

ano 17 - n. 67 | janeiro/março - 2017
Belo Horizonte | p. 1-334 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i67
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2016, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no Supremo Tribunal Federal*

Deciding not to Decide: Restrictive Preferences and Procedural Self-Regulation at the Brazilian Supreme Court

Felipe de Melo Fonte**

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

felipe.fonte@fgv.br

Recebido/Received: 31.08.2015 / August 31th, 2015

Aprovado/Approved: 24.05.2016 / May 24th, 2016

Resumo: O artigo pretende enfrentar o problema da distribuição do tempo no Supremo Tribunal Federal. Colige argumentos oriundos da teoria da constituição, da análise institucional e da teoria geral do processo em defesa das *preferências restritivas* do Supremo. Essas ideias inspiram, ainda, a construção de duas soluções *de lege ferenda* para o tratamento do excesso de demandas: (i) a adoção de um modelo de jurisdição constitucional cujo grau de acesso seja fixado com discricionariedade pelo próprio Tribunal – a denominada *autorregulação processual* plena – e (ii) a criação de mecanismos institucionais fortes para compelir a jurisdição ordinária à observância dos precedentes.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* FONTE, Felipe de Melo. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 263-289, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.480.

* O presente paper foi redigido para a disciplina Jurisdição Constitucional em 2020, ministrada pelo professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração dos Drs. Jorge Lavocat Galvão e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, na Universidade de Brasília, aos quais agradeço a possibilidade de discutir as ideias aqui versadas para o futuro do Supremo Tribunal Federal. Sou grato a Alexandre Sankievicz, Daniel de Araújo Peralta, Cristiana Mello, Paola Enham Dias e Thiago Cardoso Araújo, por terem lido as primeiras versões deste texto e formulado sugestões, comentários e críticas, todos valiosos, muitos dos quais incorporados a esta versão. As passagens em idiomas estrangeiros foram livremente traduzidas pelo autor.

** Professor da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Master of Laws (LL.M) pela Harvard Law School (Boston, Estados Unidos da América). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: felipe.fonte@fgv.br

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Acesso à justiça. Filtros processuais. Autorregulação processual. Preferências restritivas. Repercussão geral.

Abstract: This paper intends to discuss the problem of time distribution in Brazilian Supreme Court context. It presents reasons from constitutional theory, institutional analysis and procedure law to defend restrictions on access to Court jurisdiction, which has been already adopted by it. In addition, the article presents two solutions aimed to help solving the problem of excess of lawsuits waiting to be judged: (i) the adoption of a model of access to Court based on full discretion of the its members – what is going to be called “procedural self-regulation”; and (ii) the creation of strong institutional mechanisms to assure that binding precedents will be observed by ordinary judges.

Keywords: Constitutional adjudication. Access to justice. Procedural self-regulation. Restrictive preferences. General repercussion.

Sumário: I O tempo e as instituições públicas – II O tempo e o Supremo Tribunal Federal – III Preferências restritivas na jurisdição constitucional – IV Duas propostas para o Supremo – V Conclusões: menos é mais – Referências

I O tempo e as instituições públicas

Em um mundo complexo e dinâmico, o bem mais valioso que o ser humano possui é o seu próprio tempo. Assim também quanto às instituições públicas e privadas e seus respectivos agentes. Muitas das demandas encaminhadas aos responsáveis por formular políticas e tomar decisões de interesse público sequer são efetivamente consideradas precisamente porque há numerosos pedidos concorrentes, e nem todos poderão ser avaliados tempestivamente.¹ Nessa linha, constata-se que não só o dinheiro público é escasso, ponto que tem sido reiteradamente sublinhado pela doutrina,² mas também o são a capacidade de análise, processamento e tomada de decisão das autoridades públicas.³

¹ O canal de veiculação da demanda, nesse particular, é fundamental. No ciclo das políticas públicas, a definição da agenda pública é o momento de seleção dos interesses que serão contemplados pela ação estatal. Segundo Thomas A. Birkland (BIRKLAND, Thomas A. *An introduction to the policy process*. 3. ed. New York: M. E. Sharpe, 2005, p. 108): “Definição da Agenda é o processo pelo qual os problemas e as soluções alternativas ganham ou perdem a atenção do público e da elite”. Os agentes eleitos (legisladores e administradores) são, por dever de ofício, os responsáveis por perceber e incluir na discussão pública determinado assunto relevante para a coletividade, mas isso não exclui a participação da sociedade civil, que pode ocorrer por meio de associações privadas, meios de comunicação de massa, sindicatos, grupos de lobby, e mesmo indivíduos autônomos com grande capacidade de mobilização pública.

² HOLMES Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*, Parte I. 1. ed. New York: W.W. Norton & Company, 1999, fls. 35-86. No Direito nacional, AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³ No âmbito das ciências políticas, a abordagem institucional sugere que a formatação de instituições públicas e os procedimentos de tomada de decisão tenham papel relevante na produção de políticas públicas. Essa é uma contraposição à abordagem clássica, no sentido de que as políticas públicas são um vetor-soma da atuação de grupos de pressão e tendências sociais. A propósito, IMMERGUT, Ellen M. Institutional constraints on policy. *The Oxford handbook of Public Policy*, 2006, p. 557-571. E também: HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Studying Public Policy*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 4: “Entre as muitas definições concorrentes de ‘políticas públicas’, algumas são muito complexas, enquanto outras bem simples. A despeito das variações,

Analisar como as instituições públicas reagem ao excesso de demandas é uma matéria que não se insere na dogmática jurídica, sendo mais próxima da ciência política, embora seja inegável que certas escolhas jurídico-dogmáticas possam contribuir de forma mais ou menos eficiente ao equacionamento do problema. O arranjo institucional é o preponderante (e.g., ter um, dois ou dez tribunais, criar braços especializados, contratar mais juízes, são medidas com impacto direto e imediato de redução de pendências e da carga geral de trabalho),⁴ mas, por exemplo, a forma como são interpretados os mecanismos de filtragem recursal tem relação claríssima com a gestão do tempo dos órgãos públicos,⁵ e essa é uma matéria que se insere no campo da dogmática jurídica.

As instituições públicas não judiciárias lidam de forma mais direta e objetiva com a escassez de tempo. No Senado Federal, por exemplo, ao final de cada legislatura, todos os projetos de lei que não tenham sido submetidos a parecer de comissão são imediatamente arquivados, ressalvadas algumas exceções.⁶ Se a matéria está em tramitação há duas legislaturas, o arquivamento se dá em qualquer hipótese, salvo se houver requerimento em sentido contrário por certo número de parlamentares. Por fim, nenhuma proposição pode superar o prazo de três legislaturas em tramitação, situação em que é arquivada em definitivo. A Câmara dos Deputados adota semelhante procedimento.⁷ Depois de certo período sem apreciação, a proposição acaba

todas elas concordam em certos aspectos-chave. Elas concordam que as políticas públicas resultam de decisões feitas pelo governo e que mesmo as decisões do governo de nada fazer [sobre determinado assunto] representam 'política pública' tanto quanto as decisões de fazer algo".

⁴ Segundo revelam as estatísticas, há dez anos o Brasil possuía um juiz para cada 23.000 habitantes, ao passo que na Alemanha há um juiz para cada 3.000 habitantes (cf. VELLOSO, Carlos, Morosidade e insegurança. *Revista Consulex*, n. 100, p. 41, 2001). O excesso de processos nas instâncias ordinárias somente se resolve com mais juízes, investimentos em ferramentas de incremento à produtividade e estímulo à redução e à autocomposição de conflitos. Nas Cortes superiores, o número elevado de magistrados acaba por comprometer a função uniformizadora dos tribunais.

⁵ De modo menos evidente, outras questões jurídicas materiais vão afetar o nível de demanda aos tribunais. A doutrina das questões políticas, por exemplo, tem impacto positivo, pois reduz as demandas, e a possibilidade de questionamento do mérito administrativo por meio do princípio da proporcionalidade vai contribuir negativamente, pois representa estímulo à litigância. Embora muitas vezes esta realidade não fique clara, a atividade interpretativa, como regra, tem como externalidade o aumento ou redução do fluxo processual no Poder Judiciário.

⁶ BRASIL. Congresso. Senado. Regimento Interno do Senado Federal, Brasília, DF: Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV – as com parecer favorável das comissões; V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§3º e 4º, EC nº 35/2001). §1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do *caput*, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. §2º Na hipótese do §1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.

⁷ BRASIL. Congresso. Câmara. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da

derrotada pelo decurso de tempo. É a forma como o Poder Legislativo reage frente à inexistência de tempo para apreciar todas as matérias que lhe são apresentadas.

Na Administração Pública, a modificação dos respectivos titulares eleitos normalmente importa na ascensão de um novo projeto político. O que era prioridade de certo governante pode se tornar tema pouco importante para o seguinte. É verdade que a doutrina, unanimemente, reconhece que o direito de petição tem como corolário o dever de resposta impositivo aos administradores. Não obstante, fora do âmbito acadêmico, sabe-se que a Administração Pública simplesmente desconsidera diversas pretensões. Algumas por expressa opção política, outras por absoluta impossibilidade material de atendimento. Quem já esteve envolvido nas atividades da Administração, seja ela direta ou indireta, sabe que, às vezes, em razão da burocracia, até mesmo os projetos contemplados com a atenção governamental não conseguem sair do campo das boas intenções.

