

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE

E DIREITO

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

FERNANDO ACUNHA

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
Ricardo Victor Ferreira Bastos
Fernando Acunha

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

Organização
Daniel Ribeiro Dos Santos Correa
José Ramalho Brasileiro Junior

Brasília
2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Documento disponível no link

repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : estado, sociedade e direito /
coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.] – Brasília: UniCEUB :
ICPD, 2019.

96 p.

ISBN 978-85-7267-021-0

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

SUMÁRIO

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO, TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E AS ADI 3.470 E 3.406	04
<i>TIAGO HENRIQUE CEZAR DA SILVA</i>	
REPERCUSSÃO GERAL: FIXAÇÃO DE PRECEDENTES VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA	21
<i>MARIA BEATRIZ DE ALBUQUERQUE D'ANTONA ROCKENBACH</i>	
A NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES	40
<i>LIVIA DE SOUZA CORREIA</i>	
AS DEMOCRACIAS: A CRISE DE LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA LIBERAL E AS ALTERNATIVAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..	55
<i>VANTER VIEIRA RIBEIRO COUTINHO</i>	
DECISÕES LIMINARES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	76
<i>VANESSA BICALHO BORGES</i>	

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO, TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E AS ADI 3.470 E 3.406.

ABSTRACTIVIZATION OF DIFFUSE CONTROL, TRANSCENDENCE OF DETERMINING MOTIVES AND THE ADI 3.470 E 3.406

Tiago Henrique Cezar da Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o atual grau de acolhimento, por parte do STF, da teoria da transcendência dos motivos determinantes e da completa abstrativização do controle difuso. Para tanto, será feita uma introdução acerca do histórico do controle de constitucionalidade no Brasil. Após, a teoria da transcendência dos motivos determinantes será apresentada, com ênfase nos debates ocorridos no julgamento da reclamação 4355/AC. Por fim, os votos proferidos no julgamento das ADI's nºs 3470 e 3406 serão analisados para extrair as conclusões buscadas.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; transcendência dos motivos determinantes; mutação constitucional.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the current degree of acceptance by the STF of the theory of the transcendence of the determining motives and of the complete abstractivization of the diffuse control. For this, an introduction will be made about the history of constitutionality control in Brazil. Afterwards, the theory of the transcendence of the determining motives will be presented, with emphasis on the debates occurred in the judgment of the complaint 4355 / AC. Finally, the votes cast in the judgment of ADIs 3470 and 3406 will be analyzed to extract the conclusions sought.

¹ Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Estado, Sociedade e Direito.

1 INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional de constitucionalidade é um dos temas mais explorados no âmbito do direito constitucional brasileiro. Neste artigo, não se pretende tratar dos conceitos básicos sobre o tema. Ao revés, será feita análise do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal em matéria de abstrativização de controle.

Desde a Constituição de 1891, o primeiro texto constitucional a contar com previsão sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, o tema tem ganho enorme destaque. Sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os sistemas concentrado e abstrato, concreto e difuso, têm deixado a linha que os separa cada vez menos evidente.

Com base nessa premissa, a Suprema Corte brasileira tem sido errática ao (não) reconhecer a aproximação entre esses dois lados da mesma moeda. É nesse sentido que as decisões finais proferidas na reclamação nº 4355/AC e nas ADI's 3470 e 3406, embora separadas por dois anos, parecem seguir caminhos totalmente diversos. A pergunta que move o presente trabalho, qual seja, se o Supremo Tribunal Federal adota a teoria da transcendência dos motivos determinantes a abstrativização do controle difuso, tentará ser respondida.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Breve Histórico

Para melhor compreender o problema a ser estudado, faz-se necessária uma breve análise histórica do controle de constitucionalidade no Brasil. Como sabido, a primeira constituição brasileira foi a Constituição Imperial de 1824². Nesse primeiro momento não havia menção ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Isso se deve em grande parte ao modelo até então vigente com forte presença da figura do Imperador. O artigo 10 daquela Carta instituía quatro poderes:

² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 19/06/2019. ³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 91.

Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador. Tal poder deveria ser exercido com exclusividade pelo Imperador e tinha como função manter o equilíbrio entre os demais poderes (art. 98).

Como bem aponta Rodrigo Brandão³, o fato de a Constituição ter sido outorgada gerou a absorção do poder constituinte pelos poderes constituídos. As leis eram consideradas atos de soberania, estando vigente um paradigma de supremacia legislativa em detrimento da supremacia da Constituição. Ausente o referido pressuposto, não havia meios para que o controle jurisdicional de constitucionalidade surgisse.

Seguindo a análise, passa-se à Constituição de 1891³. O referido Diploma foi promulgado e seu texto era fruto de trabalho de uma Assembleia Constituinte eleita⁴. Vigorou em um contexto histórico completamente diverso em comparação com a Carta antecessora. Nesse momento, a República já havia sido proclamada o país já estava oficialmente organizado na forma de federação desde a edição do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, redigido por Rui Barbosa.

Além do surgimento de importantes garantias em face de abusos do poder público como o *habeas corpus* (art. 72, §22), a Constituição de 1891 passou a prever, em seu artigo 59, §1º, as competências do Supremo Tribunal Federal. Dentre estas, destaca-se a prevista no inciso II: caberia à Corte julgar em grau de recurso as questões decididas pelos Juízes e Tribunais Federais. Ainda sob a égide desse texto, em 1894 foi publicada a Lei n. 221⁵, que dispunha sobre a organização da Justiça federal. Em seu artigo 13, §10, existia norma que trazia competência dos Magistrados e Tribunais para apreciarem a validade de leis e regulamentos, deixando de aplica-los na hipótese de manifesta inconstitucionalidade⁶.

³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 19/06/2019.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 94.

⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm>. Acesso em 19/06/2019.

⁶ Saliente-se que para Brandão, em sua obra já mencionada, aponta que o modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade já havia sido reconhecido pelo decreto nº 848/1890, em momento de transição da Monarquia para a República.

Após a revolução de 1930 e o advento do Estado Novo e da “Era Vargas”, com a chegada da Constituição de 1934⁷, houve substancial mudança no controle de constitucionalidade. O primeiro aspecto digno de nota e que será importante na análise sobre a abstrativização do controle difuso diz respeito a uma nova competência do Poder Legislativo.

