Presidência – Ellen Gracie.....	133
Gráfico 8 - Categoria preferencial dos temas admitidos sob cada Presidência – Gilmar Mendes.....	133
Gráfico 9 - Categoria preferencial dos temas admitidos sob cada Presidência – Cezar Peluso.....	133
Gráfico 10 - Categoria preferencial dos temas admitidos sob cada Presidência – Dias Toffoli.....	133
Gráfico 11 - Categoria preferencial dos temas admitidos sob cada Presidência – Luis Fux.....	134
Gráfico 12 - Segmentação das categorias temáticas segundo a eleição de cada relatora ou relator no primeiro período.....	135
Gráfico 13 - Segmentação das categorias temáticas segundo a eleição de cada relatora ou relator no segundo período.....	135
Gráfico 14 - Quantidade de temas por relatora e relator (primeiro período).....	141
Gráfico 15 - Quantidade temas por relatora e relator (segundo período).....	143
Gráfico 16 - Temas recebidos por distribuição após a admissão por relatoria especial da Presidência.....	144
Gráfico 17 - Categorias temáticas sob a relatoria especial do ministro Luiz Fux examinadas pelo filtro das controvérsias repetitivas.....	147
Gráfico 18 - Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período – Idealista.....	150
Gráfico 19 - Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período – Coordenação.....	150

Gráfico 20 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período – Corte de Vértice.....	150
Gráfico 21 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período – Política.....	151
Gráfico 22 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período – Contenção da Tribunalização.....	151
Gráfico 23 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no segundo período – Idealista.....	152
Gráfico 24 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no segundo período – Coordenação.....	152
Gráfico 25 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no segundo período – Corte de Vértice.....	152
Gráfico 26 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no segundo período – Política.....	152
Gráfico 27 -	Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no segundo período – Contenção da Tribunalização.....	153

### **LISTA DE ABREVIACÕES**

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	- Agravo Interno
CF	- Constituição Federal
CPC	- Código de Processo Civil
ER-RISTF	- Emenda Regimental – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
PV	- Plenário Virtual
PV	- Plenário Virtual
RE	- Recurso Extraordinário
RE-QO	- Questão de Ordem no Recurso Extraordinário
RISTF	- Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TRF	- Tribunal Regional Federal
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. UM PANORAMA SOBRE A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ARRANJO DEMOCRÁTICO.....</b>	<b>25</b>
2.1 A “fraqueza natural” .....	25
2.2 Marbury vs. Madison.....	28
2.3 Os possíveis papéis da corte constitucional.....	37
2.4 Fontes do poder judicial.....	42
2.5 Teoria do poder judicial de David Law e a doutrina da legitimidade.....	50
2.6 Autonomia e protagonismo no controle da agenda.....	57
<b>3. A REPERCUSSÃO GERAL.....</b>	<b>65</b>
3.1 Contexto histórico e a “crise do Judiciário” .....	66
3.2 Fase de latência: da emenda constitucional n. 45 à emenda regimental n. 21.....	69
3.3 Fase experimental: da emenda regimental n. 21 à emenda regimental n. 31.....	71
3.4 Fase de consolidação: da emenda regimena n° 31 ao CPC/15.....	82
3.5 Fase de virtualização do julgamento: da emenda regimental n° 51 à emenda regimental n. 54.....	86
<b>4. A AGENDA TEMÁTICA DO STF NA REPERCUSSÃO GERAL.....</b>	<b>92</b>
4.1 Metodologia.....	92
4.1.1 Problema de pesquisa.....	92
4.1.2 Universo analisado.....	94
4.1.3 Coleta de dados.....	94
4.1.4 Método de classificação dos temas.....	97
4.3.5 Questões metodológicas complementares.....	117
4.2 Resultado.....	118
4.2.1 O ambiente de julgamento.....	121
4.2.2 Quanto ao resultado do julgamento da preliminar da repercussão geral.....	122

4.3 Classificação geral dos temas segundo a tipologia deste trabalho.....	125
4.3.1 Números gerais.....	125
4.3.2 Categorias preferenciais no exame dos temas admitidos.....	126
4.3.3 Categoria preferencial dos temas admitidos segmentada pelos períodos de cada presidência.....	132
4.3.4 Relação entre o relator do vetor do tema constitucional admitido e a classe, conforme cada período.....	134
4.3.5 Convergência para a admissão dos temas sob o filtro das categorias temáticas....	149
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>154</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>160</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto investigar a agenda estratégica do Supremo Tribunal Federal (STF) tendo a repercussão geral como ferramenta de escolha de temas constitucionais alçados à sua jurisdição. O problema que move essa investigação tem a ver com a suspeita de ilegitimidade desse Órgão para o exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos dos poderes eleitos, fonte de uma crítica comum, que se resume na ideia de que a última palavra acerca do sentido da constituição não deveria recair sobre um órgão não sujeito à sindicância eleitoral, sendo o problema acentuado pela suspeita de que as teorias que embasam o exercício desse poder por um órgão judicial não se refletiria na realidade da Corte.

A falta de aderência aos fundamentos teóricos que justificam o uso desse poder foi objeto de investigações científicas que apuraram se a agenda temática do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade seria ordenada preferencialmente para a defesa de direitos fundamentais, ou se para o exercício de outros papéis não relacionados ao discurso legitimador. Este trabalho busca estender a investigação desse problema para o controle concreto, examinando os recursos extraordinários submetidos ao juízo de admissibilidade do STF como paradigma de temas de repercussão geral, visando, a partir de uma metodologia de classificação própria, apresentar um quadro geral sobre as preferências temáticas da Corte, cobrindo com dados empíricos uma esfera da atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro não contemplada por estudos prévios, com a esperança de assistir a comunidade jurídica na compreensão das funções exercidas pelo STF e sobre a posição deste órgão no arranjo democrático nacional, anelando-se também fornecer dados estatísticos que possam contribuir para o desenvolvimento de uma dogmática jurídica constitucional moralmente sóbria, que busque influenciar e transformar a realidade a partir dela mesma.

O tema desta investigação está inserido no campo da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, apresentando pertinência com a área de concentração do programa de pós-graduação *stricto sensu* do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa relacionada aos sistemas de justiça, constitucionalidade e tutelas de direitos individuais e coletivos.

Para uma adequada compreensão do trabalho e da contribuição que se pretende oferecer à comunidade jurídica, complementa-se esta introdução com uma ampla contextualização do tema objeto da pesquisa e dos problemas que motivaram esta investigação, apresentando-se o referencial teórico adotado, para, na sequência, expor um breve esboço dos capítulos que orientaram o desenvolvimento deste trabalho acadêmico.

Nesse propósito de melhor situar o leitor, inicia-se essa apresentação com a conceituação do controle de constitucionalidade – que é o tema matriz desta pesquisa – como sendo o ato pelo qual um Poder do Estado, normalmente o Poder Judiciário, exerce o controle dos atos normativos<sup>1</sup> tendo a constituição como parâmetro de conformação. Trata-se de poder que decorre da própria ideia de normatividade do texto constitucional, afinal, se esse ocupa o vértice legal de um dado sistema jurídico, é ele que orienta a formação do direito positivo, tornando consequentemente imprescindível a existência de um mecanismo de controle dos desvios que obstam a sua realização material.

O tema, portanto, está inserido no campo do constitucionalismo e justamente porque este pressupõe que a constituição delimita o direito, e também porque a aplicação do direito – na concepção clássica da repartição dos poderes estatais – constitui ato soberano do Poder Judiciário, é natural o diálogo com temas relacionados à democracia, numa perspectiva macro, e, mais especificamente, ao direito processual como campo de realização desse poder que se define no exercício da jurisdição constitucional.

O controle de constitucionalidade afirmado como atribuição do Poder Judiciário é também chamado revisão judicial e, no modelo constitucional brasileiro, ele tanto pode ser exercido exclusivamente pelo STF, num desenho centralizado de controle abstrato dos atos normativos do Estado, como por qualquer juiz ou tribunal em um modelo descentralizado de jurisdição constitucional no qual aquele Tribunal atua como vértice da cadeia interpretativa de conformação da lei à constituição.

Esta investigação está inserida nesse campo menor, afeto às técnicas processuais de exercício da jurisdição do STF no modelo descentralizado de controle de constitucionalidade, atuando

---

<sup>1</sup> Controle sobre o texto ou sobre suas possíveis interpretações.

como última palavra sobre as questões constitucionais levadas ao crivo do judiciário num dado caso concreto. A técnica específica com a qual se ocupa esta investigação está relacionada à admissão dos recursos extraordinários pela sistemática da repercussão geral, filtro recursal introduzido à Constituição Federal (CF) pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com a prescrição de que “[n]o recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo por manifestação de dois terços de seus membros” (CF, art. 102, §3º).

O contexto que antecedeu a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 permite concluir que a repercussão geral foi concebida como mecanismo para aplacar a crise que ameaçava solapar o STF, sendo essa crise caracterizada pelo elevado volume de processos anualmente distribuídos àquela Corte, em números sempre crescentes. Em 2003 – ano que antecedeu a criação da repercussão geral –, o recurso extraordinário e o agravo interposto com o objetivo de permitir o processamento desse recurso foram identificados como os maiores responsáveis pelo contingenciamento dos processos submetidos ao STF, correspondendo a 97% do volume total das demandas daquele Tribunal<sup>2</sup>. Esse quadro mudou, e especialmente em 2019, ou seja, dezesseis anos depois de criada a repercussão geral, o contingente de recursos extraordinários e agravos a eles relacionados passou a corresponder a 51% do total de feitos distribuídos ao STF, portanto, quase metade do volume que essas demandas representavam em 2003<sup>3</sup>.

O revolvimento do quadro normativo que disciplina a repercussão geral revela que um dos fatores que pode ter contribuído para essa significativa redução foi o maior destaque dado aos temas constitucionais, que alterou completamente o paradigma da gestão processual, antes preocupada com números, agora passou a se ocupar com temas, priorizando a função do Tribunal enquanto Corte de Precedentes, vértice da jurisdição constitucional. Nesse novo modelo, a questão constitucional, resumida em um tema, ganhou um banco de dados próprio e uma metodologia de julgamento forquilhada do processo paradigma, resultando na afirmação de uma tese<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Dado recolhido no portal eletrônico do STF, canal de estatísticas. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movrecursos>. Acesso em: 8 nov. 2019.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. Repercussão geral como instrumento de concretização do supremo tribunal dos direitos fundamentais. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 704-707.

Em comparação às outras vias de acesso à jurisdição constitucional pelo STF, notadamente àquelas relacionadas ao modelo centralizado, o recurso extraordinário, sob o regime da repercussão geral, é o único que realmente confere à Corte o poder de selecionar o que julgar e, dessa forma, definir prioritariamente a sua agenda temática.

O escopo desta dissertação é investigar, a partir da seletividade de temas constitucionais viabilizada pela repercussão geral, como as preferências da Suprema Corte brasileira dialogam com as teorias que sustentam o poder de revisão judicial, tendo em vista a tensão democrática e as críticas sobre a legitimidade do exercício desse poder por um órgão não sujeito ao escrutínio público.

Conhecidos críticos do controle judicial argumentam que o Poder Judiciário, por não estar sujeito ao endosso eleitoral, não poderia revisar os atos dos Poderes representativos do modelo institucional de autogoverno, a saber, o Legislativo e o Executivo<sup>5</sup>. Teóricos como Waldron<sup>6</sup> acrescentam que as cortes de justiça (em sentido lato) não possuem nenhuma qualificação especial que as torne lugar de excelência para a preservação da integridade constitucional do ordenamento jurídico, alimentando o debate de que, sob a luz da teoria democrática, melhor seria se esse poder fosse exercido por um dos ramos responsáveis perante o eleitorado (*accountable*).

Por outro lado, a parcela que assimila o Poder Judiciário como lugar ótimo para o exercício do controle constitucional dos atos normativos costuma fundamentar essa distribuição do poder soberano Estatal a um órgão de formação não-majoritária justamente porque tal disporia de maior independência para a escolha, no processo decisório, de caminhos interpretativos que assegurem a conformidade da vida social à inteireza da constituição. Essa visão de distribuição da competência soberana está diretamente relacionada ao constitucionalismo, ou seja, à ideia de que a vida em sociedade é regida por um acordo primário, uma constituição, cujo propósito

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 60, New Haven, Conn. US: Yale Law School, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso em: 4 nov. 2019.; e GARGARELLA, Roberto A. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Edición digital a partir de Isonomía: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, núm. 6, abril 1997, pp. 55-70. Disponível em: <https://bit.ly/3fexxkD>. Acesso em: 29 mai. 2019.

<sup>6</sup> *Ibid.*

é arranjar os fatores de poder sobrepostos com pretensão de estabelecer matrizes fundamentais para a formação do Estado Democrático e a proteção de seus indivíduos.

Para atribuir força normativa a esse texto fundante, notadamente em democracias constitucionais – que atribuem vinculatividade e rigidez às suas constituições –, a revisão dos atos normativos secundários<sup>7</sup> torna-se indispensável e, como já delineado acima, a tensão está justamente em definir o ramo do Estado que tem melhor aptidão para o exercício dessa função.

À luz da teoria democrática radical, que vê na majoritariedade a regra de ouro de um regime com essa qualificação, o controle judicial não se sustenta, sendo, na verdade, uma distorção que viola a emancipação política do povo, retirando-lhe o direito de autogoverno (regular-se a si mesmo), através de seus representantes eleitos. Por outro lado, uma teoria menos radical vê na revisão judicial um importante contrapeso para garantir o equilíbrio de um regime democrático, permitindo que minorias não organizadas e não representadas pelo sistema tradicional possam ter seus direitos fundamentais respeitados, apesar das majorias estruturais, que ocupam posições mais próximas do núcleo de poder.

Uma análise do direito comparado revela que a partir da segunda metade do século passado, depois dos horrores experimentados pela humanidade no flagelo de duas grandes guerras, houve uma predileção, entre os Estados internacionais, pelo controle judicial dos atos estatais. Enquanto em 1951 apenas 38% dos sistemas constitucionais abrigavam a função judicial de revisão dos atos normativos em confronto com suas leis fundamentais, em 2011 esse poder foi transplantado largamente, alcançando 83% das constituições no mundo<sup>8</sup>.

Ginsburg e Versteeg compilam as teorias que se propõem a explicar esse fenômeno, agrupando-as em quatro categorias: idealista – vinculado às teorias de direito –, coordenação e comprometimento, mercado eleitoral e difusão – que estão relacionadas à ciência política e à sociológica<sup>9</sup>. Os autores esclarecem que sua categorização foi desenhada para o estrito propósito de apresentar uma visão holística da literatura existente sobre o tema da revisão

---

<sup>7</sup> Em contraponto ao processo normativo primário, constituinte da ordem jurídica.

<sup>8</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, Why Do Countries Adopt Constitutional Review? (September 2, 2013). **Journal of Law, Economics, and Organization**, Forthcoming, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em: 30 abr. 2020, p. 2.

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 7.

judicial, sendo esse o mesmo sentido de sua apresentação neste trabalho científico, cujo escopo não é detalhar ou sistematizar as teorias jurídicas ou político-sociais que justificam a revisão judicial, mas confronta-las com a atuação prática do STF no exercício desse poder em sede de recurso extraordinário, pelo mecanismo processual da repercussão geral, visando perceber especialmente a relação entre essa atuação da Suprema Corte brasileira com a defesa idealista do instituto.

Para prosseguir na apresentação do problema que fundamenta esta pesquisa, torna-se necessário revolver a estrutura organizacional da revisão judicial, que pode ser dividida em dois grandes modelos: o descentralizado, por meio do qual todas as esferas do Poder Judiciário são dotadas do poder de revisar os atos normativos à luz da constituição, cabendo ao órgão de cúpula, normalmente chamado Suprema Corte, a última palavra na resolução da controvérsia, que, essencialmente, é construída de forma incidental na disputa de um caso concreto; e o centralizado, no qual o controle normativo dos atos tidos como em desacordo com a constituição são concentrados ao exame de uma corte especializada, denominada Tribunal Constitucional, que julga as questões constitucionais normalmente formuladas de forma abstrata, podendo atuar de forma concreta quando uma questão constitucional é suscitada por um juiz no curso de um processo, já que, por faltar-lhe o poder de revisar a constitucionalidade dos atos normativos, a resolução da demanda passa a depender do pronunciamento da corte especial<sup>10-11</sup>.

Victor Ferreres Comella<sup>12</sup> observa que o modelo centralizado é baseado em uma estrutura dualista, que divide o Judiciário em duas partes: uma dedicada às atividades judiciais ordinárias – Cortes de Justiça –, e outra às funções constitucionais – Tribunal Constitucional. Neste

---

<sup>10</sup> Nesse sentido GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, Why Do Countries Adopt Constitutional Review? (September 2, 2013). **Journal of Law, Economics, and Organization**, Forthcoming, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em: 30 abr. 2020; e COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism. **SELA** (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 39., 2004. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/39](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39). Acesso em: 24 mai. 2020.

<sup>11</sup> A preferência pela classificação dos modelos em “centralizado” e “descentralizado”, adotada pelos autores citados, é utilizada neste estudo pela simplificação semântica desses vocábulos para representar adequadamente o principal ponto de divergência entre um modelo e outro – ou seja, a exclusividade, ou não, do poder de controlar judicialmente a constitucionalidade de um ato normativo – deixando de fora outras funcionalidades convergentes que dificultam a distinção teórica desses signos representativos.

<sup>12</sup> COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism." **SELA** (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 39., 2004. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/39](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39). Acesso em: 24 mai. 2020.

modelo, mais comum no continente europeu, a atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional é normalmente obrigatória, sendo tanto mais inevitável o envolvimento na questão constitucional quanto mais pura a sua função de controle constitucional das leis. Já o modelo descentralizado, segundo o autor, é baseado em uma estrutura monista, no qual o judiciário é uno e concentra em suas atividades o exercício das duas funções destacadas, sendo a Suprema Corte dos Estados Unidos a melhor representação desse tipo de sistema, detendo ampla discricionariedade quanto ao quê julgar (no caso americano, através do *writ of certiorari*).

O constitucionalismo brasileiro optou por um modelo híbrido, que combina tanto o controle descentralizado, através do qual qualquer juiz tem a competência para desaplicar num determinado caso concreto os atos normativos tidos como em desacordo com a constituição, figurando o STF como vértice da estrutura recursal de estratificação da linha de interpretação constitucional incidental, como o controle centralizado, onde o exercício da revisão judicial é realizado de forma abstrata e concentrada no próprio STF.<sup>13</sup>

A opção pelo modelo descentralizado, ou difuso, está enraizada desde a primeira Constituição republicana de 1891, enquanto o modelo de controle centralizado, ou concentrado, curiosamente foi introduzido no período da ditadura militar. Essa peculiaridade chama a atenção para a possibilidade de que o poder de revisão judicial pode desempenhar papéis políticos que não necessariamente coincidem com os argumentos morais que justificam o uso do instituto para a defesa dos direitos fundamentais e da ordem constitucional.

Os pesquisadores Ginsburg e Versteeg<sup>14</sup> – dos quais este trabalho toma de empréstimo os agrupamentos teóricos de justificação do poder judicial – analisaram a trajetória da revisão judicial por meio de um conjunto de dados compilados sobre 204 países, desde 1781, e

---

<sup>13</sup> Essa compreensão não é livre de críticas. Para o professor José Levi Mello do Amaral Junior, “O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro não é misto, mas sim: (a) uma cumulação de elementos dos dois modelos básicos, elementos esses que convivem em paralelo, com influxos recíprocos, episódicos e eventuais; ou (b) um sistema difuso, porque todos os juízes e tribunais têm competência para a decisão de inconstitucionalidade, alguns deles também pela via principal (STF e Tribunais de Justiça) por meio de ações diretas com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.”(Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 920, p. 133-149, jun. 2012).

<sup>14</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, Why Do Countries Adopt Constitutional Review? (September 2, 2013). **Journal of Law, Economics, and Organization**, Forthcoming, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em: 30 abr. 2020, p. 9-10.

observaram que a adoção desse instituto é melhor explicada em níveis domésticos – não globais –, por políticas internas, e, particularmente, pelas incertezas no mercado eleitoral, constituindo um fenômeno verificado tanto em regimes democráticos, como autocráticos. A hipótese dos autores<sup>15</sup> é a de que a revisão judicial, nesses arranjos, é admitida como uma forma de “seguro político” dos partidos com maior força no momento constituinte (normalmente precedido de instabilidade política), de modo que, antevendo a perda de seu poder, apostam no controle judicial como um fórum alterativo para desafiar as ações dos governos futuros e mitigar os riscos de suas perdas eleitorais.

Não obstante a motivação para a instituição da revisão judicial no momento constituinte – se política, sociológica ou idealista<sup>16</sup> –, o fato é que esse mecanismo de controle dos atos normativos tidos por inconstitucionais equipa o Poder Judiciário com o poder de alterar o *status quo* da política nacional, transformando-o em co-protagonista da agenda política. É claro que o postulado da inércia judicial limita o alcance desse protagonismo aos interesses dos atores sociais ou políticos legitimados à ação ou recurso constitucional, entretanto, dada a analiticidade da Constituição Federal e a abertura dessa legitimação, especialmente no modelo recursal característico do controle descentralizado, seria possível supor não haver temas que escapem ao controle judicial brasileiro.

Sendo o STF o núcleo do modelo centralizado de revisão judicial e, também, o vértice do desenho descentralizado desse poder, a questão essencial é saber qual o conteúdo de sua agenda temático-decisória.

A suspeita de que a revisão judicial no modelo concentrado sirva de “seguro político” ou econômico de uma classe hegemônica foi confirmada, em certa medida, por estudos empíricos que se propuseram a investigar o exercício desse poder em sede da ação direta de

---

<sup>15</sup> Hipótese trabalhada especialmente por Ginsburg na teoria do mercado eleitoral, desde 2003, na obra *Judicial Review in new democracies: constitutional courts in Asian Cases*, 2003, Cambridge, Cambridge University Press, 295 p.

<sup>16</sup> Ginsburg e Versteeg qualificam por idealista a posição teórica introduzida neste estudo, qual seja, a de que a revisão judicial serviria à defesa dos direitos fundamentais, atuando como forma de proteger “[...] ‘mature democracy’, in Ronald Dworkins (1990) words, [...] from the tyranny of the majority through judicial protection of rights provisions that protect vulnerable groups and individuals (Weinrib 2007; Elster 1993). [...]” (GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review?* (September 2, 2013). **Journal of Law, Economics, and Organization**, Forthcoming, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em: 30 abr. 2020, p. 7).

inconstitucionalidade (ADI). Dentre outros, empenharam-se nesse esforço os pesquisadores Alexandre Costa Araújo e Juliano Zaiden Benvindo<sup>17</sup>, e Fabiana Luci Oliveira<sup>18</sup>, cujos estudos chegaram ao resultado convergente de que os legitimados constitucionais ao exercício dessa ação (listados no rol exaustivo do art. 103 da CF), utilizam-na preponderantemente para a defesa de interesses corporativos, e não em favor do interesse público ou de direitos difusos.

O trabalho de Fabiana Luci Oliveira<sup>19</sup> impacta pela discrepância observada entre a efetiva destinação dessa ferramenta constitucional e a teoria idealista que a legitima: os interesses afetos à sociedade civil corresponderam apenas 14% de todas as ADI's julgadas pelo STF de 1988 a julho de 2014. O funcionalismo público e temas afetos à administração, como finanças públicas, política orçamentária, processo legislativo etc. encabeçaram a lista, somando, os dois grupos, 55% de todas as ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal.

Por sua vez, o estudo de Alexandre Costa Araújo e Juliano Zaiden Benvindo detalhou os temas, dividindo as ADI's em grupos que cuidam do desenho institucional<sup>20</sup> e direitos fundamentais, sendo este último grupo subdividido entre direitos fundamentais de alcance difuso e direitos fundamentais de alcance corporativos, concluindo os autores que “[...] mesmo nas decisões de procedência baseadas em direitos fundamentais, a defesa de interesses corporativos dos atores envolvidos prepondera sobre a defesa do interesse público. [...]”<sup>21</sup>.

Justamente porque esses estudos tiveram por escopo o exame de uma classe processual afeta ao controle concentrado de constitucionalidade, cuja legitimação é restrita aos atores listados no rol do artigo 103 da CF e a atividade jurisdicional do STF é, via de regra, obrigatória, a distorção

---

<sup>17</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Brasília: Unb, 2014. 84 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 30 abr. 2019.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, v. 28, n. 1, p. 105–133, 1 jan. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 31 jul. 2020.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Na conceituação dos próprios autores, “[...] regras ligadas a observância de critérios gerais de estruturação do poder estatal [...]” (COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Brasília: Unb, 2014. 84 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 30 abr. 2019).

<sup>21</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Brasília: Unb, 2014. 84 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 30 abr. 2019, p. 71.

entre a teoria normativa que legitima a revisão judicial e o exercício prático dessa importante função mais evidencia a malversação do instrumento pelos legitimados do que pelo STF em si.

Por outro lado, o controle constitucional realizado de modo incidental, no modelo descentralizado, especialmente a partir da instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – principal instrumento de acesso a essa forma de controle judicial –, transferiu para o STF certa discricionariedade na escolha do que julgar, conferindo-lhe o domínio de sua agenda temática ao lhe permitir rejeitar um recurso cuja questão constitucional discutida não apresente transcendência política, jurídica, social ou econômica.

Sob a perspectiva dos legitimados, o modelo descentralizado não estabelece nenhuma limitação prévia à jurisdição constitucional, na verdade, democratiza o acesso dessa parcela do poder estatal na medida em que habilita a participação direta do cidadão no debate constitucional densificado no processo de formação decisória. Contudo, o filtro da repercussão geral, ao tempo em que racionaliza a atuação do STF – permitindo-lhe atuar no campo qualitativo <sup>22</sup>–, estreita a acessibilidade do órgão, e se é verdade que esse pressuposto recursal habilita a Corte Constitucional na escolha de sua agenda temática, este trabalho tem o objetivo de investigar se e como o resultado dessa escolha se alinha à teoria idealista que propõe defender a legitimação democrática desse poder enquanto instrumento de defesa dos direitos fundamentais ou transindividuais.

Dameres Medina investigou o funcionamento empírico da repercussão geral e dedicou um tópico de sua tese de doutoramento à apresentação da seletividade das ministras e ministros relatores quanto à matéria versada nos recursos extraordinários paradigma desse regime, concluindo, após confrontar a classificação das matérias dos recursos que aportam ao STF com aqueles que são admitidos para julgamento, que as ministras e ministros apresentam uma predileção por temas de direito tributário e eleitoral e processual eleitoral, sendo que temas

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 560 p., p. 45.

relacionados ao direito do trabalho, direito do consumidor e direito civil tiveram a repercussão geral negada na maioria das vezes<sup>23</sup>.

A autora não distinguiu os temas segundo os dispositivos constitucionais invocados pelos recorrentes, não qualificando-os conforme o conteúdo substancial da questão constitucional suscitada, se relacionados a direitos fundamentais, individuais ou difusos, ou de classes especiais – minoritárias (sob a perspectiva numérica) e insultares (por seu grau de exclusão da arena política tradicional) –, ou se relacionadas ao pacto federativo, ou à divisão de poderes, ou, ainda, à questões de interesses meramente corporativos.

Devido a isso, considerou-se prematuro afirmar que a atuação do STF no controle concreto não se distingue daquela exercida pela via centralizada, sendo a classificação da matéria segundo a área do direito insuficiente para dimensionar a atuação reflexiva da Corte quanto à teoria idealista, justificando-se, portanto, a proposta desta pesquisa de fornecer um diagnóstico da agenda temática preferencial do STF em sede de repercussão geral, de modo a viabilizar o confronto da realidade do Tribunal com a teoria idealista de legitimação da revisão judicial.

Este trabalho será dividido em três partes, sendo duas teóricas e uma empírica. O primeiro capítulo, desenvolvido sob o método de revisão bibliográfica, é dedicado ao exame do poder judiciário no arranjo democrático, visando entender não apenas as relações de poder que permeiam a atuação do seu órgão cúpula com os poderes políticos afetados pela revisão judicial, como a forma como esse órgão adquire e sustenta o poder judicial. Ele foi dividido em seis tópicos que informarão ao leitor a fragilidade do Poder Judiciário no arranjo democrático e a necessidade deste órgão assumir uma racionalidade estratégica para conseguir sustentar sua posição de contrapeso dos poderes políticos. No primeiro tópico, examina-se a “fraqueza natural” desse ramo do poder público, no segundo, contextualiza-se a importância da ação estratégica na edificação do poder judicial através do emblemático caso *Marbury vs. Madison*, em seguida, examinam-se os possíveis papéis que a teoria atribui para o órgão de cúpula do Poder Judiciário dotado do poder de controlar a constitucionalidade dos atos políticos, analisando-se, na sequência, as fontes do seu poder, o confronto da teoria de David Law e a

---

<sup>23</sup> MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016, 294 p., p. 170-174.

doutrina da legitimidade para, finalmente, analisar a importância desse ramo exercer com autonomia o controle de sua agenda temática e decisória.

Esse revolvimento teórico tem a pretensão de chamar a atenção para a posição que o STF ocupa no arranjo democrático-constitucional e dos papéis que a doutrina lhe atribui, o que permitirá não só a correta compreensão, mas – espera-se – uma análise crítica dos dados documentados na última parte desta dissertação.

O segundo capítulo examina a repercussão geral sob a perspectiva doutrinária e jurisprudencial, buscando compreender esse instituto através da forma como ele é efetivamente aplicado, especialmente no que concerne ao procedimento de *escolha* de novos temas. Para isso, além da doutrina especializada, com destaque para os trabalhos de Damares Medina e Christine Silva, que serviram de referência nessa exposição, empreendeu-se o revolvimento documental dos julgamentos e sessões administrativas do STF orientadas à regulação da repercussão geral para, em cinco tópicos, formular uma análise descritiva do desenvolvimento desse regime da jurisdição constitucional, dividindo-se essa exposição em uma linha temporal que se inicia com a chamada “crise do judiciário” e se estende até a mais recente etapa de virtualização do julgamento, que embora não guarde relação direta com o tema desta dissertação – que, a rigor, preocupa-se com a decisão de *admissão* de temas e não com o julgamento dos recursos paradigmáticos das questões constitucionais já admitidas – importa para demonstrar a atuação autorreferenciada do STF na ampliação de suas competências normativas, construindo para si mecanismos procedimentais que expandem sua autonomia, com impactos diretos na repercussão geral.

O último capítulo preocupa-se em responder à questão que move essa dissertação: quando o STF é dotado do poder de escolher o que julgar, quais temas figuram predominantemente em suas escolhas?

Nele, apresenta-se a metodologia empregada nesta pesquisa acadêmica, que ostenta tanto uma natureza quantitativa, como qualitativa. Diz-se que a pesquisa é qualitativa tendo em vista a subjetividade da autora na elaboração das categorias classificatórias e no direcionamento dos temas que as compõem, etapa indispensável deste trabalho, tendo em vista o argumento

suscitado a partir dos estudos que o motivaram, no sentido de ser a classificação da matéria segundo a área do direito insuficiente para dimensionar a atuação reflexiva da Corte à teoria idealista.

Nesse propósito, foram resgatados os problemas que serviram de móvel a este estudo para apresentar o método de categorização dos dados coletados com vista à sistematização dos temas de repercussão geral, descrevendo-se o universo da pesquisa, as técnicas de coleta e apresentação dos dados e o método de classificação dos temas, o qual foi desenvolvido a partir da análise de conteúdo, mas sem olvidar o exame de contingências para o acesso de conhecimentos não diretamente visíveis nos itens léxico das peças examinadas, criando-se códigos descritivos com o propósito de reduzir a massa de dados, permitir o agrupamento dos temas em categorias específicas e tornar a pesquisa minimamente replicável.

As categorias foram criadas de modo a expressar os papéis normativos atribuídos ao Tribunal, com inspiração nos trabalhos de Ginsburg e Veerstedt, Diana Kapiszewski e Victor Comella, viabilizando a quantificação dos temas para a formação de um diagnóstico acerca da atuação do STF em sede de repercussão geral.

Antes de prosseguir, algumas observações importantes para a adequada compreensão do texto.

Os termos “tribunal”, “órgão de cúpula”, “corte”, “corte constitucional” são utilizados sem o rigor técnico das distinções apresentadas nesta introdução, servindo, em todos os casos, para designar o órgão judicial com competência constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade e que ocupe o vértice da jurisdição nacional. Essa opção atende a um propósito metodológico, pois simplifica a apresentação da função de revisão judicial na estrutura democrática – que é o primeiro ponto do desenvolvimento teórico desta dissertação – , já que aqui, a relevância está no próprio exercício desse poder por órgão não sindicável pela via eleitoral, tornando as diferenças entre os modelos centralizado ou descentralizado de pouco interesse. Mas a generalização também atende a um propósito estético, de conferir fluidez à leitura e evitar a repetição de palavras e justificações acerca dos diferentes modelos, que são mesmo desnecessárias para a apresentação da ideia.

Também, o termo “revisão judicial” foi eleito com prioridade sobre “controle de constitucionalidade”, porque o primeiro já contém em sua estrutura a indicação do protagonista do poder, ou seja, um órgão “judicial”, eliminando na própria locução os casos em que esse poder é exercido por outros órgãos. Não obstante, às vezes o termo controle de constitucionalidade é também empregado e, nestes casos, deve-se compreender como o controle realizado por órgão judicial. Essas locuções, neste trabalho, não dizem respeito ao ato específico e material de controlar a constitucionalidade de um texto normativo, declarando sua nulidade pelo confronto com a Constituição Federal, antes, guardam relação com a ideia de *poder fazê-lo*, ou seja, com o atributo de dizer por último qual é a vontade da constituição. Igualmente, considerando o recorte teórico deste trabalho, que tem o escopo de investigar a atuação do STF, as referências a esse poder estão sempre associadas ao exercício de um órgão de cúpula da estrutura judicial ou Corte Constitucional.

## 2. UM PANORAMA SOBRE A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ARRANJO DEMOCRÁTICO

### 2.1 A “fraqueza natural”

Enquanto ramo dos poderes públicos, o Poder Judiciário é uma instituição paradoxal, pois, apesar de sua propalada “fraqueza natural” – Ginsburg assinala que “[a] fraqueza institucional dos tribunais é tema de estudos jurídicos desde que Montesquieu observou que, dos três poderes governamentais, 'o judiciário, em certa medida é perto de nada'<sup>24</sup> –, é o ramo ao qual a doutrina atribui o maior peso para a defesa das liberdades como critério de justiça no Estado democrático de direitos.<sup>25</sup>

O trecho citado por Tom Ginsburg foi extraído do clássico *Espírito das Leis*<sup>26</sup> e, no mesmo capítulo, Montesquieu manifesta que “[...] os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”<sup>27</sup>, porém, esse clássico autor apercebe que a separação dos poderes<sup>28</sup> do Estado (legislar, executar e julgar) é condição para a realização da liberdade, afinal, “[p]ara que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases** [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p., p. 74-75, tradução nossa.

<sup>25</sup> O “Big” government, o “Big” legislativo, as “Big” corporações, impõem um “Big” Judiciário para atuar como protetor dos direitos básicos que asseguram a autonomia dos povos e a liberdade de todos. Segundo predisse Mauro Cappelletti “[...] assistir-se-á então ao emergir do judiciário como um ‘terceiro gigante’ na coreografia do estado moderno. Os tribunais judiciários ordinários – o ‘ramo menos perigoso’, segundo a célebre definição de Alexander Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou ‘quase-judiciais’), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos ‘poderes políticos’, nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.” (**Juízes legisladores?** 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 49).

<sup>26</sup> Livre tradução de “Spirit of Laws”.

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das leis**. Apresentação de: Renato Janine Ribeiro. Tradução de: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, [1748] 2000. 851p., p. 175.

<sup>28</sup> José Afonso da Silva adequadamente reconhece a unidade do poder estatal, distinguindo os ramos como órgãos especializados no exercício de uma função, com independência orgânica orientadas às manifestações do Poder (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.108).

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *op. cit.*, p. 166.

Assim, a teoria sistematizada por Montesquieu parte do diagnóstico de que um poder carrega consigo a tendência de sobrepujar o outro, controlando-se mutuamente na medida de suas ambições. Por isso, o autor distinguiu mecanismos de coordenação e controle recíprocos exercidos através das faculdades de “estatuir” – ou seja, estabelecer uma política pública, uma decisão, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem – e de “impedir” – que se equivale à função de veto, consistente no direito de “anular uma resolução tomada por outrem”<sup>30</sup>. Porém, no arranjo idealizado pelo filósofo francês, o poder exercido pelo judiciário seria, como já assinalado, “perto de nada” e o direito à liberdade seria assegurada pela moderação dos outros poderes, exercida pelo segmento do legislativo composto pela nobreza.<sup>31</sup>

Quarenta anos depois, no nascimento dos Estados Unidos da América como nação independente, Alexander Hamilton concordou com o filósofo francês quanto à avaliação de que na divisão dos poderes governamentais, “o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, devido a sua menor capacidade de incomodá-los ou feri-los”<sup>32</sup>, afinal, não é sua atribuição dispensar honras ou empunhar a espada (executivo), tampouco controlar a bolsa (as riquezas) ou prescrever os direitos e deveres de todos os cidadãos (legislativo), o que esse ramo dispõe, ainda segundo Hamilton, não é nem a força nem a vontade, mas apenas um *juízo* que para ser eficaz, depende da ajuda do ramo executivo.<sup>33</sup>

Porém, mesmo vislumbrando no Poder Judiciário uma “fraqueza natural” que o colocava sob o contínuo risco de ser dominado pelos outros ramos da governança pública, Hamilton, adepto a um modelo de “Constituição Limitada” – em sua definição, aquela que excepciona o Poder Legislativo, impondo-lhe limites materiais – como imprescindível à proteção das liberdades públicas contra a vontade flutuante das maiorias ocasionais, compreendeu que “é muito mais racional supor que os tribunais foram concebidos para ser um órgão intermediário entre o povo e o legislativo a fim de, entre outras coisas, mantê-lo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade”, pois se é atribuição das Cortes a interpretação das leis, “[...] a constituição é, e de

---

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 172.

<sup>31</sup> *Ibid*, *loc. cit.* (p. 172)

<sup>32</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78: a view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., [1788] 2008. Cap. 78. p. 379-385. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman, p. 380, tradução nossa.

<sup>33</sup> *Ibid*, *loc. cit.* (p. 380)

fato deve ser considerada pelos juízes, como a lei fundamental”<sup>34</sup>. Mas para exercer esse papel de controle, seria imprescindível um desenho institucional que contrabalanceasse a fraqueza natural desse poder e fosse capaz de revesti-lo de independência e autonomia.<sup>35</sup>

Como mecanismos para assegurar essas qualidades imprescindíveis ao desenvolvimento do Poder Judiciário como freio aos Poderes políticos, Hamilton contemplou a estabilidade no cargo de magistrado (o federalista nº 78<sup>36</sup>) e a irredutibilidade de vencimentos (o federalista nº 79<sup>37</sup>).

Esse “pai fundador” (*founding father*) da democracia norte-americana anteviu que seria necessário aos juízes uma porção incomum de fortitude para que pudessem cumprir fielmente o seu papel de guardiões da constituição e dos direitos dos indivíduos contra invasões legislativas instigadas por maiorias ocasionais, porque é certo que os

[...] humores perversos de alguns homens astutos, ou a influência de conjecturas particulares, às vezes se disseminam entre o povo e embora eles rapidamente cedam lugar para informações melhores e a uma reflexão mais ponderada, tendem, nesse meio tempo, ocasionar inovações perigosas no governo e sérias opressões às minorais da comunidade.<sup>38</sup>

Ao contrário do filósofo francês, Hamilton acreditava que um judiciário independente seria capaz de servir como forte contrapeso à tendência sempre presente de uso arbitrário da força política, atuando tanto no controle de violações a direitos privados, como na moderação da atuação legislativa, cujos representantes eleitos – tornando-se mais cômicos do papel exercido pelos tribunais e da oposição destes ao êxito de uma intenção iníqua – sentir-se-iam compelidos a moderar suas tentativas em razão da própria injustiça que pretendem<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 381, tradução nossa.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 380-384.

<sup>36</sup> *Ibid*.

<sup>37</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist, 79: a further view of the judicial department in relation to the provisions for the support and responsibility of the judges. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., [1788] 2008. Cap. 79. p. 385-388. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman.

<sup>38</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78: a view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., [1788] 2008. Cap. 78. p. 379-385. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman, p. 383, tradução nossa.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 384.

Portanto, o esboço apresentado por Hamilton para a construção de um Poder Judiciário autônomo e independente é resultado de sua percepção acerca da “fraqueza natural” desse ramo do poder público e do prognóstico de ser este, paradoxalmente, o ramo mais adequado à defesa dos direitos fundantes da sociedade organizada. Nasce em Hamilton a matriz da teoria idealista do controle de constitucionalidade.

Não obstante, foi ali mesmo, nos Estados Unidos, que o mais célebre caso de exercício desse poder foi praticado não de modo a garantir os direitos privados de classes ameaçadas por humores opressivos de maiorias transitórias ou mesmo a integridade da constituição, mas, na visão de Tom Ginsburg, como seguro político dos federalistas diante da recente cisão partidária e a vitória da oposição nos ramos eleitorais. Segundo esse autor, o caso *Marbury vs. Madison* é um verdadeiro *text book* para a teoria do seguro político, afinal, “[o] partido que sabia haver perdido dois ramos do governo expandiu o terceiro como forma de lhe garantir um foro”<sup>40</sup>. Mas esta não é a única lição que se pode extrair desse caso emblemático. Seu exame é capaz de ilustrar a posição do Poder Judiciário no arranjo institucional democrático, permitindo também argumentar que *Marbury vs. Madison* é um marco da apresentação da Suprema Corte como protagonista da expansão de seu poder soberano e não um agente animado exclusivamente pelas forças políticas.

## 2.2 *Marbury vs. Madison*

Uma breve contextualização histórica: a conquista da independência e a implementação da república norte-americana foi marcada por uma homogenia política singular naquele momento e, uma vez consolidada a nação, ela logo cedeu às cisões partidárias, dividindo-se os cidadãos entre federalistas e republicanos. A eleição para o Congresso em 1794 foi a primeira marcada por essa cisão. Naquele ano, o partido Federalista manteve a maioria no senado, mas perdeu espaço na Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) para o Republicano<sup>41</sup>. Para o desalento dos federalistas, a longa batalha sobre as relações franco-americanas no final do século – no período conhecido como “quasi-war” –, promoveu uma cisão interna, dividindo o

---

<sup>40</sup> GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases** [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p., p. 91, tradução nossa.

<sup>41</sup> PAUL, Joel Richard. **Without precedent: John Marshal and his times** [e-book]. New York: Riverhead books, 2017, posição 1527.

partido entre os que seriam contra e os que seriam a favor à declaração de guerra em face da antiga aliada<sup>42</sup>, deixando o caminho aberto para que os republicanos lograssem a liderança dos dois ramos eleitorais. Assim, em 1800, a oposição possuía tanto mais assentos nas duas casas legislativas<sup>43</sup>, como conquistou a administração do governo federal, elegendo dois candidatos aos cargos de Presidente e Vice-Presidente. Devido a um empate ente Thomas Jefferson e Aaron Burr, ambos com 73 votos do colégio eleitoral, a disputa seria resolvida pela Câmara dos Deputados em fevereiro do ano seguinte.<sup>44</sup>

Em dezembro de 1800, o presidente John Adams – um federalista – iniciou a transição. Com a vacância do cargo de *Chief Justice* da Suprema Corte devido a problemas de saúde de seu ocupante, *Justice* Ellsworth, Adams nomeou John Jay para o cargo, um aliado federalista, e este – que já havia ocupado a posição em data antecedente por nomeação do presidente George Washington, mas renunciado por sentir-se “entediado e frustrado com a impotência do tribunal”<sup>45</sup> –, recusou a indicação. Em janeiro de 1801, Adams nomeou John Marshall para a função e ele, que à época ocupava a posição de Secretário de Estado, aceitou a indicação, sendo confirmado pelo Senado em 27 de janeiro de 1801 como o quarto Presidente da Suprema Corte Norte-Americana.<sup>46</sup>

Segundo Joel Richard Paul, à época, a Suprema Corte exercia jurisdição limitada, atuando sobre algumas poucas classes de casos, porém Marshall “[...] acreditava que a função do Tribunal era defender os princípios fundamentais dos quais o governo nacional depende contra os caprichos políticos do momento”<sup>47</sup>, de modo que aceitou a indicação do presidente Adams como um dever moral, fruto de seu compromisso com o federalismo.

---

<sup>42</sup> *Id.*, *ibid.*, posições 3466-3478 e 3510.

<sup>43</sup> Naquele ano, os Republicanos contavam 68 assentos na Câmara dos Deputados (house of representatives) – contra 38 dos Federalistas –, e reverteu sua posição no senado, passando a ocupar 17 cargos – contra 15 (PAUL, Joel Richard. **Without precedent: John Marshal and his times** [e-book]. New York: Riverhead books, 2017, posição 3494).

<sup>44</sup> *Id.*, *ibid.*, posições 3344, 3466-3478, 3555.

<sup>45</sup> *Id.*, *ibid.*, posição 3570, tradução nossa.

<sup>46</sup> *Id.*, *ibid.*, posições 3585, 3614.

<sup>47</sup> *Ibid*, posições 3600-3614, nossa tradução.

