

COMENTÁRIO

ARTIGO DE ANA LAURA BARBOSA: “QUANDO UM NÃO QUER, ONZE NÃO JULGAM ENTRAVES À GESTÃO INSTITUCIONAL DA AGENDA DE JULGAMENTOS DO STF”

*Victor Marcel Pinheiro*²³

O artigo de Ana Laura Pereira Barbosa tem por objeto investigar a possível relação entre o poder de o STF definir sua pauta e o aumento de sua legitimidade política decorrente da possibilidade de julgar questões constitucionais em momentos mais favoráveis perante as diversas audiências do Tribunal.

A autora toma como premissa as considerações de Alexander Bickel de que, dentre as “virtudes passivas” do Poder Judiciário – naquele caso da Suprema Corte dos EUA –, está a de poder exercer um relevante grau de discricionariedade sobre quais casos decide e quando os decide. Com base nesse poder de “selecionar” quais e quando questões submetidas à Corte serão julgadas haveria a possibilidade de ganhos de reputação e legitimidade, na medida em que a Corte anteciparia a reação da opinião pública aos seus posicionamentos em casos mais controvertidos.

Parte-se então para a avaliação de quatro institutos previstos na disciplina regimental do STF (“liberação pelo relator, a inclusão em pauta, o pedido de vista e o pedido de destaque”) para concluir que os poderes procedimentais concedidos individualmente a cada um dos Ministros criam um excessivo número de pontos de veto (retomando a terminologia de Tsbelis), o que cria dificuldades de gerenciamento do acervo decisório da Corte e, em última análise, “favorece o não julgamento”. Nas palavras da autora:

Aplicando essa lógica aos poderes de agenda no STF, é possível afirmar que a existência de onze filtros ao julgamento favorece o status quo. Os atores podem coordenar decisões entre si, mas essa coordenação sempre será custosa, porque demandará a concordância de outros dez atores. Ela também terá que ser espontânea e informal, já que não há um mecanismo para forçar um debate sobre o tempo dos julgamentos do STF. Bastaria uma arbitrária obstrução por um ator que se recusa a coordenar para

23 Agradeço a Nina Pinheiro Pencak pelas sugestões feitas a versões anteriores deste texto.

que o status quo fosse mantido. Por isso, esse desenho institucional favorece o não julgamento.

Em face desse cenário, a autora propõe a criação de um espaço colegiado no Tribunal em que se possa decidir sobre a definição de sua agenda:

A concentração do poder de agenda em um único ator seria ruim por fatores relacionados ao individualismo decisório já muito bem mapeados pela literatura. Por outro lado, as constatações deste artigo mostram que a pulverização de vetos ao julgamento em múltiplos atores também não é o cenário ideal. Além de permitir a obstrução individual de julgamentos, o desenho dos poderes de agenda do STF também cria entraves para que esse mecanismo seja usado como uma ferramenta política a serviço da instituição. Um caminho institucional possível poderia ser a criação de espaço institucionalizado de interação sobre o tempo dos julgamentos, forçando a coordenação na hipótese em que houvesse impasse gerado por um veto player. É necessário identificar mudanças que ataquem os problemas, mas sem retirar da Corte constitucional um poder que lhe é tão importante como instituição.

Nesse ponto, concorda-se com a autora: de fato, o atual modelo deliberativo do Tribunal, no qual há um amplo conjunto de poderes procedimentais concedidos a seus membros, tende a gerar certa paralisia decisória colegiada, uma vez que há a possibilidade de cada um dos onze Ministros exercerem individualmente poderes de veto que, na prática, podem impedir a conclusão de um julgamento colegiado por anos ou décadas. A proposta apresentada é interessante na medida em que cria mecanismos colegiados de definição da agenda, superando o veto individual eventualmente realizado por um dos Ministros. Trata-se, de proposta na mesma linha de outras já ventiladas sobre o tema (BENETI, 2012, p. 326-7) e que tem o mérito de apontar um equilíbrio entre a ampla dispersão de poderes procedimentais entre os membros do Tribunal e a rigidez de um eventual critério de julgamento cronológico de processos (adotada na redação original do art. 12 do CPC de 2015, sendo logo flexibilizado pela Lei n. 13.256/2016).

Para contribuir com o debate levantado pelo artigo, examina-se uma única questão:

A despeito do cenário acima retratado, o desenho institucional do processo decisório do STF de fato “favorece o status quo” e o “não julgamento”, impedindo que a Corte usufrua das “virtudes passivas” de decidir o que e quando decidir?

A resposta parece ser negativa.