Em seu artigo 91, inciso IV, foi delineada a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Tal competência, aliás, encontra abrigo no artigo 52, inciso XX, da Constituição de 1988.

Considerando a dificuldade de acesso ao Judiciário, a medida analisada pode ser vista com bons olhos. Criou-se a possibilidade de o Senado Federal conferir efeitos *erga omnes* a uma decisão do Supremo dentro de um caso concreto. A intenção da norma era justamente a de expandir os efeitos da decisão do Supremo em um momento em que tal concepção ainda não tinha sido incorporada ao ordenamento pátrio. Saliente-se que, devido ao momento histórico atravessado, a potencialidade do texto constitucional não foi devidamente explorada⁹.

Em síntese, houve a manutenção do controle jurisdicional de constitucionalidade de forma difusa e incidental. Além disso, inaugurou-se outro importante instrumento: a representação interventiva. Aliás, apesar de certa controvérsia, parte da doutrina a classifica como a primeira forma de controle concentrado no Brasil⁸.

Com o golpe de Estado de 1937, novo texto constitucional foi outorgado. A Constituição de 1937, refletindo o momento histórico, possui fortes características centralistas. Neste texto, porém, foi criada regra vigente até os dias atuais. Trata-se da chamada cláusula de reserva de plenário. O artigo 96 daquele texto informava que só por maioria absoluta de votos dos seus Juízes, os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República.

⁷ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 19/06/2019. ⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 103-104.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade No Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 304

Restabelecida a democracia, em 1946 nova Constituição entrou em vigor. Aqui não houve mudanças significativas no que tange o controle de constitucionalidade. As competências do Supremo, a cláusula de reserva do plenário e a representação interventiva foram mantidas.

Em 9 de abril de 1964, através do ato institucional nº 1, o golpe militar de 1964 foi formalizado. Em 1967, novo texto constitucional passou a vigorar no país. Os dispositivos acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade presentes na Carta de 1946 foram reproduzidos. Entretanto, a competência de suspender ato ou lei declarados inconstitucionais pelo STF foi transferida do Congresso para o Presidente.

Válido destacar ainda que o artigo 114, I, alínea 'i', da Constituição de 1967, inaugurou o controle concentrado no formato atual. A norma disciplinava a competência do STF para processar e julgar representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Por óbvio, em razão do momento político, tal instrumento tinha como único legitimado o Procurador-Geral da República, exonerável a qualquer tempo pelo Presidente, e que cumulava as atribuições que hoje são conferidas ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Percebe-se, portanto, que até a promulgação da Constituição de 1988, existia no Brasil um controle difuso e concreto, com forte inspiração no modelo norte-americano, e um tímido controle concentrado e abstrato da forma como idealizado pelo sistema europeu.

2.2 Cenário pós Constituição de 1988

A Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988 é fruto da Emenda Constitucional 26/1985 na própria constituição de 1967/1969. Instalada no Congresso Nacional em 1º de fevereiro de 1987 e contando com amplos debates e participação popular, o resultado desse trabalho culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) em 5 de outubro de 1988.

Neste momento, foram criadas as condições para que o Supremo Tribunal Federal exercesse as suas competências sem desembaraços como os que havia

enfrentado até então. Abriu-se caminho para uma era de supremacia judicial. Além de inúmeras inovações e avanços em relação aos textos anteriores, a CFRB trouxe novos elementos para o controle de constitucionalidade.

Apenas para traçar um corte metodológico, nesse tópico serão abordados apenas os aspectos presentes no texto Constitucional quando de sua promulgação. As modificações introduzidas por Emendas serão tratadas no tópico seguinte.

Nessa senda, além da manutenção de regras históricas tais como o controle difuso, a cláusula de reserva de plenário e a representação interventiva, o controle jurisdicional concentrado e abstrato ganhou força. A representação interventiva deu lugar a um rol de ações constitucionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Saliente-se que com a CFRB, o Supremo passou a cumular as funções de última instância recursal corte constitucional (típica do modelo europeu/austríaco).

No texto promulgado em outubro de 1988, foram previstas as seguintes ações de controle de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único).

Em relação a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), relevante modificação foi introduzida. Houve significativa ampliação do rol de legitimados (sendo, inclusive os mesmos legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão) a sua propositura (art. 103). Instituições como a OAB, por intermédio de seu Conselho Federal, partidos políticos com representação no Congresso e entidades de classe de âmbito nacional se tornaram detentores de legitimidade para manejar tão relevante instrumento.

Percebe-se que a Constituição de 1988 deu grande salto em direção ao modelo europeu de controle, fortalecendo instrumentos de controle concentrado já existentes e adicionando novas medidas em seu catálogo. Essa crescente tendência de abstrativização ganharia mais corpo após a edição de emendas constitucionais que serão a seguir detalhadas.

2.3 O papel do Constituinte Derivado na preponderância do controle concentrado

Passados cinco anos desde a promulgação da Carta, ocorreu processo de Revisão Constitucional na forma do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No que diz respeito ao objeto de estudo, destaca-se a inovação trazida no art. 102, I, 'a' (Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Além da ADI, o ordenamento jurídico passou a contar com a ação direta de constitucionalidade (ADC). Cuida-se de nova ação de controle concentrado na qual se busca a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal diante de relevante controvérsia acerca de sua constitucionalidade.

Mais à frente no tempo, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que trouxe profundas mudanças em relação ao Judiciário, dois novos elementos foram introduzidos. O primeiro deles é a repercussão geral (art. 102, §3º). A partir desse momento, caso reconhecida a repercussão geral⁹ de determinada matéria no bojo de um recurso extraordinário (típico elemento de controle difuso e concreto), a decisão proferida nos processos-paradigmas espalhem seus efeitos para demandas sobre o mesmo tema. Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, “deve-se reconhecer, portanto, que o recurso extraordinário ganha contornos marcadamente objetivos (...)”¹⁰.

Saliente-se que, apesar de a mudança narrada configurar um reforço do papel de Corte Constitucional exercido pelo Supremo (caráter jurídico-político), a medida veio acompanhada de forte viés utilitarista. O próprio Ministro Gilmar Mendes rememora que a Constituição vigente agravou a crise (já existente) do recurso extraordinário¹¹.