Nesse contexto, antes que os novos representantes assumissem seus postos, os federalistas operaram a expansão do poder judiciário federal, garantida pelo *Judiciary Act* de 1801<sup>48</sup> e pelo *Organic Act of the District of Columbia*, também de 1801, nomeando nas últimas horas de mandato do presidente Adams dezesseis juízes para as *circuit courts* e quarenta dois novos juízes de paz – evento que ficou conhecido como *midnight judges*.<sup>49</sup>

Dessas apressadas nomeações, cuja justificativa flagrante era a eminente perda de poder do partido Federalista, surgiu a controvérsia que deu origem ao paradigmático julgamento *Marbury vs. Madison*. Willian Marbury foi um dos quarenta e dois juízes de paz nomeados nas citadas circunstâncias, porém o ato de sua investidura (*comission*) não chegou a ser entregue naquelas horas finais do mandato do presidente Adams, e, conquanto a nomeação tivesse sido confirmada pelo Senado e o ato de investidura selado pelo chefe do Executivo, o novo Presidente eleito, Thomas Jefferson, ao assumir o cargo, considerou que a entrega do documento seria condição para efetivar o empossamento dos novos juízes, não considerando válidas as nomeações daquele cujos documentos ficaram para trás. Eventualmente, Jefferson autorizou que seu Secretário de Estado, James Madison, entregasse vinte e cinco atos de

---

<sup>48</sup> Entre as diversas medidas previstas neste ato, chama a atenção a previsão de redução da composição da Suprema Corte, de seis *justices*, para cinco, tão logo ocorresse a próxima vacância. Para Joel Richard Paul, “[e]nquanto nominalmente isso pudesse ser justificado pelo fato de que os juízes não mais precisariam rodar os circuitos [dos tribunais regionais federais], era, na realidade, um esforço transparente dos Federalistas em negar aos Republicanos a oportunidade de nomear um dos seus para ocupar um cargo no Tribunal” (*ibid*, posição 3828, tradução nossa), e, nesse sentido, assegurar o seu controle sobre esse ramo do Poder Público. A modificação na composição do Tribunal é, de fato, uma forma de controle dos agentes políticos sobre aquele órgão. Nos Estados Unidos, a última modificação na composição da Suprema Corte ocorreu no período que se seguiu à guerra civil, quando o Congresso reduziu o tamanho do Tribunal para evitar possíveis nomeações do Presidente Andrew Johnson, que fazia apologias ao segregacionismo do sul. Em 1937 o Presidente Roosevelt também recorreu à medida, porém de forma invertida: sua pretensão era ampliar a composição da Suprema Corte a fim de garantir uma maioria simpática aos planos do New-Deal, que vinham sendo sistematicamente rejeitados pelo Tribunal, no entanto, falhou em sua pretensão, pois, dentre outros fatores, desconsiderou o prestígio social da Suprema Corte que, mesmo à vista da insatisfação popular com algumas decisões, àquele tempo foi incrementado pelo assombro do fascismo recém-implementado na Europa com Hitler e Mussolini, o que acabou servindo para realçar na América o valor da independência que o judiciário desfrutava para a defesa das liberdades políticas. (NELSON, Micheal. *The President and the Court: reinterpreting the court-packing episode of 1937*. **Political Science Quarterly**, New York, v. 103, n. 2, p. 267-293, jul. 1988. Trimestral. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2151184>. Acesso em: 2 set. 2021, p. 276). No Brasil, no período da Ditadura Militar, o AI-2 permitiu a intervenção política no Supremo Tribunal Federal, aumentando o número de ministros, de onze para dezesseis. O STF conseguiu “diluir” o efeito das novas nomeações alterando seu Regimento Interno, garantindo que os ministros recém-nomeados fossem designados para turmas distintas, de modo a não formarem maioria (CÂMARA, Heloisa Fernandes. **STF Na Ditadura Militar Brasileira: Um Tribunal Adaptável?** 2017. Universidade Federal do Paraná, 2017. 273 p., p. 134-135)

<sup>49</sup> PAUL, Joel Richard. **Without precedent**: John Marshal and his times [e-book]. New York: Riverhead books, 2017, posição 3636.

investidura, além de cinco outros relacionados a nomeações do próprio Jefferson, deixando de dar posse a dezessete magistrados nomeados por Adams, dentre eles, Marbury.<sup>50</sup>

Em dezembro de 1801, Marbury ajuizou um mandado de segurança (*writ of mandamus*) perante a Suprema Corte Norte-americana postulando que Madison, Secretário de Estado, fosse ordenado a entregar a sua comissão. A ação teve como base o *Judiciary Act* de 1789, que estruturava o judiciário norte-americano e disciplinava a competência da Suprema Corte, e esta, ao defrontar-se com a petição, designou a sessão de 1802 para o julgamento do caso.<sup>51</sup>

Joel Richard Paul contextualiza que o momento era de grave crise institucional. Um Senador republicano chegou a denunciar que a Suprema Corte “estaria lançando ‘o mais ousado ataque’ contra o Presidente” e propôs a revogação do *Judiciary Act* de 1801 – que havia expandido o Poder Judiciário –, aprovando no Congresso o *Repeal Act* de 1802, com profunda interferência nas atividades daquele ramo<sup>52</sup>, inclusive, cancelando a sessão de 1802 como mecanismo para prevenir uma resposta do Tribunal, que só voltou a se reunir em colegiado em fevereiro de 1803<sup>53</sup>. Para prevenir o que considerava ser um ataque contra o Poder Executivo, o Legislativo – governado por uma maioria do mesmo partido – lançou um contra-ataque ao Judiciário com a indisfarçável pretensão de intimidar esse Poder a se conformar à pretensão daqueles ramos eleitorais.

A constitucionalidade do *Repeal Act* foi questionada em todo o país e um dos juízes exonerados pela extinção de seu cargo, Richard Basset, peticionou diretamente à Suprema Corte argumentando que “[...] se ao Congresso for permitido demitir juízes, então todos os limites constitucionais impostos ao governo e a proteção das liberdades individuais seriam mera frivolidade”.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> *Id.*, *Ibid.*, posição 3915.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência [*e-book*]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

<sup>52</sup> Dentre as medidas estão o restabelecimento do número de *Justices* da Suprema Corte, revogando a previsão de eliminação de um cargo tão logo ocorresse a próxima vacância – o que abreviaria a possibilidade de os Republicanos nomearem o próximo *Justice* –, e também a extinção dos dezesseis cargos de juízes federais, restabelecendo, portanto, a necessidade de os juízes da Suprema Corte voltarem a rodar em circuitos para presidir os tribunais federais (*circuit courts*) (PAUL, Joel Richard. **Without precedent**: John Marshal and his times [*e-book*]. New York: Riverhead books, 2017, posição 3946).

<sup>53</sup> *Id.*, *ibid.*, posição 3946.

<sup>54</sup> *Id.*, *ibid.*, posição 3961, tradução nossa.

O *Repeal Act*, porém, não foi o único ataque lançado contra o Poder Judiciário em 1802. No mesmo ano, a Câmara, com a anuência do Senado, realizou o *impeachment* do juiz federalista John Pickering e tentou destituir o *Justice* Samuel Chase por partidarismo político, falhando, no entanto, em conseguir a maioria no Senado.<sup>55</sup>

Da parte do Poder Executivo provinham recados claros de que aquele ramo não adimpliria eventual ordem do Tribunal. Madison se recusou a comparecer perante a Corte para acompanhar o julgamento da ação ajuizada por Marbury, deixou de enviar um advogado para representá-lo e, quando lhe foi requisitado apresentar o ato de investidura do postulante, ignorou a ordem do Tribunal.<sup>56</sup>

A Suprema Corte, portanto, vivenciava o drama de sua “fraqueza natural”, não possuindo a espada para forçar o cumprimento de suas ordens, tampouco a bolsa para pressionar os outros ramos ao acatamento de suas decisões. Se reconhecesse o pedido de Marbury e ordenasse ao Secretário de Estado que o investisse na função de juiz de paz, teria a autoridade de sua decisão desafiada pelo Executivo e certamente não contaria com o apoio do Legislativo para pressionar, institucionalmente, o cumprimento da ordem. Por outro lado, se recusasse a legítima pretensão do impetrante, especialmente diante dos sucessivos ataques à independência do Tribunal, deixaria clara a fraqueza desse ramo no arranjo institucional e a sua inoperância em assegurar os direitos dos cidadãos.

A decisão da Suprema Corte, sob a presidência de Thomas Marshall, foi anunciada em 24 de fevereiro de 1803. Ela foi estruturada a partir de três perguntas, quais sejam: se Marbury tinha o direito de ser investido no cargo de juiz de paz; se haveria um remédio jurídico apto a lhe assegurar o exercício desse direito; e, se, existindo esse remédio, seria competência da Suprema Corte concedê-lo. À primeira pergunta, o Tribunal apresentou uma resposta afirmativa: Marbury tinha o direito de ser empossado no cargo porque o ato jurídico de sua investidura teria se perfectibilizado com a confirmação de sua nomeação pelo Senado e a assinatura do

---

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência [*e-book*]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

<sup>56</sup> PAUL, Joel Richard. **Without precedent**: John Marshal and his times [*e-book*]. New York: Riverhead books, 2017, posição 4050.

Presidente aposta ao documento, “[...] dando-lhe força e efetividade, como prova conclusiva de que a nomeação foi realizada”.<sup>57</sup>

Confirmado o direito reclamado na ação, Marshall prosseguiu ao exame da segunda questão, iniciando seu argumento com a afirmação de que “[...] a própria essência da liberdade civil consiste no direito de cada indivíduo reclamar a proteção da lei toda vez que sofrer um dano”, sendo o primeiro “dever do governo garantir essa proteção”, afinal, “o governo dos Estados Unidos vem sendo enfaticamente chamado um governo de leis, não de homens. Certamente deixará de merecer essa elevada denominação se as leis não oferecerem nenhum remédio contra a violação de um direito consumado” (*vested legal right*)<sup>58</sup>. Marshall está estabelecendo as premissas para, de um lado, alimentar a retórica que fortalece a imagem pública da Corte como *locus* de proteção das liberdades civis e políticas, vinculando os outros poderes a essa imagem autorreferenciada e, de outro, confirmar o poder do Tribunal em supervisionar e examinar a legalidade dos atos praticados pelos outros poderes.

Subjacente a essa segunda questão, residia a inquirição acerca de quais atos públicos estariam sujeitos à revisão judicial. Nesse sentido, Marshall consentiu que alguns atos seriam atribuídos pela Constituição à exclusiva discricionariedade do chefe do Executivo e seus oficiais de governo, e sobre estes, o Tribunal não poderia exercer controle. Porém, “quando uma obrigação é determinada por lei, e direitos individuais dependem do cumprimento dessa obrigação, parece igualmente claro que o indivíduo que se considere prejudicado tem o direito de socorrer-se de um remédio previsto pelas leis de seu País”<sup>59-60</sup>. Ao estabelecer esse princípio, Marshall estava transformando a questão de fato em um problema de direito, ou seja, a recusa presidencial à investidura de um juiz de paz cuja nomeação já havia sido confirmada pelo Senado não seria apenas uma questão de *poder*, mas de *direito* e, sendo de direito, estaria sujeito à autoridade do tribunal.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> MARSHALL, John; SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *U.S. Reports: Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137. 1803. Periódico. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep005137/>. Acesso em: 2 set. 2021, p. 158, tradução nossa.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 163, tradução nossa.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 166, tradução nossa.

<sup>60</sup> Também PAUL (2017, posição 4095) aborda essa passagem.

<sup>61</sup> Reforça esse argumento a declaração que Marshall faz a seguir: “The power of nominating to the Senate, and the power of appointing the person nominated, are political powers, to be exercised by the President according to his own discretion. When, he has made an appointment, he has exercised his whole power, and his discretion has been completely applied to the case. If, by law, the officer be removable at the will of the President, then a new

Marshall, então, prossegue para o exame da terceira questão, que busca averiguar tanto a natureza do remédio cabível, como a competência do tribunal para concedê-lo. Para o primeiro ponto, Marshall recorreu à doutrina de Blackstone e a precedente inglês, da lavra do Lorde Mansfield, para afirmar a natureza mandamental do *Writ* com a prescrição de que a decisão do tribunal seria “direcionada a um oficial do governo, e sua ordem para ele seria, para usar as palavras de Blackstone, ‘fazer uma coisa particular, ali especificada, que se relacione com o seu cargo [...] ou que se presuma em consonância com o direito e a justiça’”<sup>62</sup>, o que se adequava ao caso considerando o teor da pretensão, de que fosse entregue a Marbury seu ato de investidura ou uma cópia desse ato.

Até aqui, a decisão de Marshall colocava o Poder Judiciário em confronto imediato com o Poder Executivo, pois parecia concluir pela imposição de uma ordem cujo descumprimento já havia sido pré-anunciado. Ocorre que no enfrentamento do segundo ponto dessa terceira questão, ou seja, ao responder se a ordem mandamental pretendida por Marbury poderia ser emitida pela Suprema Corte, Marshall arrefeceu o conflito com o ramo executivo recusando-se a adjudicar a questão. É dizer, Marshall assinalou que a pretensão deduzida por Marbury perante a Suprema Corte foi fundamentada em permissivo estabelecido pelo *Judiciary Act* de 1789, que havia ampliado as hipóteses de competência originária do Tribunal, no entanto, observou que a norma padecia de inconstitucionalidade porque ao Congresso não é dado o poder de ampliar a competência originária do órgão de cúpula do Judiciário para além das hipóteses previstas no texto fundamental. Marshall argumentou que:

Se o Congresso for livre para conceder ao Tribunal competência recursal onde a constituição tenha declarado que sua competência deva ser originária; e competência originária onde a constituição tenha declarado que esta deva ser recursal; [então] a distribuição de competência, estabelecida na constituição, seria sem forma e sem substância.<sup>63</sup>

---

appointment may be immediately made, and the rights of the officer are terminated. But as a fact which has existed cannot be made never to have existed, the appointment cannot be annihilated; and consequently if the officer is by law not removable at the will of the President; the rights he has acquired are protected by the law, and are not removable by the President. They cannot be extinguished by executive authority, and he has the privilege of asserting them in like manner as if they had been derived from any other source. The question whether a right has vested or not, is, in its nature, judicial, and must be tried by the judicial authority.” [sic] (Ibid., p. 167).

<sup>62</sup> MARSHALL, John; SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. Reports: Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137. 1803. Periódico. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep005137/>. Acesso em: 2 set. 2021, p. 169, tradução nossa.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 174, tradução nossa.

Para Marshall a constituição deveria servir de lei fundamental cujo propósito é tanto definir quanto limitar o poder, anunciando que “[a] distinção entre governo com poderes limitados ou ilimitados seria abolida se esses limites [impostos na constituição] não confinassem os sujeitos a quem são impostos e se seus atos, proibidos ou permitidos, fossem indistintamente considerados obrigatórios”<sup>64</sup>. Sob esse argumento, Marshall estabeleceu a doutrina da revisão judicial, anunciando que se aos tribunais não for conferido o poder de afastar a aplicação de uma lei contrária à constituição, então o que se considerava um grande avanço das instituições políticas, ou seja, a própria constituição escrita como limitador do poder, seria “reduzido a nada”.<sup>65</sup>

Para reforçar sua ideia – e edificar no imaginário coletivo a reflexividade que conferiria apoio e força política ao poder reclamado pelo Tribunal – Marshall ilustrou a questão com problemas fictícios com os quais o cidadão comum poderia se vislumbrar, citando três casos sensíveis à nação que recém conquistara a sua liberdade, a saber, a taxaço na transação interestadual, enquanto a constituição assegurava o livre mercado; a retroatividade de leis, quando a constituição estabelecia que nenhuma lei seria aplicada a fatos pretéritos à sua promulgação; e o arrefecimento das garantias processuais-penais em desatenção à constituição, que, para a condenação de qualquer cidadão por traição, exigia o testemunho de duas pessoas ou a confissão judicial do acusado.<sup>66</sup>

Assim, apoiado no princípio de que “a lei contrária à constituição é nula, e as Cortes, assim como outros departamento, estão vinculados a esse instrumento”<sup>67</sup>, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade do *Judiciary Act* de 1789.

A academia apresenta diversas análises a respeito desse julgamento. Joel Paul<sup>68</sup> chama a atenção para alguns equívocos de Marshall que confirmariam o uso estratégico da decisão como instrumento para atrair para a Corte o poder de revisar os atos dos outros ramos.

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 176-177, tradução nossa.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 180, tradução nossa.

<sup>68</sup> PAUL, Joel Richard. **Without precedente**: John Marshal and his times [e-book]. New York: Riverhead books, 2017.

Para Alexander Bickel, os fundamentos empregados por Marshall em *Marbury vs. Madison* são fracos para justificar o *judicial review*. Segundo o autor, ao posicionar a teoria dos poderes limitados e a natureza da constituição escrita como lei fundamental e, portanto, fonte da limitação ao exercício do poder, Marshall se precipitou à conclusão de que seria atribuição do Poder Judiciário o controle de conformidade dos atos legislativos à lei fundamental, como se essa função – problemática sob a perspectiva democrática – decorresse claramente do texto constitucional. Embora Bickel consinta que há um fundamento moral subjacente à revisão judicial que a torna idônea ao arranjo democrático – fundamento esse que coincide com a doutrina idealista – esse fundamento não é identificado na emblemática decisão em estudo.<sup>69</sup>

E, segundo Tom Ginsburg, o caso deveras exemplifica o emprego estratégico do acordo institucional, porque o Tribunal, ao ser confrontado com o pedido de expedir uma ordem que sabia que seria resistida, esquivou-se, expedindo ao próprio judiciário uma ordem consistente com os desejos dos ramos políticos que àquele momento eram governados por partidos de oposição àquele que havia nomeado os integrantes da Suprema Corte, reduzindo a zero o risco de que a autoridade de sua decisão fosse contestada.<sup>70</sup>

Mas o que chama a atenção é que, ao fazê-lo, a Suprema Corte norte-americana demonstrou outro atributo do Poder Judiciário no arranjo institucional, qual seja, a sua capacidade de desenvolver, construir e articular o seu próprio poder.

Na avaliação de David Law, intimidada pelos outros poderes, a Suprema Corte sacrificou o direito de Willian Marbury – reconhecido como legítimo – e capitaneou um “expurgo constitucionalmente duvidoso de juízes federalistas” numa aparente rendição aos republicanos “jeffersonianos”, porém, sua emblemática decisão, ao invés de ser recordada como uma embaraçosa lembrança da fraqueza institucional do Judiciário, é aclamada até o presente como a pedra fundamental do poder judicial norte-americano porque o tribunal teve o senso

---

<sup>69</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, [1962] 1986, 303 p., p. 1-14, 23-28.

<sup>70</sup> GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases** [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p., p. 91-92.

estratégico de autoproclamar esse poder em uma decisão sobre a qual não pairava nenhum risco de desobediência.<sup>71</sup>

### 2.3 Os possíveis papéis da corte constitucional

O caso *Marbury vs. Madison*<sup>72</sup> é emblemático para demonstrar as múltiplas facetas do Órgão de cúpula do Poder Judiciário na sua relação com os outros poderes e com o próprio Direito, evidenciando a capacidade desse órgão de se desenvolver com autonomia em relação aos ramos políticos, apesar de sua “fraqueza natural”, e empregar recursos argumentativos que, embora produza como resultado imediato o sacrifício de um direito reconhecido, retira o tribunal do confronto político que, de outro modo, acentuaria sua fraqueza, contribuindo, a longo prazo, para a consolidação de seu poder.

O caso é apresentado por Ginsburg como um *text book* para a teoria do seguro político, mas também demonstra a atuação autorreferenciada do Tribunal na preservação de sua própria autoridade, o que, no plano dogmático, vem sendo investigado pelas doutrinas contemporâneas que buscam esclarecer de onde provém a *fonte da legitimidade* do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade de atos políticos, quando este órgão não é responsável perante o eleitorado; e também apurar de onde *provém a força judicial* para assegurar o cumprimento de suas decisões, especialmente daquelas que contrariam a vontade das maiorias ou grupos econômicos e/ou políticos com hegemonia nos ramos eleitorais, considerando que o ramo judicial não possui meios óbvios de constranger os outros poderes ao adimplemento de suas ordens.

---

<sup>71</sup> LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em <https://bit.ly/3TA6O7J>, acesso em 13 jul. 2020, p. 785.

<sup>72</sup> Este trabalho apresenta o caso *Marbury vs. Madison* como um exemplo paradigmático da revisão judicial e não o usa como matriz do instituto. Tampouco há a pretensão de esmiuçar a origem da revisão judicial, não obstante, para uma visão mais ampla do exercício desse poder na origem do constitucionalismo americano, sugerimos a leitura de James Thayer (The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, Boston, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1322284>. Acesso em: 12 set. 2021), em artigo no qual o autor investiga as fontes dessa doutrina e parte de uma revisão histórica para negar dois dos argumentos de Marshall nesse caso paradigmático: o da constituição escrita servir ao propósito de afirmar sua supremacia sobre as outras leis e o juramento dos juízes em obedecer a essa lei fundamental, apresentando as críticas dirigidas a essa doutrina à época em que fora estabelecida. Também sugerimos a leitura de William Michael Treanor (Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, Standford, v. 2, n. 58, p. 455-562, jan. 2005. Bimestral. Disponível em: <http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021), apresentando um amplo panorama do exercício desse poder antes do caso *Marbury vs. Madison*.

Ginsburg e Versteeg categorizam quatro grupos teóricos para justificar a expansão mundial da revisão judicial, quais sejam: idealista, coordenação e comprometimento, mercado eleitoral e difusas. No primeiro grupo, idealista, incluem-se as modernas teorias de direito que explicam a expansão do poder de controle judicial dado o seu uso para a proteção dos direitos individuais e difusos, especialmente de grupos vulneráveis, contra eventual tirania majoritária<sup>73</sup>. O grupo de coordenação e comprometimento pressupõe que o complexo sistema de governança multi-nível requer uma coordenação que pode ser facilitada pela atuação independente e apolítica do Poder Judiciário, que, nesse cenário, passa a atuar como árbitro imparcial das disputas concernentes ao escopo e à natureza das regras fundamentais do jogo político, produzindo estabilidade institucional ao reforçar os limites do poder estatal, o que, por sua vez, atrai investimentos, podendo servir como instrumento para o crescimento econômico.<sup>74</sup>

No grupo mercado eleitoral, concentram-se teorias que fundamentam a adoção do sistema de revisão judicial como seguro político de partidos que temem a perda de poder eleitoral num momento pós-constituente, assegurando-lhes, através desse mecanismo, a possibilidade de desafiar as ações governamentais, havendo também aqueles que embasam a judicialização da política como ferramenta de preservação hegemônica das elites que igualmente temem a perda de poder, estabelecendo em seu derradeiro momento de influência – em regra, nas assembleias constituintes – cortes constitucionais que possam preservar parte dos valores substantivos que estimam, retirando-os do reino da legislatura secundária.<sup>75</sup>

Finalmente, as teorias difusas se agrupam primordialmente no argumento intuitivo de que, quanto mais países adotam um tipo particular de política ou formação institucional, outros provavelmente serão influenciados a seguir o mesmo padrão, sendo esse fenômeno de difusão transnacional observado em assuntos econômicos (estabelecimento de bancos centrais independentes), políticos (em especial a adoção da política neoliberal no último quarto do século XX), e também na adoção de regimes democráticos constitucionais, provisão constitucional de direitos fundamentais, e, seguindo a mesma lógica, a revisão judicial. Essa

---

<sup>73</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review?. **Journal of Law, Economics, and Organization**, **Forthcoming**. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29, set. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em: 30 abr. 2020, p. 7-8.

<sup>74</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 8-9.

<sup>75</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 09-10.

influência, segundo Ginsburg e Versteeg, pode ser resultado de coerção (países mais fortes podem forçar a adoção de determinados arranjos àqueles que lhes são mais fracos), competição econômica (dado o argumento de estabilidade governamental), aprendizado (baseado na avaliação favorável quanto ao sucesso de técnicas adotados por países que sejam considerados seus pares) ou aculturação (emulação institucional como ferramenta de aceitação e legitimação internacional).<sup>76</sup>

Esse último grupo tem o escopo exclusivo de justificar a internalização da revisão judicial em um ordenamento jurídico doméstico e não guarda relação específica com o papel que o tribunal haverá de desempenhar no exercício desse poder, ou mesmo como haverá de consolidar seu poder depois de estabelecido. No entanto, as demais categorias – idealista, política e coordenação – atribuem, cada, uma base teórica para as funções desempenhadas pela Corte Constitucional, lançando luz para diferentes papéis normativos e institucionais desse ramo público e a sua relação de poder com outros ramos no arranjo estrutural democrático.

Conforme acurada exortação de Diana Kapiszewski, os papéis de qualquer corte constitucional no cenário político e social são determinados pelos casos que essa corte recebe e estes, por sua vez, são estabelecidos tanto pela estrutura constitucional, como pelos incentivos sociopolíticos que podem encorajar os possíveis litigantes à constitucionalização, judicialização<sup>77</sup> e tribunalização<sup>78</sup> dos conflitos<sup>79</sup>. Quanto mais vagas ou excessivamente específicas são as cláusulas constitucionais que cuidam da distribuição dos poderes dos agentes governamentais, dos compromissos ideológicos da república e dos direitos dos cidadãos, maiores as chances de contradições internas e mais convidativos se tornam os fenômenos da constitucionalização e judicialização de conflitos sobre, respectivamente, a distribuição institucional de poder, a

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

<sup>77</sup> A autora emprega o termo “judicialização” no mesmo sentido anunciado acima, ou seja, à predileção dos atores sociais e políticos para a resolução adjudicada dos conflitos (Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. Helmke; J. Rios-Figueroa (orgs.), *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 154-186, doi:10.1017/CBO9780511976520.007. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/courts-in-latin-america/power-broker-policy-maker-or-rights-protector/C627E8EF64EF4A6503FA46A7EC991535>. Acesso em: 21 out 2021, p. 154, nota 1).

<sup>78</sup> O termo “tribunalização” foi cunhado por um juiz entrevistado por Diana Kapiszewski e tem a ver com a tendência de os jurisdicionados recorrerem aos tribunais superiores para resolver seus conflitos (Id., *ibid.*, p. 154, nota 1).

<sup>79</sup> KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. Helmke; J. Rios-Figueroa (orgs.), **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 154-186, doi:10.1017/CBO9780511976520.007. Disponível em: <https://bit.ly/3KpXZJp>. Acesso em: 21 out 2021, p. 154.

governança econômica e os direitos, sendo o fenômeno da tribunalização, por sua vez, incentivado pelas cláusulas que asseguram o acesso à Corte Constitucional.<sup>80</sup>

A Constituição brasileira ostenta todos esses elementos, ou seja, apresenta um vasto catálogo de normas gerais e regras específicas tanto sobre a distribuição dos poderes entre os atores governamentais, como sobre compromissos ideológicos e direitos fundamentais, incentivando também o acesso ao STF tanto pela via direta, no modelo centralizado, através do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, como pela via recursal, no modelo descentralizado por meio do controle difuso, quando a conformidade da norma jurídica com o texto constitucional é examinada a partir de um caso concreto. Isso significa que a estrutura institucional nacional habilita o STF, em tese, ao exercício de qualquer um dos papéis correspondentes a cada uma das teorias listadas para a justificação do poder judicial.

Nesse sentido, a Corte exerceria um papel compatível com a teoria do mercado eleitoral – ou seguro político – quando chamada para julgar casos relacionados com a distribuição institucional de poder entre os ramos do governo e também as disputas federativas, ou seja, para resolver eventuais conflitos entre o poder político central e aqueles descentralizados, no que o seu papel também se harmoniza à teoria de coordenação e comprometimento, quando o tribunal é chamado para resolver conflitos no complexo sistema de governança multinível, mas que igualmente se estende para resolver disputas sobre os rumos político-ideológicos que podem servir como instrumento para o crescimento econômico do país. Pela teoria idealista, a Corte seria chamada para julgar casos relacionados à distribuição de poderes entre o Estado e os cidadãos, através da adjudicação de questões relacionadas ao exercício, proteção e garantia dos direitos fundamentais encartados no texto constitucional.

As investigações acerca dos papéis exercidos pelo STF em sede de controle de concentrado sugerem que o órgão de cúpula do Judiciário nacional exerce com predominância os papéis de seguro político e coordenador das disputas político-ideológicas de classes hegemônicas ou grupos de pressão, sendo baixa a representação do papel idealista de defesa e garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Essas indicações são observadas nas pesquisas de

---

<sup>80</sup> *Id., ibid.*, p. 155.

Alexandre Costa Araújo e Juliano Zaiden Benvindo<sup>81</sup> e Fabiana Luci Oliveira<sup>82</sup>, referidos na introdução deste trabalho.

Diana Kapiszewski, comentando esses resultados, sugere que a tímida atuação do STF na tutela de direitos fundamentais – cujo extenso catálogo constitucional, acompanhado de amplas previsões de remédios processuais pareceria sugerir precisamente mais oportunidades para o exercício desse papel –, está associada ao baixo desenvolvimento dos direitos socioeconômicos no país, que impactam diretamente a judicialização de conflitos<sup>83</sup>. Isso porque, apesar da inércia estatal para a consolidação dos direitos sociais e positivos, ou para garantir a proteção dos direitos negativos – especialmente relacionados à esfera de garantias dos sujeitos contra as violências estatais associadas ao sistema de segurança pública<sup>84</sup> –, os grupos atingidos são desestimulados à judicialização dessas distorções que impactam a efetividade de seus direitos, tendo em vista a prevalência de certas ideologias populares, como aquela que associa os “direitos humanos” à “proteção de bandidos”, ou a que estigmatiza o termo “direitos individuais”, empregando-o de forma pejorativa para designar os conflitos sociais protagonizados por minorias<sup>85</sup>. E mais, além desses obstáculos ideológicos, o fator socioeconômico também serviria de desestímulo à busca pela tutela judicial de direitos, afetando a estrutura processual do litígio constitucional, que, no modelo de controle concentrado, tem o acesso restrito aos atores listados no rol do artigo 103 da CF.

Ainda segundo Diana Kapiszewski, a falta de incentivos institucionais às organizações não-governamentais<sup>86</sup> e também a ausência de ação estratégica por parte delas, aliadas à baixa atividade do Ministério Público e às deficiências institucionais da Defensoria Pública – que são,

---

<sup>81</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Brasília: Unb, 2014. 84 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 30 abr. 2019

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, v. 28, n. 1, p. 105–133, 1 jan. 2016, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 31 jul. 2020.

<sup>83</sup> KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. Helmke; J. Rios-Figueroa (orgs.), **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 154-186, doi:10.1017/CBO9780511976520.007. Disponível em: <https://bit.ly/3KpXZJp>. Acesso em: 21 out 2021, p. 171.

<sup>84</sup> Neste caso, são exemplos as violências policiais e a insalubridade e insegurança dos presídios nacionais.

<sup>85</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 172.

<sup>86</sup> Organização da sociedade civil, como as associações com representação nacional e entidades de representação sindical.

somados com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os únicos legitimados de classe não-política listados no rol do artigo 103 da CF – são fatores que enfraquecem a adjudicação constitucional de conflitos visando a efetivação de direitos. Ainda, a autora lista um terceiro fator, que operou sobretudo nas primeiras duas décadas desde a redemocratização, que diz respeito à ausência de transição democrática na composição da Corte, eis que os ministros nomeados pelo regime militar foram mantidos no exercício do cargo, favorecendo uma composição conservadora a respeito da interpretação e aplicação dos novos direitos e promessas estabelecidas no texto constitucional.<sup>87</sup>

Ocorre que, conforme a premissa assentada na introdução deste trabalho, o controle constitucional realizado de modo incidental, no modelo descentralizado, especialmente a partir da instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, transferiu para o STF maior protagonismo na definição do papel que deve exercer no arranjo democrático, ao permitir-lhe certa discricionariedade na escolha do que julgar. Isso significa que o controle de sua agenda temática não está mais nas mãos dos nove legitimados constitucionais ao controle concentrado (art. 103, CF).

Antes, porém, de examinar a evolução desse instituto e a forma como ele vem sendo operacionalizado – que são, em suma, o núcleo temático desta dissertação –, considera-se ainda oportuno para a compreensão da posição do tribunal no arranjo democrático a análise da relação entre os papéis que a Corte pode exercer e a possibilidade ou instrumentos para a transposição de sua fraqueza institucional. Para isso, é importante volver a teoria do poder judicial.

## **2.4 Fontes do poder judicial**

A “fraqueza institucional” do Poder Judiciário advém, como assinalado, do fato de os tribunais não disporem de meios óbvios para constranger os atores políticos ao cumprimento de suas decisões. Segundo David Law, o problema não decorre apenas do fato de os tribunais não disporem da bolsa ou da espada, mas de que muitas vezes são chamados a decidir questões que os colocam em confronto direto com aqueles que detém esses recursos, sendo próprio da

---

<sup>87</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 172-174.

natureza da revisão judicial a Corte decidir contra o ramo público detentor do poder de impor o cumprimento da decisão.<sup>88</sup>

Partindo dessa premissa, indaga-se de onde pode provir o poder judicial – expressão empregada neste tópico como antônimo de “fraqueza institucional”, portanto, como recurso que o órgão judicial dispõe para exigir o cumprimento de suas decisões.

Examinando essa questão sob a perspectiva dos possíveis papéis desempenhados pelo Poder Judiciário, vê-se a partir da teoria idealista que a fonte do poder judicial seria a estima da Corte pelos cidadãos democráticos.

Com efeito, ao estabelecer as bases da doutrina idealista, Alexander Hamilton defendeu que uma magistratura independente e autônoma em relação aos órgãos políticos equipam o poder judiciário com “integridade e moderação” que, empregada no julgamento de conflitos concretos, poderia mesmo desagradar aqueles cujas “expectativas sinistras” foram desapontadas, mas, por outro lado, recomendaria “[...] a estima e o aplauso de todos os [cidadãos] virtuosos e desinteressados [...]”, que tenderiam a valorizar esse temperamento das Cortes, afinal, “[...] nenhum homem pode ter certeza de que amanhã não será vítima de um espírito de injustiça, pelo qual pode ser um ganhador hoje.”<sup>89</sup>

Para Hamilton, portanto, as pessoas reconheceriam as vantagens de um sistema judicial equipado com o poder de controlar políticas que atentassem contra as liberdades públicas. Talvez, foi para edificar no imaginário coletivo essa mesma reflexão que Marshall empregou o recurso retórico de ilustrar a justiça da decisão tomada em *Marbury vs. Madison* com problemas fictícios com os quais o cidadão comum poderia se reconhecer.

A postura desses autores demonstra que a teoria idealista pressupõe, ao menos em certa medida, a adesão subjetiva dos cidadãos democráticos como fonte do poder do tribunal, pois este, ao

---

<sup>88</sup> LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em <https://bit.ly/3TA6O7J>, acesso em 13 jul. 2020, p. 726-727.

<sup>89</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78: a view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., [1788] 2008. Cap. 78. p. 379-385. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman, p. 381, tradução nossa.

agir com independência e autonomia na defesa dos direitos políticos, civis e sociais lograria realizar sua legitimidade institucional e inspirar um suporte popular difuso à sua atuação.

Entretanto, o argumento de legitimidade por adesão subjetiva aqui pressuposto não é construído a partir de qualquer elemento da realidade, senão pela concepção meramente normativa de que os cidadãos democráticos – neste caso, virtuosos e desinteressados – apoiariam o exercício de um poder político por órgão não sindicável pela via eleitoral devido às suas aptidões – proporcionadas, em tese, pelo seu desenho institucional – para a defesa das liberdades civis e políticas dos indivíduos e grupos insulares contra eventuais opressões da maioria.

O desafio é que, subjacente à ideia de decisões contramajoritárias, está a ausência de reflexividade dessas decisões aos desejos políticos da maioria, afinal, quando o tribunal decide de forma a livrar os indivíduos isolados ou grupos minoritários da “tirania majoritária”, ele está decidindo precisamente de forma contrária à maioria eleitoral, vetando suas ações ou aspirações políticas imediatas, mas, paradoxalmente, segundo a teoria idealista, seria essa postura contramajoritária que deveria inspirar a adesão subjetiva dos cidadãos ao instituto da revisão judicial.

Nessa medida, a realização da reflexividade apta a inspirar a adesão coletiva a uma visão idealista da revisão judicial depende de um conceito normativo de cidadão democrático, como sujeito “virtuoso e desinteressado”, porque somente um sujeito com essa natureza seria capaz de perceber as vantagens de um sistema assim concebido, de estimá-lo e recomendá-lo, mesmo que suas aspirações políticas mais imediatas tenham de ser suprimidas ou adiadas.

Por outro lado, se a maioria dos cidadãos reais atingidos pela decisão judicial não for capaz de perceber a virtude e a benevolência de um sistema que autoriza as Cortes de justiça a exercerem o veto sobre as políticas que eles favorecem, esses cidadãos podem instigar ataques ao órgão judicial, chancelando e incentivando o descumprimento de suas decisões.

Por isso, no campo que investiga a legitimidade institucional do poder judicial, prevalece a ideia – fomentada especialmente por investigações que confirmam uma tendência das Cortes de formularem decisões que, na verdade, seguem a opinião popular, e não que caminham na

contramão dela<sup>90</sup> – de que o Poder Judiciário edifica a sua própria legitimidade a partir de uma série de decisões populares, logrando um “suporte difuso” que, com o tempo, transforma-se em “[...] uma reserva de boa vontade que serve para produzir suporte para futuras decisões controvertidas [...]”.<sup>91</sup>

Há, porém, uma pluralidade de sentidos na qualificação de uma decisão judicial como “popular” e esses sentidos também podem ser concebidos à luz das perspectivas do grupo teórico sob o qual se examina o papel do tribunal.

Sob a perspectiva da teoria idealista, o poder judicial é favorecido na medida de sua capacidade de estimular a adesão subjetiva da população, conquistando o apoio difuso ao ramo judicial, e, diante disso, o sentido de “popular” pode ser distinguido em dois cenários, um no qual a maioria eleitoral é formada por “cidadãos democráticos” – ou seja, por aqueles sujeitos virtuosos que conseguem abstrair os conflitos políticos imediatos para perceber e recomendar as decisões judiciais que tutelam as liberdades fundamentais de indivíduos singulares ou grupos insulares –, outro no qual não se pode atribuir qualquer qualidade normativa a essa maioria, presumindo-se, ao reverso, que esta não esteja disposta a sacrificar suas preferências políticas do momento em benefício de grupos com os quais não nutre qualquer simpatia. No primeiro cenário, seria possível qualificar por “popular” a decisão que, mesmo não se alinhando ao interesse da maioria, consegue instilar nela um senso de responsabilidade e cooperação coletiva que a leva a estimar o exercício do poder judicial, enquanto no segundo caso, não haveria qualquer popularidade atribuída à decisão que ignora os interesses majoritários, senão àquelas que com eles se alinham.

---

<sup>90</sup> Pioneiro em estudos desse tipo, Robert Dahl sugeriu em estudo publicado em 1957 que o arranjo institucional, especialmente o sistema de nomeação dos juízes que integram a cúpula do Poder Judiciário e outras contingências, transforma a Suprema Corte em parte inevitável da aliança política nacional dominante, e suas decisões, em grande parte, apoiam as principais políticas dessa aliança. Isso significa que a atuação da Suprema Corte é, em grande parte, favorável às políticas majoritárias. Segundo o autor, “uma tentativa por parte da Suprema Corte de formular políticas nacionais está propensa a ter consequências desastrosas, como mostram a decisão Dred Scott e os casos do new deal”, e o pequeno poder que dispõe sobre os outros ramos – estabelecido pela “legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição” – é colocado em risco sempre que ela se opõe às principais políticas da aliança dominante (DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 252, p. 25–43, 2009. DOI: 10.12660/rda.v252.2009.7954. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>. Acesso em: 1 nov. 2021, p. 41).

<sup>91</sup> BAIRD, Vanessa A. Building institutional legitimacy: the role of procedural justice. *Political Research Quarterly*. Vol. 44, n. 2, jun. 2001, pp. 333-354. Disponível em <https://journals.sagepub.com/home/prq>. Acesso: 3 ago. 2021, p. 335, tradução nossa.

Num cenário realista, qualquer decisão judicial que se propõe à observação estrita da tarefa normativa de assegurar os direitos individuais de sujeitos ou grupos minoritários, especialmente de seus direitos positivos, provavelmente será qualificada por impopular porque, conforme observa Martin Shapiro, “[...] todo mundo sabe que a provisão de bens ou serviços governamentais tem, no mínimo, um custo monetário. E como todo interesse se reveste de direitos, fica claro que onde os interesses estão em conflito, a vitória do direito de um significa a derrota do direito do outro”<sup>92</sup>, e, nesse caso, também na filosofia, fica fácil perceber a crítica de Axel Honneth ao uso do direito como paradigma da justiça e, portanto, das decisões sociais, porque a forma de atuação dos tribunais tende a favorecer as polarizações na medida em que reforça a posição do sujeito individual e autorreferente, ocasionalmente unido ao outro por interesses comuns, mas incapaz de alcançar o “nós” dialógico do qual depende a integração política da sociedade.<sup>93</sup>

Sob a perspectiva dos grupos políticos, o poder judicial é favorecido na medida de sua capacidade de servir ao movimento pendular da política, atuando como um foro alternativo e agente de veto das preferências políticas de partidos de força transitória. Nesse caso, uma decisão “popular” seria aquela que, segundo Robert Dahl, alinha-se às políticas da aliança nacional dominante em determinado momento histórico, ou seja, aos interesses da classe

---

<sup>92</sup> SHAPIRO, Martin M. *Judicial Power and Democracy*. In: LANDFRIED, Christine. **Judicial Power**: how constitution courts affect political transformations. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Cap. 1. p. 21-35. Doi:10.1017/9781108348669.002, p. 32, tradução nossa.

<sup>93</sup> Honneth, em “O direito de liberdade”, no tópico em que expõe a liberdade social, evidencia as insuficiências das liberdades negativa e reflexiva (com as quais se correlacionam as concepções negativa e positiva de direitos) para a satisfação da ideia de liberdade, que, portanto, deve ser entendida dentro da esfera do social, do reconhecimento recíproco, cuja compreensão depende, de um lado, da formulação hegeliana do “estar consigo mesmo no outro” (**O direito da liberdade**. trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 85) e, de outro, da admissão de que a garantia de entendimento recíproco – ou de acomodação da sua liberdade na liberdade do outro – é proporcionada pelas instituições de reconhecimento, que são o conjunto de práticas harmonizadas e consolidadas que “[...] fazem que os sujeitos compartilhados possam se reconhecer reciprocamente como outros de si mesmos. E somente essa forma de reconhecimento é a que possibilita ao indivíduo implementar e realizar seus fins obtidos reflexivamente” (*ibid.*, p. 87). Mais à frente, na mesma obra, ao expor o “nós” da formação da vontade democrática, Honneth deixou transparecer o seu ceticismo em relação ao constitucionalismo e a ao modo de julgar dos tribunais ao afirmar que a realização da liberdade social na esfera pública democrática “[...] não deve ser entendida ao modo de uma corte suprema em que, em última instância, se decide autonomamente sobre como devem ser as condições a ser reguladas em sintonia com o Estado de Direito, nas duas outras esferas de ação. [...]” (*ibid.*, p. 487).

política hegemônica do momento<sup>94-95</sup>, que, por outro lado, nem sempre se ajustam aos interesses da maioria popular.<sup>96</sup>

Por sua vez, no grupo da coordenação e comprometimento, que favorece o poder judicial capaz de orientar o diálogo institucional e de acomodar as pretensões de grupos econômicos e corporativos sobre os rumos político-ideológicos do governo, garantindo a proteção do capital privado que favorece o crescimento econômico, a decisão “popular” seguiria à lógica anti-majoritária da teoria do seguro político, favorecendo as preferências desses grupos de pressão que de algum modo foram excluídos das arenas políticas.

Nesses dois últimos grupos teóricos – “político” e “coordenação e comprometimento” –, a tarefa normativa de proteção dos direitos fundamentais contra humores majoritários opressivos não teria qualquer relevância, sendo um efeito meramente contingencial que, embora às vezes indesejável, não deixaria de justificar o estabelecimento do poder de revisão judicial no momento de transição democrática devido as vantagens imediatas de se estabelecer mais um agente de veto da política, que contribuiria para a manutenção do *status quo* no qual esses agentes possivelmente gozavam de prestígio e influência para determinar a distribuição de honras e riquezas sociais.

---

<sup>94</sup> DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 252, p. 25–43, 2009. DOI: 10.12660/rda.v252.2009.7954. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>. Acesso em: 1 nov. 2021, p. 32-33.

<sup>95</sup> Segundo o autor, “[...] espera-se que a Suprema Corte esteja menos propensa a ter êxito no bloqueio de uma maioria formada por legisladores determinados e persistentes em uma política de grande porte e mais propensa a obter sucesso contra uma maioria “fraca”, por exemplo, uma maioria apagada, transitória, frágil.” (*ibid.*, p. 32-33, tradução nossa)

<sup>96</sup> O próprio arranjo institucional democrático estabelece múltiplos mecanismos de manutenção do *status quo*, impedindo as transformações políticas favorecidas pela maioria popular. Carinna Lain esquematiza esses impedimentos em (i) estruturais, relacionados ao próprio arranjo constitucional de divisão de poderes; (ii) funcionais, pela multiplicação dos pontos de veto políticos (as comissões legislativas, as atribuições privativas dos presidentes das casas legislativas, são exemplos) e manipulação das majorias eleitorais, em sistemas com voto distrital, conhecido como “Guerrymandering”; (iii) políticos, caracterizada pela influência de grupos de interesses especiais que, mesmo minoritários em termos globais, logram conquistar as majorias legislativas, vetando as políticas nacionais que não favorecem, ou impondo aquelas de sua predileção, mesmo que contrárias à maioria eleitoral; neste grupo a autora também catalogada a polarização política, que associada a outros mecanismos de veto, resulta na desnecessidade de o político dialogar com o eleitor médio, bastando que mantenha sua base partidária e ideológica ativa (LAIN, Corinna Barret. Upside-down Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. Vol. 101, n. 113, 2012, p. 113-183. Disponível em: <https://bit.ly/3CANxNh>. Acesso em: 2 nov. 2021, p. 146-154).

Tom Ginsburg, que baseia sua teoria do seguro político exatamente na compreensão de que os tribunais são empoderados por personagens políticos ou grupos socioeconômicos com força política que, no momento constituinte – normalmente marcado por profundas incertezas acerca da futura configuração política – os elegem como foro alternativo no qual possam desafiar os opositores que eventualmente logrem o controle sobre os ramos eleitorais (Legislativo e Executivo)<sup>97</sup>, consente que justificar a eleição da revisão judicial à luz dessa teoria não exclui a possibilidade de o instituto servir às outras visões, sendo, na verdade, compatível com as teorias normativas na medida em que compartilha com elas a noção de que o instituto equipa a Corte Constitucional com o instrumento que lhe permite atuar como foro alternativo às legislaturas, dando visibilidade a razões públicas que de outro modo não teriam espaço na arena política.<sup>98</sup>

Nesse sentido, ainda que no momento constituinte a criação de um tribunal constitucional dotado do poder de revisar os atos normativos dos outros ramos tenha sido orientada por questões políticas, essa teoria, segundo Ginsburg, não é originalista, ou seja, não pressupõe que os julgadores sempre decidirão de acordo com o interesse dos representantes políticos daquele momento histórico constitucional, havendo, na realidade, poucas garantias de que o tribunal, depois de estabelecido, não atribuirá para si outros papéis e não imporá sua própria preferência constitucional sobre as questões políticas do momento.<sup>99</sup>

Dessa forma, depois de estabelecida e consolidada a revisão judicial, os tribunais poderiam transitar no exercício desse poder, ora empregando-o para a materialização do seu papel normativo de protetor dos direitos fundamentais, ora para afirmar-se como gestores do complexo sistema de governança multinível, atuando como árbitros imparciais do jogo político com vistas a produzir estabilidade institucional e/ou econômica.

---

<sup>97</sup> GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**. Constitutional Courts in Asian cases [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p., p. 21-24.

<sup>98</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 30.

<sup>99</sup> Para o autor, o risco do exercício desse Poder por um órgão independente e não sujeito ao endosso eleitoral pode ser mitigado por arranjos institucionais, como a forma de nomeação dos Ministros e o controle do orçamento do Tribunal – o que atende ao interesse do grupo político hegemônico, que disporá do controle sobre esses recursos –, e também pelas características do sistema jurídico, que opera a partir de noções de legalidade, fidelidade ao texto, e de outros fatores relacionados ao treinamento legal ordinariamente exigido como requisito para se ocupar o cargo de julgador em uma corte constitucional, o que também pode ajudar a reduzir o custo político de se estabelecer a revisão judicial, sendo um mecanismo pouco oneroso porque “a academia jurídica ajuda a subsidiar os custos de treinamento de magistrados e o desenvolvimento de soluções judiciais para problemas particulares, além de subsidiar o custo de monitoramento do tribunal ao premiar juristas que comentam os trabalhos da corte” (*ibid.*, p. 31-32).