Em suma, no espectro de atribuições do Executivo e do Legislativo, a escassez de tempo é encarada sem subterfúgios: alguns interesses são conscientemente ignorados, ora por não compor a agenda política dos referidos órgãos, ora pela falta de um agente catalisador (leia-se: *lobby*) capaz de levar a demanda ao(s) responsável(is) por lhe dar solução.

Não haveria de ser diferente com o Poder Judiciário. Todavia, o discurso jurídico predominante trata de embotar essa obviedade da vida. Ressalvados alguns momentos históricos, como aquele em que vigorou a arguição de relevância⁸ e, agora, a repercussão geral,⁹ a tradição brasileira é de filtros indiretos de acesso à jurisdição constitucional, erigidos por meio de interpretação de pressupostos e condições

Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

⁸ A Constituição Federal de 1967, com a emenda de 1969, autorizou ao Supremo que regulasse o cabimento do recurso extraordinário, especificamente aqueles interpostos com fundamento nas alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 119 da Carta. A arguição de relevância foi, assim, disciplinada pela Emenda Regimental nº 3, de 12 de junho de 1975, com vigência a partir de 1º de agosto seguinte. Ela vigorou até a Constituição de 1988. Sobre o tema, v. SANCHES, Sydney, Arguição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*, v. 627, p. 257, 1988.

⁹ A exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário foi introduzida no §3º do artigo 102 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assevera o dispositivo: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Sobre o tema, v. TUCCI, José Rogério Cruz. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais* v. 848, p. 60.

Também é exemplo a denominada exigência de transcendência para conhecimento do recurso de revista. Mas esse filtro, introduzido pela Medida Provisória nº 2.226/2001 no artigo 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho, é aplicado exclusivamente às causas trabalhistas no Tribunal Superior do Trabalho. Sobre ele, v. MARTINS, Yves Gandra da Silva (Org.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 379-417.

processuais para a admissão e conhecimento de recursos ou de ações. Cuida-se da conhecida “jurisprudência defensiva” dos tribunais superiores, tão criticada e, ao mesmo tempo, tão necessária à viabilidade dessas cortes de justiça. São os casos, por exemplo, da ofensa reflexa ou indireta à Constituição,¹⁰ do prequestionamento,¹¹ da pertinência temática,¹² da impossibilidade de sanar vícios na formação do instrumento após a interposição do agravo, dentre outros.¹³

Há boas razões para a defesa dessas barreiras, formadas essencialmente pela via da interpretação jurídica. Todavia, o que se diz mais corriqueiramente a respeito do princípio constitucional do acesso à justiça é que qualquer cidadão pode levar sua causa ao Supremo Tribunal Federal, ainda que seja uma briga de vizinhos ou um choque de automóveis em vias públicas, bastando que haja discussão de fundo a respeito da interpretação e aplicação da Constituição.¹⁴ O mesmo vale em relação ao Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito federal. Na prática, ter um recurso conhecido pode exigir não apenas uma boa tese, mas também uma substancial dose de sorte. Quanto mais complexo for o tema, mais tempo poderá ser necessário à apreciação dele. Em algumas hipóteses, o

¹⁰ E.g., STF, AgR no ARE nº 667.915/RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.4.2012: “A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a verificação de ofensa aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como aos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária”.

¹¹ E.g., STF, AgR no AI 612.068/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 24.4.2012: “O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente”.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190: “Outra linha restritiva da legitimação das entidades de classe de âmbito nacional é a denominada *pertinência temática*. A ideia, a rigor, mais se aproxima do conceito processual que identifica o *interesse em agir*: é preciso que haja uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente. Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida. Essa exigência não consta da Constituição nem de lei, e tem sido objeto de críticas, mas está pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

¹³ Mesmo a distinção entre matéria fática e matéria puramente jurídica – Verbete nº 7 do Superior e 279 do Supremo – que tem sido utilizada pelos Tribunais Superiores para impedir o conhecimento de recursos tampouco é isenta de críticas. Sobre o ponto, v. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 434: “Só à primeira vista [entre questão de fato e questão de direito] parece a distinção não ser problemática. (...) A dificuldade reside, nestes termos, em que a pergunta sobre se algo ocorreu efetivamente só pode ser colocada com pleno sentido quando o *quid* sobre que se pergunta está de algum modo determinado. Só pode ser determinado com expressões que ou pertencem à linguagem corrente ou à linguagem legislativa. No último caso entre já, pelo menos assim parece, algo de apreciação jurídica no estabelecimento da ‘questão de facto’”.

¹⁴ Para o neoconstitucionalismo, toda interpretação jurídica envolve um juízo de constitucionalidade de certas normas jurídicas. Dessa forma, em princípio, qualquer questão poderia, ao menos em tese, ser levada ao Tribunal Constitucional – para uma visão panorâmica do tema, v. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 113-146. Além disso, sabe-se que a prolixidade da Carta de 1988 permite a qualquer advogado, valendo-se de algum esforço argumentativo, elevar a questão controversa ao patamar constitucional.

pleito poderá ficar esperando anos a fio em algum gabinete até que seja finalmente analisado. Na pior delas, pode ser liberado para julgamento pelo relator, mas ficar aguardando pregão por mais de uma década.¹⁵

Essa breve contextualização teve por objetivo demonstrar que o tempo – dos agentes públicos e das instituições às quais pertencem – é um bem escasso e que – talvez pelo caráter etéreo – dificilmente recebe a devida consideração no momento de formatação das instituições públicas.¹⁶ De todas elas, o tempo do Tribunal Constitucional é um recurso público ainda mais rarefeito, cuja disposição deve ser sabiamente realizada. Enfim, com a explosão da litigância vivenciada após a Carta de 1988 e a ascensão política do Supremo Tribunal Federal, já é passada a hora de refletir a respeito de como a Corte dispõe acerca do seu próprio tempo.

Esse singelo trabalho tem precisamente esse objetivo. Quais são os critérios utilizados para isso? Quem são os beneficiários e os prejudicados com esse procedimento? Será que esse bem público de primeira grandeza – tempo institucional – tem sido repartido de modo republicano, como deve ser em um Estado Democrático de Direito? Em caso negativo, como deveria sê-lo para compatibilizá-lo com tal princípio?

II O tempo e o Supremo Tribunal Federal

Enquanto o Supremo teve em suas mãos a competência para julgar violações à legislação ordinária federal e à Constituição, não havia mesmo como evitar o recebimento de recursos em quantidades excessivas. O acúmulo de tarefas era um problema para a Corte de cúpula brasileira já na década de 80 do século passado.¹⁷ Basta ressaltar que no regime da Constituição de 1967, com a emenda de 1969, prevalecia um federalismo bastante assimétrico, com ampla predominância das competências legislativas, tributárias e administrativas da União Federal. Com pouco espaço para legislação estadual e municipal, todas as lides envolviam, em alguma medida, o direito federal. E assim acabavam, em algum momento, desaguando no Supremo.

¹⁵ É o caso do Recurso Extraordinário nº 222.140, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que está liberado para julgamento desde 16 de outubro de 2000. É o processo mais antigo na pauta do Supremo.

¹⁶ Não é demais referir à duvidosa racionalidade da previsão constitucional de composição do Tribunal Superior Eleitoral (artigo 119, inciso I) e Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, inciso I), em regime de compartilhamento com o Supremo e o Superior Tribunal de Justiça. Como se não bastassem as atribuições ordinárias na Corte de cúpula, o ministro ainda é demandado pela Corte eleitoral e, no caso do Presidente, pelo Conselho Nacional de Justiça.

¹⁷ Em 1982, já anotava José Carlos Moreira Alves: “Esta simples enumeração de atribuições evidencia aquilo que só não vê quem não quer, só não vê quem não tem olhos de ver: é o Supremo Tribunal Federal a Corte mais sobrecarregada deste país, não só pela complexidade das questões que lhe chegam para julgar, mas também pela massa material de encargos que lhe é atribuída” (ALVES, José Carlos Moreira. A missão constitucional do Supremo Tribunal Federal e a arguição de relevância da questão federal. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 58 e 59, p. 42, 1982).

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça na constituinte de 1987 e a transferência a este tribunal da competência para julgamento de violações à legislação federal, a arguição de relevância deixou de existir. O fluxo processual diminuiu substancialmente com a promulgação da Carta de 1988, mas voltou a superar os patamares pré-1988 apenas quatro anos depois, em 1992. Dez anos além, em 2002, o Tribunal recebeu a maior quantidade de processos na história: pouco mais de cento e sessenta mil.¹⁸ O impressionante número impôs meditação mais profunda sobre a carga processual dos Tribunais Superiores, em especial a do Supremo. Um dos resultados desse momento foi a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inaugurou mecanismos como a súmula vinculante e a repercussão geral. Em outro âmbito, mas também como consequência do fenômeno, a academia finalmente se interessou pelas estatísticas dos tribunais. Com o aparelhamento do Conselho Nacional de Justiça, a produtividade dos juízes tornou-se um fator de preocupação nacional.

Há – e sempre houve – certa resistência ao uso de modelos matemáticos e métodos estatísticos para analisar a atividade jurídica, isso com fundamento no discurso qualitativo. Em outras palavras: para essa forma de pensar, números não expressam qualidade. Mas esse é um raro caso em que as duas partes têm razão. Não é possível avançar no debate a respeito do acesso à jurisdição sem conhecer os números dos tribunais e juízes, sem abrir a discussão para a gestão do tempo, pena de se encobrir aberrações. Por outro lado, é preciso também ter em conta que os números excessivos de produtividade não bastam, pois eles podem escamotear uma realidade mais dramática, que consiste precisamente no tempo diminuto que os juízes têm para dar atenção a cada um dos casos concretos que lhes são submetidos ou mesmo na aplicação de soluções padronizadas desconectadas do caso concreto.