Dotado do mesmo caráter utilitarista na busca pela diminuição de processos na pauta do STF, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe o instrumento da súmula

⁹ A repercussão geral é conceito jurídico indeterminado e está relacionado com a demonstração de que, no caso concreto, há relevante questão constitucional que transcende o interesse das partes. Deverá ser demonstrada como preliminar do recurso extraordinário. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 923.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 14ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1103.

¹¹ Idem, p. 1098-1099.

vinculante (art. 103-A). Bebeu-se na fonte do *common law*, onde há tradição de precedente judicial vinculante caracterizado pela *ratio decidendi* ser, em princípio, obrigatória aos tribunais inferiores¹⁴.

Em síntese, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF poderá editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Novamente, através de decisões proferidas em sede de controle difuso e concreto, o Tribunal poderá elaborar tese vinculante.

Traçadas as bases presentes nos dias de hoje, está aberto o caminho para a teoria transcendência dos motivos determinantes.

3 TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Origem

A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes (ou transcendência dos motivos determinantes) encontra ressonância no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tendo como um de seus maiores defensores o Ministro Gilmar, a teoria parece ganhar cada vez mais espaço na Corte.

O que se defende é que, a eficácia proveniente da fundamentação (*ratio decidendi*) incide sobre situações que, apesar de possuírem suas próprias particularidades, são similares à questão decidida e, como tal, reclamam as mesmas razões já utilizadas. Com base nesse raciocínio, os defensores da teoria apontam que se o STF, em sede de controle incidental, concluir em definitivo que determinada lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais (*erga omnes*)¹².

Para alcançar tal conclusão, deve-se considerar que o já mencionado art. 52, X¹³ da CFRB sofreu mutação constitucional. Consoante apontado no tópico 1.1, a previsão destacada apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934. Outrossim,

¹² SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1305.

¹³ Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

foi mencionado que o contexto de seu surgimento estava associado a um período de dificuldades de acesso ao Judiciário e a inexistência de controle concentrado de efeitos gerais e vinculantes.

Nessa linha, os defensores da tese apontam que, diante do cenário atual, a única interpretação possível para a norma é a de que compete ao Senado Federal apenas conferir publicidade à decisão do STF.

É nesse sentido que o Ministro Gilmar Mendes sustenta que “a suspensão de execução de lei declarada inconstitucional teve seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas”¹⁴. Aqui, entram em jogo todos os elementos trazidos nas páginas seguintes, aptos a demonstrar a crescente priorização do controle concentrado e abstrato em detrimento do controle difuso.

Sob essa ótica, o sistema brasileiro se aproxima do *stare decisis* do direito norte-americano. Quando a Suprema Corte Americana profere decisão em um caso concreto pela inconstitucionalidade de lei, essa decisão terá efeitos vinculantes.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, acabou por reconhecer elementos dessa teoria ainda que sem mencioná-la expressamente. A título exemplificativo, no julgamento da ADI 4.071, o Relator, Ministro Menezes de Direito, negou seguimento da ação com base em manifestação pretérita da Corte em sede de recurso extraordinário.

Ainda, mais uma vez citando a obra de Gilmar Mendes, outro importante caso foi lembrado.

No AI 712.743, de relatoria da Ministra Ellen Grace, restou fixada a impossibilidade da cobrança de

IPTU com progressividade de suas alíquotas. Tal demanda teve origem em virtude da legislação do Município de Santos/SP. Não obstante, os Ministros têm determinado o retorno dos autos que versam sobre o mesmo tema (mas envolvendo legislação de Municípios diversos)¹⁵.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 14ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1299

¹⁵ Idem, p. 1305.

Nessa esteira, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, tornou-se possível que uma súmula vinculante seja editada acerca da inconstitucionalidade de uma lei. A súmula, como visto, terá origem em julgamento incidental de inconstitucionalidade e será dotada do mesmo efeito vinculante (e fundada na mesma razão ontológica) do que o pretendido na teoria da transcendência dos motivos determinantes.

3.2 Reclamação 4335/AC

A tese da transcendência dos motivos determinantes foi finalmente encarada e debatida no plenário do STF quando do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Em apertada síntese, a reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre para combater decisão proferida por Juiz de Execuções Penais que havia indeferido o pedido de progressão de regime de condenados por crimes hediondos.

A decisão do Supremo tida como violada foi aquela resultante do julgamento do Habeas Corpus nº 82.959 (Relator Ministro Marco Aurélio). Nesse HC, o plenário do STF afastou a vedação de progressão de regime dos condenados por crimes hediondos ao entender que o art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1990 era inconstitucional. Mais uma vez, observa-se que a declaração ocorreu por meio de controle incidental.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mende se valeu de toda a argumentação já mencionada para concluir que:

Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, **desrespeita a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.**¹⁶

¹⁶ Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 25/06/2019.

Em voto vista, o Ministro Eros Grau reafirmou a tese de que a própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da I e declarada inconstitucional quando proferida fora do contexto do controle abstrato. Entendeu que a mutação constitucional do art. 52, X, da CFRB, necessária para o sucesso da tese, diante da evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade, deveria ser acolhida. Afinal, não se poderia cogitar que a inércia do Senado Federal em cumprir o determinado pelo multicitado dispositivo da Constituição comprometeria a eficácia da decisão do Supremo.

Abrindo divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence assim iniciou seu voto:

Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações: primeira, a do eminente Relator, agora reiterada; e, hoje, do eminente Ministro Eros Grau. Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.

E continuou, para assim concluir:

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combate-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refirome, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão.

[...]

Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênia aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico - eu diria - do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais frequente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos.

Do raciocínio apresentado, é possível extrair interessantes conclusões. A primeira delas é que não houve um enfrentamento dos argumentos apresentados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Ao revés, o Ministro Sepúlveda Pertence buscou saída que passa ao largo da mutação constitucional. Reconhecendo as mudanças tendentes à abstrativização após a Emenda Constitucional nº 45/2004, definiu que tal argumento era desnecessário para a solucionar o problema.

Curiosamente, o raciocínio empregado, mais uma vez, possui um viés utilitarista com o intuito de desafogar a pauta do Supremo Tribunal Federal. Explicasse. Saindo vencedora a tese, seria possível o ajuizamento de reclamação junto ao STF caso qualquer decisão afrontasse qualquer um de seus julgados sobre inconstitucionalidade de ato normativo (ainda que proferido pela via difusa).