Para Pedro Santos, a própria formatação analítica do texto constitucional, responsável por expandir o campo de atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário em diferentes papéis institucionais, é também fonte do poder judicial. O autor apresenta uma tipologia de funções para a jurisdição constitucional, classificando-as em pauta pró-majoritária, político-institucional e contramajoritária. A pauta pró-majoritária abarca duas situações que, grosso modo, a insere no grupo de coordenação e comprometimento, porque cuidam tanto das “pautas de instituições representativas integrantes do compromisso da transição democrática (exemplificadamente, pautas de governo e políticas públicas gerais, que afetam a maioria da população)” como das “agendas de grupos majoritários”<sup>100</sup>. A pauta político-institucional, cuida dos “[...] casos em que o STF atua para desobstruir canais do processo político, bem como para prover os atores políticos com incentivos adequados para que aproximem as suas estratégias pessoais das funções institucionais que desempenham”, alinhando-se ao grupo político, enquanto a pauta contramajoritária versa sobre a defesa de direitos fundamentais de minorias estruturalmente marginalizadas<sup>101</sup>, o que a coloca no grupo idealista de justificação da revisão judicial. Apoiado nos estudos de Daryl Levinson, Pedro Santos compreende que as duas primeiras categorias de sua tipologia – que se alinham aos papéis atribuídos pelos grupos político e de coordenação e comprometimento tomados como signos teóricos desta dissertação – são responsáveis pela produção do capital político para o poder judicial e, em suas palavras, o capital político que elas viabilizam é que “[...] garante suporte à corte para que, como instituição, perceba-se respaldada para produzir importantes decisões contramajoritárias, ainda que pontuais, sem que sua autoridade seja desafiada pelos grupos majoritários ou pelos *stakeholders*”<sup>102</sup>.

A ideia do autor se correlaciona ao que foi exposto até o momento porque pressupõe que as funções relacionadas às duas primeiras tipologias – portanto, aquelas decisões “populares” sob as perspectivas dos agentes políticos ou corporativos, e das grandes massas – são a fonte inicial do poder judicial, responsáveis por transferir para o Tribunal capital político suficiente para que, em momento futuro, ocasionalmente o possa empregar em defesa dos direitos

---

<sup>100</sup> SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Pro-majoritariedade vs. contramajoritariedade: a construção do capital político da jurisdição constitucional. **Processo constitucional**. Paula Pessoa, Cleverson Cremonese organizadores; Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet coordenadores. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, pp. 285-312, p. 307.

<sup>101</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 308.

<sup>102</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

fundamentais não favorecidos pela maioria, o que, por sua vez, fortalece a Corte ao reforçar o desempenho do papel normativo no sistema de freios e contrapesos que visam inibir a tirania majoritária e que dá peso e substância à democracia constitucional.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que o poder judicial não provém de uma única fonte, ou melhor, de uma única pauta preferencial, mas do equilíbrio das “popularidades” – no plural, em alusão aos grupos que podem vir a ser favorecidos pelas disputas constitucionais.

Subsiste a necessidade de compreender como esse poder judicial se estrutura e opera no arranjo democrático e, para esse propósito, passa-se ao exame da teoria do poder judicial e da revisão judicial de David Law, devido a pretensão menos dogmática e mais empírica das ideias desenvolvidas pelo autor e também por seu aparente antagonismo com a doutrina da legitimidade.

## **2.5 Teoria do poder judicial de David Law e a doutrina da legitimidade**

David Law, aplicando métodos empíricos das ciências sociais em estudos jurídicos, sugere que compreender o desenvolvimento do poder judicial<sup>103</sup> a partir das doutrinas normativas que buscam justificar a atuação do tribunal por critérios de “legitimidade” não é suficiente para justificar nem a origem, nem o exercício desse poder. A ausência de definição ou consenso sobre o que venha ser, afinal, essa “legitimidade”, constitui um grande embaraço, mas são os estudos dos casos concretos que, segundo o autor, atestam definitivamente a insuficiência desse paradigma para a compreensão da força institucional do Poder Judiciário.

Richard Fallon observa que a palavra ilegitimidade é normalmente empregada em debates constitucionais para assinalar alguma falha no funcionamento das instituições – frequentemente o judiciário – e, diante dessa imprecisão semântica, distingue três diferentes critérios que dariam suporte para três conceitos distintos de “legitimidade”, qualificados como “legitimidade legal”, “legitimidade sociológica” e “legitimidade moral”. Esses conceitos podem variar de acordo com o objeto sobre o qual se inquire a legitimidade. No que concerne a este trabalho, comum

---

<sup>103</sup> Termo empregado neste tópico com mesmo sentido que lhe foi atribuído no antecedente, ou seja, como “força” institucional, ou o recurso que o órgão judicial dispõe para exigir o cumprimento de suas decisões

aos três critérios é o grau de reflexividade da atuação do órgão público às expectativas normativas, sociais ou morais acerca de seu funcionamento e todos “[...] refletem preocupações com as condições necessárias, suficientes ou moralmente justificáveis para o exercício da autoridade governamental.”<sup>104</sup>, e, mesmo tentando estruturar as diferenças entre esses critérios, o autor admite que eles se inter-relacionam de forma complexa, de modo que um ato público pode ser ao mesmo tempo legítimo e ilegítimo, a depender do padrão de avaliação adotado<sup>105</sup>. Mas essa qualificação não diz nada sobre a força da instituição. Afinal, uma decisão pode ser legítima sob a perspectiva social ou moral, mas carecer de força para conformar a atuação de outros ramos do poder público, ou pode precisamente receber o aplauso de algumas classes, sem observar parâmetros da moralidade pública ou dos valores sociais aceitos majoritariamente.

Em vista disso, David Law propõe uma doutrina do poder judicial observada não por critérios de legitimidade, mas a partir das funções que os tribunais exercem e, nesse sentido, ele lista duas funções instrumentais muito ignoradas, mas que, a seu aviso, são cruciais para que os tribunais logrem a submissão de outros ramos mesmo quando lhes falta poder coercitivo

---

<sup>104</sup> FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. **Harvard Law Review**. Vol. 118, n. 6, The Harvard Law Review Association, 2005, pp. 1787–1853, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4093285>. Acesso em: 30 dez. 2021, p. 1791.

<sup>105</sup> Fallon analisa alguns casos para sustentar sua tese. Ao enfrentar a questão sobre a legitimidade do poder judicial de controlar a interpretação dos atos normativos à luz da constituição, cita o caso *Bolling vs. Sharpe* (análogo ao caso *Brown v. Board of Education*, porque também relacionado às políticas discriminatórias, mas, diferente em alguns aspectos, como no fato deste impor a visão da Corte sobre os governos estaduais, tendo por objeto a *Equal Protection Clause*, enquanto aquele a impunha sobre o governo federal a partir da *Due Process Clause*), no qual a decisão da Suprema Corte se desviou do sentido literal do dispositivo tomado como parâmetro de conformação (“[t]he Due Process Clause contains no reference to race discrimination or even to the equal protection of the laws” – 2005, p. 1814/1815), e também de sua interpretação histórica (“[...] the Due Process Clause of the Fifth Amendment was ratified in 1791, when race discrimination was widely accepted and the Constitution protected chattel slavery”, 2005, p. 1815). Essa decisão teve sua legitimidade legal contestada, não obstante, recebeu a aceitação social, constringendo o governo federal à obediência, além de ter servido de precedente para casos futuros, nos quais leis federais que estabeleciam discriminação baseadas em gênero foram invalidadas. O caso *Roe vs. Wade*, por sua vez, também teve sua legitimidade legal contestada (“[...] *Roe vs. Wade* was decided under a due process analysis. It embodied the Supreme Court's determination - also lacking in specific historical support - that the "liberty" protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment encompassed a "fundamental" right of pregnant women to terminate their pregnancies in the absence of a "compelling" governmental interest” - (2005, p. 1815). Porém, diferentemente do caso *Bolling vs. Sharpe*, *Roe vs. Wade* não gozou de apoio popular (dados consolidados em 1994 indicaram que o público majoritariamente compreendia que a Suprema Corte não deveria tomar decisões sobre aborto, 2015, p. 1824-1825), e emplacou uma oposição política que nos últimos anos vem pressionando a Corte à revisão do julgamento (Disponível em: <https://edition.cnn.com/2021/09/23/politics/roe-v-wade-history/index.html>. Acesso em: 13 nov. 2021).

próprio, sendo elas as funções de *monitoramento e coordenação*<sup>106</sup> – num sentido instrumental, e não substancial, como o sentido de *coordenação* desenvolvido no tópico acima.

Essas funções instrumentais são analisadas à luz da teoria *principal-agent*, que trata da governança por delegação e dos riscos de usurpação do poder delegado, referindo-se também ao “dilema de Madison”, em atenção às preocupações antevistas por James Madison – outro *founding father* do constitucionalismo americano – no *Federalistas* nº 51, onde assinalou a ameaça de opressão do governo sobre o povo que o estabeleceu.<sup>107-108</sup>

Para David Law, há duas formas de enfrentar esse dilema, uma delas é pelo desenho institucional, arranjando-se as instituições de modo a diminuir os esforços e as oportunidades de usurpação do poder popular pelo governante e o exercício do poder absoluto. Trata, aqui, do sistema de freios e contrapesos, no qual a rivalidade entre os diferentes ramos do governo e os diferentes níveis de governança no modelo federativo preveniriam qualquer forma de poder absoluto. A outra forma é através do fortalecimento dos direitos políticos dos cidadãos e a abertura dos espaços para a participação no processo público de tomada de decisão, inclusive pela possibilidade de revogação do mandato do governante que tenta usurpar o poder.<sup>109-110</sup>

Esse segundo método de controle por meio da participação direta do povo encontra três obstáculos significativos, que são (i) o acordo, ou seja, os cidadãos precisam concordar tanto

---

<sup>106</sup> LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em: <https://bit.ly/3TA6O7J>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 794.

<sup>107</sup> “[...] In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.” (MADISON, James. *The Federalist*, 51: The same subject continued with the same view and concluded. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Oxford University Press Inc., 2008. Cap. 78. p. 379-385. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman, p. 257).

<sup>108</sup> LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em: <https://bit.ly/3TA6O7J>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 737.

<sup>109</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 738-739.

<sup>110</sup> Neste ponto, Law exemplifica com o direito de assembleia e o direito de portar armas, que seria o direito de oposição violenta a um governante tirano, como os instrumentos antevistos pelos *framer's* da constituição norte-americana. Para uma reconstrução normativa do caráter instrumental dos direitos políticos, em especial do direito de *voto, reunião e associação*, Axel Honneth expõe que esses direitos, quando sintetizados na história, “estabeleceram-se, de maneira mais espontânea que intencional, as condições comunicativas sob as quais um público de cidadãos podia concordar, discursivamente e em associações voluntárias, acerca de quais princípios públicos deveriam ser postos em prática pelas corporações representativas da legislação parlamentar” (**O direito da liberdade**. trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 497-498).

sobre a violação, pelo governante<sup>111</sup>, dos poderes que lhe foram delegados, como sobre as estratégias para enfrentar essas violações; (ii) as barreiras epistêmicas sobre os limites constitucionais impostos ao governante no exercício do seu poder, a fim de que os cidadãos possam detectar a sua infidelidade; e (iii) os desafios de coordenação de uma ação coletiva que seja grande o suficiente para dissuadir o governante de empregar os meios de coerção que lhe foram outorgados contra o próprio poder que lhe outorgou, que, por sua vez, para ser efetiva, demanda a superação das outras barreiras, porque a mobilização coordenada exige tanto o *conhecimento* acerca da infidelidade do governante, como o *acordo* sobre a forma e o momento de agir e a *confiança* de que os outros cidadãos estão recebendo a mesma mensagem e que, em vista dela, agirão conjuntamente no momento esperado.

Law então argumenta que quando o Poder Judiciário exerce a revisão judicial dos atos normativos, ele executa as funções instrumentais de monitoramento e coordenação que ajudam a arrefecer esses obstáculos, mitigando o problema *principal-agent* ao contribuir para a superação da barreira epistêmica e informativa que favorece a ação coletiva.<sup>112</sup>

Citando Kis, Malcon Langford assinala que a assimetria de informações entre os eleitores e os representantes é um convite para que políticos mais predatórios adotem “crenças eleitorais equivocadas para evitar a derrota eleitoral”<sup>113</sup>, favorecendo os fenômenos de desinformação como instrumento de capturas políticas que são vislumbrados hodiernamente no Brasil e no mundo<sup>114</sup> e que inexoravelmente violam a autonomia política dos povos, agravando os riscos

---

<sup>111</sup> Aqui “governante” é empregado no sentido de *agent*, referindo-se a qualquer autoridade investida do poder público, em especial aquelas que atuam por representação e que dispõem de condições estruturais para a usurpação do poder público, que são especialmente os representantes do executivo e do legislativo.

<sup>112</sup> LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1112613](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1112613). Acesso em: 13 jul. 2020, p. 730-731

<sup>113</sup> *Apud* LANGFORD, Malcolm. Why judicial review?. **Oslo Law Review**, n. 1, 2015, p. 36-85. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw2351>. Acesso em 2 nov. 2021, p. 54, tradução nossa.

<sup>114</sup> Sobre o tema, ver MORGAN, Susan. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy. **Jornal of Cyber Policy**. South Euclid, OH, v. 3, n. 1, Mai. 2018, 39-43p. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/23738871.2018.1462395>. Acesso em 1 nov. 2021. Segundo a autora, “[...] disinformation and fake news are widespread, and those seeking to manipulate the online public sphere can capitalise on declining levels of trust in institutions and experts [...]”, ainda, o uso de *social bots* e *trolls* agravam o problema ao amplificar a informação falsa e cita exemplos nos Estados Unidos e no Reino Unido nos quais o uso desses recursos não republicanos interferiram nas eleições (*ibid*, p. 40). Para Morgan, “when established sources and institutions have lost credibility and people struggle to accurately identify when news is false, these factors contribute to potentially fertile ground for those wishing to manipulate opinion in a particular direction.” (*ibid*, p. 39).

de usurpação do poder pelo *agent*, na relação *principal-agent*<sup>115</sup>. O Judiciário, por não estar sujeito ao endosso eleitoral, teria menor risco de cair nessa falha moral, portanto, para Langford, “[...] a própria característica que torna os tribunais suscetíveis a acusações de ilegitimidade democrática pode fortalecer sua capacidade epistemológica.”<sup>116</sup>

Mas para Law, a força do tribunal não provém de um estoque de “legitimidade” que foi cultivado com o tempo, mas da capacidade desse órgão de coordenar a ação coletiva. Essa função instrumental, segundo o autor, não segue a mesma lógica da legitimidade, portanto, ela não perde o seu valor quando a Corte profere decisões impopulares, mas o contrário, o seu poder de persuasão é aumentado justamente em razão das decisões que, mesmo impopulares, são obedecidas pelos outros atores sociais<sup>117</sup>. Essa conclusão de Law está baseada na teoria dos jogos, assumindo que quanto mais pessoas obedecem a decisões impopulares, outras mais serão influenciadas pela crença de que todos coordenam suas ações a partir dos julgamentos da Corte e a existência dessa crença assegura que, de fato, as pessoas hão de se coordenar a partir dos julgamentos do tribunal<sup>118</sup>. Num cenário como este, pode ser custoso para os outros ramos desafiar as decisões do órgão de cúpula do poder judiciário.

Nesse sentido, a Corte seria capaz de assegurar obediência aos seus pronunciamentos – apesar de não possuir meios óbvios de coerção – por intermédio de três características de seu processo decisório que, por sua vez, resultam em três manifestações de poder. A primeira característica é sua capacidade de produzir crenças normativas por uma combinação de argumentos legais, morais ou práticos que apelam para o senso comum do que é bom, apropriado ou desejável<sup>119</sup>. Um tribunal é capaz de persuadir os jurisdicionados e os outros ramos quando possui credibilidade, autoridade, ou uma combinação dessas duas qualidades. Isso significa que

---

<sup>115</sup> Um dado curioso desse fenômeno da desinformação como instrumento político é que ela não atinge apenas o poder executivo – embora nesse poder ela seja mais predominante, tendo em vista o caráter mais personalíssimo do mandato – mas também no legislativo, e, nesse ramo, vê-se com espantoso assombro membros do parlamento defendendo atos antidemocráticos, como o caso do deputado federal Daniel Silveira, em 2021. Ver D’AGOSTINO, Roseanne. Por unanimidade, Supremo torna réu deputado Daniel Silveira por atos antidemocráticos. **G1**. Brasília, 28 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/28/por-unanimidade-supremo-tornou-reu-deputado-daniel-silveira-por-atos-antidemocraticos.ghtml>. Acesso em: 1 nov. 2021.

<sup>116</sup> LANGFORD, Malcolm. Why judicial review?. **Oslo Law Review**, n. 1, 2015, p. 36-85. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw2351>, acesso em 2 nov. 2021, p. 54.

<sup>117</sup> LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1112613](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1112613). Acesso em: 13 jul. 2020, p. 780.

<sup>118</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 756.

mesmo um tribunal sem credibilidade, portanto, incapaz de inspirar a confiança coletiva, pode exercer o poder de persuasão quando detém autoridade, moldando nossas crenças normativas.<sup>120</sup>

Uma segunda característica é a habilidade da Corte de produzir crenças fáticas, ou seja, de reconstruir os fatos pela descrição do comportamento dos outros. Quando o faz com credibilidade, “[...] desempenha uma função de denúncia ou monitoramento [...]”<sup>121</sup>, que lhe resulta no poder de informar o *principal* sobre os desvios de seus representantes políticos.

A última característica diz respeito à capacidade de moldar as expectativas de como os outros hão de se comportar, produzindo crenças preditivas que são a essência do comportamento estratégico, ou seja, do “[...] agir de modo a antecipar o comportamento que se espera dos outros [...] o que pode induzir atores racionais a cumprir suas decisões [...]”<sup>122</sup>, resultando no poder de coordenação.

Contudo, o tribunal que tem a autoridade de sua decisão desafiada perde a capacidade de produzir a crença preditiva que aumenta o custo da oposição, minando sua autoridade e o poder judicial. Portanto, “[...] um tribunal que deseja preservar sua capacidade de coordenar comportamentos deve evitar demonstrações de impotência [...]”<sup>123</sup> e consegue evitar esses embates através de outros mecanismos relacionados ao processo decisório, um deles, pelo controle de sua agenda temática e decisória, ou seja, quando escolhe *o que e quando* julgar, outro, pelo uso de uma linguagem imprecisa, que mascara a desobediência.

Segundo Law, esta foi a opção empregada pela Suprema Corte norte-americana nos casos que se seguiram a *Brown vs. Board of Education*. Embora, a longo termo, esta talvez tenha sido a decisão responsável por resgatar a estatura moral do Tribunal, no período imediato que a seguiu, havia sinais claros de que o julgamento despertava massiva resistência, assim, estrategicamente, no caso Brown II, o Tribunal delegou enorme discricção para as Cortes inferiores e empregou uma “fraseologia solta” que, embora não reforçasse o cumprimento de sua decisão, também não permitia distinguir se ela estava sendo desafiada, sustentando vívida a crença preditiva que

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>121</sup> LAW, David S., *ibid.*, p. 757, tradução nossa.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 757, tradução nossa.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 782, tradução nossa.

precisava para se manter capaz da função de coordenação e, portanto, de preservar o seu poder.<sup>124</sup>

Não obstante, demorou alguns anos até que a Suprema Corte norte-americana pudesse superar o dilema de sua fraqueza institucional. Como os sinais indicavam, a *ratio* de sua decisão, aplicada por um juiz federal no Estado de Arkansas ordenando a integração racial na escola Central High School, em Little Rock, foi desafiada pelo executivo estadual, chefiado por um segregacionista, e as imagens de estudantes negros sendo hostilizados viraram notícia nacional e internacional. A publicidade dada ao fato demandou uma resposta institucional e o Presidente Eisenhower, mesmo não sendo um entusiasta da decisão tomada pela Suprema Corte no caso Brown I, mas por acreditar na aderência à constituição, acordou com o executivo estadual a obediência à ordem judicial, porém, seu acordo também foi desafiado, motivo pelo qual expediu uma ordem executiva de intervenção, federalizando a guarda nacional de Arkansas e enviando a 101ª Divisão Aérea para Little Rock.<sup>125</sup>

O caso, citado por David Law, exemplifica hipótese na qual o chefe do executivo nacional se viu constrangido a agir para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial, não por qualquer predileção sobre o julgamento da Corte, mas pelo risco de sua inércia soar disruptiva da ordem constitucional. Também ilustra o contraste das forças: o governo de Arkansas contestou tanto a autoridade da *ratio* da Suprema Corte como a decisão do Chefe do Executivo nacional com quem havia acordado o cumprimento da ordem judicial, porém, apenas este último dispunha de meios próprios para constranger o governo recalcitrante e fez uso dessa força acionando tropas do exército, enquanto tudo o que o primeiro tinha a seu favor era o constrangimento moral-democrático do dono da espada.

A teoria de Law autoriza a conclusão de que o poder judicial provém especialmente da capacidade do tribunal de administrar o exercício do poder público pelos ramos políticos, constrangendo os atores racionais ao adimplemento de suas decisões devido à sua capacidade

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 783.

<sup>125</sup> CLARK, Alexis. Why Eisenhower Sent the 101st Airborne to Little Rock After Brown v. Board: when the governor of Arkansas failed to integrate central high school, president Eisenhower called in federal troops to protect the Little Rock Nine. **History**. 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.history.com/news/little-rock-nine-brown-v-board-eisenhower-101-airborne>. Acesso em: 10 dez. 2021.

de coordenar a ação coletiva, o que pode aumentar o custo de um ataque ao Tribunal. O caso *Little Rock* é, novamente, um exemplo gráfico desse argumento. No cenário mundial, o “primeiro mundo” ainda tentava se reerguer dos escombros deixados pela segunda grande guerra e os Estados Unidos experimentavam uma disputa ideológica com a União Soviética que os tornava especialmente orgulhosos e zelosos de seu arranjo democrático, aumentando significativamente o risco de qualquer ataque à Suprema Corte.

Nesse cenário, a *credibilidade* parece ser um elemento crucial não apenas à produção da crença normativa, como também às crenças fáticas e preditivas. Partindo da teoria dos jogos que subsidia o argumento de David Law, seria inadequado concluir que o jogador livre acreditaria que outros jogadores pautariam suas condutas a partir do pronunciamento de um órgão incapaz de inspirar confiança, e, nesse cenário, sua incapacidade em produzir consenso, ou pelo menos uma concordância significativa sobre a informação que transmite e sobre o momento de reação, ele não lograria qualquer coordenação e, portanto, não constituiria uma ameaça ao *agent* que intenta usurpar o poder delegado.

Apesar de David Law não demonstrar apreço pela doutrina da legitimidade, aparentemente, a credibilidade do Tribunal – do qual ele extrai a força para informar e coordenar com eficácia – provém precisamente de sua capacidade de produzir crenças normativas que se edificam no cotidiano a partir dos mais diversos casos aos quais a Corte é chamada a decidir.

Portanto, ainda que os argumentos de *legitimidade* sejam insuficientes para explicar a integralidade do fenômeno do poder judicial, permanece hígida a ideia de que são um componente crucial para justificar a fonte desse poder. E se para a construção de sua legitimidade a Corte precisa manter o equilíbrio de suas pautas – em alusão aos grupos que podem vir a ser favorecidos pelas disputas constitucionais – cumpre, ainda, anotar a importância do poder do tribunal em controlar sua própria agenda temática e decisória.

## **2.6 Autonomia e protagonismo no controle da agenda**

Conforme observado nos tópicos antecedentes, o poder do tribunal depende de sua capacidade de conciliar os interesses plurais que fomentam as múltiplas teorias de legitimação da revisão

judicial. Isso significa que o controle da agenda – consubstanciado, para os fins deste trabalho, tanto no poder de escolher o que julgar, como no de controlar o tempo do julgamento, ou seja, o momento da decisão – pode ser tão, ou mais crucial ao desenvolvimento de seu poder institucional do que o próprio exercício da revisão judicial, permitindo ao tribunal eleger temas que lhe conferem desenvoltura no papel de produzir crenças normativas que, ao final, podem cooperar a favor de sua credibilidade, aumentando sua margem de atuação nos múltiplos espectros da vida pública ao qual é chamado a intermediar.

Para David Fontana, “[...] os tribunais criam e mantêm sua legitimidade institucional dando às forças políticas e ao público tempo para se ajustar a um novo estilo de instituição – uma instituição judicial – decidindo as principais questões do dia.”<sup>126</sup>. Esse tempo é garantido tanto pela possibilidade de o tribunal *rejeitar* a adjudicação de determinadas questões (agenda temática), como pela possibilidade de *adiar* o seu enfrentamento para um momento ulterior no qual lhe seja possível conciliar as forças políticas e/ou sociais às pretensões normativas de uma ordem jurídica-social justa (agenda decisória).

Alexander Bickel compreendia que o poder de uma Corte Suprema deveria ser concebido para além da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma, porque em boa medida consubstanciado na possibilidade de não julgar, sendo esse “não julgar”, que se realiza através do emprego de técnicas que o autor define como “virtudes passivas”, importante por permitir que a Corte encontre um ponto de equilíbrio para a chamada tensão Lincolniana<sup>127</sup> entre juízos de princípio e juízos de conveniência, adiando-se o

---

<sup>126</sup> Docket control and the success of Constitutional Courts. In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (orgs). **Comparative Constitutional Law**. Londres: Edward Elgar, 2011, pp. 624-641. Disponível em: <https://bit.ly/3i7Ax4k>. Acesso: 23 mai. 2020, p. 624, tradução nossa.

<sup>127</sup> A tensão Lincolniana é analisada por Bickel partir do estudo publicado pelo Professor Harry V. Jaffa, que buscou revisar a literatura tradicional a respeito daquele líder americano, concluindo que Abraham Lincoln foi um estadista governado por princípio e cita interessante passagem que elucida bem essa posição. Lincoln, apesar de não ser abolicionista, apresentou eloquente oposição ao julgamento da Suprema Corte americana no famoso caso Dred Scott, afirmando no *Discurso da Casa Dividida* que, em princípio, um governo livre é incompatível com a escravidão e que a âncora do republicanismo americano é que nenhum homem é bom o suficiente para governar outro homem sem o seu consentimento e que não há nenhum princípio que justifique a escravização do negro que também não possa, em igual força, ser usado para escravizar o branco, sendo inconcebível, à luz da Constituição e das aspirações da Declaração da Independência, que os negros fossem considerados bens jurídicos. Na visão de Jaffa, compartilhada por Bickel, Lincoln compreendia a escravidão como necessária ao momento histórico, econômico e cultural do país, de modo que a mudança deveria seguir por etapas evolutivas, e não abruptamente. Ao julgar a questão da escravidão no caso Dred Scott em um contexto de necessidade econômica e preconceito cultural, a Suprema Corte acabou suplantando o princípio moral estampado na Declaração da Independência, de que todo homem é igual no direito de ser senhor de si mesmo, de modo que seria preferível se tivesse apenas se

juízo de questões constitucionais inconvenientes diante de determinado cenário político, social, econômico ou histórico, sem abandonar ou infirmar os princípios que deveriam governar a jurisdição constitucional.<sup>128</sup>

Quando o tribunal se olvida dessa tensão, ele se coloca na difícil posição de ter que escolher sacrificar um princípio de direito – o que pode exercer um efeito a longo prazo negativo sobre a trajetória da Corte e sobre a sua credibilidade como instituição adequada à defesa normativa do arranjo democrático –, ou sacrificar a sua força institucional, revelando sua fraqueza natural ao proferir uma decisão sem nenhuma consideração acerca de sua conveniência ou da aderência subjetiva de seu comando pelos outros atores político-sociais – o que pode ter efeitos imediatos desastrosos para o tribunal, minando sua capacidade de informação e coordenação.

A questão se revela ainda mais complexa quando analisada sob o ponto de vista do arranjo constitucional e a atuação regulatória do tribunal, que como Corte Suprema<sup>129</sup>, tem a vocação de conferir unidade constitucional ao ordenamento jurídico. Sob essa perspectiva, quando a decisão do tribunal deixa de considerar os limites do arranjo democrático, que, na teoria dos sistemas, é identificado pela ideia de acoplamento estrutural – lei, política e sociedade – a atuação precipitada da Corte pode resultar no que Gunther Teubner cunhou por trilema regulatório. O argumento desse autor, desenvolvido para o exame do modelo estratégico de implementação autoreferenciada, quando transposto para o sistema judicial – no qual a regulação é exercida por meio do processo judicial decisório – é de que a inobservância desses limites produz tanto a irrelevância da regulação-judicial, como efeitos desintegradores na sua relação com os outros sistemas, com o potencial mesmo de destruir o sistema judicial.<sup>130-131</sup>

---

recusado a julgar a questão (**The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, [1962] 1986, p. 65-68).

<sup>128</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, [1962] 1986, 303 p., p. 69.

<sup>129</sup> Para Ralf Rigowski, as Cortes Constitucionais operam em uma zona intermediária entre os sistemas legal e político, gerando inevitáveis irritações entre esses dois sistemas, com consequências internas para ambos (*in* Constitutional Courts as Autopoietic Organisations. Boulanger, Christian; Wrase, Michael. *Die Politik des Verfassungsrechts - Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten*, Baden-Baden (Nomos). Warwick School of Law Research, 2013. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2220692>. Acesso em 17 jul. 2020, p. 11).

<sup>130</sup> Para essa análise, ver ROGOWSKI, Ralf, *Constitutional Courts as Autopoietic Organisations*. Boulanger, Christian; Wrase, Michael. **Die Politik des Verfassungsrechts** - Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, Baden-Baden (Nomos). Warwick School of Law Research, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2220692>. Acesso em: 17 jul. 2020, p. 9.

<sup>131</sup> O tema 101 da Repercussão Geral constitui um exemplo do trilema regulatório. O pano de fundo é a atualização monetária dos recursos do FGTS. A jurisprudência do STF havia firmado o entendimento de que o trabalhador

No trilema regulatório, o tribunal que se orienta exclusivamente pelo paradigma da resolução do conflito pode, de um lado, incorrer em incongruência entre a lei, a política e a sociedade; de outro, se superestimar a lógica funcional que visa garantir a efetividade instrumental da lei, pode incorrer na “ultra-legalização” da sociedade, colonizando as esferas da vida que fulminam a pretensão de emancipação política dos cidadãos; e, finalmente, se subestimar essa mesma

---

tinha direito à integralidade dos índices expurgados das contas vinculadas ao FGTS. Porém, na sequência dessa jurisprudência – e como resposta a ela – o parlamento editou Lei Complementar (110/2001), sancionada pelo Presidente da República, estabelecendo um índice próprio de reajuste, sujeito à adesão do titular da conta. Os juizados especiais estavam desaplicando essa lei, por entender que os trabalhadores haviam sido “influenciados pelos meios de comunicação”, que os levaram a imaginar que seriam “beneficiados com o ajuste previsto na Lei Complementar n. 110/2001” aderindo ao pacto por essa razão (trechos do acórdão infirmado pelo RE 418.918, paradigma da súmula vinculante 1). O STF resolveu esse conflito reconhecendo que a decisão recorrida violou a garantia constitucional de ato jurídico perfeito, porque, afinal, seu teor “[...] representa o afastamento, de ofício, de um ato jurídico acabado, formalizado e cuja legitimidade não foi questionada sequer pelo pactuante, mediante a aplicação da teoria da imprevisão e ao argumento da ocorrência de vício de consentimento” (p. 1121-1122, inteiro teor, relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet, RE 418.918). O Tribunal, portanto, sem invalidar a *ratio* de sua primeira decisão, afastou-se do conflito com os ramos eleitorais, validando a ausência de congruência entre as regulações pela invocação técnica da garantia constitucional ao ato jurídico perfeito, de modo que, no plano fático, prevaleceram duas situações normativas para o mesmo caso: o direito do trabalhador à integralidade dos índices expurgados das contas de FGTS e a possibilidade de redução do reajuste por adesão a acordo com a Administração Pública Federal, cuja lidimidade foi questionada pela sociedade civil. O tema 120, que também desafiou dispositivos da Lei Complementar 110/2001, foi rejeitado pelo STF. A matéria objeto deste tema, cujo vetor foi o RE 571184, aviado pelo Ministério Público Federal, era também objeto de ações direta de inconstitucionalidade (ADI 2556 e 2568, ao tempo, ainda pendentes de julgamento), e questionava a conformidade constitucional das contribuições sociais criadas pela retrocitada lei com o escopo de viabilizar o pagamento dos expurgos inflacionários descritos. O tema foi rejeitado pelo voto de oito Ministros, seguindo a manifestação da Relatora, Ministra Carmen Lúcia, que anunciara a “perda de sentido” da relevância jurídica ou econômica da questão, tendo em vista a edição, pelo Tribunal, de súmula vinculante (Súmula Vinculante nº 1) reconhecendo a constitucionalidade do termo de adesão descrito alhures. No bojo da ADI 2556, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa – julgada em data superveniente à rejeição do tema de repercussão geral – fica claro o trilema regulatório, ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio durante os debates, quando afirmou que a Lei em testilha criara “[...] contribuições com objetivo que não está contemplado na Carta da República: reforçar o caixa, presente a responsabilidade do Tesouro Nacional. E as parcelas, os percentuais alusivos a essas parcelas, os valores resultantes da incidência desses percentuais – há de ser frisado bem – não visaram beneficiar os trabalhadores; visaram, sim, aportar recursos para se cumprir – como deveria ser cumprido mesmo sem esses valores – a ordem jurídica em vigor” (p. 21 do inteiro teor do acórdão da ADI 2556) – neste caso, a prévia decisão do STF reconhecendo o direito do trabalhador à restituição integral dos valores expurgados de suas contas de FGTS. O Ministro Marco Aurélio também chamou a atenção para a exposição de motivos da retrocitada Lei Complementar, subscrita pelos Ministros da Fazenda e do Trabalho, os quais condicionavam o crédito “[...] dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal, sob condição”, [sobre a qual o Ministro observou] – vem o pormenor, parecendo até que as decisões só seriam cumpridas se verificado o implemento dessa condição – ‘da aprovação da ‘contribuição social’” (p. 18-19 do inteiro teor do acórdão da ADI 2556). No tema 120 da repercussão geral, o Ministério Público Federal questionava a inconstitucionalidade das retrocitadas contribuições sociais sob o enfoque de que elas feririam o dever de responsabilidade objetiva do Estado, pois ao invés de se responsabilizar pelo descumprimento prévio da ordem jurídica, no que resultou prejuízos àqueles que detinham contas de FGTS, a União estava repassando o custeio de sua ação ilícita para o contribuinte. Esse argumento não havia sido articulado nas ações diretas mencionadas, tendo o *Parquet* chamado a atenção para esse dado em suas razões recursais, anunciando: “Este recurso não conflita com a tese adotada pelo STF, na citada ADI n. 2556-DF [à época, decidida apenas em cautelar]. Antes, aborda a questão sob ângulo ainda não enfrentado pelo Pretório Excelso, qual seja, a incompatibilidade das exações da Lei Complementar n. 110/01 com o art. 37, § 6º, da Constituição.”. Optou a Corte, neste caso, pela autocontenção.

lógica, pode incorrer em “ultra-socialização” da lei, permitindo que a decisão judicial seja capturada pela política ou pelos subsistemas regulados, tornando a *ratio* do julgamento “politicizada”, “economizada”, “pedagogizada” etc.<sup>132-133</sup>

Para evitar o dilema entre juízos de princípio e de conveniência ou o trilema regulatório que torna instável a pretensão de eficiência do tribunal no arranjo democrático, é imprescindível que a Corte Constitucional tenha o poder de controlar *o que* decidir e *quando* decidir.

Dentre essas possibilidades, o poder de controlar a agenda temática – mais do que os recursos formais ou informais que habilitam a Corte ao controle do tempo de julgamento – parece melhor cooperar com o sucesso do tribunal porque reafirma a sua independência em relação aos outros ramos públicos, permitindo-lhe uma saída rápida contra as pressões externas e críticas relacionadas à demora para o julgamento de questões controversas e polarizadas.

Afinal, quando admite o conhecimento de uma questão que está na pauta do dia da política ou dos conflitos sociais mais antagonizados, adiando o seu julgamento de forma indeterminada, o tribunal pode acabar aumentando a desconfiança pública acerca de sua posição estratégica, deixando de promover crenças normativas, fáticas ou preditivas imprescindíveis ao sucesso de sua atuação. Por outro lado, quando decide uma questão constitucional marcada pelas mesmas divergências, invariavelmente adjudicará a matéria de modo favorável a um dos lados em conflito, o que, segundo Fontana, pode inflamar as paixões do lado perdedor ao ponto de engatilhar “uma dinâmica política perigosa”<sup>134</sup>. Assim, ainda que o tribunal disponha de meios para controlar o tempo do julgamento e que esses meios sejam importantes para ajudá-lo a contornar eventuais dilemas morais ou o próprio trilema regulatório nos casos em que não dispõe de controle de agenda temática, é este poder que melhor assiste a Corte na dinâmica

---

<sup>132</sup> TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism?: strategic models of post-regulatory law. **European University Institute**: Law department, Florence, v. 1, n. 100, p. 1-58, abr. 1984. Disponível em: <https://bit.ly/3wBxvii>. Acesso em: 2 nov. 2021, p. 27-29.

<sup>133</sup> Gunther Teubner apresenta o trilema regulatório dentro do contexto da teoria dos sistemas. A paráfrase, neste trabalho, teve a pretensão de adaptar o argumento do autor referenciado ao tema da dissertação, que trata exclusivamente da função judicial de regulação pela via do controle da interpretação da lei, com suas reflexões no sistema político.

<sup>134</sup> FONTANA, David. Docket control and the success of Constitutional Courts. In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (orgs). **Comparative Constitutional Law**. Londres: Edward Elgar, 2011, pp. 624-641. Disponível em: <https://bit.ly/3i7Ax4k>. Acesso em: 23 mai. 2020, p. 628.

política de evitar controvérsias constitucionais que ameaçam o exercício da revisão judicial.<sup>135-</sup>

136

Ralf Rigowski chama a atenção para o paradoxo de o tribunal ter sua autonomia na definição da agenda temática ou decisória definida pela autonomia dos destinatários da decisão e dos agentes de implementação, porém, aduz que quando ele se utiliza desses *feedbacks* para escolher quais efeitos imprimir ao seu processo decisório, então esse conflito não é real, mas apenas aparente, porque, neste caso, é o tribunal quem está autonomamente escolhendo os efeitos que quer implementar e, para esse propósito, frequentemente formula doutrinas consequencialistas que operam na forma de leis reflexivas<sup>137</sup> concebidas a partir da compreensão de seus limites institucionais e do conhecimento que dispõe acerca das condições do ambiente social no qual opera.<sup>138</sup>

Essa atuação estratégica é que dá o passo da racionalidade do tribunal na eleição dos temas que haverá de admitir e do tempo adequado para a adjudicação da questão constitucional controvertida.

Tom Ginsburg adverte que sendo a revisão judicial um poder interdependente na criação do direito e, portanto, concorrente com o sistema político, a atuação do tribunal na definição de

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 627.

<sup>136</sup> Para um panorama sobre os recursos informais que a Corte dispõe para o controle de agenda, ver ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: How individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. **Journal of Law and Courts**, Chicago, ed. 5:1, p. 105-140, 2017. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/690195>. Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>137</sup> O conceito de *leis reflexivas* trabalhadas pelo autor é o mesmo empregado por Gunther Teubner (1984) e por Jean L. Cohen, na obra "**The domain of reflexive law regulating intimacy: a new legal paradigm**", Princeton: Princeton University Press, 2002, pp. 277. Conforme expõe Michael Dorf, em termos gerais, a reflexividade é a circunstância na qual um sujeito reflete o objeto, sendo a lei reflexiva a "[r]egulation of any institution in which the regulated actors exercise some power to regulate themselves" (The Domain of Reflexive Law. **Columbia Law Review**, New York, v. 103, n. 1, p. 384-402, jan. 2003. 8/Ano. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2215092](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215092). Acesso em: 3 nov. 2021, p. 392). A lei reflexiva, nesse sentido, faz oposição à lei do tipo "command-and-control", "where the government perceives a need to intervene in private ordering, it commands an outcome. A prohibition on intentional homicide is a command-and-control regulation, as is a requirement that new automobiles be equipped with airbags. By contrast, a requirement that new automobiles meet a safety performance standard set by representatives of the automobile industry and consumer groups would be reflexive in the way that Cohen has in mind. `Government regulates reflexively by setting a general standard to govern self-regulation by the affected actors`." (*ibid*, p. 393).

<sup>138</sup> ROGOWSKI, Ralf, Constitutional Courts as Autopoietic Organisations. Boulanger, Christian; Wrase, Michael. **Die Politik des Verfassungsrechts - Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten**, Baden-Baden (Nomos). Warwick School of Law Research, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2220692>. Acesso em: 17 jul. 2020, p. 9-10.

seus objetivos deve ser obtemperada pela lúcida consideração acerca da provável resposta dos outros atores políticos às suas escolhas institucionais<sup>139</sup>. Portanto, a liberdade do tribunal que anela a preservação de seu poder institucional deve também ser condicionada pelas preferências dos outros atores político-sociais e as considerações ponderadas sobre a possibilidade de reversão por parte desses agentes, de modo que o “poder judicial deve ser constituído gradualmente”.<sup>140</sup>

Essa percepção coincide com a teoria de David Law para a construção do poder judicial, porque são as “tensões políticas adversas” que podem comprometer a força do tribunal ao revelar sua fraqueza institucional.

Considerando que o tribunal é órgão de deliberação colegiado, formado por uma coletividade de julgadores com personalidade e motivações próprias, o controle de sua agenda pode não seguir um caminho linear e homogêneo, especialmente quando o arranjo processual descentraliza o exercício desse poder.

No caso brasileiro, conforme observado na introdução deste trabalho, o STF não possui qualquer poder formal de agenda temática em sede de controle concentrado, sendo mandatória a adjudicação das questões abstratas suscitadas pelos legitimados constitucionais – ressalvados os instrumentos informais que conferem ao tribunal certo domínio sobre a agenda decisória. Porém, a situação é diametralmente oposta quando a Corte exerce a função de vértice do modelo difuso de controle de constitucionalidade, pois, nesta função, o STF possui o instrumento da repercussão geral como filtro temático dos casos trazidos ao seu conhecimento.

Conforme será exposto no capítulo subsequente, o desenho processual da repercussão geral estabelece um procedimento colegiado de baixa deliberação para a eleição dos temas que o tribunal haverá de julgar, adotando um modelo *seriatim* de votação em ambiente eletrônico que privilegia a posição do relator<sup>141</sup> e, nesse sentido, pode dificultar a construção de uma atuação estratégica orientada por uma racionalidade comum.

---

<sup>139</sup> **Judicial review in new democracies.** Constitutional Courts in Asian cases [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p., p. 67.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 71, tradução nossa.

<sup>141</sup> Ou da Presidência no exercício da relatoria especial, conforme será esclarecido no capítulo a seguir.

Tom Ginsburg observa que a ciência jurídica ainda carece de uma teoria capaz de explicar como as motivações individuais dos julgadores se agregam e se transmutam na escolha da instituição – se é que assim o fazem. Não obstante, o autor considera possível fazer a básica presunção de que é do interesse de cada membro do tribunal que este, como instituição, deva agir de forma a maximizar o seu poder e esta motivação comum independe das doutrinas que qualificam o comportamento dos juízes como atitudinal – no qual se sobrepõe as suas preferências políticas –, formalista – ou doutrinária, no qual a lei e a doutrina é que orientam suas escolhas – ou estratégico, porque “[...] mesmo os juízes puramente formalistas preferirão que suas decisões sejam autoritativas e, portanto estarão preocupados com a legitimidade do tribunal e o seu poder de fazer com que suas decisões sejam observadas [...]”, o mesmo ocorrendo em relação aos juízes atitudinalistas, que embora desejosos de maximizar suas preferências políticas, concordarão acerca da necessidade de expandir o poder do tribunal.<sup>142</sup>

Apresentada essa perspectiva macro do poder judicial no arranjo democrático, vejamos agora como opera o instituto da repercussão geral, os contornos de sua criação e o seu desenvolvimento, antes de prosseguir na pesquisa acerca dos papéis que o STF escolhe desempenhar.

---

<sup>142</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases* [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p., p. 74-75, tradução nossa.

### 3. A REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral foi incluída no texto constitucional por meio da Emenda nº 45, de 2004, com a prescrição de que “[n]o recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo por manifestação de dois terços de seus membros” (art. 102, §3º).

A sua instituição como requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário sugere a função de filtro recursal, mas constitui objetivo deste tópico demonstrar que o instituto foi e vem sendo desenhado pelo STF para se tornar um sistema dotado de regras próprias visando a racionalização da jurisdição constitucional de modelo descentralizado, habilitando a Corte ao pleno controle de sua agenda temática.

Nesse modelo, a repercussão geral tanto encerra para o recorrente o ônus processual de demonstrar a transcendência política, jurídica, social ou econômica da questão constitucional discutida no processo subjetivo, como, afetada a um regime jurídico próprio, capacita o STF ao exercício de sua função de Corte Suprema, mais interessada em conferir unidade ao direito constitucional do que em sanar querelas intersubjetivas de interesse restrito às partes.

Para compreender os atuais paradigmas da repercussão geral e dimensionar o futuro desse instituto, é imprescindível resgatar um pouco da história que antecedeu a sua criação, bem como a história do seu desenvolvimento desde 2004, pois é por meio desse panorama que se torna possível identificar que os projetos do STF para a repercussão geral eram e são muito maiores do que originalmente se poderia esperar, revelando o estado atual desse regime que revolucionou o exercício da jurisdição constitucional incidental no Brasil e a expansão da autonomia normativa do tribunal na regulação de sua própria atividade.

Assim, afora esse breve resgate da história antecedente, neste capítulo será apresentado um panorama de como as técnicas procedimentais associadas à repercussão geral foram se desenvolvendo na rotina do STF, examinando-se as alterações legais e regimentais que implicaram em mudanças substanciais no seu processamento, justapostas à revisão documental

de um vasto número de temas eleitos por controle temporal do período de gestão de cada um dos oito Ministros e Ministras que ocuparam a Presidência da Corte desde a implementação do banco de dados temático da repercussão geral, em 2007, com a Ministra Ellen Gracie Northfleet, até o encerramento dessa pesquisa, em 2020, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, priorizando-se os temas com julgamento de mérito.

A escolha da amostra tendo por referência a gestão da Corte deve-se à elevada probabilidade de que alternâncias na dinâmica procedimental do instituto pudessem ter ocorrido de uma gestão para a outra, tendo em vista a competência regimental da Presidência de decidir ou suscitar ao Plenário questões de ordem em matéria processual constitucional (artigos 13 e 21 do RISTF), de modo que a própria escolha dos temas analisados foi estabelecida seguindo um critério cronológico-reverso à implementação de significativas mudanças metodológicas.

Como forma de sistematizar o resultado dessa pesquisa, a evolução do instituto foi apresentada a partir dos atos de regulamentação da técnica, divididos em quatro principais fases, que correspondem as alterações na metodologia de julgamento da preliminar de repercussão geral nos recursos extraordinários.

Parte-se da análise dos discursos de crise que legitimaram a ruptura do paradigma do pleno acesso – no qual o tribunal atuava como corte recursal –, para o acesso restringido pela demonstração da transcendência da questão constitucional abstraída do processo subjetivo – Corte de precedentes ou de vértice; em seguida, examinam-se as fases de aplicação e incorporação de novas técnicas que foram ressignificando a função do filtro recursal até as recentes alterações no processo decisório de admissão dos temas, demonstrando-se ao longo de todo esse desenvolvimento as iniciativas normativas do STF para a administração do filtro e o impacto de sua criação no processo.

### **3.1 Contexto histórico e a “crise do Judiciário”**

A repercussão geral parece ter sido concebida como ferramenta para aplacar a crise do STF, devido ao elevado volume de processos anualmente distribuídos e em números sempre crescentes.

José Miguel Garcia Medina chega a afirmar que esse era o claro propósito do constituinte derivado<sup>143</sup>, afinal, o recurso extraordinário e o agravo interposto com o objetivo de permitir o seu processamento foram identificados como os maiores responsáveis pelo contingenciamento dos processos submetidos ao STF, correspondendo a 97% do volume total das demandas remetidas a ele no ano de 2003<sup>144</sup>.