Do ponto de vista de decisões colegiadas, mesmo tendo em vista todos os poderes procedimentais individuais de veto, o Supremo Tribunal Federal é tido como um tribunal que decide causas políticas, morais, econômicas e sociais relevantes em grande

quantidade. Não é necessário retomar diversos julgamentos das últimas décadas em que o Tribunal efetivamente ingressou na análise de temas sensíveis sendo um dos atores centrais da definição dos contornos do ordenamento jurídico brasileiro. A expressão “Supremocracia”, cunhada por Oscar Vilhena Vieira em 2008, ainda é atual para designar o fenômeno mediante o qual o Tribunal julga questões de grande relevância para a sociedade brasileira estabelecendo entendimentos vinculantes para as demais instâncias do Poder Judiciário (VIEIRA, 2008).²⁴

É claro que, se não houvesse os pontos de veto procedimentais individuais, o Tribunal poderia decidir ainda mais causas sensíveis com maior impacto para a sociedade brasileira. Mas, de todo modo, um eventual diagnóstico de paralisia decisória parece não corresponder à realidade do STF. Embora o desenho institucional do processo de tomada de decisão da Corte realmente crie uma tendência de “manutenção do status quo” por meio de diversos pontos procedimentais de veto, esse resultado parece não se concretizar na prática, pelo menos não em ampla extensão.

As possíveis hipóteses explicativas para tal cenário passam, por exemplo: a) pelo fenômeno da forte judicialização de questões constitucionais, especialmente mediante a expansão do acesso ao controle abstrato de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988, b) por um possível uso parcimonioso de tais prerrogativas procedimentais pelos Ministros ou c) como destaca Ana Laura Barbosa, por possíveis interações informais entre os Ministros para a superação de pontos de veto. Trata-se de hipóteses que merecem maior investigação e, provavelmente, serão corresponsáveis pelo quadro atual de destaque do STF na vida política brasileira.

De todo modo, aqui aprofunda-se o exame de uma possível variável que ajuda a identificar em que dimensão há expressiva atuação da Corte, a despeito dos diversos pontos de veto presentes no desenho institucional de seu processo decisório colegiado: a existência de mecanismos formais e informais pelos quais seus membros efetivamente influenciam individualmente a modificação do *status quo* jurídico. Em outras palavras, são vias formais e informais por meio das quais um único Ministro altera ou influencia a alteração do ordenamento jurídico antes mesmo de uma decisão colegiada do Tribunal.

De um lado, há fortes poderes “substantivos” monocráticos dos membros do Tribunal, consistentes basicamente na possibilidade de o Presidente do Tribunal ou, mais frequentemente, o Relator: a) conceder uma medida cautelar²⁵ ou b) julgarem o mérito

24 Para evitar polêmicas conceituais desnecessárias para este momento, evita-se a expressão “ativismo judicial”. Para diferentes acepções do termo, ver KMIEC (2004).

25 Além do poder geral de cautela que decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), há diversas disposições legais e regimentais que tratam do tema. Como exemplos, a disciplina da tutela provisória no CPC (arts. 294 e seguintes), expressamente sendo reconhecido ao

especialmente de recursos com jurisprudência consolidada do Tribunal²⁶. Nestes comentários, essas competências são designadas de “substantivas”, pois, como pontua Diego Argulhes, permitem efetivamente a alteração do status quo jurídico por decisão de apenas um Ministro (ARGUELHES, 2018).

Se essas competências substantivas individuais não existissem, a tendência apontada pela autora provavelmente seria a regra na prática: um número muito grande de pontos de veto na prática que impediriam o Tribunal – seja de modo individual seja de modo colegiado – de decidir oportunamente questões jurídicas relevantes gerando uma grave paralisia decisória em face de questões jurídicas e políticas relevantes.

Ocorre que as competências substantivas monocráticas são cada vez mais exercidas na prática (MENDES e VALE, 2012, p. 14) e totalizam nos últimos anos mais de 90% das decisões proferidas pelo Tribunal em controle abstrato de constitucionalidade (ARGUELHES, 2018, p. 250-1), de modo que, ao exercer uma prerrogativa procedimental um Ministro pode manter o status quo que entender mais adequado juridicamente – seja o originalmente impugnado perante o Tribunal seja o novo status quo após uma decisão substantiva monocrática.

De outro lado, para além da possibilidade institucionalizada de concessão de decisões cautelares ou julgamento monocrático de causas, há ainda outras duas marcas informais da prática jurídica brasileira que ajudam a identificar com mais clareza os problemas atualmente enfrentados: a) a falta de maior rigor com a interpretação e aplicação de precedentes em sentido horizontal e b) o grande número de *obiter dicta* na prática da Corte, dentro e fora dos autos de processos.