Na sequência, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu seu voto. Igualmente, embora tenha reconhecido que o STF não mais depende do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso, optou pelo acolhimento da jurisprudência defensiva revelada pelo Ministro. Adicionalmente, apontou que mutação pretendida, contrário ao sentido da norma, não era possível.

O Ministro Ricardo Lewandowski, após apanhado histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, acolheu os argumentos abertos pela divergência. Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki defendeu argumentos processuais relativos à restrição do uso do instrumento da reclamação e não a conheceu no caso concreto. O Ministro Luís Roberto Barroso aderiu aos argumentos apresentados pelo Ministro Teori. Ao cabo, a Ministra Rosa Weber adotou o raciocínio utilizado pelo Ministro Joaquim Barbosa para negar a possibilidade de mutação contrária à literalidade do texto constitucional.

Após leitura do inteiro teor dos debates, torna-se possível fazer uma análise global do que foi decidido. Como se viu, neste julgado pôde-se observar uma das maiores características dos julgamentos de plenário do Supremo Tribunal Federal: a pulverização de argumentos. Esse elemento dificulta, em uma análise superficial, a compreensão da integralidade do *deicisum*.

Apesar disso, pode-se realizar a seguinte leitura no que diz respeito à tese da transcendência: apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, foi acolhida pelo Ministro Eros Grau. Apenas foi diretamente enfrentada e rechaçada pelo Ministro Joaquim Barbosa, que contou com a aderência dos votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Ricardo Lewandowski.

4 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NºS 3470 E 3406¹⁷

Propagada a derrota da teoria suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, em julgamento que durou quase oito anos¹⁸, o tema voltou a ser alvo de debates no STF.

As ações em comento foram ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que trata da substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto (amianto). Arguiu-se a inconstitucionalidade material da norma por proibir, sem justificativa razoável, a fabricação, o comércio e a extração de materiais contendo qualquer espécie de amianto.

Argumentou ainda que a União, no exercício da competência que lhe foi conferida pelos arts. 22, I, XI e XII, e 24, V e § 1º, da Lei Maior, editou a Lei nº 9.055/1995, visando a disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, cujo art. 2º autoriza expressamente a exploração do amianto do tipo crisotila.

A Ministra Rosa Weber, relatora dos processos, trouxe extenso voto no qual ponderou dados da Organização Mundial da Saúde, decisões sobre a matéria no direito comparado, a cláusula constitucional de proteção à saúde, entre outros aspectos. E assim concluiu:

Informada pelo consenso técnico e científico hoje estabelecido, no tocante às premissas fáticas de que (i) todos

¹⁷ Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em 26/06/2019.

¹⁸ A reclamação foi ajuizada em 04/05/2006, tendo seu julgamento concluído apenas em 20/03/2014.

os tipos de amianto provocam câncer, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila, e (ii) a sua substituição se mostra absolutamente viável sob o aspecto econômico, a lógica da inconstitucionalidade da proteção insuficiente, tal como aqui dimensionada, ampara a conclusão de que de não desarrazoadas as iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto. A apreciação jurídica e constitucional de tais fatos conduz, a meu juízo, à constitucionalidade material da opção legislativa consubstanciada na Lei fluminense nº 3.579/2001.

Dos argumentos utilizados, um em especial merece destaque. A Ministra entendeu pela inconstitucionalidade da norma federal (que permitia a utilização do amianto desde que seguidos padrões mínimos de segurança) para declarar a constitucionalidade da norma estadual que vedava o seu uso.

Na sequência, o Ministro Edson Fachin rememorou que, na ADI 3937 que impugnou norma do Estado de São Paulo sobre o mesmo tema, o Relator para acórdão, Ministro Dias Toffoli, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995. E afirma que:

E esta declaração, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. E, portanto, nesta medida, o fato de ter sido incidental não afasta o conjunto das observações que o Ministro Gilmar já fez, que utilizou o verbo equalizar nessa direção de encontrarmos obviamente uma solução razoável para evitar que caíamos numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E esta afirmação não me parece que incida em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que forem ou são permissivas, dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 2º, são também inconstitucionais.

Em termos menos congestionados, o Ministro reconheceu que a declaração na ADI 3937, ainda que incidental, opera uma espécie de preclusão consumativa da matéria. O Ministro Luiz Fux, em sucinto voto, manifestou-se pelo integral acolhimento do raciocínio empregado pelos demais. Entretanto, foi além ao expressar que adota a equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o art. 52, X, da CFRB, apenas permite chancela formal do Senado em relação às decisões do Supremo em controle incidental.

O Ministro Dias Toffoli também acolheu expressamente a tese de mutação constitucional do papel do Senado. Apontou que:

Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais.

Gilmar Mendes utilizou-se de seu voto aderir às razões da Relatora e para destacar que o que se estava decidindo, era, em verdade, o acolhimento da transcendência dos motivos determinantes rechaçada na reclamação 4335/AC.

Abrindo divergência, o Ministro Marco Aurélio afirmou que recusava-se “*a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial (...)*”. Afastou o argumento de mutação constitucional e defendeu que o art. 52, X, revela norma que atende a independência e harmonia entre os Poderes.

Ao cabo, o Ministro Celso de Mello manifestou concordância com a tese defendida pela Relatora e a Ministra Cármen Lúcia votou pela improcedência do feito sem tratar da questão objeto de estudo.

Mais uma vez partindo para a análise qualitativa do julgado, percebe-se que houve expressa concordância acerca da mutação constitucional do art. 52, X, por parte dos seguintes Ministros: Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Indiretamente a tese foi acatada pela Ministra Rosa Weber e Ministro Celso de Mello. O Ministro Marco Aurélio rechaçou a tese e a Ministra Cármen Lúcia não enfrentou o tema.

Assim, por maioria, o STF julgou a ação improcedente e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito vinculante e *erga omnes*.

Em cotejo com o decidido na reclamação 4335/AC, nota-se uma menor pulverização de teses. A ideia de que houve mutação constitucional no art. 52, X, da CRFB, foi acolhida por seis Ministros e afastada apenas por um. Como já explicitado, o reconhecimento dessa mutação é elemento necessário para que se reconheça a transcendência dos motivos determinante.

Entretanto, deve-se ter em mente que a declaração incidental do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 ocorreu incidentalmente em sede de controle concentrado.