Pois bem. Para avaliar o tempo de que cada ministro dispõe para apreciar os casos que lhes são submetidos, tomemos como exemplo o último ano judiciário encerrado. Segundo a página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, os ministros, somados, proferiram 102.418 decisões em 2011. Destas, 13.095 foram adotadas sob o crivo do colegiado no Plenário e nas Turmas, ao passo que 89.310 foram monocráticas. Presumindo a distribuição uniforme das decisões entre os Ministros e desprezadas as frações, tem-se a média de 931 decisões mensais – a divisão é por dez, porquanto nos meses de janeiro e julho as atividades no Supremo são interrompidas

¹⁸ Podemos pensar em algumas causas para esse fenômeno. A rigor, a Carta Federal de 1988 promoveu uma verdadeira “revolução dos direitos” no Brasil. As carreiras jurídicas ascenderam institucionalmente. Ao lado disso, o aparelhamento das defensorias públicas e o crescimento exponencial do número de faculdades de Direito, reduzindo os custos da litigância, colocaram à mão da população a possibilidade de buscar no Poder Judiciário aquilo que eventualmente lhes era negado em outras vias. Os juizados surgiram com a promessa, parcialmente cumprida, de litigância rápida e barata. Os maiores alvos foram o poder público, as concessionárias de serviços públicos e as grandes corporações do ramo financeiro. Para um diagnóstico profundo, v. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

–, compartilhadas entre decisões monocráticas, relatórios e votos. Supõe-se que os ministros não confeccionem votos para casos que não relatam, embora seja fato notório que, na prática, funcione de forma diversa. Os números assustam até mesmo quem conhece a dinâmica do Tribunal. Considerada uma jornada ideal de oito horas diárias, cada ministro profere cinco decisões por hora, uma a cada doze minutos.

Importante destacar que a estatística vale não apenas para as lides envolvendo o varejo da vida, regra geral nas atividades do tribunal. Ao lado delas há questões relevantíssimas, sobre as quais recai genuíno interesse nacional, como a ficha limpa, lei seca, mensalão, o aborto de fetos anencefálicos e as cotas raciais. A distribuição equitativa do tempo entre os processos levaria a decisões açodadas e pobres nas demandas de maior complexidade, e gera dúvidas quanto à suficiência mesmo para os casos mais simples. Felizmente, sabe-se que não é isso o que acontece na prática. Os juízes constitucionais dedicam-se com afinco às matérias mais relevantes, debruçando-se sobre elas fora do horário normal de expediente. Para os casos repetitivos, conta-se com a triagem feita pelo quadro de apoio.

Ainda que se presuma que a prolação de novecentas decisões mensais por ministro seja compatível com a serenidade e atenção necessárias ao julgamento das lides – afinal, na lapidar frase de César Asfor Rocha, “cada processo é uma vida” –, a má notícia é que essa enorme produção não tem sido suficiente para superar o volume de novos processos e matérias que aportam no tribunal todos os dias. O estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, embora tenha detectado o decréscimo no recebimento de recursos, motivado principalmente pela aplicação do artigo 543-B, *caput* e §1º do Código de Processo Civil,¹⁹ aponta para o crescimento de outras classes processuais, como a reclamação constitucional²⁰ e o mandado de injunção,²¹ e ainda sugere que o Supremo não tem sido capaz de julgar e pacificar todas as matérias com repercussão geral reconhecida. Explica-se.

¹⁹ CPC: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) §1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). Os ministros do Supremo, à exceção do Ministro Marco Aurélio, decidiram aplicar o sobrestamento a todos os processos, inclusive os anteriores ao próprio advento da repercussão geral, devolvendo-os à origem. Esse procedimento tem contribuído fortemente para a redução do acervo do tribunal, embora tenha gerado, na outra ponta, um problema grave de guarda e arquivamento processual nas instâncias inferiores.

²⁰ A tendência a privilegiar o controle concentrado de constitucional, assim como a adoção da súmula vinculante, tem levado ao crescimento no número de reclamações. Até 2007, o Supremo nunca havia recebido mais de cem reclamações constitucionais em um ano, quando, então, recebeu 897. Em 2008, praticamente dobra-se o número, elevando-se para 1.649, que se manteve estável nos anos seguintes.

²¹ Isso se deve à guinada jurisprudencial do Supremo em favor da posição concretista do mandado de injunção. Nesse sentido, FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 43.

Segundo estatísticas da página eletrônica do Tribunal, desde a origem do instituto foram 359 matérias reconhecidas como de repercussão geral, sendo que, destas, apenas 110 foram julgadas em definitivo. É muito pouco, considerados os oito anos de vigência do instituto e o estoque de processos aguardando solução. Nesse ritmo, se nenhuma outra matéria for considerada de repercussão geral, o Supremo julgará todas as teses em dilatados dezessete anos. Em resumo: mesmo com os novos instrumentos e com a massificação das decisões, o Tribunal ainda não tem sido capaz de vencer o acúmulo acentuado de processos e teses os quais deve enfrentar. E não há perspectivas de curto prazo para que isso aconteça.²²

Mas, retornando ao ponto inicial, se as demandas individuais e coletivas superaram o tempo de que dispõem os Ministros, individualmente considerados, e os órgãos colegiados do Supremo, faz sentido indagar: *como é realizada a gestão do tempo do Tribunal?* Sem dúvida, existe uma disputa coletiva por esse tempo escasso, arena na qual figuram partes, advogados, juízes e autoridades públicas de modo geral.

Pois bem. A regra geral é a decisão monocrática lastreada no artigo 21, §1º do Regimento Interno e artigo 557, *caput* e §1º do Código de Processo Civil. As decisões monocráticas impugnadas por agravo regimental são normalmente decididas por meio de listas, divulgadas com antecedência pelo relator aos demais componentes do colegiado. Mediante a leitura da ementa do voto, ou seja, com o tempo de apenas uma decisão (ou até menos que isso), o Tribunal acaba julgando dezenas, às vezes, centenas de agravos regimentais. Esse é o destino comum dos processos de massa. Essa prática é inequivocamente incompatível com qualquer dos fundamentos que subjazem à institucionalização de colegiados para a prestação da jurisdição, mas acaba sendo absolutamente necessária ante a carga de trabalho. Esse ponto será retomado adiante.

Em todos os casos, o processo somente pode ser julgado se o relator liberá-lo, declarando-se habilitado para proferir voto.²³ Eventualmente, nos meses de recesso, o relator pode atuar em caráter excepcional, configurada situação de urgência. Nas faltas do relator, os artigos 37, 38 e 39 do regimento preveem a ordem de substituição. Todavia, ausentes tais situações excepcionais, o processo só vai a julgamento se o relator quiser. Mas a decisão sobre o *quando* não lhe cabe. É o Presidente do

²² É de se destacar que a proposta de redução do volume processual do Supremo deve contar, primeiramente, com a adesão dos próprios Ministros. A quantidade de matérias com repercussão geral reconhecida em curto espaço de tempo é inequivocamente excessiva. Há certa percepção de que o perfil jurisprudencial do Supremo é expansivo no que tange às próprias competências, o que se comprova pelo excesso de matérias que tiveram reconhecida a repercussão. Sem uma instância capaz de rever suas decisões, esse diagnóstico não encontra solução doutrinária.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Art. 21. São atribuições do Relator: X – pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso; (...) XIV – apresentar em mesa para julgamento os feitos que independam de pauta;

Supremo²⁴ e os Presidentes das Turmas que possuem a prerrogativa de apregoar os processos nas sessões de julgamento. Isso significa que a mera liberação pelo relator não é suficiente, a disposição do tempo do colegiado é matéria de decisão individual e exclusiva da Presidência.

Nos processos subjetivos a prerrogativa não é tão importante, pois os ministros podem conceder liminares individualmente, se entenderem configurada a urgência. O mesmo não ocorre nos processos envolvendo controle concentrado de constitucionalidade. Segundo as leis aplicáveis – nº 9.868/99 e 9.882/99 – e a jurisprudência do próprio Tribunal, pode o relator conceder cautelares desde que não haja perspectiva de julgamento próximo, ou seja, nos momentos que antecedem os recessos.²⁵ Fora de tais hipóteses, cabe-lhe apenas aguardar o pregão.

Há um exemplo recente de tal situação. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638, que versa sobre os poderes investigatórios do Conselho Nacional de Justiça. O relator, Ministro Marco Aurélio, recebeu o processo em 16 de agosto de 2011 e o liberou para julgamento da medida cautelar em 5 de setembro de 2011. Ante a enorme repercussão na mídia, o então Presidente do Tribunal, Ministro Cezar Peluso, optou por não efetuar o pregão (em suma: *decidiu não decidir*), o que culminou com o deferimento monocrático da liminar em 19 de dezembro de 2011, um dia antes do recesso. Somente em fevereiro de 2012, com o retorno das atividades do tribunal, a matéria foi a julgamento colegiado.