Ainda há uma cultura incipiente de respeito a precedentes, especialmente em sentido horizontal no Brasil, tendo em vista os princípios da igualdade e segurança jurídica como suas bases normativas. Em uma dimensão vertical dos precedentes, analisa-se o grau de vinculatividade de uma decisão de um tribunal superior para um juízo que lhe é vinculado. Já em sua dimensão horizontal, o foco recai sobre o respeito de um mesmo tribunal às decisões passadas que tomou.

Cabe apontar a histórica dificuldade de o STF contar com a adesão dos demais órgãos do Poder Judiciário aos entendimentos que adota. De todo modo, as diversas reformas processuais das últimas décadas (com destaque para a criação das Súmulas Vinculantes e requisito de repercussão geral mediante a Emenda Constitucional n. 45,

relator o poder de concedê-la nos tribunais (art. 932, II, CPC). Também há previsão nas leis do controle abstrato de constitucionalidade da possibilidade de concessão de medida cautelar monocrática (Lei n. 9.868/1999, art. 10, e Lei n. 9.882/1999, art. 5º, § 1º). Para uma análise crítica da aproximação do regime jurídico da concessão de medidas cautelares monocráticas nos diferentes processos de controle abstrato de constitucionalidade, ver GODOY (2020).

26 Art. 932, incisos IV e V, CPC.

de 2004) fortaleceram a dimensão vertical dos precedentes, podendo ser citado como marcos o art. 489, § 1º, e o art. 927, ambos do CPC de 2015²⁷.

Já a dimensão horizontal do precedente ainda carece de maiores reflexões teóricas e implementação na prática decisória dos tribunais, embora sua essência esteja disposta no art. 926, *caput*, do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Como destaca Lenio Streck, desse dispositivo surgem deveres de integridade e coerência no sentido de “um compromisso de todo julgado com a cadeia decisória em que ele está inserto.” (STRECK, 2021, p. 96)

Diante desse cenário, não é raro que um Ministro adote um entendimento diverso de sua Turma ou do Pleno do Tribunal, exerça uma competência substantiva monocraticamente e, na sequência, alguma prerrogativa procedimental de veto, mantendo a situação jurídica no processo em questão conforme seu entendimento e com controle do tempo da possibilidade de sua revisão pelo colegiado.

O segundo elemento da prática do Tribunal que fortalece a atuação individual de seus membros é a frequência com que são apresentados argumentos em caráter de *obiter dictum*, ou seja, argumentos secundários para a resolução do caso posto em julgamento, mas que dizem respeito a aspectos jurídicos, morais, econômicos e sociais mais amplos. Ainda que desnecessários para o julgamento, as *obiter dicta* exercem grande influência dentro e fora do meio jurídico, pois permitem sinalizar a posição da Corte – ou no caso do STF, de um de seus Ministros – em casos futuros²⁸.

No caso do STF, o processo de tomada de decisão e as regras de construção dos acórdãos é feita com base na apresentação de votos individuais e na interação entre os Ministros e eventualmente as partes, de modo que a decisão colegiada surge ao final como a soma dessas posições. Como aponta Guilherme Klafke, trata-se de modelo que tende a gerar decisões mais maximalistas, no sentido de os Ministros ampliarem o número de *obiter dicta* em suas decisões (KLAFKE, 2019, p. 271).

Além dos *obiter dicta* proferidos nas sessões de julgamento, há uma prática de magistrados, inclusive integrantes do STF, de realizarem declarações públicas em eventos acadêmicos e entrevistas sobre temas em debate na sociedade brasileira, o que pode ser considerada uma espécie de “*obiter dictum*” fora dos autos²⁹. Esses pronunciamentos individuais também influenciam a tomada de decisão política e dos agentes privados, que já antecipam um possível cenário de julgamento no Tribunal. Em outras palavras, os *obiter dicta*, dentro e fora dos autos, permitem que um Ministro

27 Para análise do histórico da vinculação por meio de precedentes do STF e das inovações constitucionais e legais sobre o tema, ver PINHEIRO (2021).

28 Para uma tipologia sobre as diferenças funções desempenhas pelas *obiter dicta*, ver KATYAL (1997-1998).

29 Para uma análise crítica dessa prática ver BUSTAMANTE (2018).

influencie o status quo, ainda que a Corte não tenha proferido uma decisão monocrática ou colegiada a respeito.