Dessa forma, como requisito de admissibilidade da via recursal extraordinária, a repercussão geral foi concebida para restringir os recursos a ela relacionados e, dessa forma, minimizar o acentuado volume de serviço que tais processos representavam.

A técnica, porém, não era inédita. Durante a Ditadura Militar, precisamente no ano de 1975, já sob o discurso de “crise”<sup>145</sup>, a Suprema Corte ampliou<sup>146</sup> significativamente a sua competência regimental ao introduzir por meio desse instrumento normativo<sup>147</sup> a *arguição de relevância da questão federal* como requisito “procedimental” para a admissibilidade do recurso extraordinário.

É certo que esse requisito não era exigido para a admissibilidade de recursos interpostos com fundamento em *questões constitucionais* – cuja relevância era presumida –, mas o registro neste

---

<sup>143</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão constitucional**. 7. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2017, 395 p., p. 127.

<sup>144</sup> **Porcentagem de AI, ARE e RE em relação aos processos distribuídos e registrados à presidência**. Gestor: Secretaria de Gestão Estratégica. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal>, Acesso em: 16 jan. 2020.

<sup>145</sup> O discurso de “crise” e gestão de “crise” permeia grande parte da história da Suprema Corte. As obras de André Luiz Batista Neves (NEVES, André Luiz Batista. **Introdução do controle de constitucionalidade**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2007) e a tese de doutoramento de Heloisa Fernandes Câmara (CÂMARA, Heloisa Fernandes. **STF Na Ditadura Militar Brasileira: Um Tribunal Adaptável?** 2017. Universidade Federal do Paraná, 2017, 273p., p. 109-119) apresentam um panorama sobre esse discurso de crise.

<sup>146</sup> É bem verdade que a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 equipou a Suprema Corte com certa discricionariedade ao prescrever no art. 119, III, “a” e “d”, parágrafo único, que as “causas” versadas em recurso extraordinário interposto contra decisão judicial em contrariedade à Constituição ou à lei federal ou tratado, e também aquelas que tivesse por objeto decisão que desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro tribunal ou o próprio STF, essas “causas” seriam “indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.”. No entanto, a Suprema Corte não limitou essa competência regimental à *indicação* de sobreditas causas, antes, criou a *arguição de relevância* como classe processual autônoma (art. 308, §4º, VII, ER 3/75), processada por meio de *instrumento* remetido ao STF para exame secreto, desmotivado e irrecorrível da admissibilidade do recurso extraordinário (art. 308, §4º, IX, ER 3/75).

<sup>147</sup> Emenda regimental n. 3, STF, 1975.

estudo tem o propósito de revelar a atividade do STF na ampliação de suas competências normativas, alterando substancialmente a instrumentalidade dos procedimentos de sua competência.

A seletividade da arguição de relevância estava inserida na justificativa de sua criação como nova barreira procedimental para a provocação da jurisdição da Suprema Corte. Cartilha publicada em 1976 com comentários ao RISTF conceituava a arguição de relevância como:

[...] instrumento adotado com vistas a aprimorar o Recurso Extraordinário, impedindo a subida de questões sem maior relevo e propiciando o conhecimento de casos que, embora de pequeno valor patrimonial, se revestem de interesse a justificar a palavra da mais alta Corte do País.<sup>148</sup>

A má reputação do instituto advinha da ausência de controle sobre o que deveria ser considerado relevante pelo STF, afinal, as sessões para o julgamento da questão de relevância ocorriam de forma secreta e sem necessidade de motivação da decisão, para a qual não se admitia recurso. Essa metodologia de processamento não se conformou ao novo modelo democrático erigido pela Constituição Federal de 1988, o que somado ao fracasso do instituto na contenção dos processos que sobrecarregavam aquela Corte Suprema, acabou levando à sua exclusão.

Nessa medida, a reencarnação do instituto em 2004 precisou passar por novo batismo, de efeito eufemístico, cujo propósito era dissociar a repercussão geral da arguição de relevância e aplacar as suspeitas dos jurisdicionados quanto ao que parecia a reprimatização de uma técnica anacrônica ao novo modelo democrático de jurisdição.

Porém, a atribuição de novo signo não foi a única alteração proposta para romper com a aparente identidade entre os institutos, pois à repercussão geral foram associadas técnicas de processamento que buscaram garantir publicidade e racionalidade na sua aplicação, ao mesmo tempo em que procuraram permitir ao STF um melhor gerenciamento da quantidade dos feitos

---

<sup>148</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **O Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Senado Federal Centro Gráfico, 1976, 30 p. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta\\_\\_O\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_\\_1976.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta__O_Supremo_Tribunal_Federal__1976.pdf). Acesso em: 17 nov. 2021, p. 12.

submetidos ao seu exame, numa tentativa de emendar as falhas que o instituto precedente não foi capaz de resolver.

A repercussão geral, no Estado Democrático, foi desenhada para assegurar a unidade do direito constitucional e a autoridade da Suprema Corte como intérprete final do texto fundamental, prescrevendo técnicas processuais que, por exemplo, habilitam os tribunais ou as turmas recursais a se retratarem de decisões tomadas em contrariedade ao precedente formado sob tal regime, mesmo depois de exaurida a sua jurisdição (CPC, art. 1.030, I e II).

Os próximos tópicos cuidam de expor o desenvolvimento das técnicas concernentes ao *processamento e julgamento* da repercussão geral.

### **3.2 Fase de latência: da emenda constitucional nº 45 à emenda regimental nº 21**

Como já assinalado, a repercussão geral foi um dos instrumentos idealizados pelo constituinte derivado para auxiliar a conter a chamada “crise” do Poder Judiciário, sendo incluído no artigo 102, § 3º, da CF com a exigência de que “[n]o recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (CF, 1988).

Apesar de estabelecer algumas diretrizes – a demonstração da repercussão geral da questão constitucional recorrida como requisito de admissibilidade do recurso e o quórum qualificado para a recusa pelo STF –, a instituição do novo requisito foi condicionada pelo texto constitucional à criação de uma lei.

Antes de que esta sobreviesse, em 16 de agosto de 2006 o STF editou emenda regimental (ER-RISTF nº 19) que apesar de destituída da pretensão de regulamentar a repercussão geral, pode ser considerada o primeiro ato institucional a tratar do novo filtro recursal no âmbito da Suprema Corte, tendo cuidado de atribuir à Presidência do Órgão a competência para despachar, como relator(a), até eventual distribuição, “[...] os recursos que, conforme a jurisprudência do Tribunal, tenham por objeto matéria destituída de repercussão geral” (art. 13, V, c).

Esse ato regimental, sem a respectiva regulamentação legal do instituto, não chegou a representar nenhuma alteração na dinâmica de distribuição e julgamento dos recursos que aportavam ao STF, especialmente porque não indicava como o instituto deveria ser operacionalizado, o que veio a acontecer apenas em 19 de dezembro de 2006, com a publicação da Lei nº 11.418, introduzindo no CPC/73, então vigente, dois dispositivos que cuidavam precisamente de disciplinar a repercussão geral. Tratam-se, no caso, dos artigos 543-A e 543-B do CPC/73.

Segundo concebeu o legislador ordinário, a repercussão geral, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, deveria ser considerada a partir da “[...] existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” (art. 543-A, §1º, CPC/73).

A repercussão geral deveria ser demonstrada *em preliminar do recurso* (art. 543-A, §2º, CPC/73), cumprindo ao recorrente o ônus de introduzir em suas razões capítulo prefacial para a demonstração fundamentada da transcendência da questão jurídica, social, política ou econômica discutida, com a previsão de que a admissibilidade da repercussão geral deveria ser examinada com exclusividade pelo STF, o que se coaduna com a exigência constitucional de que a recusa do recurso com base nesse filtro deveria se dar mediante julgamento por quórum qualificado dos membros da Corte Suprema.

Não obstante, o CPC/73 trouxe uma hipótese presuntiva de repercussão geral, qual seja, sempre “que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A, §3º).

O texto legal também estabeleceu a vinculação normativa dos pronunciamentos do STF em repercussão geral, tendo disciplinado no artigo 543-A, §5º, que a decisão que nega a sua existência “[...] valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”, enquanto no artigo 543-B, §3º, foi disposto que o julgamento do mérito do recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral habilitaria os tribunais, turmas de

uniformização e turmas recursais a declarar prejudicados os recursos que tratassem de questões análogas, ou a se retratar em suas decisões, quando estas contrariassem o entendimento sufragado pela Corte Suprema.

Tentando equacionar a competência interna do STF – cujo regimento atribui aos órgãos fracionários a competência originária para o julgamento dos recursos extraordinários (RI-STF, art. 9, III) – com a exigência constitucional de quórum qualificado para a rejeição do recurso por ausência de repercussão geral, o legislador criou regra segundo a qual a Turma poderia decidir o filtro recursal pelo voto favorável de quatro ministras ou ministros, caso em que ficaria dispensada a remessa do recurso ao Plenário devido a impossibilidade de reversão dos votos em número suficiente para a rejeição da questão (art. 543-A, §4º).

O exame dessas regras revela que a repercussão geral foi idealizada como mecanismo propício à objetivação da questão constitucional levada ao conhecimento do STF de forma incidental, direcionando os debates para além do interesse subjetivo das partes da ação de forma a viabilizar uma atuação racionalizada da jurisdição constitucional desse Órgão, como Corte de Vértice. Nesse propósito, prescreveu a clara vinculação dos Tribunais e Turmas Recursais ao resultado do recurso extraordinário julgado sob a sistemática da repercussão geral, contemplando os já citados mecanismos de sobrestamento, retratação e declaração de prejudicialidade nos casos em que a decisão recorrida não destoasse do paradigma.

A despeito do regramento legal, o instituto somente veio a ser exigido como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário depois de normatizado pelo Regimento Interno do STF (ER-RISTF nº 21) em 2007, ou seja, não bastava a regulamentação por lei, era necessário que o próprio Supremo disciplinasse a questão. Esse dado sugere que desde a origem, o Supremo já possuía planos institucionais próprios para a repercussão geral.

### **3.3 Fase experimental: da emenda regimental nº 21 à emenda regimental nº 31**

A emenda regimental nº 21 (RI-STF), publicada em 3 de maio de 2007, se tornou o marco inicial de exigência da repercussão geral na admissibilidade do recurso extraordinário,

regulando o processamento do assinalado filtro recursal de modo a tornar exequíveis as alterações lançadas no CPC/73 pela já citada Lei nº 11.418/06.

A deliberação de tornar a aludida emenda regimental o marco para a exigência da demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões constitucionais discutidas nos recursos extraordinários foi deliberada pelo STF em 18 de junho de 2007, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, quando o Plenário resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Agravo Interno (AI) 664.567. Na ocasião, o Tribunal estabeleceu que a preliminar de repercussão geral seria exigida apenas nos recursos cuja intimação do acórdão impugnado houvesse ocorrido após a data da publicação daquele ato regimental, portanto, depois de 3 de maio de 2007.

Com isso, os recursos interpostos antes da publicação da emenda regimental, mesmo que sob a vigência do novo regime estabelecido pelo Código de Processo Civil, continuaram sendo processados sem a exigência de demonstração da repercussão geral como requisito de admissibilidade.

Não obstante, segundo veio a ser definido nas questões de ordem suscitadas no AI 715.423 e no RE 540.410, ambos em 2008, mesmo os recursos dispensados da demonstração da repercussão geral, porque interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007, estariam sujeitos ao regramento impresso no artigo 543-B do CPC/73, excetuada a própria exigência de demonstração do filtro recursal, de modo que, versando esses recursos sobre temas já admitidos pelo STF como paradigma de repercussão geral, os tribunais e turmas recursais de origem estariam autorizados a aderir aos procedimentos de sobrestamento, retratação ou declaração de prejudicialidade.

Assim, apesar de a repercussão geral, como filtro recursal, ter sido exigida apenas nos recursos interpostos contra acórdãos publicados depois de 3 de maio de 2007, como regime jurídico ela passou a operar seus efeitos sobre todos os recursos extraordinários e correspondentes agravos de instrumento em curso, mesmo aqueles anteriores à vigência da Lei nº 11.418/06.

E foram significativas as alterações introduzidas pela Emenda Regimental nº 21 no modo de processamento da via concreta de acesso à jurisdição constitucional pelo STF. A começar, esse ato normativo reeditou o artigo 13, V, “c”, do RISTF, mantendo a atribuição da Presidência para examinar a admissibilidade do extraordinário e outros recursos correlacionados a essa via incidental, inclusive com a possibilidade de recusar as peças “que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, ou cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.”.

Desse modo, a Presidência do STF passou a exercer o primeiro exame sobre a admissibilidade do recurso extraordinário e, ao recusar a distribuição daqueles claramente inadmissíveis, produziu o efeito imediato de reduzir o volume de processos encaminhados para os gabinetes das ministras e ministros.

A inadmissão pela ausência de repercussão geral da questão constitucional impunha a existência de prévia deliberação pelo Pleno, tendo em vista a exigência constitucional de quórum qualificado para a rejeição do extraordinário sob esse motivo, por isso o artigo 323 do RISTF prescreveu que não sendo o recurso inadmitido por outra razão (intempestividade, deserção, questão infraconstitucional etc.), o relator submeteria cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, da repercussão geral aos demais integrantes do Tribunal, o fazendo *por meio eletrônico*.

Ou seja, superado o filtro da Presidência, o recurso seria encaminhado à distribuição e o relator poderia submeter o exame da repercussão da questão constitucional para deliberação plenária em *ambiente virtual*.

Foi, portanto, a partir da ER-RISTF nº 21 que se criou o chamado Plenário Virtual (PV), ambiente eletrônico destinado ao ato processual colegiado de julgamento da preliminar de repercussão geral e posteriormente adaptado para o julgamento do mérito do recurso cuja matéria constitucional possuísse jurisprudência consolidada no STF.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> A ambientação eletrônica dos julgamentos da Suprema Corte foi expandida com a criação da Sessão Virtual, ambiente que se distingue do plenário virtual abordado neste tópico tanto pela metodologia do julgamento, como pelo tipo de decisão e classes de processos admitidos. Para uma distinção desses ambientes, ver “A sessão virtual no Supremo Tribunal Federal” (DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; GUZANSKY, Clívia Marcolongo Pereira. A Sessão Virtual no Supremo Tribunal Federal. In: PEREIRA, Anna Júlia et al (org.). Instituições de Direito Público

A criação desse ambiente eletrônico para o exame do novo instituto constituiu um grande avanço no processamento dos recursos extraordinários, dinamizando a admissão de novos temas. Trata-se de um *software* que permite a interação de todos os ministros e ministras da Corte, não de forma simultânea, como ocorrem nas tecnologias de conferência eletrônica de áudio e vídeo, mas pela abertura de um ambiente virtual composto de campos para interação vinculada dos julgadores. Vinculada porque as opções de manifestação são limitadas pelo próprio sistema informático, que habilita cada ministro ou ministra a assinalar apenas as opções “há” ou “não há” nas colunas reservadas ao exame da *questão constitucional* e da *repercussão geral*, ou as opções “sim” ou “não” na coluna de *reafirmação da jurisprudência*, e a fazer inserir, por *upload* de arquivo digital, a justificativa escrita do seu voto na coluna *manifestação*, cujo uso é optativo.

A abstenção é sinalizada por um traço (“-“) e, ao contrário do que ocorre no Plenário em ambiente físico, cuja ausência não é contada no saldo de votos, no ambiente eletrônico a ausência de manifestação de um ministro ou ministra até 2020 foi contabilizada como voto ficto orientado pelo Regimento Interno do STF.

Todos os ministros e ministras integram a sessão, ficando prejudicada, desde o nascimento, a previsão contida no CPC/73 concernente ao exame da repercussão geral pelas Turmas.

Uma sessão no Plenário Virtual é aberta para cada recurso submetido ao exame colegiado, não havendo a possibilidade de julgamento em lista ou bloco. As sessões têm duração regimental de vinte dias ininterruptos, de modo que os ministros e ministras têm a possibilidade de votar a qualquer hora, dia ou lugar, bastando que tenham acesso à internet, encerrando-se o julgamento às 23:59h do vigésimo dia, independente de os integrantes da Corte terem ou não se manifestado (art. 324, RISTF).

Porque o prazo de encerramento do julgamento em Plenário Virtual é peremptório, nessa fase foi estabelecida regra compensatória para a omissão de votos, contabilizando-os em favor da

admissão da repercussão (art. 324, parágrafo único, ER-RISTF 21/2007). Essa regra pareceu conciliar o dinamismo do julgamento virtual com a exigência constitucional de quórum qualificado para a recusa da repercussão geral, garantindo ao jurisdicionado a segurança de que a recusa – que por expressa previsão legal é dotada de efeito vinculante – dependerá de efetiva manifestação do Tribunal.

Entretanto, é oportuno esclarecer que essa efetiva manifestação não é sinônimo de motivação. A manifestação, para os efeitos do julgamento da preliminar de repercussão geral em ambiente virtual, diz respeito à já citada resposta “há” ou “não há” repercussão geral, por cada ministro e ministra, em campos previamente delimitados.

Apesar de o sistema ter sido adaptado para receber o *upload* de arquivos de texto contendo as razões dos pronunciamentos dos ministros e ministras, na rotina do Tribunal, identifica-se que a sujeição dos temas para julgamento no ambiente virtual é sempre precedida de manifestação (compreendida como as razões) do relator ou relatora acerca da existência, ou não, de repercussão geral da matéria, sendo incomum a manifestação de outro ministro ou ministra, com exceção do Ministro Marco Aurélio que habitualmente fez uso dessa ferramenta para expor as suas razões acerca do tema em julgamento, usando-a também para em alguns casos denunciar o que julgou tratar de uso inadequado da repercussão geral.<sup>150</sup>

O julgamento nesse ambiente é iniciado por ato do relator, que insere o recurso na plataforma de julgamento, assinala seu voto nos campos pré-estabelecidos e disponibiliza a justificativa de seu pronunciamento. A sessão, então, é aberta para todos os ministros e ministras, que passam a dispor das mesmas faculdades do relator.

Apesar de o CPC/73 (art. 543-A, §6º) e o Regimento Interno do STF (art. 323, §3º, na redação atual do regimento) apresentarem regra permitindo a intervenção de terceiros nessa etapa de julgamento da preliminar de repercussão geral, não há espaço para essa intervenção na

---

<sup>150</sup> Nesse sentido, nos primeiros anos de exigência da repercussão geral, o Ministro Marco Aurélio utilizou o campo de manifestação escrita para pronunciar-se acerca da inadequação da submissão de agravos de instrumento em Plenário Virtual para o exame desse instituto, por se tratar de exigência exclusiva do recurso extraordinário, como ocorreu nos temas 209, 210, 211 e 212, que correspondiam aos agravos de instrumento números 749.128, 762.184, 764.518 e 766.684, todos sob a relatoria do Min. Cezar Peluso e submetidos à deliberação plenária virtual no dia 2 de outubro de 2010, com encerramento no dia 22 de outubro de 2010.

plataforma virtual. Considerando que esses recursos não são pautados e que somente adquirem publicidade depois de lançados no Plenário Virtual<sup>151</sup>, fica obviamente prejudicada essa intervenção.

Sequer os advogados das partes no recurso paradigma são intimados do início ou encerramento da sessão em Plenário Virtual, o que, na avaliação de Damares Medina, tem a aptidão para comprometer a transparência dessa modalidade de julgamento.<sup>152</sup>

Trata-se de uma distorção sistêmica. A eleição do recurso que será submetido à análise de repercussão geral no Plenário Virtual constitui prerrogativa do relator, que elege dentre os recursos distribuídos ao seu gabinete aquele que deverá encaminhar para julgamento no ambiente virtual. Enquanto o ato de distribuição é realizado de forma aleatória, prestigiando os princípios da impessoalidade e isonomia, a submissão de temas ao Plenário Virtual constitui prerrogativa do relator, que elege dentre os recursos distribuídos ao seu gabinete aquele que deverá encaminhar para julgamento no ambiente virtual, podendo até mesmo não eleger nenhum, como demonstrou o resultado da pesquisa realizada por Damares Medina, apontando que até o ano de encerramento do seu trabalho, em 2014, o Ministro Celso de Mello não havia relatado nenhum tema de repercussão geral.<sup>153</sup>

Damares Medina chama a atenção para o fato de essa ampla discricionariedade comprometer a isonomia na relatoria dos temas, ensejando uma discrepância no número de recursos paradigma

---

<sup>151</sup> O periódico “Repercussão Geral em pauta”, iniciado em maio de 2017 pelo Núcleo de Apoio à Repercussão Geral do STF e disponível no *site* desta Corte, também apenas publiciza os temas depois que esses são inseridos no sistema pelo Relator.

<sup>152</sup> MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016, 294 p., p. 108.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 104-105. Ainda nesse sentido, Damares Medina cita, por exemplo, que no ano 2013 o Ministro Celso de Mello recebeu 1.047 recursos por distribuição, mas, tal como havia feito nos anos antecedentes, não submeteu nenhum em Plenário Virtual para análise de repercussão geral. Estendendo a pesquisa da citada autora para o ano de 2020, identificou-se nove temas de repercussão geral sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, no entanto nenhum desses temas tiveram a análise de repercussão geral iniciada por esse Ministro, mas foram dirigidos à sua relatoria por redistribuição (temas 118, 167, 208, 254, 496 e 556) ou distribuição após relatoria especial da Presidência (temas 441, 457 e 465). Isso significa que até a sua aposentadoria, em 13 de outubro de 2020, o Ministro Celso de Mello não submeteu nenhum recurso extraordinário à admissão de repercussão geral e os temas que por redistribuição acabaram sob a sua relatoria, nenhum chegou a ser liberado para julgamento em plenário, senão às vésperas de sua aposentadoria, como os temas 118 e 457, o que, no entanto, pode sugerir um controle estratégico do relator – neste caso orientado pela subtração do voto da nova indicação presidencial –, e não uma tentativa de sanear os temas há muito paralisados em seu gabinete.

sob a condução de cada ministro e ministra do Tribunal<sup>154</sup>. A par disso, a ausência de indicadores ou critérios para a eleição dos temas também compromete a transparência do instituto nesse estágio primordial de escolha dos novos temas para exame no regime de repercussão geral, com potencial para abalar a confiança do jurisdicionado, sobretudo quanto ao destino dos recursos não eleitos para o exame do tema em Plenário Virtual.

Assim, a despeito das previsões normativas, a configuração do sistema não possibilita a intervenção ou o controle das partes ou de terceiros nessas primeiras etapas de sujeição e admissibilidade de novos temas de repercussão geral.

Uma vez finalizado o julgamento no ambiente virtual, as razões lançadas no campo de manifestação devem ser juntadas aos autos pelo relator, a quem também é dada a atribuição de editar a “súmula da decisão”, que será “publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”, (art. 325 do ER-RISTF 21/2007 e art. 543-A, § 7º, do CPC/73). Desde a origem prevaleceu a edição de acórdão pelo relator do recurso paradigma, contendo a súmula do tema e o resultado do julgamento, com a contagem dos pronunciamentos contrários e a indicação das abstenções.

A redação do acórdão deveria permanecer sob a atribuição do relator da repercussão geral independentemente de sua manifestação ter conduzido, ou não, o julgamento. Esse procedimento, porém, resultou em certas distorções, casos em que o relator teve de redigir

---

<sup>154</sup> MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016, 294 p., p. 104-105.

<sup>154</sup> “Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

<sup>154</sup> Esse tema acabou excluído do bloco porque a Ministra Carmen Lúcia, em pedido de visto seguido à apresentação da proposta de reafirmação da jurisprudência, identificou uma distinção entre o precedente considerado pela Ministra Ellen Gracie e o caso objeto do RE 579.431, na medida em que o primeiro versava sobre *precatório* e o segundo, sobre *requisição de pequeno valor*.

<sup>154</sup> RE-QO 579431, Relator(a): Min. Marco Aurélio, publicado em 24/10/2008.

<sup>154</sup> O Plenário do STF julgou, ao todo, 22 temas de repercussão geral no ano 2008, sendo oito por reafirmação da jurisprudência consolidada da Corte.

<sup>154</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Repercussão geral como instrumento de concretização do supremo tribunal dos direitos fundamentais. Processo Constitucional*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 704.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 707-708.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 708.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 689–715.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 689.

<sup>154</sup> Em 2008 foram distribuídos, no STF, o total de 21.526 recursos extraordinários, enquanto em 2009 foram distribuídos 8.341; quanto aos agravos de instrumento, em 2008 foram distribuídos 37.772 e em 2009, 24.254 novos agravos. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>.

acórdão contrário à tese por si sustentada, às vezes até mesmo sem ter em mãos as razões da divergência.

No RE 559.994, tema 85, por exemplo, o Tribunal rejeitou a repercussão geral da questão constitucional em oposição ao entendimento do relator, Ministro Marco Aurélio, porém a divergência não foi justificada por nenhum dos oito ministros e ministras que assinalaram “não há” no campo reservado ao julgamento da repercussão geral. Foi, então, suscitada questão de ordem ao Plenário, resultando na fixação da regra segundo a qual o primeiro ministro ou ministra a divergir deveria lançar no campo “manifestação” os fundamentos da divergência.

Nessa fase de experimentação, o STF fez constante uso da questão de ordem como técnica processual tanto para a correção de falhas no processamento da repercussão geral, como para o estabelecimento de novas regras que objetivavam maximizar seus efeitos como instrumento de racionalização dos trabalhos da Corte.

No RE 559.607, o STF resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio para deliberar que os recursos versando sobre questão constitucional com repercussão geral já admitida pelo STF deveriam ser devolvidos à origem a fim de aguardar o julgamento do tema veiculado para fins de adoção do disposto no artigo 543-B, § 3, do CPC/73.<sup>155</sup>

Nos RE 580.108 (tema 93), 579.431 (tema 96<sup>156</sup>) e 582.650 (tema 98) o Tribunal resolveu questão de ordem autorizando à Presidência iniciar o julgamento de repercussão geral de tema com jurisprudência já consolidada na Corte, submetendo o recurso extraordinário para julgamento em Plenário Virtual antes de sua efetiva distribuição. Nesses casos, o Tribunal poderia reafirmar a jurisprudência, ficando a Presidência autorizada a negar a distribuição, devolvendo à origem o processo paradigma e todos os que versassem sobre matéria idêntica para a adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do CPC/73, ou deliberar pela renovação da discussão do tema, caso em que o recurso seria encaminhado à distribuição.

---

<sup>155</sup> “Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

<sup>156</sup> Esse tema acabou excluído do bloco porque a Ministra Carmen Lúcia, em pedido de visto seguido à apresentação da proposta de reafirmação da jurisprudência, identificou uma distinção entre o precedente considerado pela Ministra Ellen Gracie e o caso objeto do RE 579.431, na medida em que o primeiro versava sobre *precatório* e o segundo, sobre *requisição de pequeno valor*.

Segundo justificou a Ministra Ellen Gracie – Presidente do Tribunal à época – a sua proposta, acolhida por maioria, tinha o propósito de evitar “[...] uma série de atos burocráticos para renovar, eventualmente, os julgamentos em centenas de questões já pacificadas pelo Tribunal.”<sup>157</sup>

Esse procedimento otimizou o julgamento de novos temas, sendo que, apenas em 2008, foram julgados oito recursos sob o regime da repercussão geral seguindo essa dinâmica de reafirmação da jurisprudência da Corte, o que correspondeu a 1/3 de todos os recursos extraordinários com o mérito de repercussão geral julgados pelo Pleno naquele ano.<sup>158</sup>

No RE 576.155 (tema 56), o Plenário resolveu outra importante questão de ordem, dessa vez suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, tendo decidido por maioria de votos que o sobrestamento dos casos análogos aos paradigmas de temas de repercussão geral admitidos pelo Plenário poderia ser ordenado por decisão monocrática do relator.

Administrativamente, o Tribunal publicou a Portaria nº 177/07 incumbindo a Secretaria Judiciária do papel de devolver aos tribunais ou turmas recursais de origem os processos ainda não distribuídos cuja matéria veiculada apresentasse relação com temas com repercussão geral já admitidos para julgamento de mérito, desonerando os gabinetes desse serviço burocrático.

Essas alterações marcaram o início de uma série de outros atos que culminaram na transformação da repercussão geral, conferindo-lhe independência em relação ao recurso que, no novo cenário, foi se transformando em condutor da jurisdição constitucional, não mais o seu protagonista. Marcou-se a objetivação do recurso extraordinário, operacionalizada através de uma gestão processual concebida a partir de temas.

Para Christine Silva:

[...] o recurso passou a ser visto como veículo de temas constitucionais que, para serem apreciados e decididos pelo STF, devem apresentar relevância política,

---

<sup>157</sup> RE-QO 579431, Relator(a): Min. Marco Aurélio, publicado em 24/10/2008.

<sup>158</sup> O Plenário do STF julgou, ao todo, 22 temas de repercussão geral no ano 2008, sendo oito por reafirmação da jurisprudência consolidada da Corte.

econômica, social ou jurídica. Deixou de importar as peculiaridades de cada caso, sobrelevando-se a questão constitucional, e o Supremo Tribunal Federal passou, então, a ser um tribunal de questões jurídicas e, não, de números e estatísticas megalomaniacas.<sup>159</sup>

Nesse propósito, ainda em 2007, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 46, implementando em âmbito nacional a Tabela Unificada de Assuntos, tendo o STF no ano seguinte publicado a Resolução nº 358 para instituir grupo gestor com a clara indicação de que “[...] o cadastramento adequado do assunto dos processos da competência do STF é condição para a organização dos trabalhos da área judiciária e para a efetividade dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral”.

Do ponto de vista administrativo, Christine Silva esclarece que para que o *tema* ganhasse independência em relação ao recurso precursor da questão constitucional foi necessária a criação de uma nova estrutura de dados que passou a conferir ao tema atributos próprios, como número, título, descrição, vinculação de processos e até mesmo andamentos específicos, dada a insuficiência e incoerência do emprego das terminologias comuns (provido, não provido) para o julgamento da repercussão geral.<sup>160</sup>

Assim, ainda segundo a citada autora<sup>161</sup>, o tema passou a compor categoria processual autônoma, de modo que quando um ministro ou ministra submete um recurso para exame da repercussão geral em Plenário Virtual, automaticamente é gerado um número sequencial para o tema, que, nessa perspectiva, ganha independência em relação ao recurso matriz.

Após o julgamento da repercussão geral (sendo ela admitida ou não pelo Plenário da Corte), a equipe da Coordenadoria do Informativo da Secretaria de Documentação prepara uma primeira versão do título e da descrição do tema, seguindo-se com a validação do texto pela Assessoria Processual da Presidência. A partir daí, “[...] o novo tema é incluído no sistema passando a ser público e todos, inclusive os usuários externos, podem ter acesso a seu título e descrição, pois ele fica disponível para pesquisa e consulta na internet.”<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. Repercussão geral como instrumento de concretização do supremo tribunal dos direitos fundamentais. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 704.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 707-708.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 708.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 689-715.

Sob a ótica da referida autora, essa metodologia de seleção baseada no paradigma temático, quando associada às proposições dogmáticas que idealizam o compromisso do Tribunal com a hermenêutica jusfundamental, com o prestígio dos efeitos irradiantes, dirigentes e horizontais das normas constitucionais, e com a corresponsabilidade institucional do Judiciário e todos os agentes políticos com a concretização da Constituição, potencializam a instrumentalização da repercussão geral como “[...] meio catalisador da missão do Supremo Tribunal Federal como uma Corte Suprema vocacionada à concretização de direitos fundamentais.”<sup>163</sup>

Sem o embargo dessa projeção dogmática, sob o ponto de vista numérico, as questões de ordem e os atos normativos de gestão administrativa efetivamente resultaram numa significativa redução do contingente de recursos distribuídos ao STF no ano de 2009, caindo para mais da metade o volume de recursos extraordinários em relação à quantidade ajuizada no ano anterior e cerca de 1/3 dos agravos de instrumentos.<sup>164</sup>

Na sequência, em 4 de junho de 2009, o STF publicou a emenda regimental nº 31 com o claro escopo de sanar distorções identificadas em algumas admissões de repercussão geral pelo Pleno naqueles primeiros anos de exigência do filtro recursal, sobretudo no primeiro semestre daquele ano, eis que nesse período foram observados altos índices de abstenções no Plenário Virtual.

De fato, nos meses que antecederam a ER-RISTF nº 31, foi observada uma média de três abstenções para cada tema de repercussão geral submetido no ambiente virtual de votação<sup>165</sup>, com destaque para o tema 156, admitido em 9 de abril de 2009 com apenas dois votos favoráveis contra quatro votos desfavoráveis, incluindo o do relator, e cinco abstenções.

Para evitar a repetição de semelhante situação – admissão de novos temas sem o voto real de pelo menos a maioria simples dos membros da Corte –, a ER-RISTF nº 31 mudou a orientação

---

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 689.

<sup>164</sup> Em 2008 foram distribuídos, no STF, o total de 21.526 recursos extraordinários, enquanto em 2009 foram distribuídos 8.341; quanto aos agravos de instrumento, em 2008 foram distribuídos 37.772 e em 2009, 24.254 novos agravos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em: 18 nov. 2021.

<sup>165</sup> Entre fevereiro a maio de 2009 foram admitidos 14 novos temas de repercussão geral com um total geral de 43 abstenções.

das abstenções, que passaram a ser presumidas no sentido definido pelo relator quando este declara que a matéria é infraconstitucional. O problema é que essa emenda regimental, de postura claramente defensiva, não estabeleceu quórum qualificado para a aludida rejeição, o que resultou em novas distorções. O tema 406, cujo paradigma versava sobre “critérios para o cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário”, foi rejeitado pelo voto real de apenas quatro ministros, de modo que sob a alegação de “não há” questão constitucional, assunto de relevante interesse social foi retirado da pauta suprema em contrariedade à normativa constitucional de rejeição da repercussão geral apenas pelo voto de maioria qualificada dos membros da Corte.

A partir daí deu-se início a uma nova etapa de tentativa e erro, perceptível até a edição do Código de Processo Civil de 2015, que parece ter sedimentado a importância da repercussão geral como regime jurídico próprio da jurisdição constitucional, capaz de habilitar o STF ao exercício de sua função de Corte Suprema, mais interessada em conferir unidade ao direito constitucional do que em sanar querelas intersubjetivas de interesse restrito às partes. Vejamos os eventos que marcaram essa nova etapa.

### **3.4 Fase de consolidação: da emenda regimental nº 31 ao CPC/15**

Como mencionado, a ER-RISTF nº 31 estabeleceu regra de inversão do fluxo das abstenções no Plenário Virtual, mas ao deixar de condicionar a rejeição do tema por questão infraconstitucional ao quórum qualificado, deixou desguarnecida a garantia constitucional de recusa da repercussão geral pelo voto de no mínimo oito ministros ou ministras.

A lógica é de que se a exigência de questão constitucional é prejudicial ao exame da repercussão geral e, a rigor, cuida de requisito de admissibilidade afeto ao juízo monocrático do relator, pela máxima de quem pode o mais pode o menos, a dispensa do quórum qualificado parecia óbvia<sup>166</sup>. No entanto, em determinados casos, há uma zona cinzenta em que a contrariedade à lei também encerra uma contrariedade à Constituição Federal.

---

<sup>166</sup> Importa assinalar que a nova prática foi objeto de censuras por parte do Min. Marco Aurélio, o qual se utilizou do campo de manifestação no ambiente virtual para inserir suas objeções à prática de submeter ao Plenário Virtual o julgamento de recurso extraordinário que oferece impugnação a acórdão cujo fundamento é estritamente legal, denunciando, assim, o que considerou tratar de uso inadequado do sistema da repercussão geral, como se vê, por exemplo, nos temas 229 e 255.

Como adverte Luiz Guilherme Marinoni, num sistema que abriga a existência de duas Cortes Supremas e que estabelece a vinculação a precedentes, a interpretação da lei consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) assume a natureza de norma-precedente e, nesse caso, a impugnação do precedente, embora tenha por objeto a lei, não busca mais retomar o processo de interpretação desta, mas estabelecer se a interpretação definida no precedente está ou não alinhada ao sentido da Constituição Federal e, neste caso, é da competência do STF definir o sentido do texto constitucional.<sup>167</sup>

Logo, é comum haver divergência quanto à percepção de uma questão ser ou não constitucional. Essa zona cinzenta resultou que alguns temas fossem inadmitidos mesmo com o voto divergente (portanto, favorável à admissão da questão constitucional) superior ao número de votos a favor da rejeição.

Distorções como a narrada ocorreram, por exemplo, no exame de admissão dos temas 397, 405 e 406 – este último brevemente comentado no tópico antecedente –, todos julgados em maio de 2011 e rejeitados pelo voto real de quatro ministros, contra o voto real de cinco. Tivessem esses mesmos temas sido examinados em Plenário Físico, para o qual não existe regra de direcionamento das ausências, teriam sido admitidos para julgamento sob o regime da repercussão geral, pois a admissão tanto da questão constitucional quanto do tema obtiveram o voto concordante da maioria simples dos “presentes”<sup>168</sup>.

Visando sanar problemas como esses, que vulneram a garantia constitucional do acesso à justiça, o Supremo Tribunal Federal publicou em 29 de fevereiro de 2012 a ER-RISTF nº 47

---

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: Thompson Reuters, 2019, 214 p., P. 136-137.

<sup>168</sup> Segundo a regra regimental estabelecida no *caput* do art. 143 (RISTF), o Plenário se reúne com a presença mínima de seis ministras e ministros, exigindo-se o *quorum* de oito integrantes para a instalação da sessão apenas nas hipóteses de votação de matéria constitucional, para a eleição da Presidência e Vice-Precidência e dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral, e também a votação do procedimento de “interpretação de lei” (art. 185, RISTF). Nos temas de repercussão geral assinalados, ou seja, nos temas 397, 405 e 406, a transposição hipotética para o Plenário Físico é possível devido ao fato de cada um desses temas ter contato com a manifestação de nove ministras e ministros, portanto, número suficiente para determinar a instalação da sessão.

impondo quórum qualificado para a rejeição do tema por afirmação de se tratar de questão infraconstitucional.

Outras alterações nesse período de consolidação do instituto foram introduzidas pela ER-RISTF nº 42, de dezembro de 2010. Essa pequena reforma cimentou a competência da Presidência para o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, incluindo a possibilidade de submetê-los ao Plenário Virtual para o exame da repercussão geral<sup>169</sup> e o julgamento do mérito nesse ambiente eletrônico quando o tema versado possuía jurisprudência dominante na Corte, ou seja, oficialmente inaugurou o julgamento de mérito em Plenário Virtual para a reafirmação da jurisprudência do Tribunal.

A prática foi primeiro experimentada extraoficialmente em fevereiro de 2010 no RE 630.451 (tema 256), de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Até aquele momento, os recursos que tinham por objeto questões já pacificadas no âmbito do STF para que se beneficiassem das regras de racionalização prescritas no artigo 543-B, § 3º, do CPC/73 tinham de seguir a dinâmica proposta por essa mesma Ministra no RE-QO 579.431 (tema 96), segundo a qual a preliminar de repercussão geral deveria ser analisada em questão de ordem levada diretamente ao Plenário, seja pelo relator do recurso, ou pelo Presidente.

A nova proposta de uso da plataforma virtual para a reafirmação da jurisprudência visava evitar que esse tipo de deliberação tomasse a agenda já sobrecarregada do Pleno. No entanto, até a regulamentação formal da prática pela ER-RISTF nº 42, o ambiente eletrônico de votação não havia sido adaptado para o julgamento do mérito da questão, o que veio a ocorrer somente a partir do RE 600.658 (tema 280), em abril de 2011.

A repercussão geral, enquanto regime de jurisdição constitucional, também mudou a organização administrativa do processamento do recurso extraordinário no âmbito do STF. Nessa fase de consolidação, a técnica de devolução de recursos versando sobre questão com repercussão geral já admitida em recurso paradigma foi adaptada à lógica da gestão por temas,

---

<sup>169</sup> Até a ER-RISTF n. 42, a relatoria especial da Presidência era exercida através da apresentação do recurso em Plenário, por meio de *questão de ordem* (QO-RE 579-431).

e, segundo esclarece Christine Silva<sup>170</sup>, teve de passar pela reestruturação da tabela de representativos da controvérsia “[...] com a finalidade de haver indicação precisa, por numeração sequencial, do título e da descrição dos temas referentes a processos múltiplos já distribuídos [...]”, desenvolvendo-se também uma outra tabela de (pré)temas, alimentada pelos servidores da Secretaria Judiciária e pelos servidores da Assessoria Processual da Presidência, cuja finalidade era controlar a entrada dos processos e organizá-los em listas de representativos aptos a barrarem a subida de outros recursos versando sobre a mesma temática.

Outra mudança paradigmática consistiu na afirmação de *teses* para orientar a aplicação sistêmica da repercussão geral enquanto regime jurídico. Por ocasião do julgamento do RE 596.962 (tema 156), de relatoria do Ministro Dias Tófoli, em 21 de agosto de 2014, o STF fixou diretrizes para a aplicação do julgado seguindo a justificativa do relator para quem a medida evitaria que os fundamentos determinantes da decisão ficassem à deriva ao longo do voto, sujeitos à escolha dos demais atores processuais.

Ao longo do ano seguinte o julgamento de teses para os temas de repercussão geral passou a incorporar a rotina de julgamento do STF e na 12ª Sessão Administrativa realizada em 9 dezembro de 2015, o então Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, apresentou aos seus pares um estudo contendo as teses de repercussão geral afirmadas pelo Plenário, bem como propostas de textos para teses referentes aos processos julgados antes da incorporação definitiva dessas diretrizes, deliberando-se que cada ministro e ministra aprovaria as teses referentes aos processos que estiveram sob a sua relatoria, e, no caso dos já aposentados, a aprovação recairia aos seus sucessores.

Em 2015 sobreveio a publicação a Lei nº 13.105, instituindo o novo Código de Processo Civil. A nova legislação não promoveu nenhuma alteração substancial no regime da repercussão geral, mas incorporou práticas já estabelecidas pelo STF, como a definida no RE-QO 576.155 (DJe 12/9/08), que havia estabelecido ser da competência do relator do recurso extraordinário paradigma de repercussão geral ordenar o sobrestamento das demandas análogas, regra que passou a constar do artigo 1.035, § 5º, do novo diploma processual (CPC/15).

---

<sup>170</sup> <sup>170</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. Repercussão geral como instrumento de concretização do supremo tribunal dos direitos fundamentais. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 709-710.

O legislador de 2015 também teve o cuidado de firmar um procedimento para o destrancamento da ação ou do recurso sobrestado por equívoco da autoridade judicial na identificação da questão constitucional (art. 1037, § 9º, CPC/15), permitindo ao interessado demonstrar a distinção por meio de requerimento dirigido ao julgador singular ou relator do órgão colegiado onde o processo foi sobrestado (art. 1037, § 10, CPC/15), que depois de ouvir a parte contrária (art. 1037, § 11, CPC/15), deve resolver a questão, seja para dar continuidade ao processo caso venha a reconhecer a distinção, seja para mantê-lo sobrestado, inaugurando para o interessado a possibilidade de recorrer pela via do agravo de instrumento se o processo estiver em primeiro grau, ou do agravo interno, se a decisão recorrida tiver sido proferida por relator de órgão colegiado (art. 1037, § 12 e 13, CPC/15).

O CPC/15 não reproduziu a regra de dispensa de remessa do recurso ao Plenário quando alcançados nas Turmas quatro votos favoráveis à admissão da repercussão geral, tampouco dispôs sobre o processamento interno da admissibilidade desse requisito de acesso à jurisdição constitucional, permanecendo ampla a competência normativa do STF na regulamentação do instituto.

### **3.5 Fase de virtualização do julgamento: da emenda regimental nº 51 à emenda regimental nº 54**

No uso de sua competência legislativa, em 29 de junho de 2016 o STF publicou a ER-RISTF nº 51 criando novas hipóteses de julgamento em ambiente eletrônico – que até então era restrito ao julgamento em Plenário Virtual dos paradigmas de repercussão geral com reafirmação da jurisprudência dominante –, para permitir que, à critério do Relator, os embargos de declaração e os agravos internos também pudessem ser julgados de forma não presencial, ou seja, virtualmente, observada a respectiva competência da Turma ou do Plenário. Foi criada, assim, a chamada Sessão Virtual, uma forma de reunião dos órgãos de julgamento em ambiente eminentemente eletrônico.

O seu funcionamento foi originalmente disciplinado por meio da Resolução nº 587, de 3 de agosto de 2016, que prescreveu reuniões semanais, sempre com início à sexta-feira que suceder

ao quinquídio desde a publicação da pauta, a fim de respeitar o prazo exigido pelo artigo 935 do CPC/15. Foi concebida, portanto, como mecanismo de reunião permanente, que se opera em paralelo às sessões de reunião presenciais.

Essa resolução fixou o prazo de sete dias corridos para a duração do julgamento, ao fim do qual, à semelhança do que ocorre no Plenário Virtual, a plataforma se fecha sem a possibilidade de inserção de novas manifestações, contemplando, porém, regra de prorrogação automática do prazo para o primeiro dia útil subsequente quando o término ocorrer em dia sem expediente na Secretaria do Tribunal (art. 2º, com a alteração promovida pela Resolução nº 611, de 25 de abril de 2018).

O julgamento na Sessão Virtual era iniciado após o relator inserir no ambiente virtual a ementa, o relatório e o voto, que ficavam visíveis apenas para os demais ministros e ministras (art. 2º), portanto, inacessíveis para o público geral até a conclusão do julgamento (art. 3º). Em seguida os ministros e ministras poderiam escolher uma das quatro opções de voto disponíveis no sistema: acompanho o relator; acompanhado o relator com ressalva de entendimento; divirjo do relator; ou acompanho a divergência (art. 6º), com campo próprio para a inserção de manifestação escrita para a motivação da divergência (art. 6º, §2º).

As abstenções, à semelhança do que ocorria no Plenário Virtual, eram contabilizadas como adesões ao voto proferido pelo Relator (art. 2º, §2º).

O recurso submetido ao julgamento em Sessão Virtual poderia ser afetado à Sessão Presencial por pedido de destaque ou vista por um ou mais ministros e ministras, ou por pedido de destaque formulado por qualquer das partes, mas, neste caso, o pedido deveria ser requerido em até vinte e quatro horas antes do início da sessão, sujeito ao deferimento do relator (art. 4º). Por sua vez, os agravos com pedidos de sustentação oral ficavam automaticamente excluídos da pauta para julgamento em Sessão Virtual (art. 4º).

No que concerne à repercussão geral, foco deste trabalho, a ER-RISTF nº 52, DJe 19 de junho de 2019, ampliou o uso das Sessões Virtuais para o julgamento dos paradigmas de repercussão geral por reafirmação da jurisprudência dominante. Assim, a prática que já vinha se operando

em Plenário Virtual para conferir maior celeridade ao julgamento de novos temas foi agora estendida para permitir o julgamento de temas passados sobre os quais o Tribunal veio a firmar precedente.

A medida pretendeu reduzir o estoque de temas com repercussão geral admitidos e cujo mérito ainda pendia de julgamento, porém, inclusive porque o Plenário Virtual já era utilizado para o mesmo propósito, o estoque de temas que atendia a essas condições se revelou sobremodo limitado. Durante essa fase da Sessão Virtual, apenas seis temas de repercussão geral foram julgados nesse ambiente eletrônico<sup>171</sup>.

A alteração regimental foi disciplinada pela Resolução nº 642, de 17 de junho de 2019, e, posto que mantidas as estruturas gerais de processamento da Sessão Virtual<sup>172</sup>, dada a natureza dos novos processos admitidos para julgamento nesse ambiente<sup>173</sup>, a possibilidade de retirada dos processos nos quais houvesse pedido de sustentação oral deixou de se operar de forma automática, ou seja, condicionada apenas ao cabimento da sustentação oral, passando a depender do deferimento do relator (art. 4º, III).