5 CONCLUSÃO

Conforme se depreende da breve análise histórica do controle jurisdicional de constitucionalidade realizada, o ordenamento jurídico pátrio encara o fortalecimento do controle abstrato. Caminha-se, paulatinamente, rumo a abstrativização do controle difuso.

Entretanto, o reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes não é suficiente para afirmar que o STF adotou tal abstrativização do controle difuso. Isso porque, como já ressaltado, a declaração incidental se deu nas ADI's 3470 e 3406, processos típicos de controle concentrado.

O que parece seguro afirmar é que, nos dias atuais, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese da transcendência dos motivos determinantes e acolheu a ideia de que o art. 52, X, da CRFB sofreu mutação constitucional. No entendimento da Corte, a competência do Senado Federal resume-se a dar publicidade ao decidido pelo STF.

Para que se afirme categoricamente que vive-se uma fase de abstrativização do controle difuso, o STF precisará adotar a mesma conclusão em uma demanda de controle difuso, tal como um recurso extraordinário.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Luiza Dias de. Controle Judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 14ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 36° ed. rev. atual.
São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

REPERCUSSÃO GERAL: FIXAÇÃO DE PRECEDENTES VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA

GENERAL REPERCUSSION: SETTING UP PRECEDENTS VERSUS LEGAL CERTAINTY

Maria Beatriz de Albuquerque D'Antona Rockenbach¹

RESUMO

O Recurso Extraordinário, historicamente, abrangia todas as questões federais, assoberbando o Supremo Tribunal Federal. Foram criadas medidas para que houvesse filtragem no acolhimento deste recurso perante a Suprema Corte. A Repercussão Geral chegou por meio da reforma do judiciário com o intuito inicial de servir de racionalização para o conhecimento de recursos extraordinários. Por mais que o instituto da Repercussão Geral seja relativamente novo no ordenamento jurídico há decisões da Suprema Corte em que não abarcam todas as hipóteses relativos ao tema trazendo a sensação de insegurança jurídica.

Palavras-chave: Repercussão Geral. Recurso Extraordinário. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

Historically, the Extraordinary Appeal (the highest legal remedy in the Brazilian Judicial system) had entailed all federal issues, which had contributed to overload Brazil's Supreme Federal Court. Measures were taken, in order to better select this Appeal in the Supreme Court. A Judicial Reform Amendment to the Constitution created the General Repercussion (the Brazilian type of the writ of certiorari) with the initial attempt to rationalize the analysis of Extraordinary Appeals. Although the institute of the General Repercussion is relatively new in the legal system, there are decisions of the Supreme Court in which they do not cover all the hypotheses related to the subject bringing the sense of legal insecurity.

Keywords: General Repercussion. Extraordinary appeal. Legal Certainty.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD; especialista em Direito Processual Civil; advogada no escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados; mbadantona@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A massificação de demandas jurídicas nos Tribunais de Cúpulas é uma questão enfrentada por diversos países e com vistas a reduzir esse número de processos são criados filtros e instrumentos. O Recurso Extraordinário, no Brasil, existe desde os primórdios da República e teve sua inspiração no modelo norte-americano sem que percebessem que o federalismo no país abrangia um elenco de questões federais muito maior que o modelo de inspiração.

O Recurso Extraordinário é um instrumento de controle de constitucionalidade, sendo a última instância recursal para que as partes busquem ver reformadas decisões que, em tese, não estão em conformidade com a Carta Maior. Pode-se dizer, que tal instrumento processual evidencia a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem no âmbito de suas atribuições o papel de guardião da Constituição Federal, frise-se, dever de extrema importância.

A tentativa de criar filtros para os recursos direcionados a Suprema Corte é um movimento mundial, ao passo que todos os Tribunais de Cúpula precisam se voltar para questões de grande repercussão no seu ordenamento. No Brasil não é diferente e já houveram outras tentativas até o substrato atual, como é o exemplo da arguição de relevância.

O instituto da Repercussão Geral foi abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a reforma do judiciário, justamente com o objetivo de filtrar e devolver ao Supremo Tribunal Federal o foco para as questões de grande importância.

Diferentemente da arguição de relevância, que primava pelo não exame e era literalmente um filtro individual, a repercussão geral nasce em outra direção, tendo como regra o exame do recurso extraordinário, não conhecendo caso o colegiado decidisse pela não existência de repercussão na questão analisada.

No decorrer dos anos, a jurisprudência pátria tratou de começar a autorizar que fosse delegada a aplicação das decisões de repercussão geral e com isso, pode-se

observar a objetivação do recurso como forma de uniformizar a jurisprudência e propiciar meios de decisões mais justas em todas as instâncias.

Por mais que a ideia da criação do instituto da repercussão geral seja nobre no sentido de otimizar e propagar a segurança jurídica juntamente com a prestação jurisdicional dedicada a Suprema Corte de garantir a ordem jurídica, deve-se ter muita cautela na fixação de teses que irão abraçar inúmeros processos por todo o país.

Diante disso, o presente artigo trouxe um tema de repercussão geral que possui um enorme relevância e alcance, não somente às partes em que estão litigando, mas para toda sociedade, visto se tratar de tema afeto a improbidade administrativa. O intuito de explicar em linhas gerais o Tema 897 é demonstrar que o instituto de repercussão geral, às vezes, pode trazer efetiva insegurança jurídica quando não fixada de forma a abarcar todas as hipóteses relativas ao tema.

Ademais, nesses dez anos em que a Repercussão Geral, pressuposto de admissibilidade intrínseco e indispensável, é obrigatória para o acolhimento ou não do recurso extraordinário, pode-se aferir uma sensação de estarmos cada vez mais perto de alcançar uma segurança jurídica, celeridade processual, isonomia, entre outros. Porém, tal instituto deve ser sempre utilizado com cautela de forma a atender sempre o interesse público relevante.

2 BREVE HISTÓRICO DA REPERCUSSÃO GERAL NO BRASIL

As Cortes Supremas nos mais diversos lugares do mundo possuem como um dos objetivos resguardar a Constituição Pátria e prezarem pela uniformização da jurisprudência para poderem alcançar sempre o direito de forma integral e garantir a segurança jurídica. Nesse contexto, não seria razoável a Corte Maior de nosso país ficar responsável por processos de menor potencial de gravidade ou relevância e para isto não ocorrer há uma grande tendência em criar filtros para o acesso de recursos a esses tribunais.