Os problemas na gestão do tempo não acabam aí. O artigo 134 do RISTF prevê a possibilidade de pedido de vista pelos demais julgadores.²⁶ Embora o instrumento determine a continuação do julgamento até a segunda sessão ordinária subsequente, essa regra não tem sido observada pelos Ministros na prática. Não é incomum que a suspensão dos julgamentos, às vezes já com maioria de votos formada em favor de certa tese, perdure por anos a fio. O poder de vista atribuído a cada Ministro individualmente a prerrogativa de bloquear as decisões do colegiado do Tribunal. É preciso reconhecer, por outro lado, que diante do clamor da opinião pública, o pedido de vista pode ser utilizado para demonstrar que o tribunal está trabalhando no problema, evitando-se, contudo, seja proferida uma decisão que se sabe açodada.²⁷

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Art. 13. São atribuições do Presidente: (...) III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento;

²⁵ As liminares são deferidas de acordo com o disposto nos artigos 21, inciso IV, do Regimento Interno do Supremo e 10, *caput* e §3º, da Lei nº 9.868/99 e 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99. Há precedentes do Tribunal nesse sentido, conforme se extrai das decisões cautelares proferidas na ADI nº 4.451/DF, rel. Min. Ayres Britto, e ADI nº 4.356/CE, rel. Min. Dias Toffoli.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: “Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

²⁷ É preciso ser realista também quanto a esse ponto. Ninguém há de crer que o ministro vai parar a produção simplesmente para dar atenção exclusiva ao processo em que pediu vista. Às vezes, o pedido serve à reflexão

Em suma, a responsabilidade pela guarda e aplicação da Constituição Federal, uma das tarefas mais nobres nas sociedades democráticas do século XXI, transformou o Supremo Tribunal Federal, em razão do volume de demandas e decisões, numa espécie de tribunal recursal de luxo, onde aportam todos os tipos de questões, desde briga de vizinhos, batidas de automóveis até ações diretas interventivas e litígios tributários envolvendo bilhões de reais. Nesse jogo onde há processos demais e tempo de menos, o Presidente do Tribunal e o relator são *players* decisivos na dinâmica do tempo processual, embora cada ministro detenha o poder de bloquear julgamentos, como asseverado. O sistema tem aspectos disfuncionais, sendo o principal deles o concernente à repartição do tempo, que segue um critério obscuro de preferências.

Os próximos dois tópicos têm por objetivo (i) apresentar argumentos em favor das preferências restritivas na jurisdição constitucional, isto é, da criação de filtros de julgamento por via de interpretações jurídicas que desfavoreçam o conhecimento de recursos e ações pelo Tribunal – normalmente, o que se verifica na doutrina é exatamente o oposto –; e (ii) defender um modelo ideal, *de lege ferenda*, para a Suprema Corte brasileira, inspirado nas considerações restritivas efetuadas no tópico seguinte.

III Preferências restritivas na jurisdição constitucional

O direito à tutela judicial efetiva é uma garantia ligada essencialmente ao Estado Democrático de Direito, daí se falar no direito fundamental de acesso à justiça.²⁸ Sem o acesso a tribunais compostos por juízes dotados de garantias que assegurem a imparcialidade na aplicação do direito objetivo, não é possível asseverar ser verdadeira a submissão do Estado e da sociedade à égide do Direito. A certeza – ou, ao menos, a alta probabilidade – de que as normas jurídicas abstratas e gerais editadas pelo Estado serão observadas em caso de descumprimento ainda é um dos mecanismos essenciais de funcionamento da organização social contemporânea.

O acesso à jurisdição é espécie do gênero maior de acesso à justiça. A ordem jurídica justa pode provir, por exemplo, da atuação autônoma de advogados, mediante composição extrajudicial. Pode advir da mediação realizada pelos órgãos estaduais

sobre o assunto, que não pode ocorrer anteriormente em razão do excesso de processos na pauta. Às vezes, pode ter relação com o momento político do Supremo, como afirmado no texto.

²⁸ LARENZ, Karl. *Derecho justo* – Fundamentos de ética jurídica. 1. ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 176: “Um dos princípios fundamentais da construção do Estado de Direito é a outorga de uma ampla tutela jurídica. (...) para que o Estado de Direito não se ‘quede no papel’ e se verifique na prática cotidiana, é necessário o controle de todos os atos do Estado que constituam carga para os cidadãos, por tribunais que sejam independentes da instância cujo ato se deve revisar, que não possa receber nenhum tipo de instrução sobre o juízo que devem emitir e que decidam somente conforme a lei e ao Direito (...)”. Na mesma linha, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

de proteção do consumidor ou até do juízo arbitral, já admitido constitucional pelo Supremo. De toda forma, o acesso à jurisdição não é um direito absoluto.²⁹ Ele se submete a inúmeros constrangimentos, que vão desde a necessidade de recolhimento de taxa judiciária ao preenchimento dos pressupostos processuais e condições para o exercício regular do direito da ação. O acesso à jurisdição constitucional é uma espécie de acesso à jurisdição, subespécie do acesso à justiça. Quando o cidadão recorre à jurisdição constitucional realizada pelo Supremo, ao menos em tese, já teve direito de ver sua pretensão apreciada por dois órgãos judiciários, às vezes até por três. Assim, parece ainda mais amplo o poder de conformar tal direito, porquanto atendido o direito de audiência perante juiz imparcial investido pelo Estado.

Evidentemente, não se trata de um tema sobre o qual recaia ampla liberdade de conformação legislativa ou judiciária, pena de se esvaziar a Constituição por via indireta. Segundo Wolfgang Heyde: “As normas legais que modelam o acesso aos tribunais não podem nem o obstaculizar ao extremo a ponto de fazê-lo materialmente impossível, nem dificultá-lo de forma que não seja objetivamente exigível”.³⁰ Uma interpretação plausível do que seja “exigibilidade objetiva” para fundamentar restrições ao acesso à justiça, sem pretensão de exaustão da matéria, pode ser aquilo que é relacionado (i) à própria capacidade das instituições públicas, (ii) à necessidade de que haja certo espaço de interpretação constitucional conferido às demais instituições públicas e (iii) à salvaguarda das funções de racionalidade e contenção do arbítrio relacionadas à utilização de formas de julgamento colegiadas. Esses três elementos serão aprofundados a seguir.

III.1 Razões institucionais

É um erro pensar um sistema de instituições judiciais – ou as instituições públicas – sem correlacioná-lo com o respectivo funcionamento concreto. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não era incomum que o prazo para a marcação da primeira audiência de conciliação em alguns Juizados Especiais superasse, em muito, o das varas cíveis. Em tal contexto, a opção pelo rito ordinário era muito mais célere que o rito da Lei nº 9.099/95. Contradição? Sim, para quem só olha para a normatividade, esquecendo-se da facticidade inerente ao fenômeno jurídico. Idealizar

²⁹ Também não o é o acesso à justiça. Um exemplo é a sentença injusta com trânsito em julgado por prazo superior a dois anos sem que padeça de vício de rescisão, conforme artigo 485 do Código de Processo Civil. Em tal caso, a ordem jurídica faz prevalecer a segurança jurídica sobre considerações de justiça. Observe-se que o Supremo, no RE nº 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 2.6.2011, admitiu a repositura de ação de investigação de paternidade quando não foi possível a realização de exame de DNA por ausência de disponibilidade financeira do litigante e falta de fornecimento gratuito pelo Estado. É uma exceção à regra da coisa soberanamente julgada. Os votos que compõem o acórdão fornecem indicações de farta literatura sobre a questão da relativização da coisa julgada inconstitucional.

³⁰ BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 790.

o sistema apenas contribui para uma concretização simbólica de direitos, que confere prerrogativas aos cidadãos como uma mão apenas para retirá-las, tragicamente, no momento seguinte: ora nas filas das defensorias, nas filas das audiências ou, pior, no escaninho dos magistrados, aguardando o momento em que ele terá tempo para estudar a questão e julgar o processo.

Igual efeito ocorre com as teorias de interpretação do direito, as quais também costumam ignorar esta perspectiva peculiar. Normalmente elas têm como foco uma única instituição – o Poder Judiciário –, desconsiderando suas relações com as outras funções estatais e retirando-a do contexto fático em que se encontra.³¹ Na percepção de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, isto acontece porque os estudiosos costumam se perguntar “como determinado texto jurídico pode ser melhor interpretado”, e não “como os juízes reais devem interpretá-lo”. A primeira formulação acaba por encobrir o problema das instituições, atraindo para si preferências particulares do intérprete e desconsiderando elementos concretos na resposta.

Veja-se a questão, portanto, de outra maneira: considerando-se dois tribunais hipotéticos, um que julga 50 (cinquenta) casos por ano e outro que julga 50.000 (cinquenta mil), com o mesmo número de membros e sessões semanais, será que a resposta seria a mesma quanto ao nível de intervenção deste Poder Judiciário em questões políticas delicadas? Parece que não. É exatamente este tipo de consideração com as instituições existentes e suas relações internas e externas que deve ser trazida para o âmbito da interpretação das normas jurídicas, e com ainda maior intensidade relativamente àquelas que regulam o acesso às instituições judiciárias. Curiosamente, a discussão a respeito dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil se faz com referência intensa às obras norte-americanas sobre o tema, que versam realidade absolutamente distinta da nossa. Lá, como se sabe, a Suprema Corte julga não mais que duas centenas de casos por ano.