Nesse ponto, destaca-se que a sujeição do direito à sustentação oral ao alvedrio do relator constituía verdadeiro obstáculo à aceitação do novo procedimento, afinal, a sustentação oral é importante ferramenta para a concretização dos princípios do contraditório e do acesso à justiça<sup>174</sup>, mas, como se verá adiante, a questão foi contornada pela ER-RISTF nº 53.

No que concerne à suspensão pelo pedido de vista, enquanto na Resolução nº 587 essa providência importava na mudança do ambiente de julgamento, na Resolução nº 642, o ministro

---

<sup>171</sup> Temas 137, 293, 298, 382, 400 e 415.

<sup>172</sup> Foram mantidos o prazo de duração (art. 2º *caput* e § 1º), a direção dos votos nas abstenções (art. 2º *caput* e § 3º), a afetação ao julgamento presencial por *destaque* de qualquer Ministro ou por pedido de qualquer das partes deferido pelo relator (art. 4º), a limitação sistêmica a quatro opções de votos (art. 6º) e a possibilidade de inserção de manifestação escrita em campo próprio.

<sup>173</sup> Afora o julgamento dos embargos de declaração e agravos internos e regimentais, contemplados na ER-RISTF 51, e o recurso extraordinário paradigma de repercussão geral por reafirmação da jurisprudência do Tribunal, conforme já comentado, a ER-RISTF 52 também inseriu a previsão de julgamento de todas as classes de processos quando tais versarem sobre questão convertida em precedente, estendendo o uso do ambiente virtual também para o julgamento de medidas cautelares em ações de controle concentrado e o *referendum* de medidas cautelares e tutelas provisórias (art. 21-B, RISTF).

<sup>174</sup> GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Da ordem dos processos no tribunal. 251-280p. **Recursos e processos nos tribunais**: à luz do Novo Código de Processo Civil. GARCIA JUNIOR, Vanderlei (Org.). Curitiba: Juruá, 2017, 374p., p. 268.

ou ministra vistor passou a devolver os autos para a retomada do julgamento no mesmo ambiente virtual, sendo reaberto aos seus pares a possibilidade de modificação dos votos já proferidos.

Mas a Sessão Virtual foi substancialmente remodelada depois da aprovação da ER-RISTF nº 53, acordada em sessão administrativa ocorrida em 18 de março de 2020, portanto, em seguida ao reconhecimento pela Organização Mundial de Saúde da pandemia por Covid-19 (OMS, 2020). Esse ambiente eletrônico de deliberação dos órgãos colegiados foi estendido para o julgamento do mérito de qualquer classe de processo de competência do STF, de modo que a medida passou a incluir o julgamento do mérito dos recursos extraordinários com repercussão geral admitida, independente de a questão constitucional em disputa tratar, ou não, de matéria sobre a qual a Corte já houvesse se debruçado.

A expansão quase irrestrita do uso da Sessão Virtual veio acompanhada de uma revisão substancial das técnicas relacionadas aos julgamentos realizados nesse ambiente eletrônico. Num primeiro momento, o contexto que motivou a expansão da técnica parece se justificar à vista das medidas sanitárias de isolamento social adotadas como forma de refrear a propagação da doença, equacionando o controle epidêmico com a continuação dos trabalhos do Tribunal, cuja paralisação refletiria substancial afronta à garantia constitucional do acesso à justiça.

Ocorre que a alteração regimental não veio acompanhada de nenhuma regra que restrinja sua vigência temporal pelo tempo que perdurar as medidas sanitárias de isolamento social, o que aliado ao uso excessivo da Sessão Virtual – contabilizados nos dois meses que sucederam a publicação da ER-RISTF nº 53<sup>175</sup> –, sugerem a naturalização desse ambiente eletrônico para a formação da decisão constitucional pelo órgão de cúpula do Judiciário nacional.

Vejamos, então, as inovações. No novo formato disciplinado pelas Resoluções nº 669 e 675, foi estabelecida ampla publicidade ao voto do relator e de seus pares, que doravante ficariam disponíveis para *download* a todo o público, no canal de acesso à Sessão Virtual, em campo

---

<sup>175</sup> Ao longo de todo o ano de 2019, o Plenário do STF julgou 21 recursos paradigmas de repercussão geral (descontados desse cálculo os temas nos quais a Corte apenas reafirmou sua jurisprudência). Já em 2020, somente entre os dias 3 de abril a 5 de junho, 28 desses recursos foram julgados em Sessão Virtual, o que representa um aumento extraordinário considerando o curto período examinado.

disponível na página de consulta do processo particularmente examinado. A sessão passou a ter duração de seis dias úteis e a ausência de manifestação de qualquer ministro ou ministra no prazo assinalado foi inicialmente considerada ficticiamente como concordante com o voto do relator – prática também empregada no Plenário Virtual e de legitimidade questionável, como já exposto acima – mas que veio a ser sanada na sequência.

Porque o sistema passou a permitir a apresentação de sustentação oral pelas partes e interessados previamente habilitados aos autos, o pedido desses atores processuais concernentes ao uso dessa prerrogativa não mais tem aptidão para determinar o deslocamento do processo para julgamento presencial. Esse deslocamento, na nova sistemática, constitui ato discricionário do relator e demais ministros e ministras da Corte, de modo que basta um dos magistrados conferir destaque ao processo para que tal seja automaticamente retirado da pauta de julgamento virtual e lançado à pauta presencial. O uso dessa ferramenta, no entanto, tem se mostrado bastante limitado. Dos 39 temas de repercussão geral pautados para julgamento em Sessão Virtual no período de 3 de abril a 5 de junho de 2020, apenas um foi retirado de pauta por pedido de destaque.

O site do STF foi adaptado para o melhor acolhimento do novo ambiente de julgamento e logo à página inicial foi adicionado um botão de peticionamento eletrônico por meio da qual os habilitados, uma vez cadastrados no sistema, podem enviar suas sustentações orais, memoriais e petições de esclarecimentos caso, no curso do julgamento – agora com os votos visíveis a todos os interessados –, observar a necessidade de elucidar alguma questão.

Para corrigir algumas distorções, como o voto ficto, o Tribunal aprovou a ER-RISTF nº 54, de modo que a abstenção de qualquer ministro ou ministra no prazo assinalado para a duração da Sessão Virtual deixou de ser considerada como aquiescente ao voto do relator, considerando-se a “não participação” para fins de determinação do quórum de votação.

No que concerne ao poder de agenda temática – que é o que interessa a este trabalho – essa emenda também consolidou os poderes da Presidência na relatoria especial dos recursos extraordinários, o que representa uma tentativa de concentração do poder de agenda dos temas admitidos à julgamento pela Corte. Entretanto, manteve a possibilidade de rejeição de novos

temas pelo voto de seis ministros ou ministras quando estes afirmarem que a matéria é infraconstitucional, o que, como demonstrado acima, deixa desguarnecida a garantia constitucional de recusa da repercussão geral por maioria qualificada, tendo em vista a zona de penumbra que se observa em alguns casos nos quais a contrariedade à lei também encerra uma contrariedade à Constituição Federal.<sup>176</sup>

A ER-RISTF nº 54 também inovou ao permitir que o relator restrinja o efeito vinculante da decisão que negar repercussão geral, sendo essa uma outra tentativa da Corte de ampliar o controle de sua agenda temática.

Observa-se, portanto, que em sede de repercussão geral, o STF vem ampliando significativamente suas competências normativas e, de forma autorrefenciada, vem construindo para si cada vez mais autonomia no controle de sua agenda.

Vejamos, portanto, qual ou quais papéis o STF escolhe exercer quando dotado da competência de gerenciar seu acervo temático.

---

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: Thompson Reuters, 2019, 214 p.

## 4. A AGENDA TEMÁTICA DO STF NA REPERCUSSÃO GERAL

### 4.1 Metodologia

#### 4.1.1 Problema de pesquisa

Esta investigação tem por escopo saber se quando o STF escolhe o que julgar, ou seja, quando exerce o controle sobre a sua agenda temática, suas escolhas estão alinhadas, ou não, à teoria idealista que propõe defender a legitimação democrática da revisão judicial como instrumento de defesa dos direitos fundamentais ou transindividuais.

As fontes que inspiraram o problema de pesquisa são os trabalhos de Alexandre Costa Araújo e Juliano Zaiden Benvindo<sup>177</sup> e de Fabiana Luci Oliveira<sup>178</sup>, que, de modo convergente, diagnosticaram uma distorção entre a teoria normativa que legitima a revisão judicial e o exercício prático desse poder no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade – mais especificamente, em sede de ADI. Ocorre que, nesses casos, em vista da ausência de um filtro processual transferindo para o STF o controle formal *do que* julgar, é seguro afirmar que a agenda temática da Suprema Corte em sede de controle concentrado é fortemente determinada pela escolha dos legitimados constitucionais (art. 103 da CF).

Por outro lado, no âmbito do controle incidental, no modelo descentralizado, para o qual o constituinte derivado estabeleceu o filtro da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – que é, a rigor, o principal instrumento de acesso a

---

<sup>177</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?:** o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: Unb, 2014. 84 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 30 abr. 2019.

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, v. 28, n. 1, p. 105–133, 1 jan. 2016, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 31 jul. 2020.

essa forma de controle judicial<sup>179</sup> –, a pesquisa realizada por Damares Medida diagnosticou que o STF possui uma predileção por temas de direito tributário, eleitoral e processual eleitoral, e que temas relacionados ao direito do trabalho, do consumidor e civil – normalmente afetos à interesses gerais da sociedade civil – são recusados na maioria das vezes.<sup>180</sup>

Esse estudo – baseado no método investigativo de natureza quantitativo – não levou em consideração as nuances dos temas, mas apenas a área do direito no qual ele se insere, sendo, nesse sentido, também insuficiente para responder *a priori* a pergunta que move a presente dissertação<sup>181</sup>, na medida em que desconsidera o conteúdo substancial da questão constitucional suscitada, se relacionado a direitos fundamentais, individuais ou difusos, ou de classes especiais – minoritárias (sob a perspectiva numérica) e insultares (por seu grau de exclusão da arena política tradicional) –, ou se relacionadas ao pacto federativo, ou à divisão de poderes, ou, ainda, à questões de interesses meramente corporativos de setores determinados da sociedade.

Por essa razão, na presente investigação, foram criadas classificações próprias para sistematizar os temas de repercussão geral segundo as categorias teóricas que buscam justificar a adoção, em nível doméstico, do controle judicial de constitucionalidade.

Porém, cumpre observar que no curso do trabalho foram identificados temas cujo móvel da admissão ou rejeição não apresentava relação com as teorias normativas que inspiraram as classes iniciais, de modo que estas foram expandidas para abrigar a criação de duas novas classes estabelecidas à luz das descobertas incidentais observadas empiricamente.

---

<sup>179</sup> Na última década, o recurso extraordinário e o agravo interposto com o objetivo de permitir o seu processamento foram identificados como os maiores responsáveis pelo contingenciamento dos processos submetidos ao STF, correspondendo a 97% do volume total das demandas remetidas à Suprema Corte no ano de 2003 (**Porcentagem de AI, ARE e RE em relação aos processos distribuídos e resgistrados à presidência**. Gestor: Secretaria de Gestão Estratégica. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal>, Acesso em: 16 jan. 2020).

<sup>180</sup> MEDINA, Damares. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016, 294 p., p. 170-174.

<sup>181</sup> Esse diagnóstico, neste caso, não tem a ver com a *qualidade* do trabalho da referida autora, cuja singular importância acadêmica é reconhecida nesta dissertação, que, inclusive, foi influenciada por aludida pesquisa. Antes, a *insuficiência*, neste caso, tem o propósito de demonstrar que o problema suscitado neste trabalho não é respondido à luz daquela produção acadêmica, cujo escopo não era mesmo investigar o controle da agenda do STF à luz de qualquer teoria normativa, mas apresentar um diagnóstico amplo e detalhado da repercussão geral e seu processo decisório.

Todas essas classificações – tanto as de base normativa, como aquelas acrescidas por descobertas no curso da investigação – foram desenvolvidas a partir de códigos descritivos criados para viabilizar a formação de dados quantificáveis, cujo propósito é permitir a comparação dos resultados com aqueles já documentados, tudo orientado, afinal, pela questão motriz, que é saber se a teoria moral que legitima o controle dos atos políticos por um órgão cuja atuação não está sujeita à sindicância eleitoral espelha, ou não, a realidade da Suprema Corte em sede de repercussão geral.

#### 4.1.2 Universo analisado

Para fins desta pesquisa, foram analisados o total de 615 temas de repercussão geral. Devido às limitações de ordem temporal, mas com o objetivo de viabilizar uma comparação entre as preferências do STF no início da aplicação do filtro recursal com suas escolhas hodiernas, quando já consolidada a repercussão geral enquanto regime jurídico, optou-se por realizar um recorte no tema 400, abarcando, assim, todos os temas examinados sob a gestão da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Gilmar Mendes e metade dos temas avaliados sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, retomando-se a partir do tema 1008, que marca o início da gestão do Ministro Dias Toffoli, até o tema 1222, examinado pelo Plenário em julho de 2022, período de encerramento da presente dissertação e que coincide, outrossim, com os últimos meses de presidência do Ministro Luiz Fux.

Esta pesquisa contempla, portanto, os temas examinados entre os períodos de setembro de 2007 a maio de 2011 e de setembro de 2018 a julho de 2022. No primeiro período examinado, integraram o STF os Ministros Celso de Melo, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito, Dias Toffoli e Luiz Fux. No segundo período, oficiaram perante o Tribunal os Ministros Celso de Melo, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

#### 4.1.3 Coleta de dados

Todos os dados da pesquisa foram obtidos a partir do sítio eletrônico do STF, no botão “repercussão geral” disponível na página inicial, campo “pesquisa avançada”.

A acentuada transparência do STF ajuda a transpor problemas comuns à pesquisa documental<sup>182</sup>, que tem a ver com o acesso, a autenticidade e a confiabilidade dos documentos examinados. Isso porque, no caso do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro todos os documentos concernentes aos casos julgados pela Corte – portanto, os arquivos oficiais do julgamento – ficam disponibilizados em sua página na internet para livre consulta.

Para os fins desta dissertação foram examinados o andamento processual disponível no endereço eletrônico de cada recurso extraordinário paradigma ou vetor do tema de repercussão geral e, também, algumas peças processuais consideradas cruciais para a determinação dos interesses em conflito, como o acórdão concernente ao julgamento dessa preliminar, o acórdão recorrido, as razões e as contrarrazões recursais – nos temas em que essas peças foram disponibilizadas – e, nos temas já julgados, o acórdão relacionado ao julgamento do mérito do recurso extraordinário vetor da questão constitucional tematizada.

A partir desse exame foram catalogados dados objetivos que dizem respeito à natureza das partes em conflito – com enfoque para os atores que integram o corpo da administração pública direta ou indireta –, à natureza da ação na origem, ao órgão *a quo*, ao permissivo constitucional sobre o qual foi reclamada a intervenção da Corte Constitucional, à relatoria do paradigma ou do vetor, ao fundamento jurídico empregado pelo relator para a admissão ou rejeição do tema, ao ambiente de julgamento da preliminar de repercussão geral, à quantidade de manifestações e contabilidade dos votos, ao julgamento do mérito por reafirmação da jurisprudência da Corte e, ainda, à liberação do processo para julgamento colegiado, com a indicação da parte favorecida nos recursos já julgados pelo Tribunal.

A distinção entre *vetor* e *paradigma* da questão constitucional é importante e diz respeito, respectivamente, ao recurso a partir do qual o tema de repercussão geral foi admitido e aquele sobre o qual houve o efetivo julgamento de mérito. A importância advém da necessidade de

---

<sup>182</sup> CELLARD, André. A análise documental. In **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 295-316, p. 299-302.

chamar a atenção do leitor para casos emblemáticos, do ponto de vista da dogmática processual, pois além das hipóteses em que a substituição do recurso representativo da controvérsia foi motivada pela desistência da parte recorrente, pela composição dos envolvidos ou outro motivo ensejador da perda do objeto recursal<sup>183</sup>, observou-se hipótese na qual a própria escolha do *paradigma* foi motivada pelo *tema*, o que sinaliza a independência do *tema* em relação ao *caso* como matriz da gestão temática anunciada no capítulo antecedente<sup>184</sup>, sendo esse o caso do tema 58 da repercussão geral, no qual fato material relevante para a solução da controvérsia foi ignorado pela Corte quando do exame de admissão da questão, demandando superveniente substituição do recurso como paradigma do *tema*.

Com efeito, esse tema, orientado pelo título “Fracionamento de execução contra a Fazenda Pública para pagamento de custas processuais de forma autônoma em relação ao crédito principal” foi admitido no RE 578.695, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo como fundamento a sua “[...] repetição em múltiplos feitos com fundamento em idêntica controvérsia”, inclusive com jurisprudência já consolidada no âmbito do STF. Porém, o recurso selecionado pelo Ministro apresentava um elemento fático-material que o distinguia dos demais, qual seja, a ausência de identidade entre o titular do crédito principal e o das custas processuais destacadas do precatório, já que a recorrida, no recurso vetor, esteve amparada na fase de conhecimento pela assistência judiciária gratuita, de modo que o fracionamento da

---

<sup>183</sup> Este motivo, posto comum, pode mesmo despertar interesses acadêmicos, valendo o registro do caso afeto ao tema 57, versando sobre a possibilidade de servidor público militar estudante de curso de graduação em instituição privada, poder ingressar em curso oferecido por universidade pública quando transferido *ex officio* para região onde inexistir instituição de ensino congênera à de origem. Este tema teve por vetor o RE 576464, que acabou sendo substituído porque, devido a mora na tramitação do recurso, o recorrido já havia concluído o curso superior, perdendo-se o objeto do *caso*. O vetor, então, foi substituído pelo RE 819409, que acabou prejudicado pela mesma razão. Procedida nova substituição, agora pelo RE 601580, o *caso* também tinha perdido o seu objeto no momento em que o feito foi pautado para julgamento. Porém, dessa vez, o Tribunal, por maioria – com a objeção dos ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio – deliberou por prosseguir no julgamento do *tema* por considerar o pronunciamento da Corte relevante para a *segurança jurídica*, aplicando-se o disposto no artigo 998, parágrafo único, do CPC/15. No desenvolver dos debates, o ministro Dias Toffoli, que presidia a sessão, assinalou à p. 27 do inteiro teor que o “[...] Relator [min. Edson Fachin] julgou o caso de acordo com os dados constantes nos autos.”. Essa assertiva, pronunciada com o escopo de refutar a alegação de que o Tribunal estaria julgando em *abstrato*, sinaliza que para o STF, embora não se tenha emitido um julgamento para o *caso* – pelo que o acórdão não pode servir de exemplo de ato jurídico de natureza normativa contendo uma ordem individualizada para as partes –, o julgamento articulado na Corte estabeleceu uma *ordem geral*, destinada à resolução do tema, mas circunscrita pelo *caso*. Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042629>. Acesso em: 3 fev. 2022.

<sup>184</sup> Nesse sentido, resgata-se o trabalho de Christine Oliveira Peter da Silva, citado no capítulo dois desta dissertação, pelo qual esclarece como o STF mudou a organização administrativa do processamento dos recursos extraordinários, antes orientada por números, agora, adaptada a uma gestão por *temas*. Ver SILVA, Christine Oliveira Peter da. Repercussão geral como instrumento de concretização do supremo tribunal dos direitos fundamentais. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 709-710

execução ordenado pelo tribunal *a quo* teve por base a satisfação do crédito da serventia judicial à época privatizada<sup>185</sup>. Esse dado de fato que distinguia o *caso* dos “múltiplos feitos com fundamento em idêntica controvérsia” foi ignorado pelo Ministro relator, mas sublinhado pelo Ministro Marco Aurélio durante os debates que seguiram ao pronunciamento do voto para o julgamento do mérito do recurso. Como consequência, o Ministro relator retificou o seu voto para julgar o *caso* segundo o elemento de *distinção*, com a advertência, anunciada em Plenário, de que mantinha “[...] a tese da impossibilidade de fracionamento dos precatórios, mas que será examinada numa outra ocasião”<sup>186</sup>. Portanto, observa-se que o *tema* teve por *vetor* recurso extraordinário que continha hipótese de *distinção* da jurisprudência firmada pelo Tribunal nos casos repetidos que já tinham sido submetidos ao crivo da Corte em período anterior à sistematização da repercussão geral, de modo que a *substituição* do *paradigma* foi determinada pela ausência de congruência do *vetor* com o *tema*.

Por fim, importante à apresentação dos dados, é assinalar que as classificações concernentes ao “ramo do direito” e ao “assunto” são catalogados pelo próprio setor de estatística da Secretaria-Geral da Presidência, disponibilizados para consulta pública e *download* no botão “repercussão geral”, campo “Informações consolidadas”<sup>187</sup>, sem a influência desta pesquisadora.

#### 4.1.4 Método de classificação dos temas

---

<sup>185</sup> As peças processuais não estão disponíveis para consulta, o que dificulta a identificação precisa do credor das custas, porém, no inteiro teor, tanto o Ministro Marco Aurélio assinala que o crédito seria da serventia que, à época da ação de conhecimento, estaria privatizada (p. 1163, do inteiro teor), como o Ministro Menezes Direito, em devolução de vista, transcreve trecho do acórdão recorrido no qual se confirma que as custas, no caso matriz, seriam devidas ao titular do cartório, porque privatizado (p. 1171, do inteiro teor). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582906>. Acesso em: 4 fev. 2022.

<sup>186</sup> Vale observar, ainda, as anotações feitas pelos Ministros Cezar Peluso, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Marco Aurélio durante os debates, sinalizando o primeiro que o caso tratado no *vetor* versava “[...] simplesmente a questão da admissibilidade da execução. A execução é inadmissível porque o beneficiário de justiça gratuita não tem crédito e, portanto, não tem legitimidade para iniciar a execução.”. Na sequência, o Ministro Menezes Direito responde: “O fundamento é só esse. Por isso, Ministro Marco Aurélio, é que, ao fazer o relatório, eu destaquei que, no caso, ficava descaracterizada a questão da repercussão geral. Não se pode enfrentar o tema, porque é uma circunstância de fato.”. A Ministra Cármen Lúcia interveio anunciando, com pragmatismo, que “[...] como a matéria foi reconhecida como de repercussão geral, Presidente, isso poderá voltar sem precisar reconhecer de novo”, no que o Ministro Marco Aurélio responde: “Deixemos para um outro processo” (inteiro teor, p. 1176). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582906>. Acesso em: 4 fev. 2022.

<sup>187</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3wIE1Uo>. Acesso em: 8 mar. 2021.

Conforme anunciado, a presente pesquisa envolve a necessidade de classificar os temas tendo por referencial as teorias apresentadas na primeira parte desta dissertação, a saber, idealista, seguro político e coordenação.

Para esse propósito, empreendeu-se pesquisa por análise de conteúdo com exame de contingência, ou co-ocorrências, visando compreender e resgatar o conteúdo de cada tema de repercussão geral para além do exame superficial dos itens léxicos dos textos examinados, neste caso, à mera indicação topográfica da matéria constitucional objeto da questão – se afeta ao catálogo de direitos fundamentais ou sociais, ou se relacionados às normas de organização dos poderes estatais, econômicos ou políticas tributárias –, de modo que também foram catalogados dados relacionados à natureza das partes em conflito, se públicas ou privadas, dos interessados na intervenção como *amici curiae* no momento do juízo de admissibilidade do tema, além da natureza da ação na origem e o registro de circunstâncias contingenciais anunciadas nos textos disponibilizados aos julgadores. Esses dados interessam na medida em que viabilizam o acesso a conhecimentos não diretamente visíveis no corpo das peças examinadas<sup>188</sup>, permitindo uma compreensão dos temas de repercussão geral à luz dos papéis normativos ou institucionais reclamados ou assumidos pelo próprio Tribunal.

Em atenção à exortação de Décio Rocha e Bruno Deusdará acerca do desafio do analista de conteúdo, qual seja, “[...] estabelecer correspondências entre as estruturas semânticas ou linguísticas (o plano sincrônico ou horizontal da superfície dos textos) e as estruturas psicológicas ou sociológicas (fatores localizados num plano diacrônico ou vertical que determinam as características encontradas nos textos)”<sup>189</sup>, para o fim de conjugar o trabalho de interpretação com a neutralidade científica – no grau de neutralidade possível –, buscou-se traçar códigos descritivos que permitissem a sumarização dos dados catalogados à luz de seus significados evocativos, de forma a sinalizar para o leitor uma ideia do conteúdo de cada categoria criada<sup>190</sup>, permitindo-lhe melhor assimilar a lógica que orientou a classificação desenvolvida nesta pesquisa.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> ROCHA, Décio; DEUSDARÁ, Bruno. Análise de conteúdo e Análise do discurso: o lingüístico e seu entorno. DELTA. **Documentação de Estudos em Lingüística Teórica e Aplicada**, São Paulo, v. 22, n.1, p. 29-52, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-44502006000100002>. Acesso em: 30 jun. 2022, p. 9.

<sup>189</sup> *Ib. idem*, p. 11.

<sup>190</sup> SALDAÑA, Johnny. **The coding manual for qualitative researchers**. 2ª ed., Londres: SAGE, 2013, p. 8.

<sup>191</sup> CELLARD, André. A análise documental. In **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 295-316, p. 298.

O número elevado de recursos analisados tornou o método de codificação indispensável para o exame analítico da atuação do STF em controle concreto, constituindo, outrossim, mecanismo de controle dos resultados ao permitir que a pesquisa seja minimamente replicável<sup>192</sup> – a despeito do subjetivismo característico da pesquisa qualitativa.

Conforme Meghan Cope<sup>193</sup>, o método de codificação assiste ao pesquisador nos propósitos de redução ou abstração das massas de dados catalogados, permitindo-lhe não apenas organizar os dados segundo padrões, semelhanças, relações ou correspondências identificadas entre eles, como também analisa-los previamente, o que, frequentemente, o habilita a progredir para além dos códigos iniciais – aqueles definidos previamente à partir das questões de pesquisa e da literatura de fundo –, para novos códigos estabelecidos à luz de padrões de diferenças ou de descobertas incidentais observadas empiricamente.

André Cellard também consente que a dinâmica da pesquisa por análise documental, às vezes, revela “descobertas” e “surpresas” que obrigam o pesquisador a modificar ou a enriquecer o seu questionamento inicial.<sup>194</sup>

Com efeito, no curso desta investigação foi observada não apenas a necessidade de adaptação do conteúdo semântico dos signos teóricos apresentados na primeira parte deste trabalho – sendo essas adaptações justificadas na apresentação dos códigos descritivos de cada categoria, nos tópicos abaixo –, como a necessidade de criação de duas novas categorias classificatórias dos papéis que o STF escolhe exercer quando dotado da competência de gerenciar o seu acervo temático.

---

<sup>192</sup> Conforme Lee Epstein e Gary King, o *padrão da replicação* constitui importante diretriz para a pesquisa empírica, pois garante “[...] que um trabalho publicado seja auto-suficiente, de maneira que os leitores possam absorver o que ele tem a oferecer, sem que se façam necessárias quaisquer conexão, informações adicionais ou crenças sobre o status ou a reputação do autor. O padrão de replicação mantém o inquérito empírico acima do nível dos ataques *ad hominem* à aceitação incondicional dos argumentos de autoridades” (**Pesquisa empírica em Direito**: as Regras da Inferência. São Paulo: Direito GV, 2013, 255 p. [e-book], p. 53).

<sup>193</sup> COPE, Meghan. Coding qualitative data. In: HAY, Iain. **Qualitative Research Methods in Human Geography**. 3. ed. Eua: Oxford University Press, 2010. Cap. 14. p. 223-233. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/284143585\\_Coding\\_qualitative\\_data](https://www.researchgate.net/publication/284143585_Coding_qualitative_data). Acesso em: 30 mai 2022, p. 284-285.

<sup>194</sup> CELLARD, André. A análise documental. In **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 295-316, p. 303.

No primeiro caso, ou seja, adaptação do conteúdo semântico dos signos teóricos apresentados, justifica-se que a opção por tentar conservar a identidade dos nomes tem a ver com o propósito de manter a teoria como fio condutor desta pesquisa, um mecanismo informal de conexão do processo de codificação à teoria normativa que move o problema em investigação.

No segundo caso, conquanto a criação das duas novas categorias tenha aparecido no curso da pesquisa, elas dizem respeito a papéis que, em certa medida, estão alinhados à literatura de fundo empregada neste trabalho. Os nomes que lhe foram atribuídos, quais sejam, “Corte de Vértice” e “Contenção da Tribunalização”, procuram remeter a essa base literária, resgatando-se a primeira do trabalho de Victor Ferreres Comella<sup>195-196</sup>, a partir da caracterização do constitucionalismo brasileiro como um modelo híbrido, no qual o STF tanto figura como protagonista do controle concentrado de constitucionalidade, comum ao modelo centralizado, como ocupa o vértice da estrutura recursal das atividades judiciárias ordinárias; a segunda categoria, por sua vez, teve o nome inspirado no fenômeno descrito por Diana Kapiszewski<sup>197</sup>, que tem a ver com a tendência de os jurisdicionados recorrerem aos tribunais superiores para resolver seus conflitos, e a tentativa do STF de criar mecanismos de contenção desse fluxo.

Todas essas categorias são apresentadas nos subtópicos elencados a seguir, a partir do detalhamento dos códigos descritivos empregados na formulação de cada uma delas.

#### a) Idealista

Sob o grupo “idealista” foram classificados os temas nos quais se reclama do STF a atuação de guardião dos direitos fundamentais e dos princípios republicanos.

---

<sup>195</sup> COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism." SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 39., 2004, disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/39](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39), acesso em 24 maio 2020.

<sup>196</sup> O nome “Corte de Vértice” remete, também, à conhecida obra de Daniel Mitidiero (**Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 176 p.). Embora esse autor esteja preocupado com a função do Tribunal na cadeia de formação do precedente, o nome concede uma apresentação gráfica da estrutura judicial e o lugar ocupado pela Suprema Corte, mostrando-se adequado – nesse sentido estrutural, não substancial – aos achados identificados nesta pesquisa.

<sup>197</sup> KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. Helmke; J. Rios-Figueroa (orgs.), **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 154-186, doi:10.1017/CBO9780511976520.007. Disponível em: <https://bit.ly/3KpXZJp>. Acesso em: 21 out 2021, p. 154, nota 1.

Considerando a abertura material do catálogo de direitos e garantias fundamentais para além do fichário organizado pelo Constituinte no título II da CF, incluindo-se até mesmo direitos positivados em documentos alienígenas, como os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, conforme previsão do artigo 5º, §2º, da CF, empregou-se, neste estudo, como critério para a identificação das posições jus-fundamentais da questão constitucional discutida, o exame da repercussão da causa em disputa sobre os direitos fundamentais catalogados ou, seguindo a proposta de Ingo Sarlet, o de sua influência sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que, neste caso, atua como “[...] diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional)”<sup>198</sup>. Também aqui, adotou-se a advertência do autor, inspirada no pensamento de Laurence Tribe, no sentido de que a dignidade – e o catálogo de direitos fundamentais – “[...] não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada ou esvaziada”<sup>199</sup>, de modo que foram categorizados como relacionados à teoria idealista os paradigmas nos quais foram deduzidas posições jurídicas embasadas diretamente nas normas de direitos fundamentais ou com elas relacionadas, “[...] no sentido de essencial à sua proteção”<sup>200</sup>.

Portanto, foram encartadas nessa classificação temas que versam diretamente sobre os direitos individuais inseridos no artigo 5º da CF, sobre os direitos sociais, de nacionalidade, os direitos políticos, e, também, os temas conexos a esses direitos, em especial aqueles relacionados à Ordem Social, como os direitos à seguridade social – incluindo saúde, previdência e assistência social – à educação, ao meio ambiente, à família e as garantias constitucionais dos povos originários.

Também as limitações substanciais ao poder do Estado de tributar foram inseridas na classe idealista, afinal, nas palavras de Aliomar Baleeiro, anunciadas em 1951, “[o] sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimientosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais”<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 170 p., p. 111.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>200</sup> *Loc. cit.*

<sup>201</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7a ed. atualizada por Miabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

especialmente do direito à liberdade, paradigma da propriedade privada, que é antagonizado pelo valor – igualmente fundamental – da solidariedade que legitima a exação exercida pelo Estado, muitas vezes reclamando a atuação judicial como fonte de equilíbrio dessa relação conflituosa.<sup>202-203</sup>

O tema 44, que tem por paradigma da questão constitucional o RE 573.675, com o título “Constitucionalidade da instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública” questionava a conformidade de lei municipal que havia instituído a cobrança de Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP à luz dos princípios da isonomia, progressividade, razoabilidade e proporcionalidade. Em voto pela admissão da preliminar de repercussão geral, o Ministro relator Ricardo Lewandowski ponderou não haver encontrado na jurisprudência do STF “[...] precedentes sobre o tema que permitam estabelecer os limites ao poder de instituir dita contribuição, o qual, ressalte-se, é atribuído a todos os Municípios e ao Distrito Federal”<sup>204</sup>, sinalizando com essa assertiva o papel normativo da Corte em definir a extensão dos limites do poder de exação exercido pela administração pública.

Ainda para efeitos de codificação, observa-se que além dos casos versando sobre questões com repercussão direta ou indireta sobre direitos fundamentais, foram também inseridos na classificação *idealista* os recursos nos quais foram deduzidos conflitos de interesse republicano por parte dos agentes políticos diretamente afetados. A escolha por essa inserção visa distinguir as disputas de poder sensíveis à manutenção da ordem democrática, daquelas relacionadas ao sistema federalista, pois apesar de ambos reclamarem da Corte Constitucional o papel de árbitro das disputas públicas, a primeira tem interesses que dialogam com o conteúdo da teoria idealista de justificação da revisão judicial, especialmente por constituir matéria afeta ao interesse geral

---

<sup>202</sup> Octavio Campos Fischer, comentando o artigo 150 da CF, aponta que “[...] por meio desse dispositivo a Constituição deixa claro que as normas constitucionais limitadoras do poder de tributar têm uma natureza dúplice. Ao mesmo tempo em que são normas que auxiliam na delimitação de competências, são, também, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.”, neste caso, “direitos e garantias fundamentais de 1ª dimensão aplicáveis às relações tributárias, no sentido de que representam uma resistência e uma oposição em relação ao Estado.” (FISCHER, Octavio Campos. *A Constituição brasileira de 1988 e os direitos fundamentais tributários*. In: **Direito constitucional brasileiro** [livro eletrônico]: volume 3: constituições econômica e social. Coordenador CLÈVE, Clèmerson Merlin Clève. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, tópico 2).

<sup>203</sup> Foram, porém, excluídos dessa classe os temas que discutem questões meramente formais ou nos quais a invocação a uma violação aos preceitos limitadores do poder de exação são contingenciais, conforme será exposto na apresentação dos códigos descritivos inseridos na classe *coordenação*.

<sup>204</sup> Excerto extraído do voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 1689/1690. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520351>. Acesso em: 15 mar. 2022.

da sociedade civil, enquanto no segundo tipo de conflito as disputas normalmente envolvem divergências de cunho distributivo da forma de organização e gestão do Estado e das receitas públicas, interessando normalmente apenas aos atores políticos envolvidos.

Um exemplo de conflito republicano inserido na classe *idealista* é o caso versado no tema 56, que tem como paradigma o RE 576.155. Este recurso foi interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela Capital Federal, que recusou a legitimidade ativa do *Parquet* para ajuizar ação civil pública em matéria tributária. Na matriz, o Ministério Público pretendia anular judicialmente o Termo de Acordo de Regime Especial celebrado entre o Distrito Federal e empresa privada, visando tornar ineficaz crédito fiscal atribuído a essa entidade comercial. O argumento ministerial era de que o acordo desrespeitava normas tributárias em prejuízo ao erário. Apesar desse pano de fundo, a questão constitucional controvertida no recurso extraordinário dizia respeito à legitimidade institucional e ao alcance da atribuição do Ministério Público de atuar, judicialmente, em defesa do patrimônio público (art. 129, inciso III, da CF). Desse modo, o tema repercutia diretamente sobre a atuação de uma das instituições públicas motoras do sistema republicano de freios e contrapesos adotado pelo constituinte brasileiro como indispensável à manutenção da ordem democrática, sensível, portanto, ao interesse geral da sociedade civil.

Sob a classe *idealista* também foram inseridos os temas que versam sobre o valor republicano de acesso equitativo às riquezas e honras públicas, é dizer, temas que tratam das condições substanciais de participação em concursos públicos e licitações.

Igualmente, temas relacionados à responsabilidade civil do Estado foram inseridos nesta classe, porque, destinados à formação do regulamento constitucional dessa responsabilidade, colocam o STF na posição de mediador dos conflitos entre os cidadãos e a Administração Pública direta e indireta, com indiscutível interesse da sociedade civil.

Sobre a adoção desse código na classe *idealista*, no julgamento do tema 362, que tem por paradigma o RE 608.880, com o título “Responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido”, o Ministro Edson Fachin anotou ser papel do STF a “solução das dúvidas hermenêuticas que rebentam do dispositivo previsto no artigo 37, §6º, CFFB”, tendo, antes,

assentado a premissa de que “[a] responsabilização extracontratual do Estado por atos e omissões corresponde inegavelmente a um ganho civilizacional. Marca a passagem da noção de súdito para a de sujeito de direito e deste último para o cidadão como pessoa, reconhecido, portanto, em seu intrínseco valor.”<sup>205</sup>. No mesmo sentido, por ocasião do julgamento do tema 1055 (RE 1209429), sob o título “Responsabilidade civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido, em situação de tumulto, durante cobertura jornalística”, a Ministra Carmen Lúcia recobrou a fonte moral da responsabilidade do Estado, qual seja, o próprio princípio democrático que o constitui<sup>206</sup>, realçando o papel idealista que sobressai ao julgamento dos casos em que se discute a responsabilização extracontratual do Estado.

De outro lado, observou-se no decorrer da pesquisa que alguns direitos fundamentais, em dadas circunstâncias, atendem a propósitos instrumentais não necessariamente relacionados à defesa de posições jurídicas jus-fundamentais, demonstrando quão enganoso pode ser a codificação inspirada exclusivamente no critério topográfico para a determinação da natureza dos interesses em disputa.

Como exemplo, cite-se o tema 28 da repercussão geral, que tem como título “Fracionamento da execução com expedição de precatório para pagamento de parte incontroversa da condenação”. No vetor, RE 568.647, a União argumentou que o acórdão recorrido – que havia reconhecido a possibilidade de a execução contra a Fazenda Pública prosseguir em relação à parte incontroversa da condenação –, violava não apenas o artigo 100 e parágrafos, CF – que disciplina o tema *precatórios* –, como também os artigos 5º, II e LIV, e o 37 *caput*, CF. A indicação a esses dispositivos constou da descrição do tema e também no acórdão de admissão da preliminar de repercussão geral. As peças recusais, no entanto, não foram disponibilizadas, de modo a não ser possível saber em que termos foram sustentadas essas supostas violações. Não obstante, a União desistiu do recurso, tendo em vista o reconhecimento espontâneo do

---

<sup>205</sup> Trecho do voto do ministro Edson Fachin, página 12 do inteiro teor do RE 608880, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753981868>, acesso em: 22 jul. 2022.

<sup>206</sup> Voto da Ministra Cármen Lúcia à página 83 do RE 1.209.429, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-208 DIVULG 19-10-2021 PUBLIC 20-10-2021, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757815033>, acesso em: 22 jul. 2022.

direito da parte recorrida, sinalizado por enunciado da Advocacia Geral da União (enunciado 31/2008). Como substituto ao vetor, foi admitido o RE 1.205.530, no qual era recorrente o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Neste recurso, a questão constitucional foi sustentada tão-somente a partir do disposto no artigo 100, da CF, de modo que o julgamento do *caso* não contemplou qualquer incursão em matéria de direito fundamental, direta ou indiretamente, mesmo que na *descrição do tema*, disponível na tabela de temas da repercussão geral, ainda conste a indicação de que a questão seria examinada à luz do artigo 5º, II e LIV, da CF.

Além desses casos, ficaram também excluídos da classificação idealista os temas em que a invocação a direitos fundamentais serviu a pretensões de interesse corporativo de funcionários públicos, como o tema 30 da repercussão geral que, apesar de versar sobre o direito a férias e a questão constitucional ter sido deduzida à luz do artigo 5º, II, CF, atende a interesses exclusivos de servidores públicos, sendo mais consentâneo à classe coordenação e comprometimento, conforme será exposto adiante, do que à categoria inserida sob o título idealista.

Igualmente excluídos foram os casos em que a invocação a direitos fundamentais pretendia a defesa de interesses privados de entidades ou grupos econômicos, sendo exemplo o tema 46 (RE 576.189) no qual o recorrente – empresa privada do setor agropecuário – pretendia o reconhecimento da inconstitucionalidade da exação criada pela Lei nº 10.438/2002 (conhecida como a “lei do apagão”) para a aquisição de energia elétrica emergencial e, dentre outros dispositivos constitucionais, suscitava a violação aos artigos 1º, IV e 5º, *caput*, II, da CF, citados como reforço às alegações de violação à garantia de livre concorrência (art. 170, IV, CF) e ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, CF), respectivamente. Entretanto, o exame do caso concreto revela que a questão controvertida antecedia o exame das garantias fundamentais invocadas, porque dizia respeito à própria natureza jurídica da exação, se tributo ou tarifa<sup>207</sup>. O Ministro relator, Ricardo Lewandowski, reconheceu esse dado na decisão de admissão da preliminar de repercussão geral, afirmando que a pretensão do recorrente tinha por “fundamento

---

<sup>207</sup> O acórdão recorrido, oriundo do TRF-4, não avançou no exame dos direitos fundamentais suscitados porque, replicando precedente firmado por seu órgão especial em incidente de inconstitucionalidade, entendeu que o encargo adicional estabelecido pela Lei nº 10.438/2002 constituía preço público, portanto, tarifa. O recorrente opôs embargos de declaração visando o enfrentamento da questão sob a ótica das garantias constitucionais invocadas, repetindo essa pretensão, depois de rejeitado o seu aclaratório, no recurso extraordinário que se tornou paradigma do tema.

maior” a alegação de que o encargo “[...] não tem natureza de tarifa, mas de tributo e, dessa forma, não atendem as respectivas regras constitucionais para serem exigidos”<sup>208</sup>. Esse quadro revela que a atuação *idealista* reclamada pelo recorrente é contingencial, sendo instrumentalizada para a defesa dos interesses corporativos do setor econômico.

Além disso, o tema 46 foi admitido pelo STF sob o argumento de apresentar relevância econômica e jurídica, o primeiro, tendo em vista a quantidade elevada de receitas provenientes dessas obrigações que, àquela altura, já tinham sido utilizadas pelo Governo, e, o segundo, porque “[...] o número de processos em que se discute o assunto, recomenda um entendimento desse Tribunal que uniformize a prestação jurisdicional.”<sup>209</sup>. Sob o ponto de vista dos fundamentos de sua admissão, o caso celebra a atuação do STF na administração ponderada dos interesses da administração pública quando em confronto com os setores privados da economia, e, ainda, sua atuação no gerenciamento das controvérsias jurídicas, empenhado à uniformização da jurisprudência nacional, adequando-se melhor à classe *coordenação*.

Por fim, casos complexos envolvendo o fenômeno teórico descrito por Gunther Taubner como trilema regulatório<sup>210</sup>, mesmo que tenham demandado do STF a interpretação de uma norma de direito fundamental, foram excluídos da classe *idealista* quando a conjugação de outros fatores demonstrou a prevalência do papel preferencial de árbitro do diálogo institucional.

É o caso do tema 100 da repercussão geral. Neste tema, que tem como paradigma o RE 586.068, o Instituto Nacional do Serviço Social (INSS) desafiou acórdão oriundo de Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Paraná que havia reconhecido a exequibilidade de título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Para o recorrente, a questão exigia uma ponderada avaliação do direito fundamental à proteção à coisa julgada, impresso no artigo 5º, XXXVI, CF, reclamando o controle de constitucionalidade do ato jurídico individual, sobre o qual foi formada a coisa julgada, porque a jurisprudência do

---

<sup>208</sup> Excerto extraído do voto do Min. Relator Ricardo Lewandowski, no acórdão de admissão da repercussão geral, p. 1706. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520357>. Acesso em: 2 mar. 2022.

<sup>209</sup> *Ib idem*, p. 1707.

<sup>210</sup> TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism?: strategic models of post-regulatory law. **European University Institute**: Law department, Florence, v. 1, n. 100, p. 1-58, abr. 1984. Disponível em: <https://bit.ly/3wBxvii>. Acesso em: 2 nov. 2021.

STF, em caso análogo, havia afirmado a inconstitucionalidade da *ratio* que fundamentou o título judicial. Para o INSS, o interesse particular do credor não poderia prevalecer sobre o interesse público de não ser o Estado onerado por “coisa julgada inconstitucional”. Sob o plano legal, a questão havia sido regulada pelos poderes eleitos, normatizando a inexecutabilidade do título judicial formado nessas condições (art. 741, parágrafo único, CPC/73). O STF reconheceu a constitucionalidade dessa norma (e do correspondente no CPC/15, art. 535, § 5º) na ADI 2.418 e, também, no RE 611.593, paradigma do tema 360 da repercussão geral. O tema 100, por outro lado, apresenta diferente dimensão, pois implica em estender essa norma ao microsistema dos juizados especiais, que tem a simplicidade e a celeridade como vetores axiomáticos para a satisfação da garantia de acesso à justiça. Sob a ótica desta pesquisadora, apesar de a questão constitucional versar sobre norma de direito fundamental, o sentido demandado é inverso à sua proteção, pois o que a recorrente reclama da Corte é sua função de coordenação dos interesses pragmáticos da Administração Pública Federal, estabelecendo limites ao direito individual à coisa julgada como mecanismo para desonerar a Fazenda Pública do pagamento de verbas fixadas judicialmente em períodos de instabilidade da jurisprudência nacional. Nas manifestações de admissão do tema, subscritas pela relatora, Ministra Ellen Gracie Northfleet, e pelo Ministro Marco Aurélio de Melo, prevaleceu a indicação de necessidade de pacificação da matéria tendo em vista a potencial repetição da questão, reforçando a inferência de que admissão do tema teve por pressuposto o papel preferencial de árbitro das disputas concernente aos interesses dos ramos políticos.

Importante assinalar que o dado determinante para exclusão desse tema da classe *idealista* não foi o sentido inverso de proteção da norma constitucional invocada, mas o próprio trilema regulatório a reclamar uma atuação ponderada do STF no equilíbrio de sua interação com os ramos políticos.

Resumidamente, sob a classe *idealista* foram inseridos os seguintes códigos: posições jusfundamentais (direitos individuais, sociais, nacionalidade, direitos políticos e temas conexos à fruição desses direitos, como seguridade social, educação, meio ambiente, família e garantias constitucionais dos povos originários); limitações substanciais ao poder do Estado de tributar; conflitos republicanos suscitados pelos agentes afetados ou por atores do sistema constitucional

de freios e contrapesos do pêndulo democrático; condições substanciais de participação em concursos públicos e licitações e responsabilidade civil do Estados.

#### b) Política

A teoria do mercado eleitoral, concebida por Tom Ginsburg<sup>211</sup> sob o signo “seguro político” para justificar a escolha pela revisão judicial no momento constituinte como um seguro para a manutenção do *status quo* de grupos hegemônicos que temem a perda de influência nos processos públicos decisórios, tem sua aplicação prejudicada em sede de controle concreto de constitucionalidade porque, no Brasil, a estrutura constitucional do controle abstrato habilita os principais atores políticos ao uso de ferramentas processuais que lhes asseguram acesso direto à Corte Constitucional. Esse desenho institucional cauciona a presunção de que esses atores dispensariam o emprego da via recursal como instrumento primordial para a defesa de seus interesses.