Essa breve retomada de características conhecidas do modelo deliberativo e da prática de atuação da Corte ajuda a aprofundar a crítica feita por Ana Laura Barbosa: o modelo deliberativo atual do STF não impede que ele aja politicamente, no sentido de decidir o que e quando julgar. Ao contrário, há justamente uma dispersão das possibilidades de influenciar individualmente a alteração do status quo jurídico, seja mediante manifestações fora dos autos, o exercício de competências monocráticas substantivas ou do proferimento de *obiter dicta* no curso dos julgamentos. Embora esse modelo realmente possa gerar uma tendência de um menor número de decisões colegiadas, a verdade é que ele multiplica a possibilidade de atuação política da Corte – no sentido de que, potencialmente, cada um dos onze Ministros decide o que e quando julgar.

Nesse sentido, há um amplo espectro de modelos deliberativos com maior concentração ou dispersão de competências procedimentais ou substantivas monocráticas e colegiadas, que pode ser associada à menor ou maior capacidade de definição de agenda do Tribunal. Cada um desses modelos estabelece diferentes *tradeoffs* entre princípios como deliberação, contraditório e eficiência, que devem ser objeto das teorias normativas da legitimidade do *judicial review* para avaliar-se quais modelos são mais ou menos adequados para a democracia brasileira.

Nesse sentido, o desconforto com o atual modelo também tem levado a críticas acadêmicas, de opinião pública e até mesmo propostas legislativas de mudança. Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Valle já apontavam a necessidade de se repensarem as regras legais e regimentais que disciplinam a concessão de medidas cautelares monocraticamente em ações de controle abstrato de constitucionalidade, no sentido de que elas deveriam somente caber em situações muito excepcionais, como no recesso judicial ou outros casos urgentes (MENDES e VALE, 2012, p. 9-10).

Apenas para citar um exemplo recente, foi reintroduzida no Congresso Nacional a proposta de constitucionalização dos prazos de pedidos de vista em tribunais e prazos máximos de vigência de cautelares monocráticas, mediante a Proposta de Emenda à Constituição n. 8/2021. Trata-se de proposta inspirada na PEC n. 82/2019, e que retorna ao debate em razão da percepção da manutenção dos excessos de poderes procedimentais e substantivos monocráticos dos membros dos tribunais brasileiros.

Houve uma recente mudança no Regimento Interno do STF pela Emenda Regimental n. 58/2022, em que se fixou o prazo de 90 dias para devolução do pedido de vista, com a liberação automática do processo para reinclusão em pauta após esse prazo. Como a autora bem destacou, contudo, trata-se de mudança que objetiva res-

tringir um aspecto desse poder procedimental cuja efetividade ainda deverá ser testada em face da prática decisória da Corte.

O atual desenho institucional do processo decisório do STF, portanto, não necessariamente leva a uma paralisia decisória da Corte no sentido da manutenção do status quo legislativo objeto de questionamento judicial, mas permite que cada Ministro avalie individualmente se influenciará a mudança desse status quo e se permitirá que o colegiado reavalie esse posicionamento.

Com isso, torna-se ainda mais relevante a reflexão sobre proposta da autora no sentido de se criarem mecanismos colegiados de definição da pauta do Tribunal de forma institucionalizada, pública, com critérios prévios e de modo colegiado. Aqui cabe lembrar Bickel, no sentido de que, justamente quando exerce suas prerrogativas procedimentais, a Suprema Corte dos EUA – e no caso brasileiro, o STF, de modo colegiado ou por atuações individuais de seus Ministros – revela em grau máximo sua feição política (BICKEL, 1986, p. 132).

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck. ‘The Court, it is I’? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, p. 236-262, 2018.
- BENETI, Sidnei. Monocratismo, Monologuismo e Colegialidade nos Tribunais. In: BENETI, Sidnei. *Cesar Asfor Rocha – 20 anos do STJ*. [S.l.]: Migalhas, 2012. p. 303-330.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 707-745, maio-ago. 2018.
- CORRÊA, Luiza Andrade. *A repercussão geral e o Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.
- GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação de constitucionalidade e o silêncio do Plenário. *Direito e Praxis*, v. 12, n. 2, p. 1035-1069, 2020.
- KATYAL, Neil Kumar. Judges as Advicegivers. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1709-1824, 1997-1998.
- KLAFKE, Guilherme Forma. *Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*. São Paulo: Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. *California Law Review*, p. 1441-1478, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 5, p. 1-23, 2012.

PENCAK, Nina; ANDRADE, Raquel. A crise é aguda e o Plenário Virtual pode ser a solução no momento. *Conjur*, 6 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/pencak-alves-plenario-virtual-solucao-crise>>.

PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões vinculantes do STF: a cultura de precedentes*. São Paulo: Almedina, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodium, v. 3a, 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, 2008.