De fato, o que se observa é não ser possível aceitar como razoável o tempo líquido de doze minutos de dedicação para cada processo³² e, ao mesmo tempo, defender que o Tribunal abra mão do prequestionamento, da pertinência temática, da exigência de formação adequada do instrumento e da distinção entre matéria fática e legal. Depois da insinceridade normativa – quando a Constituição e as leis fazem previsões que jamais se converterão em realidade – temos a insinceridade institucional, que consiste basicamente em instituições que são absolutamente incapazes de enfrentar os requerimentos que lhe são apresentados, mas que se propõem ostensivamente a

³¹ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. 1. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 5: “Incorporado em cada lei e análise de políticas públicas que ostensivamente depende unicamente de escolha principiológicas (*goal choice*) é o julgamento, muitas vezes desarticulado, de que o objetivo em questão é melhor realizado por uma instituição em particular”.

³² Situação que já foi apelida de “fordismo judicial”, conforme MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.

fazê-lo. Enfim, a análise da capacidade institucional do Supremo revela ser inconcebível a adoção de linhas interpretativas que confirmam primazia ao acesso à jurisdição constitucional, desconsiderando, por completo, as próprias limitações materiais do Tribunal.

III.2 Razões da teoria constitucional

Afirmar que a existência de uma constituição em dado ordenamento jurídico não é garantia, só por si, de que ela será observada é algo absolutamente trivial. Desta constatação, válida para o Direito como um todo, extrai-se o conceito de eficácia social ou de efetividade,³³ que consiste precisamente no índice de observância, no mundo concreto, das disposições presentes no ordenamento jurídico de modo geral. A distinção entre o “dever ser” e o “ser” das cartas constitucionais é objeto, por exemplo, da famosa classificação ontológica das constituições elaborada pelo jurista alemão Karl Loewenstein.³⁴ Tradicionalmente, o problema da inefetividade das constituições é imputado a razões políticas: realização de promessas impossíveis no texto jurídico, encampação de teorias normativas que retiram eficácia das disposições constitucionais, ausência de sentimento constitucional na sociedade, magistratura com poucas garantias, etc.

Defender restrições no acesso à jurisdição constitucional pode parecer, à primeira vista, um passo atrás na concretização do texto constitucional, contrariando assim uma conquista histórica importante: a normatividade da Constituição. Subjaz a esse pensamento a ideia de que o acesso pleno e irrestrito à jurisdição constitucional é condição essencial para a efetividade da Carta. Mas essa lógica pode ser extrapolada e, com isso, provado o equívoco que nela se contém. O Direito como um todo – e o Direito Constitucional em particular – demanda certa conformidade social para que adquira estabilidade. Sem alguma ancoragem no *éthos* da sociedade não é possível que o Direito e as constituições desenvolvam plenamente suas potencialidades.³⁵

Ora, o papel do Poder Judiciário é atuar quando ocorre o desvio. Se o desvio, todavia, ocorrer todo o tempo, não há solução institucional que possa resolver o problema.³⁶ O Poder Judiciário não pode e não deve ter a pretensão de julgar todos

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82-86.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 170.

³⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 72: “Como deve ser óbvio depois de tudo o que foi dito até agora, a mais essencial das condições da força normativa da Constituição é que incorpore não somente as circunstâncias sociais, políticas ou econômicas, mas, acima de tudo, também a situação espiritual de sua época, que venha aprovada e apoiada pela consciência geral como uma ordem adequada e justa”.

³⁶ Tome-se, como exemplo desse fenômeno, o caso da violação de direitos autorais por intermédio da *internet*. Se todos os casos fossem devidamente punidos na forma da legislação penal (artigo 184 do Código Penal), difícil seria mensurar os impactos na população carcerária e nos processos judiciais, tendo em vista que,

os conflitos sociais, menos ainda a Corte constitucional. Tanto quanto possível, o Estado deve estimular que os indivíduos procurem viver em harmonia com o Direito, e parte disso resulta da produção de normas jurídicas que estejam em conformidade com a consciência social, e componham os conflitos de modo amigável. Afinal, segundo prevaleceu no âmbito da teoria geral do direito, a marca distintiva do sistema jurídico não é propriamente a *coercitividade* (i.e., a imposição coativa constante), mas sim a *coercibilidade* (i.e., a possibilidade iminente de se coagir alguém à observância das normas jurídicas).

Uma análise breve do Direito Comparado também desfaz o mito. Na sociedade em que vigora a mais antiga Constituição – os Estados Unidos da América –, a Suprema Corte do país julga em média apenas cem casos por ano.³⁷ E mesmo em outros tribunais constitucionais, como os da Espanha³⁸ ou Portugal³⁹, sequer há números aproximados aos do Supremo Tribunal Federal. Será que realmente nesses países as constituições seriam menos efetivas que no Brasil? Ou, reformulando a questão, há mesmo relação entre número de casos julgados pelo Tribunal Constitucional e a efetividade da carta? Aparentemente, a resposta é negativa. Isso porque, como afirmado, o índice de efetividade de uma Constituição está intimamente ligado à prática social e administrativa e à legitimidade reconhecida nos órgãos de jurisdição.

Há outro elemento importante, ainda no campo da teoria constitucional, para defender uma jurisdição constitucional que defina sua própria pauta e julgue somente o possível. Um dos pilares da visão atual sobre o ordenamento jurídico é a vedação ao denominado *non liquet*, isto é, o juiz deixar de julgar o caso em razão da ausência de norma aplicável, hoje conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.⁴⁰ A vedação ao *non liquet* acompanha, por imposição lógica, o dogma da completude do ordenamento jurídico. Segundo ele, para todo conflito social há uma resposta no Direito posto. Não há maior problema em reconhecer que esse esquema funciona em relação às lides subjetivas e à jurisdição ordinária, mas ele se revela problemático no que toca à jurisdição constitucional.

segundos estatísticas não-oficiais que circulam pela própria internet, somente no Brasil foram efetuados 1,8 bilhão de *downloads* ilegais até 2008. Longe de representar a ineficiência do sistema de repressão penal, a situação revela o largo descompasso entre a legislação – penal e empresarial – e as práticas sociais.

³⁷ Em 2010, o Plenário da Suprema Corte dos Estados Unidos julgou 90 casos. In: <<http://www.supremecourt.gov/orders/journal/jnl10.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2012.

³⁸ No Tribunal Constitucional Espanhol, em 2010 foram recebidos 9.041 novos processos. Foram admitidos 204 assuntos, ao passo que 8.964 foram inadmitidos ao longo do ano, resultando em redução do passivo processual. O Plenário proferiu 48 decisões. In: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Documents/Estadisticas2010.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2012.

³⁹ Na Corte constitucional portuguesa, em 2011 foram proferidas 1.341 decisões, sendo que, destas, foram proferidos 660 acórdãos. In: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>>. Acesso em: 2 maio 2012.

⁴⁰ O *non liquet* era proferido quando não havia solução para a lide no ordenamento, hipótese em que cabia ao magistrado solicitar ao parlamento que atribuísse tratamento normativo ao caso. A proibição do uso da criatividade estava ligada a uma visão rígida do princípio da separação de poderes e também a concepções – que hoje sabemos ser equivocadas – da metodologia do Direito, como o positivismo normativista. Sobre o tema, v. STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 130.

Isso porque os princípios plasmados na Constituição de 1988, editada quando ainda era reinante no Direito brasileiro o paradigma positivista, fato que confere maior profundidade à questão,⁴¹ atribuem ao intérprete um amplo leque de soluções compatíveis com os enunciados que versam. Logo, ao invés de se buscar a composição política para temas sociais controvertidos – aqueles nos quais vigoram acordos morais razoáveis –, prefere-se a busca imediata pelo Tribunal Constitucional. E, assim, o Tribunal tem a *obrigação* e a *liberdade* de decidir a matéria segundo o que aponta a bússola moral dos seus integrantes, e não mediante padrões previamente articulados no Direito posto. Embora o grau de liberdade exercitado pelo Supremo na prolação de decisões possa ser objeto de discussão específica, que não é objeto deste trabalho, o que parece equivocado é a obrigação para que o faça em todos os casos, sem que o sistema lhe dê exceções.

É inequívoco que, para certos temas e certos argumentos, seria razoável aguardar a maturação político-social antes de enfrentá-los.⁴² Às vezes, uma política pública questionada pode produzir resultados, após alguns anos, compatíveis ou incompatíveis com a Constituição, os quais não podem ser antevistos pelo Tribunal. Assim, desconstruir a tese de que o Tribunal está *obrigado* a julgar *tudo* opera em favor não apenas da construção de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição,⁴³ o que contribui para reforçar a legitimidade do próprio texto constitucional,⁴⁴ mas também da própria pretensão de correção que deve ter a jurisprudência.⁴⁵ Afinal,

⁴¹ Esse é um elemento importante de reflexão. A assembleia nacional constituinte nos anos de 1987 e 1988 realizou seus trabalhos quando ainda vigorava no Brasil a concepção de princípios com eficácia meramente interpretativa. Daí que, a previsão de finalidades contraditórias pode ser entendida como um compromisso dilatório entre as correntes que se opunham, isto é, uma fórmula de adiamento da solução do conflito, cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 41. O advento dos instrumentos metodológicos neoconstitucionais, dentre os quais pontifica a ponderação de interesses, alçou ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de solucionar, concretamente, tais choques. O risco é o abandono completo às instâncias democráticas e a infantilização decorrente da tomada de posições morais pela Corte constitucional.