Porém, a fim de não esvaziar a categoria, que contempla o papel do Tribunal no importante problema relacionado aos conflitos federativos, optou-se por empregar a classe política para indexar os temas de repercussão geral que versam sobre disputas entre os entes que compõem a administração pública direta e indireta, especialmente os municípios – que não possuem lugar entre os legitimados constitucionais ao acesso pela via direta –, ainda que essas disputas reclamem do Tribunal um papel de árbitro imparcial.

O tema 42 da repercussão geral constitui um exemplo de disputa federativa entre entes da administração pública direta qualificado sob o papel político. O recurso extraordinário (RE 572.762) foi ajuizado pelo Estado de Santa Catarina, tendo como recorrido o município de Timbó. A questão controvertida diz respeito à repartição das receitas tributárias e a possibilidade de retenção, pelo Estado-membro, de parcela do produto da arrecadação devido ao ente municipal, em razão da concessão de incentivos fiscais a empresas privadas instaladas naquele Estado da Federação. Segundo o recorrente, porque o incentivo ocorria na forma de adiamento do recolhimento do tributo – portanto, pela postergação do momento da arrecadação –, inexistiria,

---

<sup>211</sup> GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**. Constitutional Courts in Asian cases [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p.

para o Município, o direito à repartição da receita tributária. O tema foi admitido sob o argumento de repercussão política e econômica, por afetar a todos os municípios catarinenses. O caso, portanto, revela hipótese clara de conflito federativo entre os poderes públicos descentralizados, sinalizando o papel do Tribunal como árbitro dos poderes políticos.

Com base nessa premissa, foram enquadrados sob a classe política também os casos que versam sobre imunidade tributária recíproca (artigo 150, inciso VI, “a”, da CF). Conforme acentuou o Ministro Joaquim Barbosa na admissão do RE 580.264, paradigma do tema 115 de repercussão geral, o Tribunal estaria habilitado a exercer o papel de árbitro dos conflitos entre os poderes federados, em questão relacionada à imunidade tributária recíproca, devido a sua aptidão para “[...] estabelecer os parâmetros de uma das mais importantes salvaguardas do pacto federativo. Tais parâmetros irão pautar a conduta dos entes federados nas escolhas relativas ao modo de prestação de serviços, essenciais ou não, que julguem necessários ao bem da coletividade”<sup>212</sup>.

Para além dos conflitos federativos, sob esse signo também foram introduzidos os temas de repercussão geral que abarcam de forma mais acentuada o problema do trilema regulatório, tendo em vista a irremediável tensão política a reclamar a prudência do Tribunal na interação com os ramos eleitorais.

Como exemplos paradigmáticos, tem-se o tema 100 da repercussão geral – comentado acima – e o tema 4, que a par de demandar da Corte a conciliação de múltiplas funções – este último, inclusive, por cogitar um idealismo republicano –, deles sobressaem a tensão política determinante para a sua classificação. Com efeito, o tema 4, objeto do RE 566.621, que tem como recorrente a União, foi deduzido a partir da alegação de violação ao artigo 5º, XXXVI, CF, empregado fundamentalmente para alçar o Supremo à coordenação de um conflito republicano, porque o pano de fundo expõe um trilema regulatório afetado pelo arranjo institucional brasileiro, que concebe a existência de duas Cortes Supremas. É dizer, em 2003, o STJ passou a atribuir nova interpretação ao artigo 168, I, do Código Tributário Nacional (CTN) – superando a interpretação consolidada desde a edição da norma, em 1966 –, ao afirmar o

---

<sup>212</sup> Excerto extraído do voto do Min. relator Joaquim Barbosa, no acórdão de admissão da repercussão geral, p. 1912. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558951>. Acesso em :25 jul. 2022.

entendimento de que a prescrição para a repetição ou compensação do indébito de tributo sujeito à homologação ocorreria na forma do chamado critério “cinco mais cinco”, totalizando dez anos para o que o contribuinte pudesse reclamar em juízo a restituição do pagamento indevido<sup>213</sup>, e não o prazo quinquenal tradicional. Esse precedente da Corte Superior motivou grande judicialização de casos análogos, com grave repercussão para os cofres públicos, provocando uma reação dos ramos eleitorais que, em resposta, editaram a Lei Complementar nº 118, de 2005, pela qual pretenderam regular a interpretação do retrocitado artigo 168, I, do CTN<sup>214</sup>, afirmando o prazo prescricional de cinco anos às hipóteses contempladas pelo precedente da Corte Superior<sup>215</sup>. Essa lei passou a ser invocada pela União como fundamento para a extinção das disputas judiciais em curso, por contemplar dispositivo<sup>216</sup> reafirmando o seu caráter meramente interpretativo, de modo a autorizar a sua aplicação retroativa (art. 106, I, do CTN). O STJ, por sua Corte Especial<sup>217</sup>, refutou essa manobra parlamentar, controlando a constitucionalidade desse dispositivo que referendou a retroatividade da “nova” interpretação às demandas já ajuizadas, por reconhecer, à luz de seu precedente, que a lei teria inequivocamente inovado no plano normativo. Portanto, sob a ótica desse Tribunal, o controle da norma seria indispensável para garantir a eficácia do princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (art. 2º, CF) e das garantias fundamentais ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF)

Com esse pano de fundo, no paradigma do tema 4, a União desafiou acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que desaplicou o dispositivo legal que contemplava a retroatividade da interpretação parlamentar, seguindo, nesse sentido, a orientação firmada pela Corte Especial do STJ, reclamando do STF o controle sobre essa interpretação, de modo a ver afirmada a constitucionalidade do ato legislativo. Porém, diferentemente da discussão objeto do tema 100, pela qual a administração pública pretendia uma restrição ao espectro protetivo do direito fundamental à *coisa julgada*, aqui, a União pretendia afirmar a primazia da interpretação parlamentar, negando que a atividade judicial houvesse genuinamente afetado o plano normativo ao ponto de criar situações jurídicas aptas à criação de “direito” digno da tutela

---

<sup>213</sup> REsp 312.199/SP, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, DJ 17 nov. 2003, respaldado pela Corte Especial do STJ – 1ª Seção – no REsp 435835/SC, em sessão realizada em 24 mar. 2004, relator para o acórdão Min. José Delgado.

<sup>214</sup> Art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005.

<sup>215</sup> O Parlamento, nesse caso, protagonizou uma espécie de superação “heteróloga” da norma regulada por precedente judicial.

<sup>216</sup> Art. 4º, parte final, Lei Complementar nº 118/2005.

<sup>217</sup> Embargos de Divergência no REsp 327043, rel. Min. Teori Albino Zavascki

do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF. A União pretendia do STF a função de seguro político, buscando no Tribunal a reafirmação da hegemonia dos poderes eleitos, porém, resta evidente que o Tribunal não poderia adjudicar o conflito a favor da Administração Pública Central sem, contudo, negar a competência institucional do STJ na uniformização da interpretação da norma infraconstitucional. O tema foi admitido pela Suprema Corte no vetor RE 561.908<sup>218</sup>, sob o argumento de que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei pelo órgão de origem reluziria a relevância da questão – sob o aspecto jurídico –, porém, resta evidente a existência de um conflito regulatório exigindo a atuação da Suprema Corte na conciliação dos fatores de poder tensionados.

Também constitui exemplo de tensão regulatória o tema 171, pelo qual o STF foi chamado a revisar enunciado de súmula (súmula 660) por superação heteróloga, promovida pelo Congresso Nacional a partir da edição de emenda constitucional modificando a regulação acerca da incidência de ICMS sobre bens e produtos adquiridos por importação para compor o patrimônio de pessoa física ou jurídica que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviço (art. 155, § 2º, IX, “a”, CF, modificado pela EC nº 33/2001). A súmula em questão, que se dedicava à interpretação da norma constitucional revisada, anunciava a não incidência do imposto “[...] na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.”.

Finalmente, sob a classe política também foram enquadrados os temas nos quais as Fazendas Públicas perseguem a preservação de suas prerrogativas processuais. Observou-se, nesses casos, uma imbricação com o problema regulatório, como no tema 137, no qual o STF foi chamado para resolver tensão provocada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), que julgou inconstitucional medida provisória editada pelo Executivo Federal ampliando o prazo das Fazendas Públicas para a oposição de embargos à execução e de embargos em execuções trabalhistas, e tensões federalistas, como no tema 135, no qual autarquia federal buscou na Suprema Corte a proteção de sua garantia de isenção de recolhimento de taxas judiciárias contra legislação do Estado de São Paulo que excluía dessa rubrica os custos do porte de remessa e retorno dos autos. Em ambos os casos, o STF foi chamado a intervir como foro para a

---

<sup>218</sup> Esse RE, de relatoria do Min. Marco Aurélio, serviu de vetor para que a questão constitucional integrasse o sistema da repercussão geral, mas acabou decidido no RE 566.621, que tramitava em paralelo, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, o qual serviu de paradigma para a questão.

preservação das prerrogativas da administração pública, coadunando-se sua função no espectro político.

Em resumo, na classe política foram inseridos os códigos: conflitos federativos suscitados pelos agentes afetados ou atores republicanos; imunidade tributária recíproca; dilema/trilema regulatório e prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

### c) Coordenação

Essa categoria abriga os recursos extraordinários que versam sobre os conflitos relacionados ao sistema de governança multinível, à organização do Estado e dos Poderes, e, também, às disputas concernentes à ordem tributária, econômica e social – nos casos em que estas não estabelecem conflitos materialmente fundamentais, mas expressam tão-somente os interesses pragmáticos da administração pública, normalmente relacionados ao controle das despesas ou receitas públicas, ou os interesses de grupos econômicos e corporativos, que buscam no Tribunal um foro para a preservação de seu capital privado.

De um modo geral, a presente classificação atua de forma residual, absorvendo as funções não contempladas nas outras classes, que são mais específicas. Sob esse signo foram inseridos os temas que versam sobre precatórios, tributos, ordem econômica e assuntos de interesses de servidores públicos. Também aqui foram incluídos os pseudo-conflitos republicanos ou federativos, suscitados não pelo detentor do poder violado, mas por particulares que provocam o exame da questão como recurso argumentativo orientado à satisfação de seus interesses privados e não, obviamente, à preservação da ordem política-institucional dos poderes e entes federados.

Um exemplo dessa apropriação do discurso institucional é o tema 33, que tem por título “Relevância e urgência da medida provisória nº 2.170-36/2001 que disciplina a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional”. O paradigma, RE 592.377, foi aviado pelo Banco Fiat S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que havia reconhecido a inconstitucionalidade da aludida medida provisória por vício formal concernente à competência

normativa para a sua edição, admitindo que, sem os requisitos de relevância e urgência, o ato questionado não poderia ter sido editado pelo chefe do Executivo, antes, deveria ter sido iniciado pelo Congresso Nacional, conforme inteligência do artigo 62, CF. Nas razões recursais, a instituição financeira suscitou hipótese de conflito republicano, argumentando que ao Poder Judiciário não é admitida a análise do mérito dos requisitos para a edição de medida provisória, considerando o seu caráter eminentemente político, chegando mesmo a reclamar a tese de “intervenção mínima do judiciário” no mérito do ato político-administrativo<sup>219</sup>. Ocorre que esse argumento não foi suscitado em defesa das prerrogativas institucionais do Presidente da República – no que representaria um genuíno conflito republicano –, mas como subterfúgio à invalidação do acórdão contrário aos interesses privados da empresa recorrente, sendo por isso excluído da classe política e inserido no grupo coordenação.

Em resumo, sob essa classe residual foram inseridos os seguintes códigos, não taxativos: precatórios; divergências gerais sobre a ordem tributária; divergências gerais sobre a ordem econômica; assuntos gerais de interesse de servidores públicos e pseudos-conflitos republicanos ou federativos.

#### d) Contenção da Tribunalização

Para além das classes normativas listadas acima, identificou-se também hipóteses nas quais a submissão de novos temas ao exame colegiado de repercussão geral teve por referencial o uso estratégico do acordo institucional, voltado especialmente para a racionalização dos trabalhos do STF e, como consequência, para a contenção do fenômeno da “tribunalização” que punha a Corte em frequente estado de “crise”.

Uma dessas hipóteses diz respeito à submissão de temas para a reafirmação da jurisprudência do Tribunal. Percebeu-se, nesses casos, que o motivo determinante para a eleição do tema não tem a ver com a possibilidade de renovação do julgamento sobre a matéria constitucional, mas apenas estender à questão já pacificada pela jurisprudência do STF os mecanismos

---

<sup>219</sup> Razões recursais do BANCO FIAT S/A, subscritas pela advogada Camila Pilau Cerqueira. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2636792>. Acesso em: 5 mar. 2022.

procedimentais da repercussão geral – o sobrestamento, a retratação e a declaração de prejudicialidade nos casos em que a decisão recorrida não destoia do paradigma.

São exemplos dessa motivação especial os recursos extraordinários paradigmas dos temas 93 e 98, nos quais foi resolvida questão de ordem autorizando à Presidência iniciar o julgamento de repercussão geral de tema com jurisprudência já consolidada na Corte, submetendo o recurso extraordinário para julgamento em Plenário Virtual antes de sua efetiva distribuição. Nenhum dos recursos paradigmas desses temas (RE 580.108 e RE 582.650, respectivamente) foram efetivamente julgados pelo STF, antes, ambos foram devolvidos aos tribunais de origem para eventual retratação ou declaração de prejudicialidade, conforme fosse o caso.

O tema 101 constitui um exemplo emblemático do uso estratégico a que se refere esta categoria. A questão constitucional objeto de controvérsia no recurso extraordinário paradigma (RE 591.068) já havia sido pacificada no âmbito do Tribunal, inclusive com a edição de súmula vinculante (súmula vinculante nº 1). O tema foi apresentado em mesa ao Plenário, em sessão presencial ocorrida em 07 de agosto de 2008, pelo então Presidente Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, o Ministro esclareceu que a despeito de a matéria versar sobre questão objeto de súmula vinculante – portanto, com força atrativa e eficácia *erga omnes* estabelecidas pela própria Constituição (art. 103-A) –, a legislação não havia equipado esse instituto com os mecanismos procedimentais implementados na repercussão geral<sup>220</sup> – tanto pelo legislador ordinário, quanto pelo próprio STF no uso de suas competências normativas e atuação autorreferenciada anunciadas no capítulo antecedente –, assim, para o Ministro, o caso reclamava a admissão do tema, mesmo que em duplicidade à súmula vinculante, pois:

[...] enquanto esta Corte não afirmar de forma expressa que incidem os efeitos da repercussão geral nestas hipóteses, as Presidências e Vice-Presidências e Turmas Recursais não se considerarão autorizadas a devolver os autos para efeito de retratação pelos órgãos fracionários que hajam proferido decisões contrárias ao entendimento desta Corte. E este Tribunal permanecerá tratando os recursos individualmente, ao

---

<sup>220</sup> Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes é expresso ao afirmar que “[...] embora vinculante o caráter da súmula editada, situações como a que ora se examina permanecem chegando a esta Corte, já que, diferentemente do sistema da repercussão geral, a consolidação da jurisprudência em súmula vinculante, não conduz à subsequente retratação da decisão pelo próprio Tribunal, exigindo da parte o manejo do recurso extraordinário ou reclamação, em cada situação concreta, para ver eficaz o comando sumular.” (RE 591068, inteiro teor, p. 1725. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=577019>. Acesso em: 4 mar. 2022).

invés de permitir a adoção do julgamento objetivo inaugurado pela reforma constitucional, que criou o novo pressuposto.<sup>221</sup>

Observa-se que o móvel à admissão do tema não foi o papel do Tribunal no arranjo institucional, mas a sua atuação autorreferenciada, animada tanto pela vontade de otimizar o novo instituto como instrumento de preservação da autoridade de sua decisão, como pela necessidade de melhor gestão do acervo dos processos e dos temas constitucionais levados à sua soberana jurisdição.

No mesmo propósito, a partir de dezembro de 2008 o STF passou a admitir no Plenário Virtual a afetação de temas sobre os quais seus ministros e ministras não vislumbram a presença de uma questão constitucional, ora por entender que a matéria contida é de caráter infraconstitucional, ora por vislumbrar uma violação meramente reflexa à CF. Conforme esclareceu a ministra Ellen Gracie no tema 144 – primeiro tema rejeitado sob esse fundamento –, a afetação desses recursos – que de outro modo seriam inadmitidos até mesmo por decisão monocrática do relator – ao regime da repercussão geral viabilizaria a aplicação dos efeitos daí decorrentes, prevenindo que recursos versando sobre a mesma controvérsia continuassem fluindo para o STF.<sup>222</sup>

Também nesses casos, a submissão do tema ao exame de admissibilidade colegiado não é determinada por qualquer papel normativo atribuído à Corte Constitucional, mas pela vontade do próprio Tribunal de melhor administrar o seu acervo e interromper o fluxo sempre contínuo de recursos repetidos.

Portanto, o importante a essa classificação não é a matéria de fundo versada nos temas, mas, no primeiro caso, o fato de os recursos terem sido submetidos à exame colegiado como vetores de questões constitucionais sobre as quais já havia jurisprudência consolidada no Tribunal, e, no segundo, como vetores de questões sobre as quais a Corte não identifica ofensa direta à CF, apercebendo-se claro o escopo de “contenção da tribunalização”.

---

<sup>221</sup> STF, RE 591.068, Plenário, relatoria Min. Gilmar Ferreira Mendes, inteiro teor, p. 1722.

<sup>222</sup> Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=581363>. Acesso em: 25 jul. 2022, p. 1952.

Sumariando, sob essa classe foram inseridos os códigos: reafirmação da jurisprudência e questão infraconstitucional.

e) Corte de Vértice

No curso da pesquisa, identificou-se temas nos quais o STF foi chamado para resolver questões prejudiciais à matéria de direito que serviu de pano de fundo à ação judicial e que, em si, não refletiam nenhuma posição jus-fundamental, política ou de impasse com a administração pública e setores corporativos da sociedade civil, antes, reclamavam a atuação do Tribunal como regente do Poder Judiciário, atuando no papel de administrador formal desse poder soberano, numa posição autorreferenciada porque o resultado do julgamento resultaria em uma ordem para o corpo administrativo que governa, ou seja, para a estrutura que compõe o seu próprio Poder.

Nessa categoria, foram inseridos os temas nos quais o STF foi chamado para resolver conflitos relacionados à divisão de competências, independentemente dos interesses subjacentes aos casos, ou dirimir questões prejudiciais originadas pelo cumprimento de metas destinadas ao próprio Poder Judiciário.

São exemplos de disputas puramente relacionadas à divisão de competências o tema 36, com o título “Competência da Justiça do Trabalho para execução de contribuições previdenciárias”, e o tema 43, com o título “Competência para julgar reclamações de empregados temporários submetidos a regime especial disciplinado em lei local editada antes da Constituição de 1988”.

Já o tema 170 constitui um exemplo da categoria autorreferenciada pelo cumprimento de metas. Com título “Julgamento proferido por órgão fracionário de tribunal composto majoritariamente por juízes convocados”, a questão constitucional suscitada no paradigma (RE 579.133) tinha por objetivo resolver se a convocação de juízes para assomar turmas de julgamento – e não, propriamente, substituir desembargadores afastados, antes, formar aquilo que o Ministro Marco Aurélio designou por *clonagem* do órgão fracionário<sup>223</sup> –, visando dar cumprimento a metas

---

<sup>223</sup> Menção registrada à página 284. Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621497>, acesso em: 25 jul. 2022.

estabelecidas pelo CNJ, violaria ou não os princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, ambos com assento no artigo 5º, incisos XXVII e LIII da CF, respectivamente.

Embora o recorrente reclamasse do STF o exercício da função idealista, na medida em que objetivava a proteção daquilo que considerou uma afronta ao seu direito fundamental de ter o reexame das decisões contrárias aos seus interesses individuais revisadas por “Desembargadores, magistrados, em tese, de maior experiência e saber jurídico”<sup>224</sup>, o tema foi admitido sob a premissa de já possuir a Corte jurisprudência consolidada sobre a questão relacionada à alegação de ofensa ao princípio do juiz natural, sendo essa jurisprudência contrária à pretensão do recorrente. Não obstante, disse o Ministro relator, Ricardo Lewandowski, que as peculiaridades do caso recomendavam o reconhecimento da repercussão geral, porque ajudaria a nortear o julgamento de outros processos semelhantes. O mesmo motivo foi apresentado pelo Ministro Marco Aurélio em manifestação lançada em Plenário Virtual. Conquanto, à primeira vista, o móvel da admissão possa indicar o propósito de contenção da tribunalização, a evidência de que o resultado final do julgamento chancelaria uma prática judiciária voltada à satisfação de necessidades pragmáticas desse Poder Republicano, demonstra que o caso se presta à realização de um papel institucional autorreferenciado, o que, para os fins da classificação adotada neste trabalho, o recomenda à classe Corte de Vértice.

Resumidamente, portanto, sob a categoria Corte de Vértice foram inseridos os seguintes códigos: conflitos relacionados à divisão de competências e questões prejudiciais relacionadas à atuação autorreferenciada do Poder Judiciário na administração de sua atividade.

#### 4.3.5 Questões metodológicas complementares

Ainda sobre a metodologia empregada na classificação dos temas, importante assinalar que aqueles nos quais foram deduzidas mais de uma questão constitucional, a classificação foi determinada por uma ordem de preferência segundo a qual priorizou-se, na definição da classe, a questão constitucional que sinaliza a atuação do STF na função idealista, política, corte de

---

<sup>224</sup> Trecho das razões recursais subscritas pelo advogado Paulo Dariva, ponto 16, p. 83. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2661843>, acesso em 25 jul. 2022. Doc. 8.

vértice e coordenação, nessa sequência. A função contenção da tribunalização não obedece a essa disposição porque o determinante a essa categoria não é o tema submetido à análise colegiada, mas a recusa do Tribunal na adjudicação da questão, seja por simplesmente reafirmar sua jurisprudência sobre a matéria, seja por reconhecer a ausência de uma questão constitucional, o que, a rigor, atende aos propósitos de racionalizar o seu trabalho e frear o fluxo contínuo de recursos repetidos encaminhando ao seu exame, ainda que eventualmente possam também indicar a autocontenção da Corte e o uso estratégico do acordo institucional.

## **4.2 Resultado**

A partir dos códigos descritivos anunciados no tópico anterior, foram catalogados cada tema de repercussão geral do universo examinado segundo uma das categorias criadas para designar o papel preferencial do STF. Nesta etapa, empregando-se o método de estatística descritiva, foi possível apresentar um quadro geral das preferências da mais alta Corte do país em períodos distintos da trajetória da repercussão geral.

Todos os temas analisados para fins desta investigação foram admitidos entre os períodos de setembro de 2007 a maio de 2011, que compreende a presidência da Ministra Ellen Gracie Northfleet e dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso – designado por “primeiro período” ou “primeira fase” – e de setembro de 2018 a julho de 2022, nas gestões dos Ministros Dias Toffoli e Luis Fux – chamado por “segundo período” ou “segunda fase” –, cobrindo-se tanto os anos iniciais como os mais hodiernos do regime de repercussão geral.

Dos 615 temas examinados, 5 foram cancelados, e, portanto, não contabilizados na apresentação dos dados desta dissertação, sendo 3 temas cancelados por duplicidade (o tema 38, por duplicidade com o 37; o tema 97, com o 93 e o tema 126, porque idêntico ao 314), um

porque prejudicado pelo julgamento da questão constitucional em julgamento realizado em processo de outra classe (tema 192)<sup>225</sup>, e outro, por acordo entre as partes (tema 1066)<sup>226</sup>.

O tema 369, apesar de não formalmente cancelado, é, na realidade, uma duplicidade do tema 368, de modo que também não foi contabilizado no universo desta investigação.

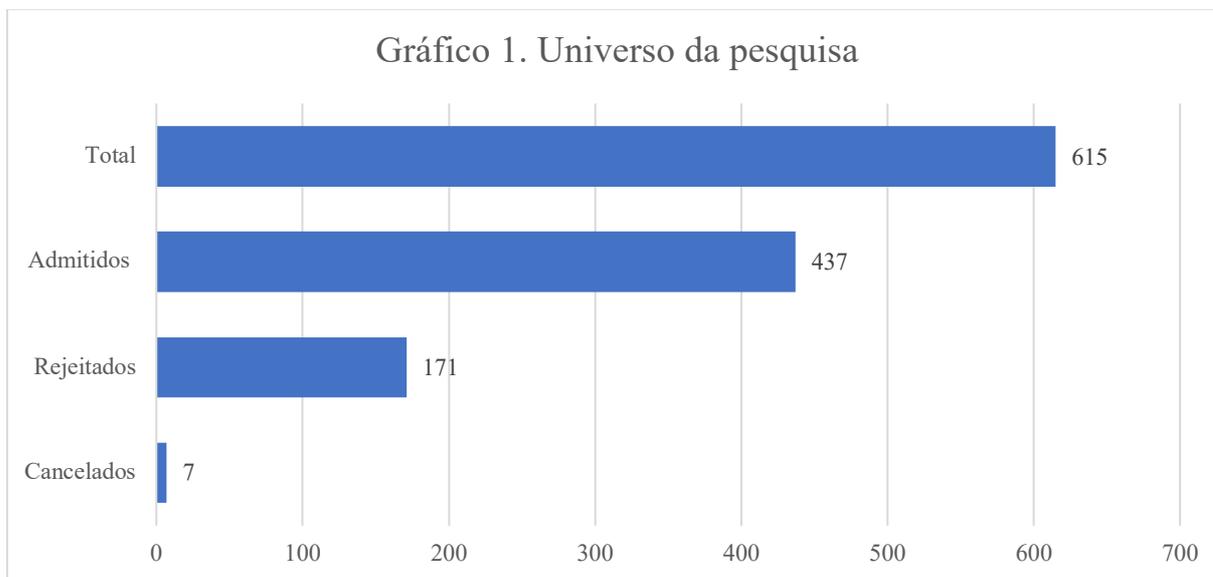
Finalmente, o tema 1155 foi igualmente excluído da contabilidade porque, apesar de submetido à Plenário Virtual para admissibilidade da repercussão geral da questão suscitada, recebendo o título “Inadmissibilidade de recurso extraordinário por ofensa reflexa à Constituição e/ou para reexame do quadro fático-probatório”, teve o seu julgamento suspenso por destaque do presidente Luiz Fux depois de críticas suscitadas pela OAB em pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, estando até o momento de encerramento deste trabalho sem decisão definitiva acerca de sua admissão.

Desconsiderando-se esses temas, sobra o universo de 608 recursos paradigmas de repercussão geral.

---

<sup>225</sup> O paradigma, RE 601.384, foi interposto pelo Ministério Público Federal tendo por controvérsia a possibilidade de ser concedida a liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de crime de tráfico de drogas. A questão constitucional teve a repercussão geral admitida em plenário virtual no dia 10 de setembro de 2009, mas antes de o processo ser liberado pelo relator, ministro Marco Aurélio, para o julgamento plenário, esse órgão colegiado apreciou a mesma matéria no *habeas corpus* nº 104339, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, e em 10 de maio de 2012 declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante pelo crime de tráfico de drogas. Assim, diante de decisão colegiada resolvendo a mesma questão, o ministro Marco Aurélio proferiu decisão monocrática em 30 de setembro de 2016 desprovendo o recurso, na linha da decisão plenária antecedente.

<sup>226</sup> O paradigma, RE 1.171.152, foi interposto pelo INSS em face de acórdão proferido por órgão fracionário do TRF-4 em ação civil pública ajuizada pelo MPF para garantir a todos os beneficiários da previdência e da assistência social o direito coletivo à realização de perícia para exame de incapacidade em prazo razoável. No caso, o tribunal de origem acolheu a pretensão ministerial e estabeleceu um prazo para a autarquia federal realizar as perícias médicas, determinando de antemão a implantação do benefício nas hipóteses em que o exame não fosse realizado no tempo assinalado. O INSS suscitou violações aos artigos 2º, 5º, II, 37 *caput* e 201 da CF, reclamando do STF o papel de árbitro do conflito republicano deflagrado pelo acolhimento de uma pretensão ministerial de satisfação de um direito social. o processo foi logo liberado pelo relator para a pauta de julgamentos, porém, na sequência, o MPF postulou o sobrestamento do feito (peça 85), tendo em vista a possibilidade de autocomposição, o que veio a se confirmar por meio do Termo de Acordo (peça 101) subscrito pela União, o MPF, o Ministério da Cidadania, a Defensoria Pública da União (DPU) e o INSS. Segundo o ministro Alexandre de Moraes, relator do paradigma, o acordo ajustado é mais amplo que a questão delimitada no recurso extraordinário e tanto assegura a brevidade e uniformidade dos prazos para a apreciação dos requerimentos dirigidos ao INSS, como intenta por fim às múltiplas ações judiciais referentes à mesma questão de fundo. O acordo foi homologado pelo relator, que imediatamente liberou a decisão para referendo do Plenário, em Sessão Virtual, com a recomendação de exclusão do processo da sistemática de repercussão geral.



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Ainda à título de exposição do método empregado para a contabilização dos temas, importa considerar que este trabalho adotou o momento de admissão da preliminar de repercussão geral como critério determinante para o cômputo do universo da pesquisa. Portanto, dos temas cancelados pelo Tribunal, o 1080 (RE 1.030.732) foi contabilizado porque sua exclusão ocorreu apenas por ocasião do julgamento do mérito da questão constitucional.<sup>227</sup>

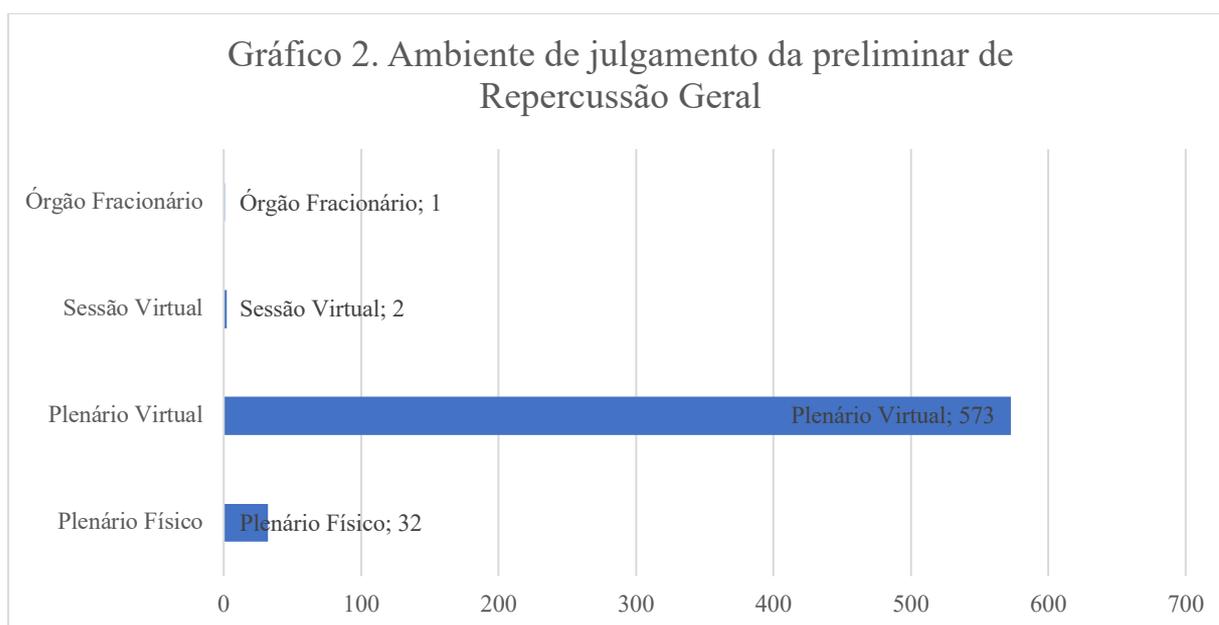
<sup>227</sup> O motivo do cancelamento foi o entendimento, externado pela maioria – vencido o Ministro Edson Fachin – de que o tema, que recebeu o título “Competência legislativa de município para proibir a produção e comercialização de *foie gras* nos estabelecimentos situados no âmbito municipal.”, estaria abrangido pela *ratio decidendi* do tema 145, com o título “a) Competência do Município para legislar sobre meio ambiente; b) Competência dos Tribunais de Justiça para exercer controle de constitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal.”. No momento de admissão do vetor, o Ministro relator, Luiz Fux, considerou a existência desse precedente, assinalando em seu voto que “[...] no julgamento do RE 586.224/SP, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe 7/5/2015, sob a sistemática da repercussão geral, foi reconhecida a competência municipal para legislar sobre direito ambiental, no limite do interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (Tema 145 da Repercussão Geral).”, porém, ponderou também que o caso ainda reclamava o controle material da constitucionalidade da lei municipal, assinalando que “[...] o prequestionamento requer a análise dos vícios materiais alegados”, sendo estes observados no tensionamento entre os valores fundamentais da livre iniciativa, da defesa do consumidor e do meio ambiente, cuja ordem de conciliação encontra-se estabelecida no art. 170, incisos V e VI, da CF. Sobre esse aspecto do caso concreto, o relator manifestou na decisão de admissão que “[...] que a Carta Magna consagra, no parágrafo único do artigo 170, a liberdade de iniciativa como princípio fundamental. No entanto, a relevância constitucional deste direito não o habilita a interferir no núcleo essencial de outros princípios de elevado interesse público.”, de modo que “[...] a resolução da controvérsia está condicionada ao peso que se confira, de um lado, ao princípio da livre iniciativa e, de outro, aos princípios da proteção do consumidor e do meio ambiente, restando evidenciada, portanto, a relevância jurídica da matéria.”. Apesar de toda essa argumentação de inspiração idealista para fundamentar a admissão do tema, por ocasião do enfrentamento do mérito, agora já sob a relatoria do Ministro Dias Tóffoli – para quem o feito foi redistribuído no período em que o Ministro Luiz Fux assumiu a presidência do STF, nos termos do artigo 38 do RISTF –, a maioria no Tribunal deliberou pela devolução do processo à origem para a aplicação da tese firmada no tema 145, porquanto suficiente para a solução da controvérsia, dispensando o exame da questão material em uma postura consentânea à autocontenção.

Guardando o compromisso de responder à questão da pesquisa, o resultado desta investigação foi organizado em subtópicos que examinam, sucessivamente, o ambiente e o resultado de julgamento da admissibilidade da repercussão geral e a aplicação das categorias classificatórias dos temas sob cinco filtros principais, cada qual descrito em seção própria, quais sejam, (i) números gerais – relacionando, indistintamente, todos os recursos admitidos e recusados -, (ii) apenas os temas admitidos, (iii) os temas admitidos segmentados pelas 5 presidências que compreenderam o universo dos dados, (iv) as tipologias preferenciais de cada ministro e ministra, segundo a composição do STF em cada período investigado, e (v) os fluxos de convergência na admissão dos temas, conforme cada categoria temática.

No curso da apresentação desses dados, foram identificados achados que suscitaram questões subsidiárias interessantes à investigação, sendo estas relacionadas ao papel autorreferenciado do STF na classe *contenção da tribunalização* e ao exercício da relatoria especial da Presidência, ambas ressaltadas em subseções específicas.

#### 4.2.1 O ambiente de julgamento

Quanto ao ambiente de julgamento, a preliminar de repercussão geral é normalmente examinada em Plenário Virtual.



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Mesmo no primeiro período, que marcou a fase de experimentação do novo filtro recursal, observou-se o uso preferencial do Plenário Virtual como ambiente próprio de julgamento da preliminar de repercussão geral. Dos 395 temas examinados entre setembro de 2007 a maio de 2011, 362 foram submetidos para julgamento nesse ambiente eletrônico, 30 em ambiente físico e um por órgão fracionário, sendo que dentre os levados à plenário presencial, 20 o foram para a confirmação da jurisprudência do Tribunal.

No segundo período, foram examinados 214 temas, dos quais apenas 2 foram levados à admissão pelo plenário presencial, ambos por distinção de outros temas já afetados à repercussão geral, e 2 foram admitidos em Sessão Virtual, também por distinção de outros temas de repercussão geral aceitos pelo STF.

#### 4.2.2 Quanto ao resultado do julgamento da preliminar da repercussão geral

Numa análise global, observou-se uma maior disposição do STF na admissão dos recursos submetidos ao exame da preliminar de repercussão geral, tendo-os admitido em 72% das vezes. Essa inclinação à admissão não parece defluir exclusivamente da exigência de quórum qualificado para a rejeição, pois os temas admitidos por ausência de recusas suficientes não chegam a impactar a estatística de admissão, ocorrendo em pouco mais de 5% dos casos examinados.

A análise dessa questão a partir da contabilização do número real de votos apresentados em Plenário Virtual também parece confirmar a hipótese de um favorecimento à admissão dos temas, observando-se que na maioria das vezes os recursos foram admitidos pela adesão real de pelo menos 6 ministros e ministras. Em números, 375 temas de repercussão geral foram admitidos pela maioria da composição da Corte (pelo menos 6 ministros e ministras), o que equivale a 86% dos temas aceitos para julgamento.

Dos 437 temas admitidos, 4 deles tiveram a repercussão geral revista posteriormente, por ocasião do julgamento do mérito, sendo a tese de cada qual estabelecida segundo o resultado desse julgamento.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Temas 35 (revisão parcial), 321, 347 e 391.

Sobre a posição da relatora ou relator, esta orientou a admissão do tema em 96% das vezes, ficando vencida, porque sugeria a rejeição da preliminar, em apenas 16 temas, o que representa 4% dos casos. Esses dados mantiveram-se consistentes na comparação entre os períodos examinados. No primeiro, a relatora ou relator foi acompanhada em 95% das admissões, enquanto no segundo, liderou 99% delas.

A comparação entre os períodos revelou um maior número de abstenções e uma menor convergência das ministras e ministros no julgamento da preliminar de repercussão geral na primeira fase da repercussão geral.

Tabela 1. Relação de abstenções em Plenário Virtual nos períodos pesquisados

<b>Relação de abstenções</b>	<b>Primeiro período</b>	<b>Segundo período</b>
<b>Total de temas admitidos em PV</b>	258	145
<b>Três abstenções</b>	41	8
<b>Quatro abstenções</b>	18	0
<b>Cinco ou mais abstenções</b>	9	0
<b>Total de temas admitidos com mais de 3 abstenções</b>	68	8

Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Em termos proporcionais, no primeiro período apurou-se a abstenção de 3 ou mais ministras e ministros em 26% dos temas examinados em Plenário Virtual, contra apenas 5,5% no segundo período.

Já em relação à convergência para o julgamento, oito ou mais ministras e ministros agruparam-se para a admissão de temas de repercussão geral em 50% das vezes em que uma questão constitucional foi submetida à Plenário Virtual no primeiro período examinado, enquanto no segundo, o Tribunal formou uma maioria de oito ou mais votos em 82% dos casos admitidos.

Tabela 2. Convergência para o resultado de temas admitidos em Plenário Virtual

<b>Convergência para o resultado</b>	<b>Primeiro período</b>	<b>Segundo período</b>
<b>Total de temas admitidos em PV</b>	258	145
<b>8 votos convergindo</b>	42	11
<b>9 votos convergindo</b>	57	30
<b>10 votos convergindo</b>	25	53
<b>11 votos convergindo</b>	5	25
<b>Total de temas admitidos com mais de 8 votos</b>	129	119

Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

A maior coordenação das ministras e ministros quanto ao julgamento da preliminar da repercussão geral no segundo período examinado se apercebe também quando comparado – proporcionalmente – ao número de temas admitidos por ausência de votos suficientes para a recusa. Na primeira fase, 21 temas foram admitidos sob essa circunstância, correspondendo a 8% dos temas admitidos no período. Na segunda fase, esse número foi de 4 temas, correspondendo a 3% das admissões.

Quanto aos temas recusados, observa-se que 171 temas submetidos ao exame da preliminar de repercussão geral foram rejeitados pelo STF, sendo identificado que pelo menos dois deles foram revistos em momento futuro, cada qual recebendo novo número na tabela de temas<sup>229-230</sup>. A indicação da revisão, no caso do tema 133, passou a constar no campo dedicado à

<sup>229</sup> O tema 133, com o título “Alíquota do Imposto de Renda de Pessoa Física aplicável aos valores recebidos em atraso e de forma acumulada pelo beneficiário, por culpa exclusiva da autarquia federal.”, teve a repercussão geral recusada em novembro de 2008 por ausência de transcendência da questão constitucional deduzida, porém, em 2014, diante de uma alteração no cenário normativo-jurisprudencial, determinado pelo fato de o TRF-4 haver declarado, em incidente próprio, a inconstitucionalidade parcial de norma federal que sediava a disputa judicial, reconsiderou a questão ao argumento de que “[a] interposição do recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, b, da Constituição Federal, em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 12 da Lei 7.713/88 por Tribunal Regional Federal, constitui circunstância nova suficiente para justificar, agora, seu caráter constitucional e o reconhecimento da repercussão geral da matéria”, recebendo o número de tema 368.

<sup>230</sup> O tema 719, submetido à Plenário Virtual em abril de 2014 com o título “Viabilidade de recurso extraordinário contra acórdão que nega o caráter de revisão geral anual à vantagem pecuniária individual concedida a servidores públicos federais pela Lei n. 10.698/2003.”, foi inicialmente rejeitado por “restringir-se ao âmbito infraconstitucional”, porém, em agosto de 2019 foi revisto no tema 1061, sendo que o fator determinante para essa revisão foi o fato de o STJ haver firmado precedente sobre a matéria, conferindo o caráter de revisão geral anual ao benefício concedido ao grupo de servidores públicos afetados pela Lei nº 10.698/2003. Os recursos extraordinários interpostos em face do entendimento estabelecido no âmbito do STJ estavam sendo recusados sob a aplicação da tese firmada no tema 719 – portanto, obstados pelos mecanismos de contenção do próprio sistema de repercussão geral –, porém a questão passou a ser desafiada por Reclamação ao argumento de que o entendimento da Corte Superior violava a *ratio* consolidada na súmula vinculante nº 37, passando o STF a enfrentar a matéria sob essa nova perspectiva, julgando o tema múltiplas vezes por manifestações de seus órgãos fracionários. Em vista desse novo cenário, o Ministro Dias Toffoli, no exercício da Presidência do STF, submeteu

reprodução da tese do julgamento<sup>231</sup>. Essa indicação não foi observada em relação ao tema 719, sugerindo uma falta de padronização na informação, com o potencial de comprometer a adequada aplicação das técnicas previstas no artigo 1.030 do CPC.

Na recusa dos temas, o uso do Plenário Virtual ocorreu em 170 casos, sendo que apenas um tema foi rejeitado em julgamento presencial, qual seja, o tema 274, por questão de ordem suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, Presidente à época, com o objetivo de equiparar à inexistência de repercussão geral os temas rejeitados por ausência de questão constitucional.

Tal como no conjunto de temas admitidos, nos rejeitados a posição da relatora ou relator orientou a recusa em 96% das vezes.

Na primeira etapa foram rejeitados 107 temas, o que corresponde a 27% do total de temas examinados. Na segunda etapa, esses números sofreram um ligeiro aumento, ocorrendo em 64 casos, o que corresponde a 30% da totalidade de temas submetidos à exame da preliminar de repercussão geral.

### **4.3 Classificação geral dos temas segundo a tipologia deste trabalho**

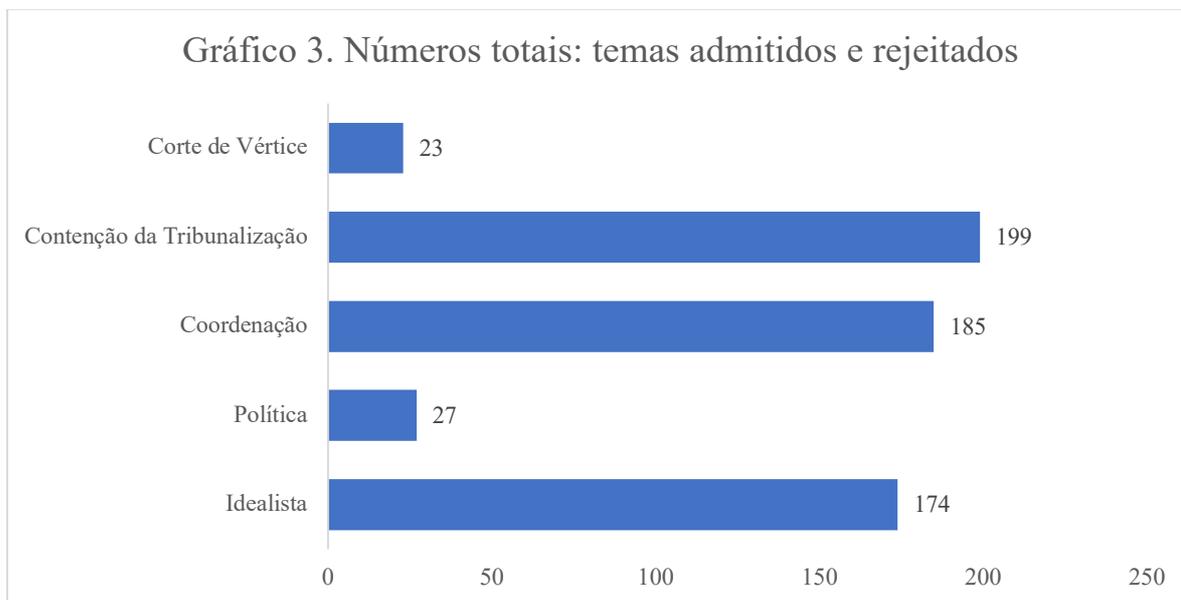
#### **4.3.1 Números gerais**

Aplicando as categorias criadas nesta dissertação, identifica-se o seguinte quadro:

---

a questão para exame em Plenário Virtual, sugerindo a reafirmação da jurisprudência firmada por ambas as Turmas no julgamento dessas reclamações, com o claro objetivo de conter as disputas em torno da matéria.

<sup>231</sup> Por exemplo, no tema 133, há a seguinte indicação de tese: “Este tema, até então sem repercussão geral, foi objeto de proposta de revisão de tese, pelo relator do RE n. 614 406 (tema 368), fixada nos seguintes termos: “O Imposto de Renda incidente sobre verbas recebidas acumuladamente deve observar o regime de competência, aplicável a alíquota correspondente ao valor recebido mês a mês, e não a relativa ao total satisfeito de uma única vez”.



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

A amostra que constitui o universo desta pesquisa corresponde a pouco mais de 50% dos temas de repercussão geral examinados pelo STF desde a implementação desse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Os números totais sinalizam uma predileção por temas orientados à contenção de recursos que historicamente pressionam o STF a uma crise estrutural, o que, em certa medida, coincide com o próprio discurso de criação do filtro recursal. Esses números também indicam uma maior ocorrência de temas relacionados à função *coordenação*, seguida da *idealista*, e uma baixa representação de temas sob as categorias *política* e *corte de vértice*, cada qual representando apenas 4% do universo da pesquisa.

O quadro geral, por incluir tanto os temas que o STF admitiu, como aqueles que rejeitou, não é suficiente para determinar as preferências do Tribunal, sendo necessário relacionar as categorias prevalentes entre os temas que o Tribunal exerceu o poder positivo de agenda, admitindo a questão constitucional à composição de sua pauta temática.