Neste sentido, Bruno Dantas afirma:

Ocorre que desde o início do século passado se notam nos tribunais de cúpula dos diversos países as consequências da

massificação das relações jurídicas, gerada, fundamentalmente, pela revolução industrial. Como é natural, o incremento no número de relações jurídicas acarreta diretamente o aumento do número de demandas levadas ao Poder Judiciário, o que, combinado com o movimento mundial pelo acesso à justiça, deflagrado na segunda metade do século XX, vem contribuindo sobremaneira para o assoberbamento dos tribunais em todos os quadrantes do globo.

Diante desse fenômeno, as nações viram-se na contingência de adotar medidas que amenizassem os efeitos nocivos de sobrecarga de trabalho de suas cortes supremas. É difícil conceber, hoje em dia, algum país que não tenha adotado medidas para estabelecer filtros ao acesso de recursos a elas dirigidos².

A Repercussão Geral da questão constitucional, no Brasil, é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. O seu principal objetivo é de racionalizar ou objetivar a prestação jurisdicional deste Tribunal de Cúpula. Para tratar deste instituto, faz-se importante entender sua origem no direito brasileiro.

O Recurso Extraordinário foi introduzido no direito pátrio por meio do Decreto 510 de 1890, inspirado no modelo norte-americano intitulado de *writ of error*. Destaque-se que o Brasil, naquela época, vivia em uma recente República e o modelo adotado foi o federalismo, ou seja, a União gozava de soberania e os Estados de certa autonomia. Vejamos:

O modelo de federalismo adotado implicava em certa autonomia aos Estados, mas limitada e coordenada em função do poder da União. E isso não importa em menosprezo dos Estados, porque a própria União sofre de limitações legais. Da mesma forma que os indivíduos abrem mão de sua liberdade, ao serem obrigados a agir dentro da lei, os poderes públicos, no caso os Estados, não podem se sentir constrangidos, com a diminuição de independência, de autonomia e soberania, porque estão agindo em respeito à lei, à Federação e, por consequência, para o bem da sociedade nacional³.

Com isso, havia necessidade de encontrar um meio para que evitasse a existência de conflitos entre os poderes estaduais e o federal. Cumpre esclarecer que

² DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.p 90 e 91.

³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores no novo CPC**: Recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 49.

o direito federal deveria continuar com a sua autoridade perante eventuais erros cometidos pelas justiças estaduais. A solução encontrada foi justamente o recurso extraordinário, que teve sua inspiração em quase sua totalidade no *writ of error*, o modelo norte-americano.

Neste sentido, valho-me das palavras de Paixão Côrtes:

O chamado *writ of error* era o mecanismo previsto na legislação norte-americana para corrigir erros de julgamento relacionados à legislação federal. Questionada a legislação por meio do julgamento de determinado processo, havendo risco de desrespeito – o que poderia colocar em risco a própria Federação, em razão da divisão de competências – surgiria a possibilidade de se revisar uma decisão por meio do *writ*⁴.

Como se vê, portanto, as questões federais nos processos julgados nas esferas estaduais poderiam ser revisadas pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que há uma diferença entre a realidade norte-americana e a brasileira, eis que a competência legislativa federal americana é muito mais restrita que a brasileira, logo não era todo processo que teria uma questão federal para ser recebido na Suprema Corte Americana. Explica Medina:

Como observamos, o recurso extraordinário teve como modelo o *writ of error* do direito norte-americano. Notamos, também, que não se atentou, à época do surgimento desse recurso no direito brasileiro, para uma grande diferença existente entre os sistemas dos dois países: a competência legislativa federal no Brasil é ampla, ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, em que tal competência é bem mais restrita. Como o recurso extraordinário tinha a peculiaridade de ser exercitável em qualquer causa na qual estivesse presente a questão federal (aqui abrangidas as questões constitucionais e as questões federais propriamente ditas), é compreensível que se tenha verificado um grande número de recursos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, problema que, por causa da demora em sua resolução, tornou-se crônico, passando a ser referido como “a crise do Supremo”⁵.

O que deveria ser uma solução acabou por aumentar o índice de recursos no âmbito da Suprema Corte. Do escólio de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas:

⁴ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores no novo CPC**: Recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 19.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**: Admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.68.

No Brasil, as discussões sobre a crise do recurso extraordinário são quase tão antigas quanto o próprio meio de impugnação. Os registros históricos noticiam que, embora o recurso extraordinário tenha sido instituído entre nós pelo Decreto 510, de 1890, já na década de 1920 operadores do direito e os Poderes Legislativos e Executivos discutiam formas de solucionar o crescente número de recursos que se avolumavam no STF⁶.

A Constituição de 1891 concedeu à União competência legislativa sobre o direito civil, criminal e comercial e o direito processual foi acrescentado pela Carta da República de 1934, portanto é de se perceber que havia um leque muito maior de probabilidade de questões federais. Segundo Alvim e Dantas expõem que:

Filadelfo de Azevedo apontava, em artigo publicado em 1943 nos Arquivos do Ministério de Justiça e dos Negócios Interiores, estatísticas que considerava alarmantes para a época. Segundo esse autor, com base nos relatórios de atividades do STF, entre os anos de 1925 e 1934 a média de recursos extraordinários interpostos não alcançava sequer uma centena, ao passo que, nos primeiros anos da década de 1940, ultrapassava a casa do milhar.

Em 1959, em tese apresentada ao Congresso Nacional de Direito em Homenagem ao Centenário de Clóvis Beviláqua, Alcino Salazar recordava que, desde a década de 1910, Pedro Lessa escrevia sobre a necessidade de “desafogar” o STF. Na década de 1930, segundo o mesmo relato de Salazar, Edmundo Lins, exercendo a presidência da Corte, defendia com veemência a adoção rápida de soluções para a crise. Reporta, ainda, relatórios da presidência do STF elaborados por José Linhares (1952 e 1953) e Orosimbo Nonato (1957), dando indicativos de que o aumento era exponencial⁷.

Com isso, foi pensada em medidas que pudessem desafogar o Supremo Tribunal Federal. Inspirados no *writ of certiorari*⁸ surgiu a proposta de que só se conhecessem os recursos extraordinários que tratassem de questões federais importantes. A citada proposta, em 1965, foi sugerida e recebeu o nome de arguição de relevância⁹.

⁶ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 452.

⁷ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 454.