⁴² Esse foi o caso, por exemplo, das cotas raciais em universidades públicas. Em razão da jurisprudência restritiva do Supremo, as sucessivas ações diretas contra as leis editadas pelo Estado do Rio de Janeiro foram perdendo o objeto. Somente com o ajuizamento da ADPF nº 186, ocorrido em julho de 2009, que o Tribunal efetivamente debruçou-se sobre o tema das cotas, vindo a julgá-las constitucionais em 2012, uma década após a vigência da primeira lei do Rio. O tempo de maturação, nesse caso, foi essencial para o afastamento de alguns dos argumentos versados na petição inicial, como a de que as cotas fomentariam conflitos raciais.

⁴³ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 42-43: “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de ‘*trial and error*’, de descoberta e obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”.

⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2012, p. 279: “Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais ‘poderes’ e atores privados no processo de interpretação constitucional”.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 211-212: “A pretensão de correção que se coloca nos discursos jurídicos se distingue claramente da do discurso prático geral. Não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja

sabemos já que as constituições e as Cortes constitucionais também correm o risco de errar, e às vezes de maneira trágica para a sociedade.⁴⁶

Em suma: quanto mais difícil for o acesso à Corte constitucional, maior será o espaço de interpretação deferido a outros agentes da ordem social, tal como instituições da Administração Pública, Poder Legislativo e entidades privadas. Além disso, a passagem do tempo às vezes é essencial para que o Tribunal possa avaliar certos argumentos, em especial aqueles concernentes ao impacto social de programas legislativos. É importante ter em mente que a atividade da Corte constitucional não é apenas técnico-jurídica, mas também revela exercício de prudência.

III.3 Razões processuais

Há razões para que o Poder Judiciário seja organizado de modo escalonado e para que os órgãos superiores sejam compostos por diversos juízes, que decidem mediante deliberação coletiva. As instâncias de superposição – segundo grau e Tribunais Superiores – proporcionam maior grau de certeza às decisões judiciais, reduzindo assim eventual injustiça no caso concreto.⁴⁷ Os tribunais superiores uniformizam o direito e assim impedem que seja ele aplicado de modo anti-isonômico. Especificamente quanto à deliberação coletiva, ela tem por escopo reduzir o grau de arbítrio individual, promover a independência dos julgadores, além de ser mais um critério operando em favor da correção das decisões do Poder Judiciário.⁴⁸ Com o excesso de processos, não uma mas todas as vantagens advindas dessa organização institucional podem ser perdidas.

Isso se dá pela busca de modos de julgamento acelerados, assim forjados para permitir o enfrentamento do excesso de demanda pela jurisdição constitucional. Os agravos regimentais, julgados por meio de um sistema de listas previamente divulgadas pelo relator para os demais julgadores, como já afirmado, simplesmente

só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”. Para um debate profundo sobre o conceito, v. ALEXY, Alexy; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

⁴⁶ Basta citar o caso *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos proclamou a constitucionalidade da escravidão e ainda afirmou que nenhuma pessoa com ascendência africana poderia ser cidadã do país. Na obra de ESKRIDGE, William N.; LEVINSON, Sanford. *Constitutional stupidities, constitutional tragedies*. 1. ed. Nova Iorque-Londres: New York University Press, 1998, vários acadêmicos norte-americanos foram instados a identificar as disposições mais estúpidas da Carta e indicar os resultados trágicos que poderiam ser alçados com a aplicação das teorias de interpretação que entendem corretas.

⁴⁷ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 723: “Pertence à convicção popular que a segunda apreciação da causa é melhor do que a primeira, porque mais amadurecida”.

⁴⁸ SOKAL, Guilherme Jales, *O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo*, 2011, dissertação de mestrado, tese (mestrado em Direito processual) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 68-85. Diz o autor: “É da análise desse ato central do procedimento recursal ordinário que se extraem as três finalidades subjacentes à colegialidade: o reforço da cognição judicial, a promoção da independência dos membros julgadores e, ainda, a contenção do arbítrio individual, como se passa a demonstrar” (p. 73).

perderam a natureza colegiada. São raros os casos de votos divergentes no contexto das listas, embora eventualmente ocorram. Além disso, como dito, se a pauta de julgamentos é divulgada com pouquíssima antecedência, tem-se um incentivo à interrupção de deliberações por pedidos de vista. Na pior das hipóteses, a escassez de tempo constitui embaraço à própria pretensão de correção das decisões judiciais, fazendo com que o Tribunal, à vista de novos argumentos, seja obrigado a retroceder em suas decisões.

Um exemplo recente dessa última hipótese ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, relator Ministro Luiz Fux, em que estava em causa a observância do artigo 62, §9º, da Constituição, no procedimento de conversão da Medida Provisória nº 366/2007 na Lei nº 11.516/2007. Na sessão de 7 de março de 2012, o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade formal da lei, modulando a pronúncia de nulidade para dois anos após o julgamento. No dia seguinte, em questão de ordem, teve que voltar atrás. Isso porque centenas de medidas provisórias foram convertidas sem a observância do mencionado dispositivo constitucional, fato que deixou de ser considerado pelos ministros no primeiro julgamento. Assim, qualquer juiz poderia afastar a aplicação de tais leis no controle incidental de constitucionalidade, gerando total insegurança jurídica. Para resolver a questão, o Supremo julgou inconstitucional, incidentalmente, a Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc*, e assim salvou toda a legislação aprovada com base no referido ato. Ao final, assentou a improcedência do pedido na ação direta.

IV Duas propostas para o Supremo

As teses apresentadas servem para a defesa das preferências restritivas erigidas pelo Supremo na interpretação de conteúdos processuais e materiais dos textos jurídicos. Elas servem como pontos de partida para contraposição às teses ditas “progressistas”, que procuram utilizar o princípio do acesso à justiça para postular a modificação da jurisprudência restritiva dos tribunais. Enfim, se pudéssemos contar com instituições de um mundo ideal e juízes como o Hércules, de Ronald Dworkin, aquelas objeções seriam irrelevantes. Mas essa não é a nossa realidade.

Contudo, entre as críticas da doutrina do “acesso à justiça” às preferências restritivas há uma importante: estas, de modo geral, acabam por impedir (ou permitir) o acesso à jurisdição constitucional de modo não republicano. Num contexto de escassez de tempo e de pressão pública por produção, a tendência é que os processos acabem sendo atirados na vala comum. Exatamente para impedir que o tempo da Corte constitucional acabe gerido de maneira irracional, impõe-se o aprofundamento das teses versadas no tópico anterior.

IV.1 Autorregulação do fluxo processual

A autorregulação do fluxo processual consiste em reconhecer ao Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição política, a prerrogativa de escolher *quais os processos que irá decidir e em que momento*. Cuida-se de um modelo de discricionariedade do Supremo sobre os casos que irá julgar, adotado, como se sabe, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Ele permitiria ao Tribunal, por exemplo, fazer uso explícito da doutrina da maturidade da causa (*ripeness*) para decidir se é o momento adequado de julgá-la ou não.⁴⁹

Com a atual escassez de tempo da qual padece o Supremo, o Tribunal já faz tal seleção de casos, embora de modo parte inconsciente e parte aleatório. É consciente quando o Supremo prioriza os debates relevantes para a vida nacional, mas é também aleatório porquanto inexistente critério ou deliberação específica da Corte sobre a ordem de prioridades. Como visto, o controle de pregão exercido pelo Presidente do Tribunal, o pedido de inclusão em pauta e as vistas regimentais impedem que haja autoridade absoluta de um ou alguns ministros. E assim pode ocorrer que a Corte (e o Brasil) fique refém do arbítrio de apenas uma pessoa, situação definitivamente não desejável. Obviamente, não se trata de atribuir um “cheque em branco” aos ministros para que indefiram recursos e ações sem qualquer fundamentação, pois isso não seria republicano. Mas sim que haja deliberação coletiva sobre os assuntos que constituem matérias de relevância e que devem ser objeto de atenção da Corte.

E por dois motivos deveria caber ao próprio Supremo Tribunal Federal ser o titular dessa prerrogativa, a ser exercitada via regimento. Primeiro, por uma razão política. A Corte é o órgão de cúpula de um dos poderes da República. Seria contrário ao conteúdo mais basilar do princípio da separação de poderes atribuir ao Legislativo ou ao Executivo a prerrogativa de controlar, de modo total, a distribuição do tempo dela. Ressalvadas hipóteses excepcionais, como a atribuição de preferências legais a certas classes processuais condicionadas à requisição de autoridades públicas, de forma semelhante ao que ocorre no processo legislativo em regime de urgência a pedido presidencial. O segundo motivo para atribuir essa prerrogativa ao Supremo é pragmático. O Tribunal é órgão político, mas também é técnico. Ele conhece o acervo, as matérias jurídicas e complexidades de cada tema. Ninguém está mais aparelhado para empreender tal dosimetria que o próprio Tribunal.

⁴⁹ TRIBE, Laurence W. *American constitutional law*. v. 1, 3. ed. Saint Paul: Foundation Press, 2000, p. 334: “Em contraste, a conclusão de que uma questão não está madura para adjudicação ordinariamente enfatiza um exame prospectivo da controvérsia, o qual indica que eventos futuros podem afetar sua estrutura de modo que afete sua sindicabilidade (*justiciability*) presente, tanto por fazer uma decisão posterior mais apta ou por demonstração de que o assunto ainda não é apropriado para adjudicação por um tribunal segundo o artigo 3º [da Constituição norte-americana].”