#### 4.3.2 Categorias preferenciais no exame dos temas admitidos

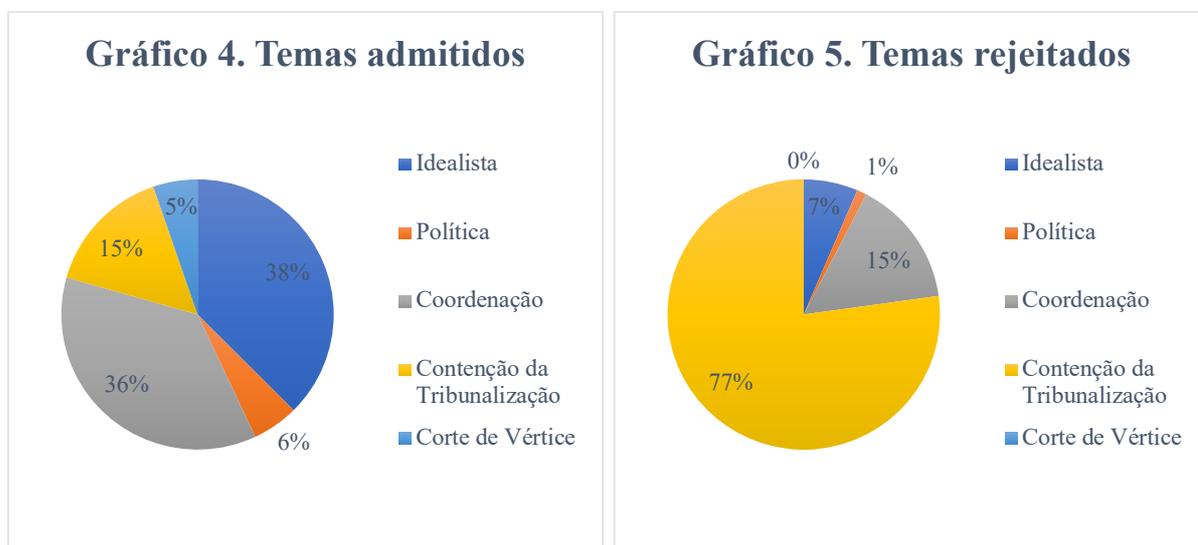
Analisando a questão sob a perspectiva dos temas que o STF admitiu julgar, portanto, aplicando as categorias desenvolvidas apenas sobre os temas com repercussão geral aceitos, observa-se o arrefecimento da vantagem dos temas que incorporam a categoria *coordenação*, em favor da categoria *idealista*, que passa a liberar as preferências do Tribunal com o registro de 163 temas,

contra 159 da classe *coordenação*. Essas duas categorias, juntas, representam  $\frac{3}{4}$  de todas as admissões.

As categorias *política* e *corte de vértice* se mantiveram harmonizadas, a primeira com 24 temas, enquanto a segunda, com 23, representando ao todo 11% dos recursos com repercussão geral reconhecidas.

Por outro lado, a categoria *contenção da tribunalização*, por conceber códigos descritivos propícios, alternadamente, à admissão – pelo código “reafirmação de jurisprudência” – e à rejeição – pelo código “questão infraconstitucional” –, ocorreu em 15% dos temas admitidos, o que revela um grande contraste em relação ao quadro geral, no qual essa classe representava 33% de todos os recursos submetidos à exame da preliminar de repercussão geral.

Os gráficos a seguir representam a distribuição dos tipos classificatórios em relação aos temas admitidos e aqueles rejeitados.



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Focalizando nos temas de maior ocorrência entre aqueles admitidos, nota-se que há tanto mais admissões de temas catalogados sob a classe *idealista*, como, em comparação à classe *coordenação*, esses temas são rejeitados com menor frequência, ocorrendo em 7% dos casos.

A combinação desses dados sugere uma primeira resposta à pergunta desta dissertação. Embora, em números gerais, haja uma certa equivalência na admissão de temas que integram as classes

*coordenação* e *idealista*, quando sobreposto o filtro da rejeição, identifica-se uma maior probabilidade de recusa dos temas relacionados a essa primeira classe, em comparação aos da segunda. Isolando-se apenas essas duas categorias, identifica-se uma chance duas vezes maior de rejeição dos temas que compõem a classe *coordenação*, o que, a contrário senso, reforça a ideia geral de que os recursos com conteúdo *idealista* constituem a agenda preferencial do STF.

No entanto, a validação dessa resposta demanda a observação de outros fatores.

Antes, porém, de passar a essas observações, considera-se oportuno anotar algumas observações a respeito da classe *contenção da tribunalização*.

#### 4.3.2.1 O papel autorreferenciado do STF na *contenção da tribunalização*

Conforme observado no quadro geral – que não distingue os temas admitidos dos rejeitados – em números totais, a classe *contenção da tribunalização* lidera como tipologia preferencial, representando 1/3 de todos os temas com repercussão geral examinados pelo STF no universo desta investigação.

Essa grande quantidade de temas parece confirmar o uso estratégico da repercussão geral como remédio para a chamada “crise do judiciário”, ocorrendo em 15% dos temas admitidos como método de ampliação dos mecanismos de contenção dos recursos extraordinários versando sobre questões em face das quais já há jurisprudência consolidada do Tribunal – sob o código “reafirmação da jurisprudência” –, e em 77% dos temas rejeitados, neste caso, sob o código “questão infraconstitucional”.

##### a) Questão infraconstitucional

Conforme norma regimental inserida no artigo 324, §1º, do RISTF, um recurso extraordinário pode ser recusado sem a necessidade de submeter a repercussão geral à votação – embora essa votação sempre aconteça em Plenário Virtual –, quando pelo menos seis ministros e ministros convergem para negar o caráter constitucional da questão judicial deduzida.

Também por orientação regimental, a recusa de um recurso nessas circunstâncias produz os mesmos efeitos da ausência de repercussão geral, quer dizer, autorizam às Cortes de origem a negar seguimento aos recursos que versem sobre idêntica controvérsia (art. 324, §2º, RISTF).

Assim, embora a rejeição do recurso pelo filtro constitucional exija a manifestação negativa de pelo menos 8 ministros e ministros, a recusa por não se considerar presente uma questão constitucional demanda a convergência de apenas 6.

Com isso, é possível afirmar que a rejeição de temas sob o código “questão infraconstitucional” cumpre a função de obstar o fluxo de recursos que se repetem no âmbito das Cortes Estaduais, Regionais e das Turmas Recursais, conferindo ao STF a oportunidade de sanear o fenômeno da tribunalização sem a necessidade de observar o quórum qualificado exigido na CF para a recusa de temas constitucionais por ausência de repercussão geral.

Conforme relatado no tópico 3.4 desta dissertação, durante o período de consolidação da repercussão geral, a emenda regimental nº 31, de 2009, exigiu maioria *simples* para a rejeição do tema por “questão infraconstitucional”, estabelecendo um peso decisório às abstenções em Plenário Virtual, que passaram a ser contabilizadas como votos adesivos à manifestação da relatora ou relator. À época, essa metodologia de contabilização de votos deu margem a muitas distorções, tendo em vista o elevado número de abstenções no Plenário Virtual<sup>232</sup>. Para sanar esse problema, em 2012 o STF editou a emenda regimental nº 47 que, apesar de ter mantido o “voto ficto”, passou a exigir quórum qualificado para a recusa do recurso, o que subsistiu até julho 2020, quando, atento às críticas da comunidade jurídica<sup>233</sup>, especialmente depois que a metodologia do julgamento foi expandida para o julgamento eletrônico do mérito de todas as classes processuais no período da pandemia por Covid-19, o STF eliminou essa forma de contabilização do voto da ministra ou ministro ausente, passando a exigir a convergência de pelo menos 6 integrantes da Corte para a recusa do recurso por questão infraconstitucional.

---

<sup>232</sup> Como exemplo, os temas 397, 405 e 406, todos julgados em maio de 2011, foram rejeitados apesar de o número de votos reais à favor de sua admissão terem superado os votos contrários.

<sup>233</sup> STRECK, Lenio Luiz. É inconstitucional abstenção de ministro contar a favor do relator. **Consultor Jurídico**, Brasil, 11 jun. 2020. Senso incomum. Disponível: <https://bit.ly/30phWdK>. Acesso: 15 jun. 2020; e CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB (Brasil). **Ofício n. 42, de 19 mai. 2020**. Julgamento de processos em sessão virtual. Ausência de manifestação considerada em favor do voto do Relator. Brasil, 11 jun. 2020. Disponível: <https://bit.ly/2DuMMcb>. Acesso: 15 jun. 2020.

No primeiro período acobertado por esta dissertação, foram recusados 72 temas em Plenário Virtual por “questão infraconstitucional”, e, dentre estes, 38 foram recusados por um número de manifestações inferior a 8, o que correspondeu a 52% do total de temas rejeitados sob esse fundamento, naquela etapa.

Já no período mais recente, durante as gestões dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux<sup>234</sup>, identificou-se apenas 3 temas de repercussão geral recusados pelo código “questão infraconstitucional” que não logrou alcançar pelo menos 8 manifestações convergindo nesse sentido. Esse número representou apenas 5% do total de temas recusados sob esse fundamento, que, durante esse período, chegou ao número total de 60 temas.

Com isso, observou-se que apesar da previsão regimental viabilizando a recusa de recursos extraordinários por quórum inferior àquele fixado no artigo 102, §3º, da CF – o que, conforme mencionado no item 3.4 do capítulo 3, deixa desguarnecida a garantia constitucional de recusa da repercussão geral pelo voto de no mínimo oito integrantes do STF, especialmente quando contrastada à zona cinzenta que há no sentido atribuído à “questão infraconstitucional” –, a dinâmica atual do STF revela uma tendência de maior convergência da Corte quanto à instrumentalização da repercussão geral como mecanismo de contenção do fenômeno da tribunalização, sendo baixo o número de temas recusados sem a observância do quórum constitucional.

Reforça essa conclusão o fato de o código “questão infraconstitucional” haver se consolidado na segunda fase como o motivo determinante da rejeição de 97% de todos os temas recusados no exame da preliminar de repercussão geral em Plenário Virtual, enquanto, na primeira fase, esse código correspondeu a 67% das recusas.

#### b) Reafirmação da jurisprudência

---

<sup>234</sup> Considerando-se apenas o período abarcado pelo universo desta pesquisa, conforma assinalado previamente em tópico específico.

A “reafirmação da jurisprudência” corresponde a um critério de *admissão* de temas com a possibilidade de julgamento antecipado do mérito por questão de ordem levada diretamente ao plenário<sup>235</sup> ou por votação em Plenário Virtual<sup>236</sup>, com o claro propósito de expandir os mecanismos da repercussão geral para questões sobre as quais o STF já possui jurisprudência consolidada.

Comparando-se o uso dessa ferramenta entre os dois períodos que correspondem o universo desta pesquisa, observou-se um acentuado incremento na segunda fase – quando essa classe passou a corresponder a 24% dos temas admitidos, contra 10%, no primeiro período.

Uma possível explicação para essa diferença deve-se ao fato de o intervalo coberto na primeira etapa desta pesquisa não ter se estendido muito tempo depois da publicação da emenda regimental nº 42 (RISTF), de 2 de dezembro de 2010, que marcou a iniciativa do STF de dinamizar o uso do Plenário Virtual, permitindo que o julgamento antecipado do mérito por reafirmação da jurisprudência pudesse ocorrer em concomitância ao exame de admissibilidade da repercussão geral em Plenário Virtual. Antes dessa alteração normativa, a admissão de temas versando sobre questões constitucionais com jurisprudência já consolidada no STF demandava a apresentação do recurso em sessão presencial do Pleno<sup>237</sup>, limitando as potências do instituto à sempre sobrecarregada agenda decisória do plenário da Corte.

De comum a esses códigos descritivos que compõem a categoria *contenção da tribunalização* está o uso estratégico, pelo STF, de suas competências normativas internas no propósito de otimizar o regime jurídico da repercussão geral, arrefecendo, de um lado, os óbices à recusa de temas considerados inoportunos, e expandindo, de outro, sua capacidade de julgamento de novos temas, tudo de modo a ampliar as possibilidades de uso dos mecanismos de represamento<sup>238</sup> e replicação<sup>239</sup> como recursos processuais orientados à racionalização dos seus trabalhos. Portanto, nessa tipologia, a admissão e a rejeição cumprem o mesmo papel, sendo

---

<sup>235</sup> RE-QO 579.431 (tema 96).

<sup>236</sup> Possibilidade aventada pela ministra Ellen Gracie no RE 630.451 (tema 256).

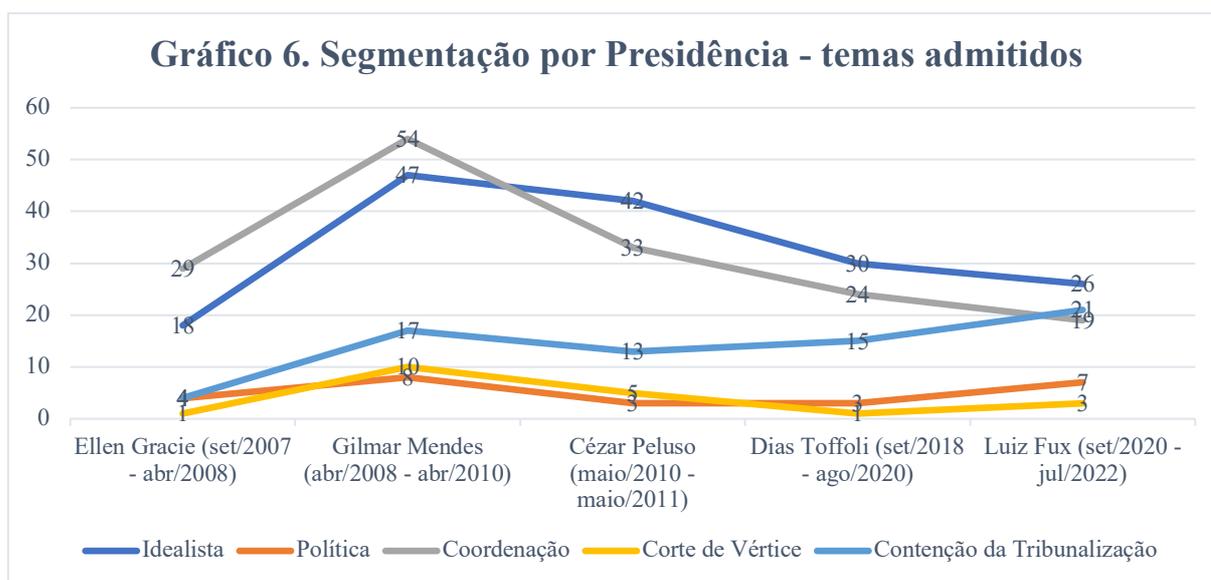
<sup>237</sup> Esse procedimento foi deliberado em questão de ordem suscitada pela Ministra Ellen Gracie nos RE 580.108 (tema 93), 579.431 (tema 96) e 582.650 (tema 98).

<sup>238</sup> Sobrestamento e represamento nos tribunais de origem, dos recursos extraordinários análogos àqueles objeto de temas de repercussão geral pendentes de julgamento.

<sup>239</sup> Pelo efeito de orientação dos tribunais quanto ao julgamento de casos análogos a temas de repercussão geral julgados pelo STF, com possibilidade de retratação ou declaração de prejudicialidade de recursos extraordinários que venham a ser interpostos em face de decisões que apenas replicam o paradigma.

ambas determinadas pelo desejo do Tribunal de controlar os fluxos de recursos extraordinários que o pressionam a um estado de “crise”.

#### 4.3.3 Categoria preferencial dos temas admitidos segmentada pelos períodos de cada presidência



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

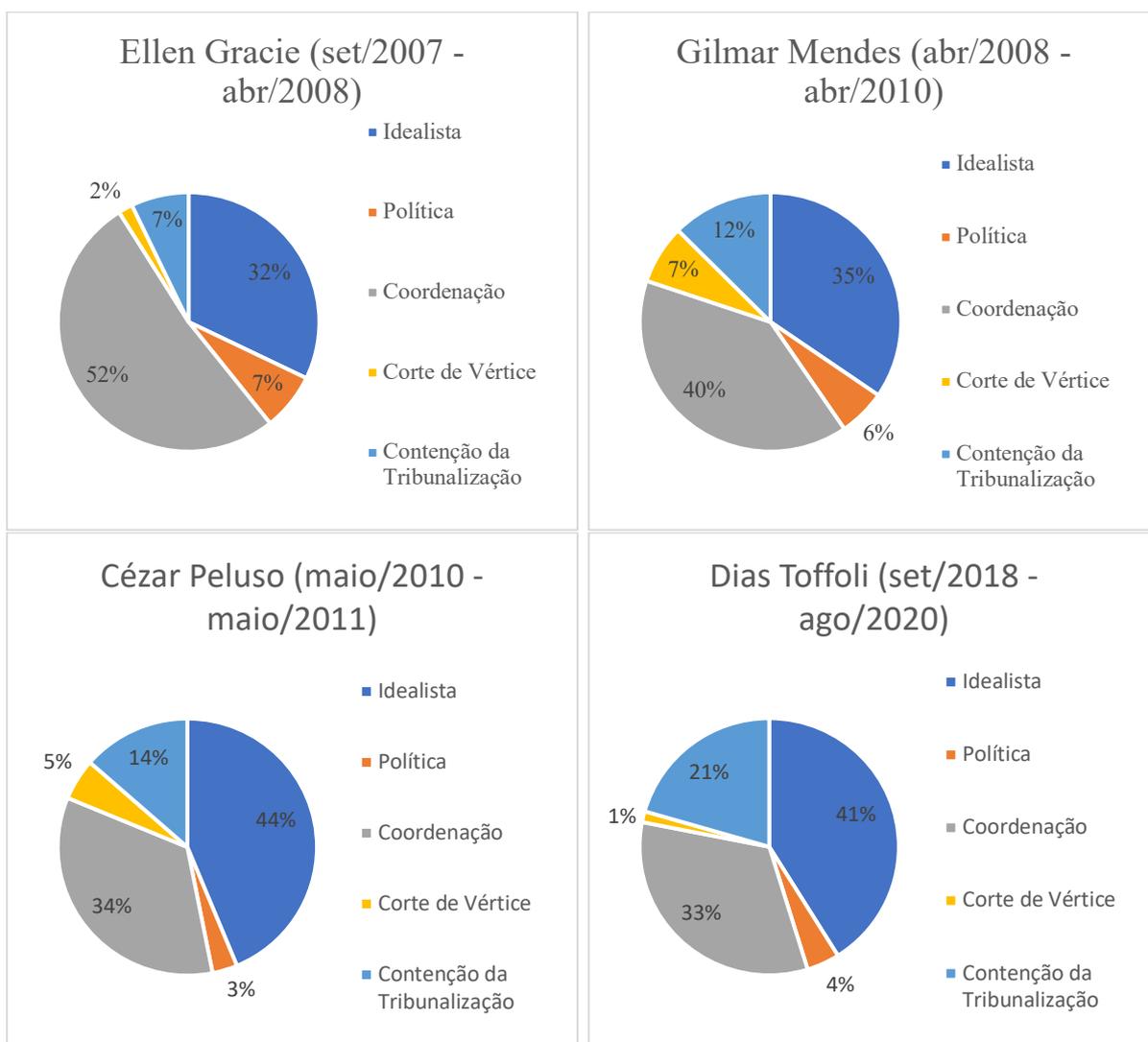
Segmentando os temas de repercussão geral pelos biênios de cada gestão compreendida nesta pesquisa, observa-se que as preferências do Tribunal não seguem linhas consistentes, variando de uma gestão para a outra.

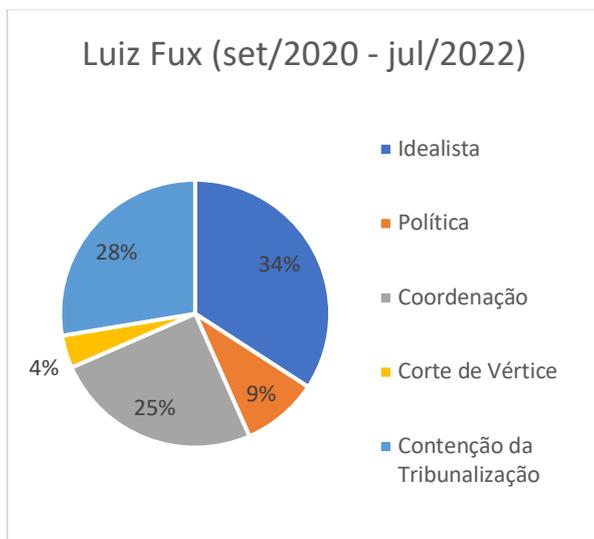
O duplo cruzamento nas linhas que cuidam das classes *política* e *corte de vértice* confirma o diagnóstico inicial de equivalência das preferências da Corte no que concernem às funções correspondentes a essas categorias, cada qual ora seguindo um movimento decrescente, ora ascendente.

Por outro lado, o padrão da linha relacionada à classe *coordenação* sugere que, conquanto os temas afetados a esta categoria tenham governado as preferências do Tribunal nos primeiros anos da aplicação do instituto da repercussão geral, ela vem decrescendo a cada nova gestão.

A linha relacionada à classe *idealista*, por sua vez, demonstra um salto sob a presidência do Ministro César Peluso, quando, pela primeira vez, superou a linha correspondente à função *coordenação*, mantendo-se relativamente estável à frente das demais categorias nas gestões subsequentes, especialmente em relação à classe *coordenação*, o que pode ser observado pela perpendicularidade das linhas que representam cada uma dessas categorias.

Gráficos 7-11. Categoria preferencial dos temas admitidos sob cada Presidência





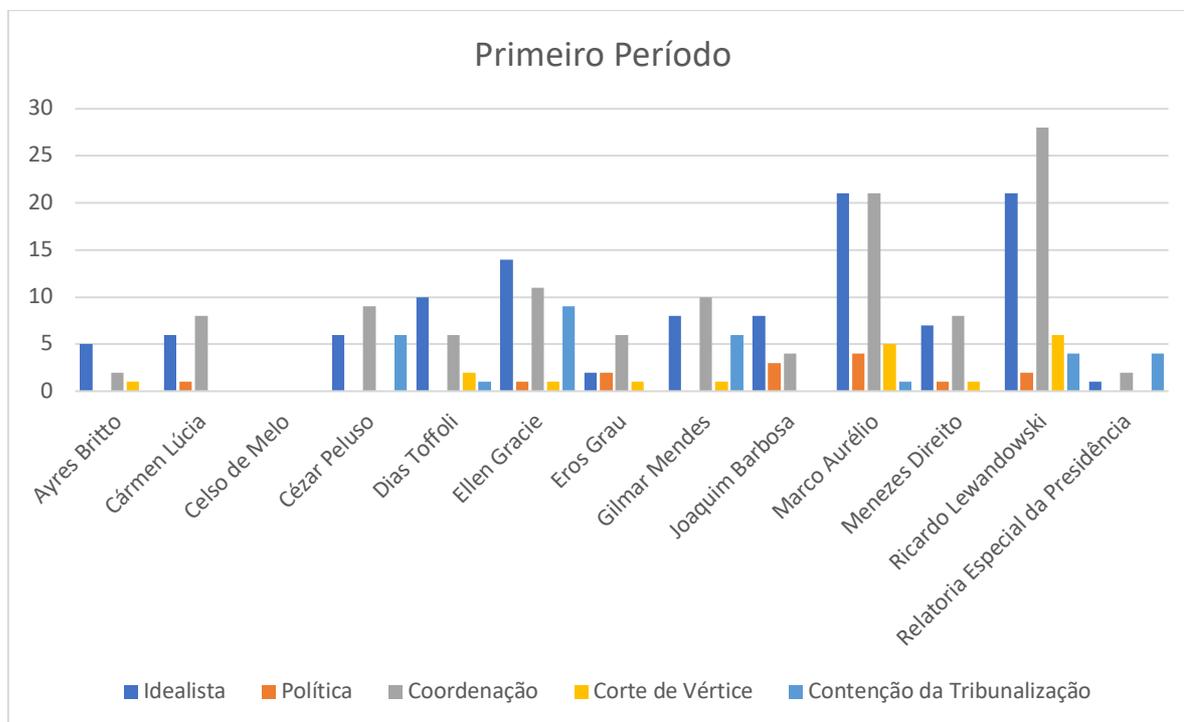
Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Em termos proporcionais, os gráficos acima demonstram como a categoria *coordenação* governou as preferências do Tribunal durante parte do período que configura a primeira fase do universo desta investigação, cedendo espaço, no segundo período, para a classe *idealista*, que mesmo sofrendo uma gradativa redução da vantagem que chegou a ostentar em comparação às demais categorias – pois sob a gestão do Ministro Luis Fux teve sua vantagem arrefecida em relação à classe *contenção da tribunalização* –, continua liderando as preferências do STF, o que, novamente, parece sugerir a maior aderência da Corte à teoria idealista de legitimação do poder judicial.

O próximo tópico analisa as preferências do STF à luz das escolhas individuais de seus ministros e ministras, segmentadas por cada período acobertado por esta investigação.

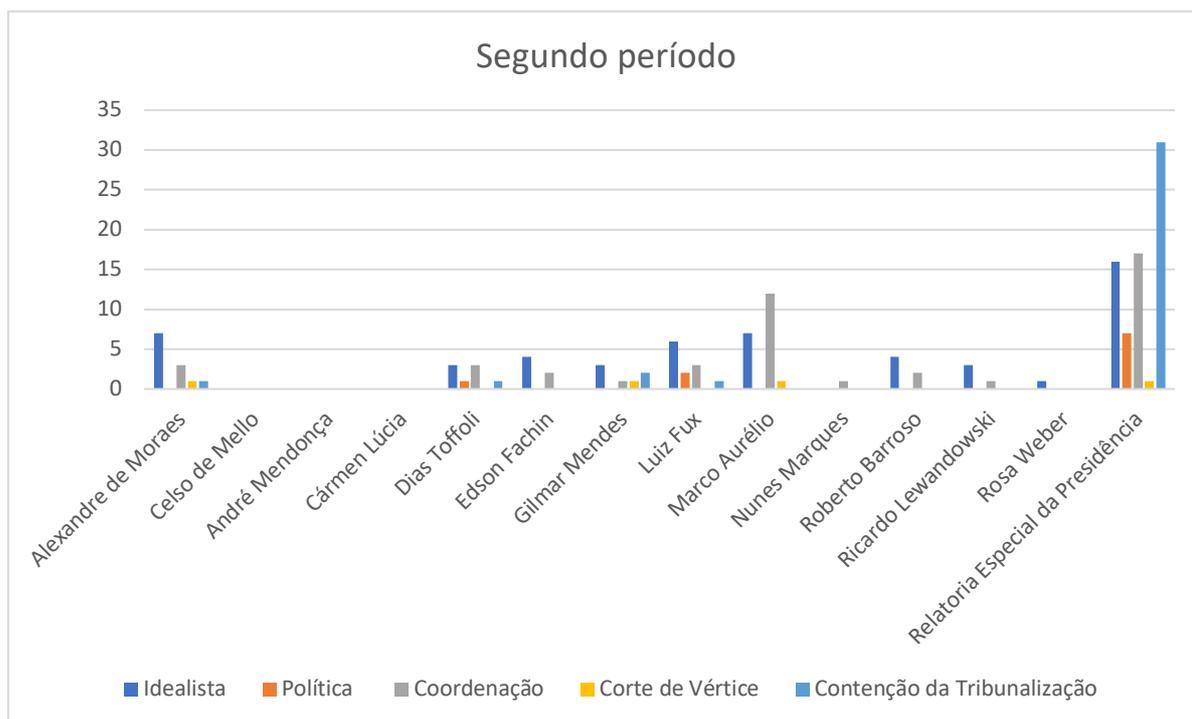
4.3.4 Relação entre o relator do vetor do tema constitucional admitido e a classe, conforme cada período

Gráfico 12. Segmentação das categorias temáticas segundo a eleição de cada relatora ou relator no primeiro período



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Gráfico 13. Segmentação das categorias temáticas segundo a eleição de cada relatora ou relator no segundo período



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Esses gráficos ilustram os temas com repercussão geral admitidas pelo Plenário do STF por seleção das ministras e ministros para os quais o recurso extraordinário já havia sido distribuído e, também, por seleção das presidências, no exercício da competência da relatoria especial, distinguindo-se os dois períodos acobertados por esta investigação.

Algumas características se sobressaem na comparação dessas figuras. Uma, diz respeito a desuniformidade na relatoria dos temas, sendo visível o maior engajamento de uns ministros, em relação a outros. Outra, relaciona-se à ausência de harmonização quanto a escolha temática de cada ministro e ministra, o que sinaliza uma ausência de convergência para a formação de uma agenda temática única, ou ao menos de uma agenda preferencial que tenha prevalência sobre as demais. E, finalmente, também chama a atenção o protagonismo da Presidência no exercício da relatoria especial.

Sobre a atuação individual de cada ministro e ministra, é possível observar uma ampla discricionariedade quanto ao ato de submeter um recurso extraordinário para o julgamento de admissão da repercussão geral, discricionariedade que também se estende para a seleção dos temas que serão submetidos a esse exame. Com efeito, nos dois períodos, tanto é possível identificar a completa abstenção na submissão de temas por parte de alguns integrantes do Tribunal, em contraste ao grande número de processos submetidos por outros – os quais, se acompanhados em sua manifestação, mantém-se, a rigor, com a relatoria do tema –, como inexistente um padrão nas preferências temáticas de cada ministra ou ministro, que, distinta e alternadamente, parecerem favorecer determinada classe, em prejuízo de outras.

Na primeira fase, observou-se o maior engajamento dos membros do STF na submissão de novos temas e uma atuação muito limitada da presidência do Tribunal, o que se justifica diante do fato de a relatoria especial ter sido consolidada por mudança regimental apenas em 2 de dezembro de 2010<sup>240</sup>, ou seja, poucos meses antes o recorte realizado no universo desta pesquisa. Quanto às preferências individuais dos integrantes da Corte, identificou-se nos Ministros Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli e na Ministra Ellen Gracie uma inclinação à eleição de temas inseridos sob a classe *idealista*, tendo os três primeiros preferido

---

<sup>240</sup> Artigo 323 do RI-STF, conforme emenda regimental nº 42.

essa categoria em mais da metade de todas as submissões que realizaram em plenário, enquanto a última o elegeu em 39% de suas submissões.

Por sua vez, os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes preferiram temas relacionados à classe *coordenação*, enquanto o Ministro Marco Aurélio selecionou a mesma proporção de temas que compõem as duas classes mais frequentes, *coordenação* e *idealista*, cada qual correspondendo a 40% de suas escolhas.

A Ministra Cármen Lúcia e os Ministros César Peluso e Menezes Direito, embora tenham submetido um maior número de temas relacionados à classe *coordenação*, em comparação à *idealista*, suas manifestações a respeito de alguns desses temas foram no sentido de sua rejeição por ausência de repercussão geral, porém acabaram vencidos em Plenário Virtual<sup>241</sup>. À época, porque inexistia previsão regimental para a redistribuição do tema em caso de não acolhimento da sua proposta, esses ministros foram mantidos na relatoria dos respectivos recursos. Não obstante, contabilizando-se o sentido de suas manifestações, observou-se uma equivalência na admissão de temas que compõem as classes *coordenação* e *idealista*.

Assim, na primeira fase, foram identificados quatro perfis relacionados às atividades individuais dos ministros e ministras, sendo um perfil autocontido, como fora o caso do ministro Celso de Mello, que não submeteu nenhum recurso à exame de admissibilidade de repercussão geral; um de maior aderência à temas que compõem a classe *idealista*, como fora o caso da ministra Ellen Gracie e dos ministros Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli; um de favorecimento da classe *coordenação*, no qual são identificados os ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, e, por fim, um perfil de neutralidade temática, como no caso da ministra Cármen Lúcia e dos ministros Marco Aurélio, César Peluso, Menezes Direito.

---

<sup>241</sup> A Ministra Cármen Lúcia submeteu para exame de repercussão geral, nesse primeiro período, 6 temas da classe *idealista*, 1, da *política*, e 8, da *coordenação*. Destas 8, em 3 sua posição foi pela recusa da repercussão geral. De igual forma, o Ministro César Peluso submeteu 6 recursos da classe *idealista*, 9 da *coordenação* e 6 da *contenção* da judicialização. Dos 9 recursos que compõem a classe *coordenação*, em 3 sua posição foi pela recusa da repercussão geral. Por sua vez, o Ministro Menezes Direito submeteu 7 recursos da classe *idealista*, sendo um com manifestação contrária à admissão, 8 recursos da classe *coordenação*, dos quais 3 também se posicionou contrariamente à admissão, além de um recurso da classe *política* e outro da categoria *corte de vértice*.

No segundo período, observou-se uma evidente mudança no padrão de submissões, com a acentuada redução das submissões de iniciativa de ministros ou ministras do Tribunal, em contraste com o grande engajamento da Presidência, que exerceu a relatoria especial em quase metade de todos os temas admitidos nessa fase, o que será melhor analisado na sequência, em seção própria.

Sobre o perfil dos ministros e ministras nesse período, notou-se uma maior inclinação dos integrantes do Órgão à admissão de temas que compõem a classe *idealista*.

Com exceção dos Ministros Marco Aurélio e Nunes Marques – quanto a este, sua única submissão no período diz respeito a recurso extraordinário inserido na classe *coordenação* –, todos os demais ministros e ministras que chegaram a submeter temas para o exame de admissibilidade da repercussão geral selecionaram com mais frequência aqueles que integram a classe *idealista*<sup>242</sup>.

Apenas o Ministro Dias Toffoli apresentou um número equilibrado de submissões de temas relacionados a essas duas categorias prevalentes, porém, dos recursos que compõem à classe *coordenação*, uma de suas submissões foi acompanhada de manifestação protestando a recusa da repercussão geral. Assim, contabilizando-se apenas os recursos nos quais esse ministro se posicionou de forma favorável à admissão da repercussão geral, identifica-se uma predominância dos temas que compõem a classe *idealista*.

Observou-se também uma mudança no perfil individual dos ministros que também participaram da composição do Tribunal no primeiro período, como é o caso do Ministro Ricardo Lewandowski, que na primeira fase submeteu mais temas da classe *coordenação*, correspondendo a 46% de suas submissões, mas, na segunda fase, inverteu sua preferência, submetendo mais temas da classe *idealista*<sup>243</sup>. De igual forma, o ministro Gilmar Mendes, que

---

<sup>242</sup> É necessário distinguir a situação do Ministro Dias Toffoli que, embora tenha submetido o mesmo número de recursos relacionados a essas duas classes, em um dos que compõem a categoria *coordenação*, sua manifestação foi no sentido da recusa da repercussão geral, de modo que, vencido, o recurso foi redistribuído para o Ministro Marco Aurélio, que havia se manifestado favorável à admissão do tema. Portanto, subtraído essa submissão em razão do sentido de sua manifestação, é possível concluir que esse ministro também elegeu preferencialmente temas que compõem a categoria *idealista*.

<sup>243</sup> As submissões desse ministro, no período, posto que baixas, representam, em termos proporcionais, 75% de temas que compõem a classe *idealista*, contra 25% da classe *coordenação*.

na primeira fase selecionou com maior frequência temas que compõem a classe *coordenação*, na segunda, submeteu apenas um tema dessa categoria, passando a preferir a classe *idealista* e a pragmática *contenção da tribunalização*.

Nesse segundo período, o Ministro Celso de Melo manteve o perfil autocontido, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia. Os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber, todos demonstraram um favorecimento da classe *idealista*, enquanto os Ministros Nunes Marques e Marco Aurélio elegeram mais temas da categoria *coordenação*.

Esse quadro, entretanto, deve ser obtemperado pela mudança no padrão de submissões e o diagnóstico só se revela adequado em termos proporcionais.

Não obstante, a comparação entre os períodos parece indicar que as escolhas individuais dos ministros e ministras que integram o STF seguem num movimento duplo de maior seletividade – deduzida pelo menor engajamento individual – e maior aderência à temas que se relacionam com a categoria *idealista*, em prejuízo da classe *coordenação*, que prevaleceu como escolha individual mais frequente durante a primeira fase do universo pesquisado.

Os temas favorecidos pela Presidência, nesse segundo período, serão expostos no tópico a seguir.

4.3.4.1 A relatoria especial como potência para a distribuição equitativa de temas de repercussão geral e mecanismo de centralização do poder de agenda temática

Os dados apresentados até este momento revelam um significativo incremento do uso da relatoria especial da Presidência no julgamento da preliminar de repercussão geral.

Essa competência foi consolidada por mudança regimental em 2 de dezembro de 2010 (art. 323, RISTF-ER nº 42) e, embora a comparação entre os períodos tenha ficado prejudicada pelo recorte metodológico do universo investigado, que não abrangeu um tempo significativo da vigência dessa norma, antes, foi encerrada em maio de 2011, portanto, poucos meses depois de

sua publicação, a comparação entre as duas gestões abrangidas no segundo período sinalizam a expansão no uso dessa competência pela última Presidência.

A relatoria especial da Presidência apresenta tanto o potencial de remediar a ausência de uniformidade no exercício da relatoria pelos diferentes ministros e ministras que compõem o STF, como o de centralizar o poder de agenda temática da Corte contra a dispersão determinada pela ampla autonomia de seus membros na submissão dos temas que haverão de compor sua pauta.

O problema relacionado ao desequilíbrio na relatoria dos temas foi diagnosticado por Damares Medina. Segundo a autora, enquanto a distribuição processual é determinada por um sistema de sorteio aleatório que assegura a isonomia entre os ministros e ministras na relatoria dos recursos extraordinários que aportam ao STF, o juízo de admissibilidade no Plenário Virtual depende da disposição de cada relator em submeter ou não determinado recurso ao exame dos pares, diagnosticando uma “[...] ausência de critério ou sistematicidade na submissão dos temas ao Plenário Virtual. [...]”, com “[...] grande discrepância entre os números de temas submetidos por um e outro ministro. [...]”<sup>244</sup>.

Com a relatoria especial da Presidência, o momento de distribuição fica adiado para depois da admissão do tema de repercussão geral em Plenário Virtual, dela participando todos os ministros e ministras que anuíram à acolhida do tema. Isso significa que mesmo os membros do Tribunal que apresentam uma postura mais autocontida em relação ao instituto – como foi o caso do Ministro Celso de Mello<sup>245</sup> e da Ministra Cármen Lúcia no segundo período acobertado nesta investigação –, podem ser designados para a relatoria de temas de repercussão geral, prevenindo-se o ultra-protagonismo de uns ministros e ministras, em comparação com outros.

Entretanto, os dados coletados não parecem confirmar esse argumento.

No primeiro período investigado nesta pesquisa, apurou-se o seguinte quadro:

---

<sup>244</sup> MEDINA, Damares. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105, p. 104.

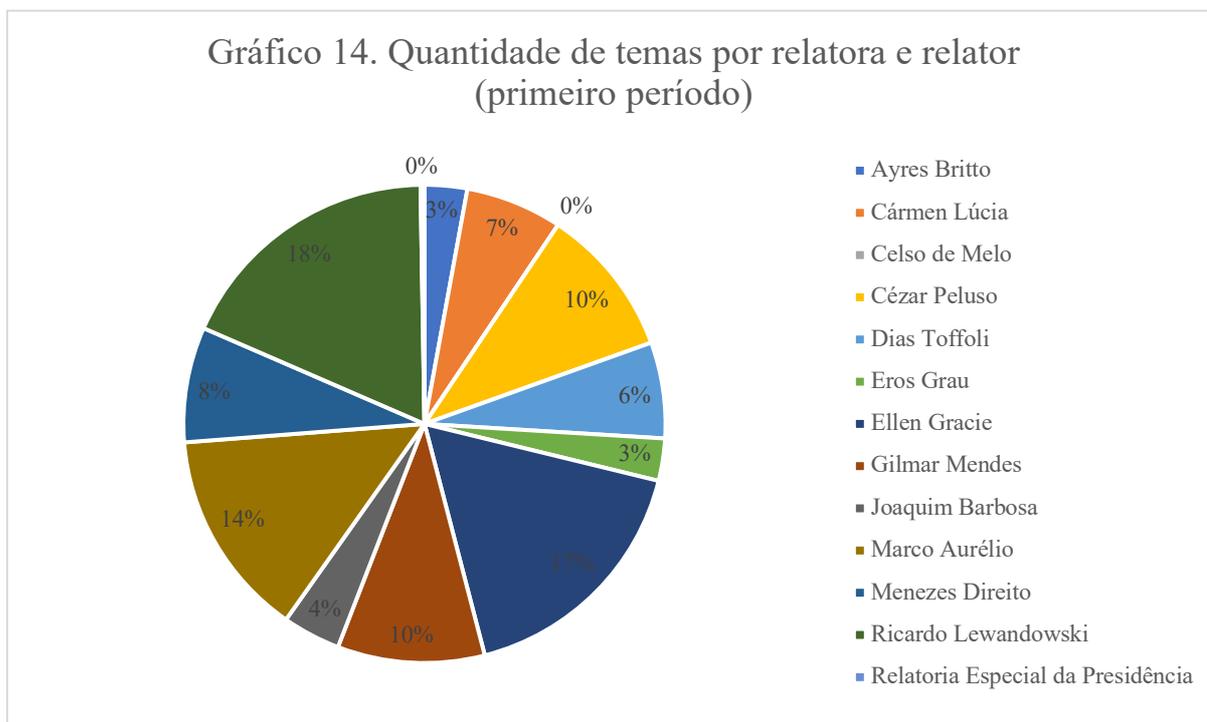
<sup>245</sup> Sobre o Ministro Celso de Melo, ver nota 152, no capítulo 3 desta dissertação.

Tabela 3. Quantidade de temas submetidos por cada relator ou relatora no primeiro período.

<b>Ministros e ministras que integraram o STF no primeiro período:</b>	<b>Quantidade de temas por relator:</b>
Ayres Britto	11
Cármen Lúcia	25
Celso de Melo	0
César Peluso	39
Dias Toffoli	25
Eros Grau	11
Ellen Gracie	66
Gilmar Mendes	38
Joaquim Barbosa	15
Marco Aurélio	54
Menezes Direito	30
Ricardo Lewandowski	70
Relatoria Especial da Presidência	11
Total	395

Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Em termos percentuais, esses dados podem ser representados no seguinte gráfico-pizza, no qual chama a atenção a desproporção entre as fatias representando a quantidade de temas por relator:



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Nessa fase, o uso da relatoria especial da Presidência se restringiu à admissão de temas para a reafirmação da jurisprudência do STF, de modo que não resultou em distribuição superveniente.

No segundo período, observou-se o seguinte quadro:

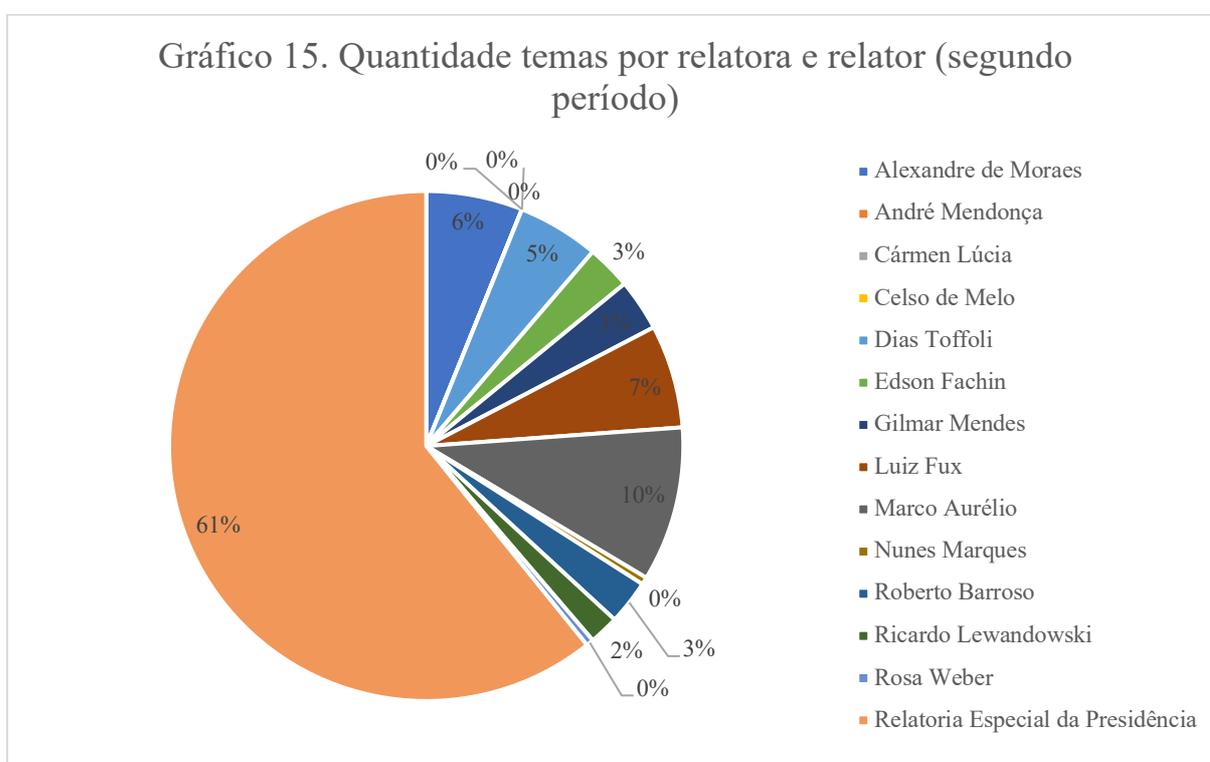
Tabela 4. Quantidade de temas submetidos por cada relator ou relatora no segundo período.

Ministros e ministras que integraram o STF no segundo período:	Quantidade de temas por relator
Alexandre de Moraes	13
André Mendonça	0
Cármen Lúcia	0
Celso de Melo	0
Dias Toffoli	11
Edson Fachin	6
Gilmar Mendes	7
Luiz Fux	14
Marco Aurélio	21
Nunes Marques	1
Roberto Barroso	6

Ricardo Lewandowski	4
Rosa Weber	1
Relatoria Especial da Presidência	130
Total	214

Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

A diferença no perfil de exame da preliminar de repercussão geral no segundo período fica ainda mais evidente quando representada em gráfico:



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

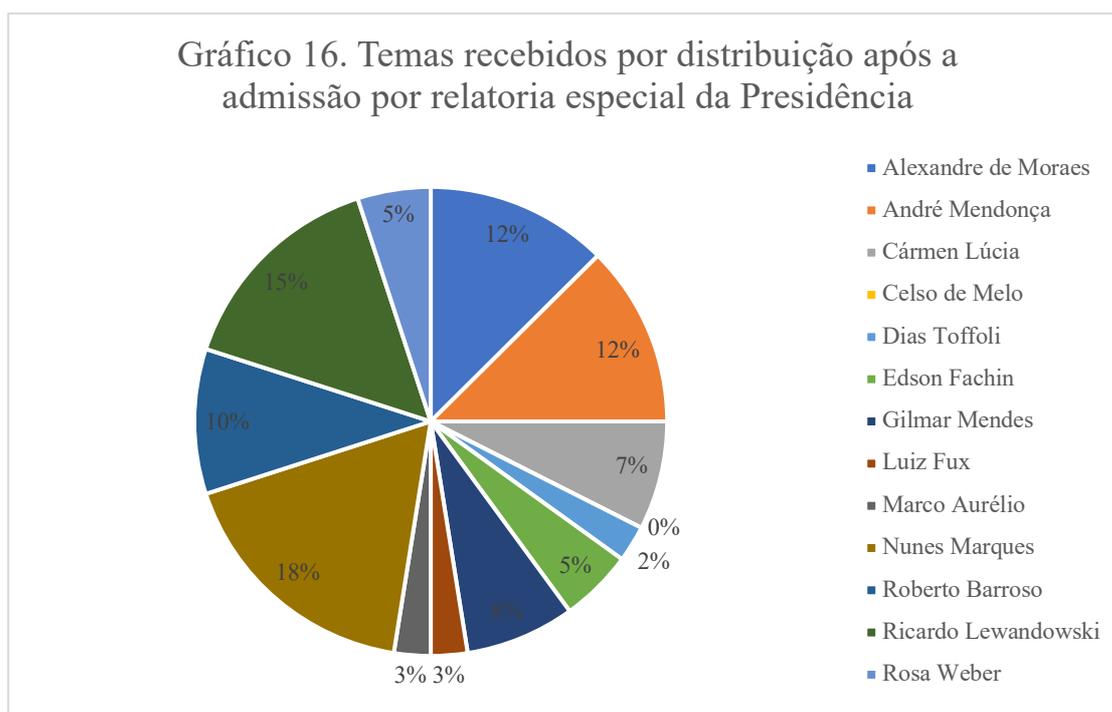
Os temas admitidos pela relatoria especial da Presidência, e não imediatamente julgados pela reafirmação da jurisprudência em Plenário Virtual, apresentaram o seguinte quadro:

Tabela 5. Distribuição dos temas admitidos pela relatoria especial da Presidência e não imediatamente julgados pela reafirmação da jurisprudência no segundo período

Relator	Número de temas recebidos por distribuição após a admissão por relatoria especial da Presidência
Alexandre de Moraes	5
André Mendonça	5
Cármem Lúcia	3
Celso de Melo	0
Dias Toffoli	1
Edson Fachin	2
Gilmar Mendes	3
Luiz Fux	1
Marco Aurélio	1
Nunes Marques	7
Roberto Barroso	4
Ricardo Lewandowski	6
Rosa Weber	2
Total	40

Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Em gráfico, essa distribuição pode ser representada da seguinte forma:



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

É nítida a desproporção na distribuição dos temas, mesmo após o exercício da relatoria especial. Apenas os Ministros Nunes Marques e Ricardo Lewandowski receberam, sozinhos, 1/3 de todos os recursos distribuídos nessas circunstâncias.