⁸ O writ of certiorari é o direito de postular na instância superior a revisão de julgados das instâncias inferiores, mediante discricionariedade judicial da Corte.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Repercussão Geral: balanço e perspectivas**. São Paulo: Almedina, 2015, p.38.

A Arguição de Relevância foi implementada no judiciário brasileiro por meio da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pelo Ato Institucional nº 1/1969 e pela Emenda Constitucional nº 7/1977, configurando o texto da seguinte forma:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal¹⁰.

Diante deste cenário, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal dispunha do poder, no seu Regimento Interno, de avaliar quais são realmente as causas relevantes para que pudesse haver apreciação do recurso extraordinário. Ou seja, havia o exercício de função normativa pela Suprema Corte por delegação direta da Carta Magna. Paixão Côrtes explica:

Em 1975, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 308, dispôs ser cabível o recurso extraordinário, a despeito das limitações estabelecidas, sempre que houvesse “ofensa à Constituição Federal ou relevância da questão federal”.

Tratava-se de imposição de limites ao cabimento do recurso extraordinário que, à primeira vista, esvaziariam o seu conteúdo, mas que, ao contrário e em tese, aumentariam a sua

¹⁰ BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em jun. 2019.

importância, de fiel fiscal da legislação federal e da Constituição da República¹¹.

A redação dada em 1975 ao art. 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal trabalhou as hipóteses em que não caberia o recurso extraordinário. Já em 1985 o Regimento Interno do Pretório Excelso, em seu art. 325, começou a tratar de forma taxativa quais eram as hipóteses em que caberia o recurso extraordinário¹².

A Arguição de Relevância, portanto, permitia a Suprema Corte inserir em sua competência recursal questões de grande relevância, porém foi uma medida paliativa para o problema do grande número de recursos que chegavam até o Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 criou um novo Tribunal Superior com o fito de solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal. Medina explana que:

Com o propósito de resolver o mitigar o problema, a Constituição Federal de 1988 seguiu outro e inovador caminho: a criação de um novo Tribunal, chamado Superior Tribunal de Justiça, que passaria a ter competência para decidir sobre a inteligência da norma federal infraconstitucional. Criou-se, destarte, ao lado do recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, o recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça¹³.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, chamou para a sua competência as questões constitucionais. E, diante da criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial, o caminho para a arguição de relevância era a sua revogação. Neste toar, o ilustre doutrinador Carvalho Filho completa ao dizer que:

Ocorre que a arguição de relevância se mostrou uma medida meramente paliativa para conter o elevado número de processos distribuídos anualmente no Supremo Tribunal Federal, e, associando isso ao fato de o instituto sofrer deveras

¹¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores no novo CPC**: Recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 121.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Repercussão Geral**: balanço e perspectivas. São Paulo: Almedina, 2015, p.39.

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**: Admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

críticas, por estar vinculado ao regime militar, ele ficou fragilizado. Com o advento da Constituição de 1988, foram revogados os artigos do Regimento Interno do STF que disciplinavam a arguição de relevância. Em virtude da criação do Superior Tribunal de Justiça, órgão que assumiu a competência infraconstitucional do Supremo Tribunal Federal, não fazia mais sentido falar-se em arguição de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, já que este apelo deixou de ser meio para impugnar violação ao direito federal¹⁴.

Com a abolição da Arguição de Relevância surgiu, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, outro instrumento para a solução do grande número de processos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal: a Repercussão Geral.

A Repercussão Geral foi criada por meio da Emenda Constitucional 45/2004¹⁵ que trouxe nova redação ao art. 102 da Constituição Federal¹⁶ adicionando o parágrafo terceiro. A redação fixou-se nos seguintes termos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Em uma primeira ótica, pode-se confundir que a Repercussão Geral e a Arguição de Relevância são institutos parecidos, o que não condiz com a realidade, conforme as distinções feitas por Assumpção Neves:

A ideia de impedir a chegada aos tribunais superiores de recursos que tratem de questões de menor relevância não é inédita, já tendo sido caracterizada no direito brasileiro por meio do instituto da arguição de relevância, de triste memória. Apesar do ideal comum de filtragem dos recursos a serem julgados pelo tribunal superior, é impossível confundir os dois institutos:

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Repercussão Geral: balanço e perspectivas**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 40.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: jun. 2019.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2019.

A arguição de relevância destinava-se a possibilitar o conhecimento do recurso, tendo característica inclusiva, enquanto a repercussão geral é voltada para o não conhecimento do recurso;

A arguição de relevância era fundada somente em relevância, enquanto a repercussão geral é mais ampla, fundada em relevância e transcendência; e

A arguição de relevância era apreciada em sessão secreta e resolvida por decisão sem fundamentação, enquanto a repercussão geral é realizada em sessão pública e com decisão motivada¹⁷.

Pode-se dizer que há semelhanças técnicas, porém há substanciais diferenças. A Arguição de Relevância era dotada de um sistema para prever as hipóteses onde o recurso não seria examinado pelo Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a Repercussão Geral criou um pré-requisito para a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais.

Insta destacar que a Repercussão Geral é um instituto, de certa forma, recente no ordenamento jurídico brasileiro. Por mais que tenha sido criada por meio da Emenda Constitucional nº 45 no ano de 2004, apenas se tornou obrigatória em 2007 por decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode constatar abaixo:

A novidade trazida ao ordenamento constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004 não teve aplicação imediata, havendo entendimento pacífico de que seria necessária uma lei infraconstitucional para regulamentar o novo pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário. Essa exigência foi cumprida dois anos mais tarde, por meio da Lei 11.418/2006, que criou os arts. 543-A e 543-B do CPC/73. Mas ainda existiam resistências à vigência imediata da repercussão geral, apesar de a *vacatio legis* vir prevista expressamente no art. 4º de referida lei. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental 21/2007, especificou ainda mais o procedimento a ser observado, sendo que em julgamento do Tribunal Pleno restou decidido que a repercussão geral só passou efetivamente a ser considerada a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da referida emenda constitucional¹⁸.

Por arremate, constata-se que da análise do contexto histórico apresentado, pode-se dizer que desde sua criação até hoje a repercussão geral passou por

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p.p. 1622 e 1623.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 1623.

mudanças significativas na sua regulamentação, haja vista as idiossincrasias de sua natureza e respectiva aplicabilidade no âmbito da Suprema Corte.