A prerrogativa de autorregulação processual, embora seja uma proposta autônoma, deve vir associada a algumas mudanças específicas na rotina do Tribunal, a saber: o Supremo deve decidir, mediante deliberação colegiada, a quantidade de casos e quais serão as matérias que serão apreciadas ao longo do ano corrente, mediante proposta dos respectivos ministros e da Presidência, antes do início do ano judiciário.

O Supremo dispõe, anualmente, de aproximadamente oitenta e oito sessões plenárias ordinárias e extraordinárias. São, novamente por aproximação, trezentas e cinquenta e duas horas para julgamentos coletivos, haja vista a duração normal de quatro horas em cada sessão. É esse o tempo de que dispõe o Tribunal para deliberar assuntos de interesse público e privado. O que se propõe é que o Supremo, em algum momento, reflita apenas sobre como utilizará esse capital.

Ao definir o que julgará, o Supremo poderá permitir mobilização social e meditação mais profunda sobre os assuntos da pauta. Em contraste com o que ocorre atualmente, que é a divulgação da pauta dirigida de julgamentos na sexta-feira que o precede, dando assim cinco a seis dias para que os ministros estudem e eventualmente preparem votos para todos os assuntos que nela serão apreciados, somente isso já seria um avanço considerável. Nada impede que, ao longo do respectivo ano, alguma questão urgente e importante seja incluída na pauta de julgamentos, mas para isso seriam designadas sessões extraordinárias exclusivamente para deliberações sobre tais temas, mantendo-se o calendário hígido.

Se acolhida, a proposta afastaria a discricionariedade ampla atribuída ao Presidente na composição da pauta e no pregão de processos para julgamento. Com a possibilidade de indicação de temas pelo Presidente e pelos ministros, impede-se que o relator de determinado caso obstrua a apreciação do caso pelo colegiado. Dando-se ciência dos julgamentos com meses de antecedência, afasta-se a necessidade e a possibilidade dos pedidos de vista, que acabam por interromper a apreciação das questões versadas no Tribunal, e também os pedidos de adiamento formalizados por advogados.

A rigor, este primeiro passo poderia ser implementado sem maiores traumas, pois seriam suficientes apenas mudanças de ordem regimental. A dinâmica das sessões é matéria do regimento interno do Supremo, que se encontra atualmente disciplinada nos artigos 122 a 140.

A segunda proposta é a seguinte: processos remanescentes que versem sobre temas não selecionados devem ser automaticamente reputados não prioritários e baixados à origem, com trânsito em julgado.

Além de deliberar sobre o que vai decidir, deve o Supremo também decidir o que não vai decidir. Isso significa dizer que todos os processos que versem sobre temas não selecionados para julgamento devem baixar à origem, com trânsito em julgado, para que seja iniciada a execução definitiva, ressalvada a possibilidade de

deliberação em sentido oposto. Hoje, diversamente, eles são remetidos à origem para que aguardem pronunciamento do Supremo, quando a matéria está afetada à sistemática da repercussão geral. Na prática, o sobrestamento do processo posterga o encerramento da lide para momento futuro e incerto e vem abarrotando os arquivos de Tribunais estaduais e federais. Segundo as estatísticas apresentadas no tópico I, mantido o atual ritmo de julgamento, diversos serão os casos nos quais a espera poderá ser superior a uma década.

Esse tipo de mudança requer modificação do próprio texto constitucional, porquanto o artigo 102, §3º, da Lei Maior impõe a manifestação de dois terços dos ministros para rejeitar a repercussão geral de certo tema, sendo inviável – do ponto de vista constitucional, legal, regimental e doutrinário – devolver-se processos à origem, com certificação de trânsito, fora desse sistema, sem que tenha havido qualquer decisão. É de se observar, todavia, que a questão ora suscitada é mais ampla do que o conceito de repercussão geral. Na verdade, será irrelevante se a matéria é ou não dotada de repercussão geral, já que o Supremo deixará de julgá-la simplesmente por não haver tempo disponível no quadro de sessões anualmente realizadas. O exame não é de repercussão, mas de prioridade. Assim, nada impede que no futuro o tema venha a ser apreciado pelo Supremo. Portanto, parece mais acertado dizer que o Tribunal fará análise de prioridade.

Pode-se argumentar que a solução tem o inconveniente de acarretar a preclusão maior de decisões judiciais que efetivamente versem sobre tema constitucional ainda não decidido pela Corte. No futuro, a questão pode ser pacificada contrariamente à tese adotada por um dos tribunais inferiores do país, havendo assim um problema concreto de justiça constitucional. Essa questão, contudo, já está em parte equacionada pela atual jurisprudência do Supremo e pelo Código de Processo Civil. O Tribunal entendeu que o Verbete nº 343 da Súmula do Supremo não se aplica à ação rescisória quando esta versar matéria constitucional.⁵⁰ Em outras palavras, em até dois anos do julgamento poderá o interessado intentar ação rescisória para fazer prevalecer a tese sufragada pela Corte maior. Além disso, o artigo 741, inciso II e parágrafo único, do Diploma Processual Civil aponta a inexecutabilidade do título contrário ao texto constitucional. Porém, se alcançada a execução definitiva e passados os dois anos previstos em lei, há de se entender que deve prevalecer a coisa julgada, em favor do escopo de pacificação social que é inerente à prestação jurisdicional.

A toda evidência, os ministros só terão tempo para dedicar-se exclusivamente às causas relevantes se não forem, insistentemente, instados a reiterar a jurisprudência do próprio Supremo. Essa mudança é essencial ao funcionamento do sistema. É dela que se cuidará no próximo tópico.

⁵⁰ STF, Edcl no RE nº 328812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 2.5.2008.

IV.2 Vinculação ampla e efetiva do Poder Judiciário às decisões do Supremo

Definitivamente, não existe sistema totalmente à prova de falhas, especialmente a mais comum delas: a humana. Portanto, não se pode descartar a hipótese em que o magistrado simplesmente desconhece os precedentes dos tribunais superiores ou os aplica de forma incorreta. O problema reside na insubmissão que se torna regra; isto é, quando, imbuídos de fervor quase religioso, os magistrados assumem o papel de reveladores da vontade do ordenamento jurídico e passam a encarar os tribunais superiores e seu papel pacificador como elementos secundários do ordenamento jurídico – como grilhões à liberdade decisória do Juízo de plantão. Há razões para crer que essa postura é perigosa para o ordenamento jurídico e absolutamente danosa à imagem da magistratura.⁵¹

Um caso recente esclarece o que significa a (não) vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes oriundos do Supremo. Uma semana após o Supremo julgar conjuntamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.777, na qual, por meio de uma interpretação conforme a Constituição nada singela, decidiu que as regras da união estável são aplicáveis às uniões homoafetivas, um Juiz do Estado de Goiás determinou que o cartório local rejeitasse as escrituras públicas declaratórias de tais uniões, bem como anulou as que já haviam sido registradas.⁵² A decisão foi tomada *quarenta dias* após a decisão do Supremo, e foi fortemente noticiada por toda a imprensa. O fato gerou perplexidade, precisamente porque foi ato deliberado de insubordinação, gerando manifestações públicas de juristas, inclusive do ministro Marco Aurélio Mello, até que o Tribunal de Justiça veio a cassar a decisão. Enfim, não são incomuns as referências aos Tribunais “rebeldes”, isto é, aqueles que simplesmente não se curvam às orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Juízes insubmissos, Tribunais superiores abarrotados. É conhecida na literatura freudiana a figura do “superego”, isto é, o elemento do subconsciente que tem o propósito de inibir e disciplinar.⁵³ Pois bem. O Supremo Tribunal Federal – e também o Superior Tribunal de Justiça – vinha atuando como uma espécie de superego dos Tribunais estaduais e federais ordinários no que tange à aplicação da Constituição.

⁵¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *A arguição de relevância: a repercussão das questões constitucional e federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13: “Não se pode ter como racional a admissão de julgados contrários ao entendimento sedimentado dos Tribunais Superiores. É óbvio que se o interessado indicar o desacerto da súmula, seja em decorrência de uma nova disciplina legal ou mesmo da situação fática dos autos, sem dúvida a mesma não será aplicada, utilizando o julgador de seu dever de fundamentar para demonstrar tais hipóteses. Mas, daí a permitir a balbúrdia atual, é um posicionamento equivocado”.

⁵² *Revista Consultor Jurídico*, “Juiz não aceita a união homossexual em cartórios”. Acesso em: 27 fev. 2012. In: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-20/juiz-nao-aceita-uniao-homossexual-cartorios-goias>>.

⁵³ ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998, p. 744 e PIÉRIEN, Henri. *Dicionário de psicologia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1966, p. 411.

Boa parte do congestionamento no Supremo decorre exatamente de alegações de que os tribunais inferiores teriam ignorado a jurisprudência do Tribunal. Em parte significativa dos casos, o recorrente tem razão. A luta da Corte para fazer prevalecer suas teses, mesmo os julgados *com* natureza vinculante, é o retrato dramático do caráter disfuncional do sistema processual brasileiro.