Embora o artigo 326-A do RISTF restrinja a distribuição dos temas apenas em favor dos ministros que tenham acompanhado a manifestação de admissão, a aplicação desse fator não foi capaz de justificar a desuniformidade nas distribuições. Na verdade, observou-se grande discrepância mesmo entre ministros que, no período, contabilizaram igual número de manifestações contrárias – portanto, excluídos da distribuição do mesmo número de temas –, como foi o caso dos Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, ambos com cinco manifestações contrárias à admissão de temas recomendados pela Presidência, porém, enquanto o primeiro recebeu apenas 1 recurso no sorteio, o outro recebeu o total de 6.

Densificando a busca, identificou-se que 8 temas de relatoria especial admitidos entre 25 de novembro de 2021 e 17 de fevereiro de 2022 foram submetidos à distribuição por sorteio no dia 11 de março de 2022<sup>246</sup>, e, porque admitidos à unanimidade, com exceção do Presidente – que fica automaticamente excluído da distribuição por norma regimental<sup>247</sup> – todos os 10 ministros e ministras que integram o Tribunal participaram da distribuição, porém, apenas metade recebeu a relatoria desses temas, sendo eles os Ministros André Mendonça, Gilmar Mendes, Nunes Marques, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. O Ministro André Mendonça chegou a receber três desses temas<sup>248</sup>, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski, dois<sup>249</sup>, de modo que, juntos, esses dois ministros receberam mais da metade dos temas distribuídos nesse dia.

Essa discrepância pode ser justificada pelo fato de o ato de distribuição não distinguir, dentre a classe processual “recurso extraordinário”, aqueles já submetidos ao exame da preliminar de repercussão geral, fazendo com que a equidade seja respeitada apenas em termos numéricos, sem garantia de reprodução quando visualizada sob o filtro dos temas já admitidos.

---

<sup>246</sup> Temas 1184, 1186, 1189, 1192, 1194, 1195, 1196 e 1198.

<sup>247</sup> Art. 67, *caput*, RISTF.

<sup>248</sup> Temas 1186, 1192 e 1198.

<sup>249</sup> Temas 1194 e 1196.

Portanto, apesar de a relatoria especial apresentar o potencial, sob o ponto de vista teórico, de sanar o problema da ausência de uniformidade na relatoria dos temas, essa equidade não foi vislumbrada na prática.

A ausência de equidade na distribuição de temas de repercussão geral pode ser problematizada pela constatação de que o relator exerce uma posição de vantagem na condução do julgamento da questão constitucional, controlando não apenas o momento da decisão, pela liberação do processo para a pauta de julgamentos presencial ou virtual, como, na maioria das vezes, o próprio resultado da decisão, afinal, dos temas analisados, 163 foram submetidos à julgamento para análise do mérito, tendo o relator liderado o resultado em 134, o que representa a 82% de todos os temas julgados. Essas constatações, quando aliadas à ausência de uniformidade na distribuição, ainda que não sejam capazes de prevenir a divergência, denotam uma restrição ao pluralismo interno, no âmbito do próprio Tribunal.<sup>250</sup>

Mas, subsiste ainda outra questão a ser examinada, que tem a ver com a potência de centralização do poder de controlar a agenda temática do STF contra a dispersão provocada pela ampla autonomia de seus integrantes na submissão dos temas que haverão de compor a pauta do Tribunal. É dizer, se for possível à Presidência concentrar as submissões dos recursos extraordinários à admissibilidade da repercussão geral, torna-se intuitivo observar que ela poderia traçar uma agenda estratégica única, direcionando o exercício da jurisdição constitucional para o desempenho de papéis aptos ao fortalecimento do poder do Tribunal.

Essa potência é reforçada pelos dados coletados no segundo período do universo da pesquisa, especialmente no biênio de presidência do Ministro Luiz Fux, que empregou a competência especial para a relatoria de temas em 80% de todos os recursos extraordinários submetidos para exame de admissibilidade da repercussão geral, liderando a admissão de 74% dos temas que passaram a integrar a agenda constitucional do STF. Em comparação, sob a gestão do Ministro Dias Toffoli, a relatoria especial da Presidência tinha representado a admissão de 22% dos temas, um número que, apesar de relevante, não seria capaz de ditar a pauta temática da Corte.

---

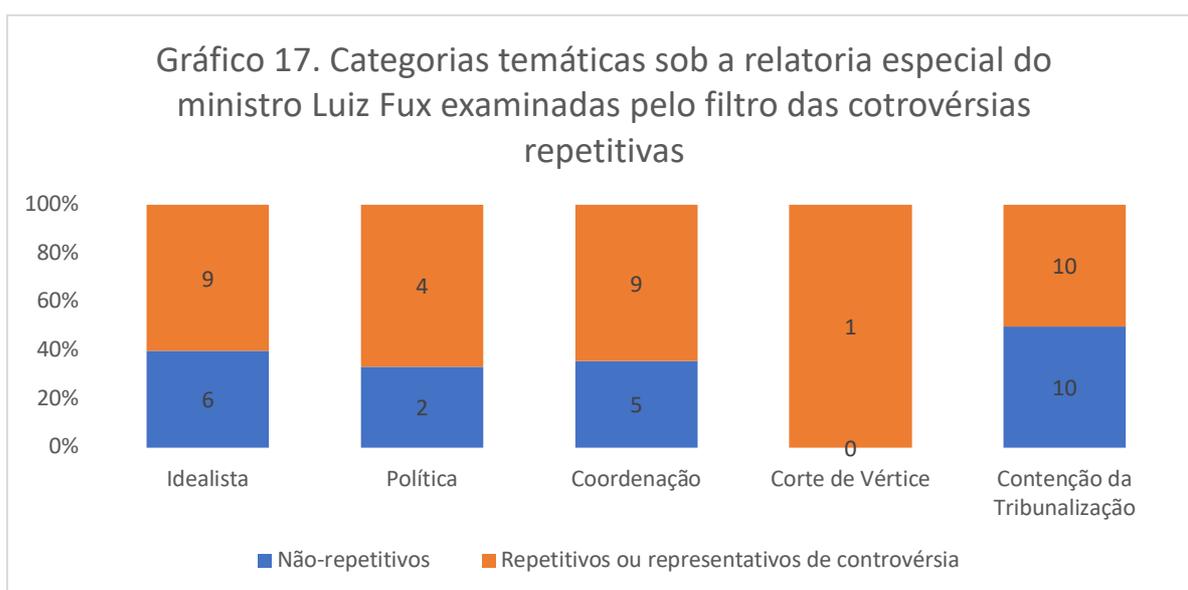
<sup>250</sup> Para Matatias Kumm, o pluralismo interno conquistado a partir de nomeações políticas na linha do tempo constitui uma dimensão da representatividade democrática do Tribunal Constitucional (On the representativeness of constitutional Courts: how to strengthen the legitimacy of rights adjudicating Courts without undermining their independence. **Judicial Power, how Constitutional Courts affect political transformations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 281-291, DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108348669.013>, p. 283-284).

A mudança no padrão do exercício dessa competência parece ter sido motivada pelas relevantes alterações regimentais introduzidas ao final da gestão do Ministro Dias Toffoli, em especial pela dinâmica de comunicação e encaminhamento pelos tribunais estaduais, regionais ou turmas recursais, de temas representativos de controvérsia constitucional, ou, pelo STJ, de feitos julgados sob a sistemática de recursos repetitivos<sup>251</sup>, para o registro da Presidência do STF.

Esses processos representaram quase metade de todos os recursos submetidos à exame de admissibilidade da repercussão durante o período da gestão do Ministro Luiz Fux, compondo 45% de todos os recursos admitidos, e 51% dos rejeitados, todos submetidos ao Plenário Virtual a partir do uso da relatoria especial da Presidência.

Isolando apenas os recursos admitidos por iniciativa da Presidência, notou-se que 61% deles foram selecionados tendo por motivo antecedente a comunicação, pelo tribunal de origem, de se tratar de recurso representativo de controvérsia ou interpostos contra acórdãos proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou em sede recursos especiais repetitivos, estes no âmbito do STJ.

Aplicando o filtro temático à essa descoberta, observa-se o seguinte quadro:



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

<sup>251</sup> Art. 326-A, RISTF.

Esse gráfico ilustra a preponderância, nas admissões submetidas pela Presidência, dos recursos encaminhados ao STF com o propósito de sanar controvérsias repetitivas.

O exame qualitativo das manifestações pela admissão desses temas, por análise de conteúdo, revela que, em todos eles, a par de outros fatores, a transcendência da questão foi reconhecida pela “multiplicidade de feitos” versando sobre a mesma controvérsia. Além disso, um número significativo desses recursos teve a questão controvertida determinada por dúvidas concernentes à aplicação de precedentes qualificados firmados no STF, ou por questões novas suscitadas a partir da aplicação desses precedentes.

Dos 33 temas admitidos sob essas condições – ou seja, como representativos de controvérsias que se repetem ou julgados na origem em incidentes de resolução de demandas repetitivas –, apenas 4 diziam respeito a questões não previamente suscitadas em precedentes do STF. Os outros 29 recursos versavam matérias a respeito das quais o Tribunal já havia se debruçado seja em sede de repercussão geral, seja em outras classes processuais, sendo mais frequentes as admissões por distinção do caso-precedente e por divergência do acórdão de origem em relação à jurisprudência do Supremo, neste caso, motivadas tanto por dúvida sobre a incidência ou não do precedente, como por recalcitrância da parte ou do tribunal de origem na sua aplicação.

Esses dados parecem sugerir que a admissão desses recursos não foi determinada pelo conteúdo dos temas constitucionais neles articulados, mas pela vontade do Tribunal de racionalizar seus trabalhos a partir do uso pragmático da repercussão geral como instrumento processual para o controle dos fluxos de recursos extraordinários que se repetem no âmbito dos tribunais estaduais, regionais ou turmas recursais, ou mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, como o STJ e o Tribunal Superior do Trabalho (TST). Sob esse ponto de vista, a escolha da Presidência parece preponderantemente determinada pelo propósito de contenção da tribunalização, remediando a ampla litigiosidade das questões repetidas pela edição de um precedente qualificado.

Assim, mesmo que no quadro geral a relatoria especial da Presidência tenha ampliado a admissão de temas que compõem as classes normativas que buscam imprimir um sentido dogmático ao exercício e o fomento do poder judicial, a sobreposição do filtro das controvérsias

repetitivas evidencia que a pauta da Presidência continua sendo determinada pelo interesse prático de conter o fenômeno da tribunalização responsável pela histórica “crise” do STF e não como um instrumento para o controle estratégico de sua agenda de julgamentos.

Esse resultado, porém, não descarta o uso potencial da relatoria especial para a formulação de uma agenda constitucional estratégica sob o ponto de vista dos papéis normativos da Corte, apenas sinaliza que, no atual momento institucional, as preferências centralizadas sob a Presidência parecem governadas pelos mesmos fins que adrede motivaram a criação do regime jurídico da repercussão geral.

Assim, se a concentração do poder da Presidência na submissão de temas para a admissibilidade de repercussão geral não parece indicar uma pauta normativa preferencial, cumpre então analisar a questão motriz desta investigação sob um outro fator, que é o grau de convergência dos ministros e ministras na admissão dos temas que compõem as categorias temáticas desta dissertação. Se a vontade do “tribunal” não é outra senão a soma das “vontades” dos ministros e ministras que o integram, qualquer resposta à indagação que move esta dissertação deve, para manter-se realista, examinar os fluxos de convergência na admissão dos temas de repercussão geral.

#### 4.3.5 Convergência para a admissão dos temas sob o filtro das categorias temáticas

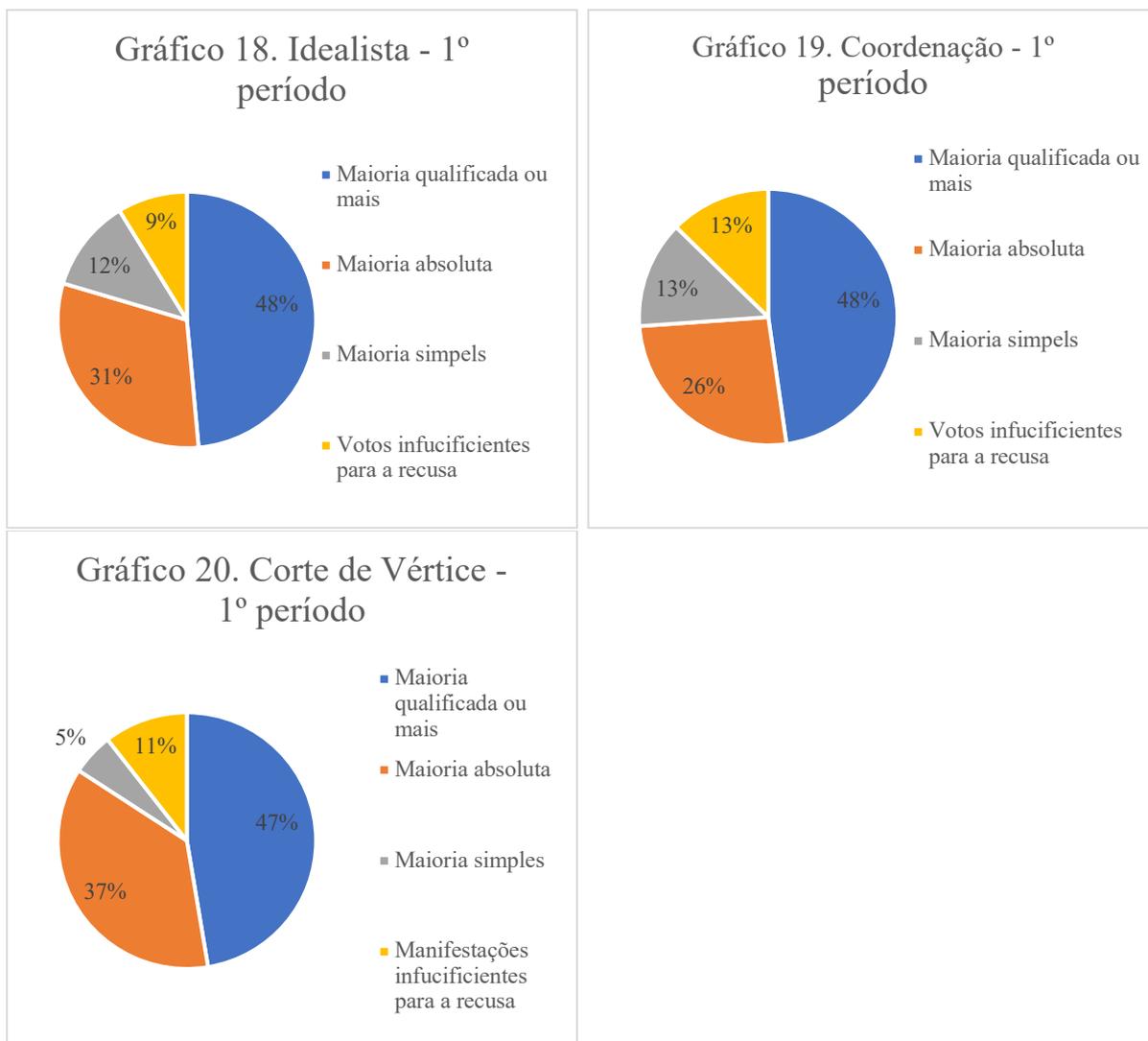
Analisando a convergência das manifestações para a admissão dos temas de repercussão geral segundo as categorias temáticas desta pesquisa, identificou-se uma harmonização no quórum de admissão dos temas que integram as classes *idealista*, *coordenação* e *corte de vértice* durante o primeiro período examinado, ou seja, de 2007 a 2011.

Nessa época, a admissão de temas que compõem essas classes alcançou o quórum de 8 ou mais manifestações favoráveis em 48% das vezes em que submetidos à Plenário Virtual.

Mesmo ao expandir esse exame para nele incluir a convergência da maioria absoluta da composição do Tribunal (portanto, os casos em que os temas foram admitidos pela aquiescência explícita de 6 ou 7 ministros e ministras), os resultados ainda indicam uma harmonização nos quóruns de admissão das classes *coordenação* e *idealista*, com uma pequena vantagem para

esta última classe, e uma maior disposição à admissão da categoria *corte de vértice*, conforme demonstram os seguintes gráficos:

Gráficos 18-20. Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período (*idealista, coordenação e corte de vértice*)

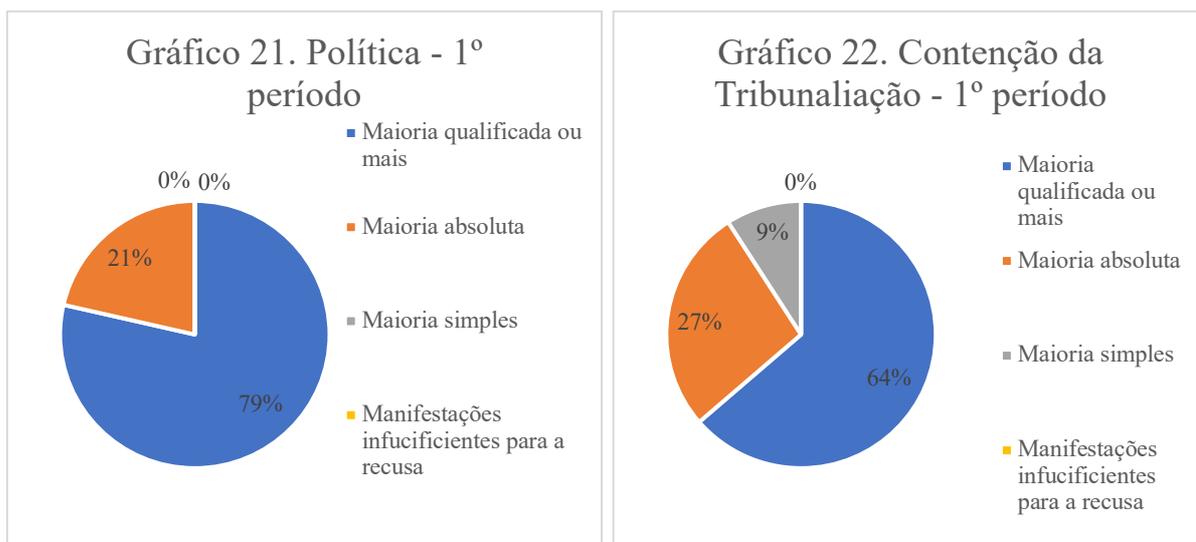


Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

A categoria *política*, proporcionalmente, foi a que apresentou o melhor resultado para o período. Todos os temas dessa classe admitidos em Plenário Virtual contaram com a manifestação favorável de no mínimo 6 integrantes do STF, chegando a atingir 8 ou mais manifestações positivas em 79% das vezes.

Já a classe *contenção da tribunalização*, alcançou a aquiescência da maioria qualificada do Tribunal em 64% dos recursos.

Gráficos 21-22. Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no primeiro período (*política e contenção da tribunalização*)



Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

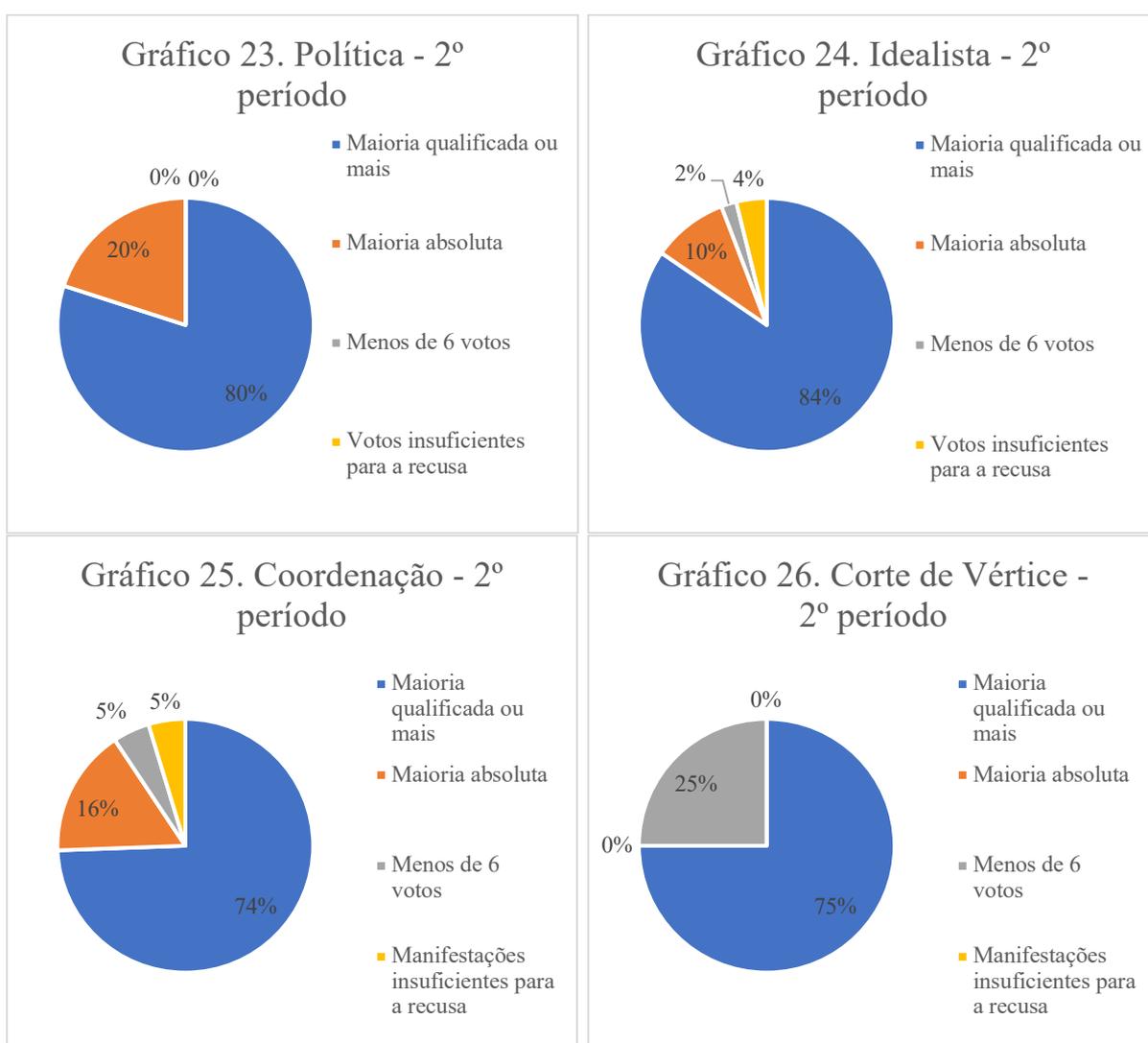
Isolando-se as classes, observou-se que os temas da categoria *política* foram os de melhor desempenho na convergência dos membros do Tribunal nessa primeira fase da repercussão geral, sendo possível concluir que, apesar da baixa frequência com que os temas dessa categoria foram submetidos à admissibilidade da Corte, eles constituíram a preferência da maioria dos ministros e ministras tanto na proporção de admissões<sup>252</sup>, como no quórum de aceitação da repercussão geral.

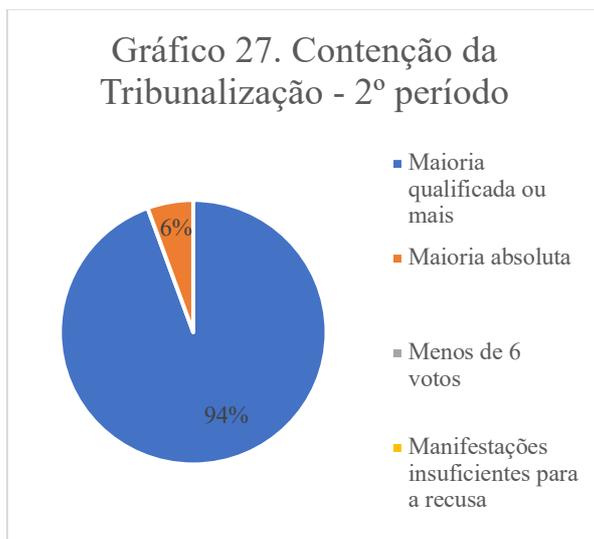
No segundo período, ou seja, entre 2018 e 2022, embora a categoria *política* tenha mantido os altos índices de admissão e convergência, passou a ceder espaço, no que concerne à frequência de admissões com manifestações positivas superior a 8, para a categoria *idealista*, que no período ostentou o maior percentual de convergências sob o filtro da maioria qualificada, perdendo a apenas para a classe *contenção da tribunalização*.

<sup>252</sup> No período, 16 recursos que compõem essa classe foram submetidos à exame de admissibilidade da preliminar de repercussão geral, sendo 14 deles admitidos, o que representa 87% das submissões à plenário, e apenas 2 rejeitados.

Nesse sentido, a categoria *idealista* ascendeu no segundo período como papel preferencial de 8 ou mais ministros e ministras do STF em 84% das vezes em que submetida à exame de admissibilidade em Plenário Virtual, contra 74% da classe *coordenação*, 80% da *política* e 75% da *corte de vértice*. Não obstante, a categoria com maior convergência foi a *contenção da tribunalização*, que concentrou 8 ou mais manifestações favoráveis em 94% das admissões. Eis os gráficos:

Gráficos 23-27. Grau de convergência na admissão em PV dos temas que compõem as categorias temáticas no segundo período





Fonte: A autora, a partir dos dados da RG disponibilizados pelo STF.

Quanto aos papéis normativos, a comparação entre os períodos autoriza a conclusão de que a classe *política* apresenta uma sólida posição nas preferências do Tribunal tanto na primeira fase, como na segunda, porém, em frequência de submissões, os papéis com maior peso foram os de *coordenação* e *idealista*, que embora tenham compartilhado uma posição similar entre as preferências dos ministros e ministras na primeira fase, na segunda, a categoria *idealista* passou a representar os temas de maior fluxo de convergências na admissão da Corte, ficando atrás apenas da categoria *contenção da tribunalização*, que, porém, não designa qualquer função dogmática sobre a legitimação ou fonte do poder judicial, antes, cuida de temas relacionados ao uso estratégico e autorreferenciado do poder de administrar a própria instituição.

## 5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve o propósito de descobrir a partir do exame qualitativo da repercussão geral quais temas compõem a agenda preferencial do STF quando essa Corte é dotada do poder de escolher o conteúdo de sua pauta temática.

Identificou-se que o STF apresenta uma inclinação à admissão dos recursos extraordinários pautados para exame de admissibilidade da repercussão geral, aceitando-os 72% das vezes, sendo que na maioria delas com a manifestação favorável de pelo menos 6 ministros e ministras. Esse dado referenda o argumento de que o quórum qualificado para a recusa, conquanto possa pesar em favor da admissão, não é determinante para a composição da agenda temática do Tribunal, sendo que apenas 5% dos recursos foram admitidos por ausência de recusas suficientes.

Este estudo também mostrou a influência exercida pelo relator, cuja posição liderou tanto as admissões, como as recusas de temas em 96% dos casos.

Por outro lado, não foi observada qualquer uniformidade na distribuição da relatoria entre os ministros e ministras que compõem o Tribunal, antes, viu-se, em confirmação a um problema diagnosticado no estudo de Damares Medina, uma ampla discricionariedade na seleção dos temas submetidos à exame de admissibilidade em Plenário, sendo a pauta do Supremo determinada pela soma das preferências individuais de cada ministro ou ministra.

Essa descentralização da escolha dos temas que hão de compor a agenda do Tribunal pode constituir um empecilho à construção de uma agenda estratégica única.

Por outro lado, argumentou-se que a consolidação dos poderes da Presidência para o exercício da relatoria especial poderia sanar tanto o desequilíbrio na distribuição das relatorias dos recursos admitidos como paradigmas de repercussão geral, como a pulverização do controle de agenda temática. Ambos os argumentos foram testados nesta pesquisa. Sobre o primeiro, identificou-se um persistente desequilíbrio na distribuição dos temas, mesmo após o uso da relatoria especial, sendo esse resultado negativo possivelmente justificado pelo fato de o ato de distribuição não distinguir dentro da classe processual “recurso extraordinário”, aqueles

recursos sobre os quais o Plenário já tenha exercido juízo de admissibilidade da repercussão geral, de modo que a equidade prevalece apenas em números gerais, sem garantia de reprodução quando visualizada sob o filtro dos temas já admitidos. Quanto ao segundo argumento, observou-se que a relatoria especial efetivamente guarda o potencial de centralização da agenda temática da Corte, tendo representado 74% de todos os temas admitidos à pauta do STF no período da presidência do Ministro Luis Fux. Não obstante, conforme será sumarizado adiante, a centralização das submissões não pareceu coordenada por qualquer papel normativo preferencial, senão o antigo desejo de controlar os fluxos sempre crescentes de recursos extraordinários que aportam ao Tribunal.

Volvendo os papéis que o STF escolhe exercer, essa questão foi analisada a partir de outros filtros, todos aplicados no propósito de compreender como se operam as escolhas do Tribunal e se há consistência na formação de sua agenda temática ao longo dos diferentes períodos examinados.

Analisando-se a questão a partir dos números globais – incluindo-se todos os temas admitidos e rejeitados nos dois períodos da pesquisa –, observou-se uma clara disposição do STF no emprego da repercussão geral como instrumento de contenção dos fluxos de recursos que o colocam em estado de “crise”, aproveitando-se dos mecanismos processuais de represamento e replicação – próprios da repercussão geral – para racionalizar os trabalhos do Tribunal, inclusive para a reafirmação de jurisprudência consolidada em enunciado de súmula vinculante ou ações de controle concentrado que, por expressa previsão constitucional, ostentam força vinculante e eficácia *erga omnes*, caracterizando-se um pleonasma procedimental.

Sob o ponto de vista dos temas com repercussão geral admitidos, observou-se uma equivalência das categorias *idealista* e *coordenação*, que, em proporções muito semelhantes, representaram  $\frac{3}{4}$  de todos os temas aceitos pelo Plenário do STF, sem distinção quanto ao período. Porém, no exame dos temas rejeitados, viu-se que os que compõem a classe *coordenação* foram recusados com maior frequência, sendo inadmitidos duas vezes mais que os da classe *idealista*, informação que, aplicada sobre os dados referentes às admissões, sugere uma pequena prevalência dessa última categoria, em relação à primeira.

Quando adicionado o filtro concernente aos diferentes períodos examinados e, na sequência, aos anos correspondentes ao exercício de cada uma das cinco presidências abrangidas por esta investigação, observou-se uma prevalência dos temas afetados à categoria *coordenação* na primeira fase da repercussão geral, ocupando a liderança dos temas admitidos pelo STF nas gestões da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Gilmar Mendes, mas com significativo declínio sob a presidência do Ministro César Peluso, quando temas da classe *idealista* superaram as admissões desta e de todas as demais classes, totalizando 44% de todos os temas de repercussão geral aceitos para compor a agenda temática do Tribunal naquele período.

A admissão preferencial de temas da categoria *idealista* foi mantida sob as gestões dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, tendo esta categoria se sobreposto como preferência do Tribunal no segundo período desta investigação.

Sob a presidência do Ministro Luiz Fux, a classe *contenção da tribunalização* por reafirmação da jurisprudência superou pela primeira vez o número de admissões da classe *coordenação*, ficando atrás apenas da classe *idealista*.

Essa mudança no padrão parece ter sido motivada por alterações regimentais introduzidas durante a gestão do Ministro Dias Toffoli com o escopo de dinamizar a formação de precedentes qualificados.

Outra importante mudança regimental, no período, diz respeito à dinâmica de comunicação e encaminhamento de temas representativos de controvérsia constitucional pelos tribunais estaduais, regionais ou turmas recursais, ou de feitos julgados pelo STJ sob a sistemática de recursos repetitivos<sup>253</sup> para o registro prévio da Presidência.

Esses processos representaram 61% de todos os recursos extraordinários admitidos por iniciativa da Presidência no exercício da relatoria especial, sendo também responsáveis pelo incremento do número de admissões de temas que compõem outras classes, além da *contenção da tribunalização*. Entretanto, viu-se que a motivação comum a essas admissões foi a contenção da litigiosidade manifestada em controvérsias repetidas, sendo estas em grande parte

---

<sup>253</sup> Art. 326-A, RISTF.

determinadas por dúvidas suscitadas pela aplicação dos precedentes-qualificados do próprio STF.

Assim, apurou-se que, mesmo que no quadro geral a relatoria especial da Presidência tenha ampliado a admissão de temas que compõem as classes normativas que buscam imprimir um sentido dogmático ao exercício do poder judicial, a sobreposição do filtro das controvérsias repetitivas evidenciou que a pauta da Presidência é fortemente determinada pelo interesse prático de conter o fenômeno da tribunalização responsável pela histórica “crise” do STF e não como um instrumento para o controle estratégico de sua agenda de julgamentos.

Portanto, as escolhas individuais e descentralizadas dos ministros e ministras parecem direcionar a pauta temática do Tribunal e, quanto a estas, a aplicação do filtro concernente às tipologias da pesquisa às escolhas individuais dos relatores e relatoras indicaram um movimento, no período recente, de maior favorecimento dos temas relacionados à categoria *idealista*.

Na sequência, analisou-se como os ministros e ministras convergem para a admissão dos temas que compõem as categorias desta pesquisa. A partir desse filtro, identificou-se que a classe *política*, apesar da pouca recorrência, ocupa uma posição sólida nas escolhas do Tribunal, ostentando tanto mais admissões – em termos proporcionais às recusas da própria categoria – como, na composição do julgamento da preliminar de repercussão geral, apresenta elevados índices de convergência, contabilizando o voto de 8 ou mais ministros e ministras em cerca de 80% das vezes em que submetido à Plenário, com resultados uniformes em ambas as fases.

As classes *coordenação*, *idealista* e *corte de vértice*, na primeira fase, apresentaram resultado similares, atraindo a convergência de 8 ou mais ministros e ministras em cerca de metade dos temas submetidos à exame de repercussão geral, porém, na segunda fase, fica claro o incremento das convergências nas admissões de temas da classe *idealista*.

A categoria *contenção da tribunalização* foi a que apresentou maior percentual de convergências, atraindo a aquiescência de 8 ou mais ministros e ministras em 94% dos temas admitidos. O melhor resultado dessa categoria pode estar associado à própria natureza de seu

código descritivo, que, nas admissões, catalogam os recursos extraordinários aceitos para a reafirmação da jurisprudência já consolidada do Tribunal.

Esses resultados parciais indicam que, a par do pragmatismo do Tribunal no uso da repercussão geral como instrumento de controle dos fluxos de recursos extraordinários que historicamente pressionavam o Tribunal num constante estado de “crise” – uso esse que se manteve consistente nas duas fases examinadas –, no que concerne ao exercício dos papéis normativos, a agenda do Supremo em sede de repercussão geral não seguiu um caminho linear e homogêneo. Na verdade, esses papéis foram em grande parte determinados pelas escolhas individuais dos ministros e ministras que integram o Tribunal.

Na primeira fase, observou-se tanto o maior engajamento dos membros do Tribunal na submissão de temas constitucionais para a admissibilidade da repercussão geral, como, paradoxalmente, um maior número de abstenções em Plenário Virtual e menor convergência para a admissão dos novos temas. Em paralelo, também nessa fase foi observada uma maior heterogenia das categorias normativas dos temas admitidos, com a prevalência da classe *coordenação* sobre as demais.

Já na segunda fase, conquanto menor o número de abstenções e maior a convergência para o resultado do julgamento, observou-se a menor participação dos integrantes da Corte na submissão de novos temas, identificando-se um movimento de centralização da pauta pelo maior número de submissões realizadas pela Presidência do Tribunal no uso da relatoria especial, o que, no entanto, não representou a eleição de uma pauta constitucional influenciada por qualquer papel normativo.

Entre as escolhas dos membros, a maior seletividade não eliminou a heterogenia na escolha temática, mas resultou na prevalência da categoria *idealista* tanto em relação à quantidade de submissões, quanto em maior convergência para o resultado.

A confluência desses resultados sinaliza para uma mudança de paradigma nas escolhas do STF, sugerindo uma gradual, porém consistente predileção da Corte por temas que compõem a categoria *idealista*.

Em comparação às pesquisas realizadas em sede de controle concentrado, que indicam uma predominância de temas de interesses institucionais e corporativos, fortemente determinados pelas escolhas dos atores políticos e sociais legitimados, em sede de repercussão geral, onde a escolha sobre o que julgar repousa sobre o STF, tanto em relação à seleção prévia dos temas, que ocorre em cada gabinete sem a sindicância pública, como em relação aos temas efetivamente submetidos em Plenário Virtual para o exame de admissibilidade à pauta suprema, observa-se um equilíbrio de pautas, que nos anos recentes, tem se mostrado mais aderente aos discursos normativos de legitimação do poder judicial, elegendo com maior frequência e coesão decisória os temas de ordem *idealista*, ainda que os da classe *coordenação*, que governaram a escolha do Tribunal nos primeiros anos da repercussão geral, sejam ainda muito marcantes em sua atuação.

Esse equilíbrio de pautas pode indicar uma atuação estratégica do STF e uma administração realista de sua agenda temática, contrabalanceando o uso de seu poder institucional tanto no favorecimento de temas que reforçam o seu papel normativo no arranjo democrático, portanto, legitimante de seu poder, como na conciliação dos interesses multifacetários de segmentos político-sociais que o buscam como árbitro imparcial orientados pela expectativa de produção de estabilidade jurídica-institucional, o que contribui para a construção de um capital político capaz de produzir poder judicial ao aumentar os custos da inobservância de suas ordens.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 920, p. 133-149, jun. 2012.
- BAIRD, Vanessa A. Building institutional legitimacy: the role of procedural justice. *Political Research Quarterly*. Vol. 44, n. 2, jun. 2001, pp. 333-354. Disponível em <https://journals.sagepub.com/home/prq>. Acesso: 3 ago. 2021.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8a ed. atualizada por Miabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência** [e-book]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, [1962] 1986, 303 p.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **O Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Senado Federal Centro Gráfico, 1976, 30 p. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta\\_O\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_1976.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta_O_Supremo_Tribunal_Federal_1976.pdf). Acesso em: 17 nov. 2021.
- CAPPELLETI, Mauro. **Juizes legisladores?** 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CÂMARA, Heloisa Fernandes. **STF Na Ditadura Militar Brasileira: Um Tribunal Adaptável?** 2017. Universidade Federal do Paraná, 2017. 273p.
- CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: efoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295-316. Tradução de Ana Cristina Nasser.
- CLARK, Alexis. Why Eisenhower Sent the 101st Airborne to Little Rock After Brown v. Board: when the governor of Arkansas failed to integrate central high school, president Eisenhower called in federal troops to protect the Little Rock Nine. **History**. 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.history.com/news/little-rock-nine-brown-v-board-eisenhower-101-airborne>. Acesso em: 10 dez. 2021.
- COMELLA, Victor Ferreres. **The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism.**" SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 39., 2004. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/39](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39). Acesso em: 24 mai. 2020
- COPE, Meghan. Coding qualitative data. In: HAY, Iain. *Qualitative Research Methods in Human Geography*. 3. ed. Eua: Oxford University Press, 2010. Cap. 14. p. 223-233. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/284143585\\_Coding\\_qualitative\\_data](https://www.researchgate.net/publication/284143585_Coding_qualitative_data). Acesso em: 30 mai. 2022.
- COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos**

direitos fundamentais. Brasília: Unb, 2014. 84 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 30 abr. 2019

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 252, p. 25-43, 2009. DOI: 10.12660/rda.v252.2009.7954. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>. Acesso em: 1 nov. 2021.

DORF, Michael. The Domain of Reflexive Law. **Columbia Law Review**, New York, v. 103, n. 1, p. 384-402, jan. 2003. 8/Ano. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2215092](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215092). Acesso em: 3 nov. 2021.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito: as Regras da Inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013, 255 p. [e-book].

FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. **Harvard Law Review**. Vol. 118, n. 6, The Harvard Law Review Association, 2005, pp. 1787-853, <http://www.jstor.org/stable/4093285>

FISCHER, Octavio Campos. A Constituição brasileira de 1988 e os direitos fundamentais tributários. In: **Direito constitucional brasileiro** [livro eletrônico]: volume 3: constituições econômica e social. Coordenador CLÈVE, Clèmerson Merlin Clève. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

FONTANA, David. Docket control and the success of Constitutional Courts. In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (orgs). **Comparative Constitutional Law**. Londres: Edward Elgar, 2011, pp. 624-641. Disponível em: <https://bit.ly/3i7Ax4k>. Acesso em: 23 mai. 2020

GARGARELLA, Roberto A. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Edición digital a partir de Isonomía: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, núm. 6, abril 1997, pp. 55-70. Disponível em: <https://bit.ly/3fexxkD>. Acesso em: 29 mai. 2019.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases** [livro eletrônico]. New York: Cambridge University Press, 2003, 295 p.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, Why Do Countries Adopt Constitutional Review? (September 2, 2013). **Journal of Law, Economics, and Organization**, **Forthcoming**, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em: 30 abr. 2020.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Da ordem dos processos no tribunal. 251-280p. **Recursos e processos nos tribunais: à luz do Novo Código de Processo Civil**. GARCIA JUNIOR, Vanderlei (Org.). Curitiba: Juruá, 2017, 374p.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78: a view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008. Cap. 78. p. 379-385. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman.

\_\_\_\_\_. The Federalist, 79: a further view of the judicial department in relation to the provisions for the support and responsibility of the judges. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008-a. Cap. 79. p. 385-388. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015

KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. Helmke; J. Rios-Figueroa (orgs.), **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 154-186, doi:10.1017/CBO9780511976520.007. Disponível em: <https://bit.ly/3KpXZJp>. Acesso em: 21 out. 2021.

KUMM, Mattias. On the representativeness of constitutional Courts: how to strengthen the legitimacy of rights adjudicating Courts without undermining their independence. **Judicial Power, how Constitutional Courts affect political transformations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 281-291, DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108348669.013>. Acesso em: 23 mar. 2022.

LAIN, Corinna Barret. Upside-down Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. Vol. 101, n. 113, 2012, p. 113-183. Disponível em: <https://bit.ly/3CANxNh>. Acesso em: 2 nov. 2021.

LANGFORD, Malcolm. Why judicial review?. **Oslo Law Review**, n. 1, 2015, p. 36-85. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw2351>, acesso em: 2 nov. 2021.

LAW, David S. 2009. A theory of Judicial Power and Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**. vol. 97, 2009, p. 732-801. Disponível em: <https://bit.ly/3TA6O7J>. Acesso em: 13 jul. 2020

MADISON, James. The Federalist, 51: The same subject continued with the same view and concluded. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008. Cap. 78. p. 379-385. Edição com introdução e notas de Lawrence Goldman.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 560 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019, 214 p.

MARSHALL, John; SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *U.S. Reports: Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137. 1803. Periódico. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep005137/>. Acesso em: 2 set. 2021.

MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016, 294 p.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão constitucional**. 7. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2017, 395 p.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 176 p.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das leis**. Apresentação de: Renato Janine Ribeiro. Tradução de: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851p.
- MORGAN, Susan. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy. **Jornal of Cyber Policy**. South Euclid, OH, v. 3, n. 1, Mai. 2018, 39-43p. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/23738871.2018.1462395>. Acesso em: 1 nov. 2021.
- NELSON, Micheal. The President and the Court: reinterpreting the court-packing episode of 1937. **Political Science Quarterly**, New York, v. 103, n. 2, p. 267-293, jul. 1988. Trimestral. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2151184>. Acesso em: 2 set. 2021.
- NEVES, André Luiz Batista. **Introdução do controle de constitucionalidade**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- PAUL, Joel Richard. **Without precedente: John Marshal and his times**. e-book. New York: Riverhead books, 2017.
- ROCHA, Décio; DEUSDARÁ, Bruno . Análise de conteúdo e Análise do discurso: o lingüístico e seu entorno. DELTA. **Documentação de Estudos em Lingüística Teórica e Aplicada**, São Paulo, v. 22, n.1, p. 29-52, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-44502006000100002>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- ROGOWSKI, Ralf, Constitutional Courts as Autopoietic Organisations (February 19, 2013). Forthcoming Chapter 'Constitutional Courts as Autopoietic Organisations' in Boulanger, Christian / Wrase, Michael (Hg.) Die Politik des Verfassungsrechts - Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, Baden-Baden (Nomos). 2013, Warwick School of Law Research Paper No. 2013/04, Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2220692>. Acesso em: 17 jul. 2020
- SALDAÑA, Johnny. **The coding manual for qualitative researchers**. 2ª ed., Londres: SAGE, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3pTQ1Pf>. Acesso em: 5 mar. 2022.
- SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. 2019. Pro-majoritariedade vs. contramajoritariedade: a construção do capital político da jurisdição constitucional. **Processo constitucional**. Paula Pessoa, Cleverson Cremonese organizadores; Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet coordenadores. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, páginas 285-312.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 170 p.
- SHAPIRO, Martin M. Judicial Power and Democracy. In: LANDFRIED, Christine. **Judicial Power: how constitution courts affect political transformations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Cap. 1. p. 21-35. Doi:10.1017/9781108348669.002. Acesso em: 13 mar. 2022.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. Repercussão geral como instrumento de concretização do supremo tribunal dos direitos fundamentais. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 689–715.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.108.
- TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism?: strategic models of post-regulatory law. **European University Institute: Law department**, Florence, v. 1, n. 100, p. 1-58, abr. 1984. Disponível em: <https://bit.ly/3wBxvii>. Acesso em: 2 nov. 2021.

THAYER, James B.. The origen and scope of the American doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, Boston, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1322284>. Acesso em: 12 set. 2021.

TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, Standford, v. 2, n. 58, p. 455-562, jan. 2005. Bimestral. Disponível em: <http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 60, New Haven, Conn. US: Yale Lae School, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj>. Acesso em: 4 nov. 2019.