O excesso de independência dos juízes no Brasil é um fenômeno cultural: entre a observância das decisões dos Tribunais Superiores e a “liberdade criativa”, a doutrina mais tradicional se inclina em favor dessa última ideia. Assim o faz a pretexto de preservar a oxigenação do Direito, defendendo-o contra a ossificação supostamente resultante da vinculação aos precedentes.⁵⁴ Argumentar que a liberdade criativa é mais relevante que a autoridade dos precedentes dos Tribunais superiores é indefensável em qualquer âmbito de argumentação. Afinal, a decisão divergente gera riscos para o advogado, aumenta os custos econômicos do jurisdicionado, perpetua situação anti-isonômica, congestiona os tribunais superiores e causa perplexidade aos praticantes da ciência jurídica e aos cidadãos de modo geral.

E aqui já se vislumbra a primeira sugestão para tornar a Corte constitucional viável. *Todas as decisões proferidas pelo colegiado do Supremo devem ter efeito vinculante, não somente as proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como determina o artigo 102, §2º da Constituição Federal.* É urgente que os precedentes do Supremo deixem de exercer o papel de meras razões contributivas para a tomada de decisões e passem a ser tratados como razões definitivas. Por óbvio, a consecução dessa medida pressupõe a alteração formal do texto da Constituição e somente faz sentido em contexto de abandono de julgamentos de processos despidos de maior relevância jurídica.⁵⁵ Em outras palavras, só fará sentido se cada decisão do Supremo veicular conteúdo de *efetivo interesse geral*.

Além do efeito vinculante, ele precisa ser acompanhado de instrumentos para assegurar a observância compulsória. Faltam mecanismos de desincentivo à inobservância das decisões emanadas do Supremo por parte da clientela interna – isto é, juízes e tribunais. Como se procurou demonstrar, até 2004 o Supremo atuou como um superego da jurisdição ordinária, era a ele que as partes acudiam quando os tribunais se recusavam a se curvar à jurisprudência do Tribunal. O universo jurídico pós-repercussão geral sanou o problema em termos. Pela via interpretativa, o Supremo

⁵⁴ E.g., SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1, 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 160-161: “O esclerosamento do direito consagrado na síntese pretoriana, apesar da mudança legislativa e da realidade social que inspiraram o verbete, frustra a revisitação da *questio juris* pelas instâncias ordinárias. E o Tribunal Superior tem velado firmemente pela aplicação de seus enunciados, abafando a inquietação do intérprete e, por consequência, a renovação do direito aplicado em troca da comodidade das decisões de carimbo. Pior ainda quando o standard jurisprudencial é aplicado a hipóteses a que não se destina, desconsiderando-se peculiaridades do suporte fático da lide”.

⁵⁵ Não se pode deixar de aludir ao voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC, no qual propõe o reconhecimento do efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade, com a consequente superação do artigo 52, inciso X, da Constituição.

recusou-se a continuar a apreciar os agravos de instrumentos que chegavam com alegações de inobservância da decisão veiculada pela sistemática da repercussão geral⁵⁶ e determinou aos tribunais de origem que examinassem novamente a matéria, inclusive criando um novo recurso de agravo interno. Em paralelo, asseverou ser incabível a reclamação para apreciar a questão.⁵⁷ Pende ainda decisão sobre o cabimento do mandado de segurança na origem.

Mas ainda não foi suficiente. Na prática, o poder de cortes inferiores foi aumentado de maneira extraordinária, pois se viram subitamente livres da censura do Supremo, que se recusa a revisar a aplicação dos precedentes fixados sob a sistemática da repercussão geral. Tribunais que se acostumaram, ao longo de décadas, a remeter as partes às cortes superiores, negando-se explícita e deliberadamente a aplicar os precedentes, passaram a dar a última palavra. A mudança não é pequena. Esse poder, contudo, não foi dotado de qualquer mecanismo jurídico de correção e controle – pelo contrário, o Supremo abriu mão dos já existentes. É essa a crítica que precisa ser feita. Daí a seguinte proposta: *a inobservância dolosa ou reiterada da jurisprudência do Supremo – proferida em sede de repercussão geral ou com efeito vinculante – deve acarretar responsabilidade funcional do magistrado.*

A Lei nº 11.417/2006, que disciplina a aplicação da súmula vinculante, fez inserir na Lei nº 9.874/99 o artigo 64-B,⁵⁸ segundo o qual as decisões administrativas deverão ser adequadas ao conteúdo da súmula vinculante, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal do agente público. O que se pretende, com tal dispositivo, é desestimular a conduta de insubmissão deliberada ao conteúdo da súmula vinculante. Neste aspecto, é inadmissível que os administradores estejam sujeitos à responsabilização funcional, mas não os juízes, precisamente aqueles que mais aplicam os verbetes. É raro o uso da reclamação constitucional voltado contra atos administrativos, sendo o mais comum que versem sobre decisões de tribunais e magistrados de primeiro grau. Assim, impõe-se a inclusão de hipóteses de responsabilidade funcional pela negativa de aplicação às decisões do Supremo dotadas de efeito vinculante, o que deverá ser efetuado por lei complementar, a teor do artigo 93 da Constituição. Hoje, a Lei Complementar nº 35/79 nada dispõe a respeito do tema.

Em alguns casos, os magistrados decidem deliberadamente contra as decisões do Supremo, mesmo as dotadas de efeitos vinculantes. A responsabilidade em tais hipóteses resulta óbvia da própria fundamentação da decisão desconforme. Mas,

⁵⁶ STF, QO no AI nº 760.358/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.12.2009.

⁵⁷ STF, Rcl. nº 7.569/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11.12.2009.

⁵⁸ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B: “Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”.

mesmo quando não for assim, a reiteração deve ser considerada para a finalidade punitiva. No mais, saliente-se que a lei adotou um padrão objetivo, linear, para responsabilizar o agente público, que consiste na reiteração da conduta de insubmissão.

V Conclusões: menos é mais

1. O Supremo não pode ser um tribunal de casos. Ele tem que ser um tribunal de teses. Por isso, negar-se a julgar certo processo é um gesto que não precisa ser necessariamente identificado como denegação de justiça. Entre a jurisdição parcial possível e a jurisdição total impossível, simplesmente não existe opção. O espectro de competências reconhecidas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal de 1988 e a crença de que os onze magistrados efetivamente apreciarão e julgarão tudo o que se lhes apresenta é uma promessa irrealizável que mina as bases de legitimidade do próprio Tribunal perante a sociedade.

2. Nesse cenário, há argumentos em favor da interpretação restritiva dos requisitos de acesso à Corte. Todavia, se o Brasil quer ter uma jurisdição constitucional efetiva, urge a criação de mecanismos (i) de racionalização do tempo de trabalho individual e coletivo do Supremo, o que, segundo se propõe, deve ser empreendido mediante deliberação colegiada e pública sobre os temas de interesse genuinamente relevantes e *prioritários*, haja vista ser preciso observar o tempo total disponível para o julgamento de tais assuntos; e (ii) de desincentivo à inobservância das decisões emanadas do Supremo por parte da clientela interna, ou seja, magistrados. O desincentivo deve vir pela forma da concessão de efeitos vinculantes a todas as decisões do Tribunal e a previsão de responsabilidade funcional à inobservância dolosa ou reiterada dos precedentes vinculantes.

3. Na dinâmica dos tribunais superiores, a lógica corriqueira deve ser invertida. *Ali menos é mais*. Isso porque o alargamento das áreas de atuação do Tribunal, sem dúvida alguma, reduz sua capacidade de responder de modo adequado e tempestivo às demandas que lhe são submetidas. No afã de fazer valer o papel político que lhe cabe por Direito e por justiça, o Supremo pode acabar sendo vítima do excesso, deslegitimado, aos olhos do cidadão, em razão da morosidade, das decisões padronizadas ou até mesmo da mudança constante de entendimentos, fruto do pouco tempo que resta aos ministros para apreciar as questões mais importantes do país.

Referências

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. A missão constitucional do Supremo Tribunal Federal e a arguição de relevância da questão federal. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 58 e 59, 1982.

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- BIRKLAND, Thomas A. *An introduction to the policy process*. 3. ed. New York: M.E. Sharpe, 2005.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2012.
- BRASIL. Congresso. Câmara. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF,
- BRASIL. Congresso. Senado. *Regimento Interno do Senado Federal*, Brasília, DF.
- BRASIL. *Constituição (1967)*: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967.
- BRASIL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- ESKRIDGE JR., William N.; LEVINSON, Sanford. *Constitutional stupidities, constitutional tragedies*. 1. ed. Nova Iorque-Londres: New York University Press, 1998.
- FALCÃO, Joaquim; CEREIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *1º Relatório Supremo em Números*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HABERLE, Peter. *A sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*, Parte I. 1. ed. New York: W.W. Norton & Company, 1999
- HOWLLETT, Michael; RAMESH M. *Studying Public Policy*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- IMMERGUT, Ellen M. *Institutional constraints on policy*. In: *The Oxford handbook of Public Policy*, 2006.
- JÚNIOR GOMES, Luiz Manoel. *A arguição de relevância: a repercussão das questões constitucional e federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KOSEMAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. 1. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1994.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1985.
- LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. 1. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS, Yves Gandra da Silva (Org.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins, 2013.

- PIÉRION, Henri. *Dicionário de psicologia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1966.
- ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SOKAL, Guilherme Jales. *O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo*, 2001, dissertação de mestrado, tese (mestrado em Direito processual) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- TRIBE, Laurence W. *American constitutional law*, v. 1, 3. ed. Saint Paul: Foundation Press, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais* v. 848.
- VELLOSO, Carlos. Morosidade e insegurança. *Revista Consulex*, n. 100, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FONTE, Felipe de Melo. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 263-289, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.480.