3 A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Repercussão Geral surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade imediata de proporcionar o desafogamento de recursos que chegavam até a Suprema Corte. Pode-se dizer que tal instituto passou a existir como mais um filtro de recurso. Como já exposto, a principal função do instituto era apreciar os recursos extraordinários, uma vez que só seria recusado se oito dos onze ministros votassem pela ausência da repercussão geral.

Analisando por essa ótica, os recursos extraordinários continuariam sendo avaliados de forma individual, porém com o passar dos anos a jurisprudência se apegou em tentar implementar a objetivação do processo civil. A importância e a preocupação de mudar o paradigma do subjetivo para o objetivo residem no fato de que não há a possibilidade de analisar cada processo um a um. Ademais, as cortes superiores precisam se revestir do seu papel de garantir a ordem jurídica.

O atual Código de Processo Civil veio para reforçar essa ideia da objetivação do processo. A repercussão geral faz parte dessa mudança como a sistemática da racionalização de demandas repetitivas. Hoje não há como enxergá-la como um filtro individual, uma vez que as decisões tomadas pela sistemática atribuem efeitos para a solução de muitas controvérsias nos tribunais de origem e as que possam chegar ao Supremo Tribunal Federal.

A racionalização transmitida pela repercussão geral, por meio do julgamento de processos paradigmas, trabalha o fim da bipolaridade dos modelos de controle de constitucionalidade difuso e abstrato¹⁹. Côrtes explica:

No Direito brasileiro, adotamos tanto a forma difusa quando a concentrada do controle de constitucionalidade. Distintas, até por ter uma marca do subjetivismo (difuso), e a outra, a marca do objetivismo (concentrada), é clara a aproximação entre

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Repercussão Geral**: balanço e perspectivas. São Paulo: Almedina, 2015, p.85.

ambas, por força, principalmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁰.

A jurisprudência tem ajudado a aproximar os dois controles de constitucionalidade na medida em que está cada vez mais difícil enxergar a divisão entre eles. Grandes exemplos podem ser demonstrados por meio das súmulas vinculantes e a repercussão geral do recurso extraordinário, ao passo em que há o reconhecimento da tese e a distribuição da competência com os tribunais inferiores.

Os recursos repetitivos demonstram muito bem essa mudança estimada pelo judiciário brasileiro, sendo certo de que o Novo Código de Processo Civil “adotou a tese de que não pode haver a desistência de recurso afetado ao rito repetitivo²¹”, tendo em vista que o interesse público se torna a principal razão e com isso, ocorre a objetivação do processo.

Além de regulamentar a sistemática dos recursos repetitivos, o atual Código de Processo Civil, criou novos instrumentos formando um microsistema de demandas repetitivas. Neste sentido cabe destacar: assunção de competência, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e a regulamentação mais detalhada da repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal, hoje, firma a tese da repercussão geral de forma colegiada, impondo aos demais tribunais a sua adoção. Logo, a sua aplicação pode nascer de decisões monocráticas tanto pelos Ministros, quanto pelos tribunais de origem. A sistemática da repercussão geral promove o sobrestamento dos processos em curso que tratam da mesma questão, a comunicação de afetação e o indeferimento e análise de mérito de forma objetiva.

A Repercussão Geral da questão constitucional é um meio de uniformização da jurisprudência, uma vez que “as instâncias de origem passaram a ser colaboradoras do STF no exercício da jurisdição, e não mais meros ritos de passagem até que o processo chegue à Corte Suprema e ela decida os casos

²⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores no novo CPC**: Recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 22.

²¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores no novo CPC**: Recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 29.

individualmente²²”. A consequência, em tese, é a segurança jurídica, ao passo em que pode gerar decisões mais justas.

Portanto, é cristalino que a sistemática da repercussão geral se desenvolveu ao longo da sua vigência no judiciário brasileiro de forma a cumprir seu papel inicial de reduzir o número de recursos extraordinários que chegam até a Suprema Corte, porém de uma maneira diferenciada das tentativas anteriores, visto que tem conseguido, em tese, objetivar o processo.

4 O TEMA 897 E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Após a explanação acerca do recurso extraordinário e a sistemática da repercussão geral no Brasil, faz-se mister tentar entender o seu alcance por meio do estudo de caso. O tema escolhido foi o 897 em que foi fixada a seguinte tese: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática do ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Frisa-se, inicialmente, que este é um estudo inicial, visto que o processo paradigma ainda está em curso e ainda existe a possibilidade de modulação dos efeitos.

O Tema 897, representado pelo Recurso Extraordinário nº 852.745²³, passou por diversas modificações de entendimento entre os ministros até a fixação de sua tese no dia 8 de agosto de 2018. Inicialmente sua relatoria era do Ministro Alexandre de Moraes que votou pelo improvido do recurso e que foi acompanhado, na sessão do dia 2 de agosto de 2018, pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Nesta mesma sessão votaram pela procedência do recurso os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes consistia na fixação da seguinte tese:

A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificados pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Repercussão Geral**: balanço e perspectivas. São Paulo: Almedina, 2015, p.58.

²³ BRASIL. Inteiro Teor do Acórdão do Recurso Extraordinário nº 852.475. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>>. Acesso em: jun. 2019.

termos do artigo 23, ambos da referida lei, sedo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal.

O Ministro Roberto Barroso, inicialmente, ao votar acompanhando o Ministro Relator Alexandre de Moraes assim se pronunciou:

(...) a imprescritibilidade é a manifesta exceção no sistema jurídico brasileiro. Os sistemas jurídicos gravitam em torno de dois grandes eixos: a justiça e a segurança. **A prescrição é um instituto diretamente associado à ideia de segurança jurídica.** Logo, se há uma ambiguidade no dispositivo, o princípio da segurança jurídica é um bom vetor interpretativo para escolher o melhor sentido e o melhor alcance para aquela norma. (Grifos nossos)

O voto do Ministro Fachin iniciou a divergência ao entender que as questões relativas ao ressarcimento ao erário são imprescritíveis conforme o §5º do artigo 37:

Portanto, vejo, com alguma preocupação - se é que posso dizer assim - as circunstâncias dessa ordem de sustentação que refletem uma projeção de perspectivas de um Direito Privado pretérito para o Direito Público, e, no meu modo de ver, neste caso, em ofensa à coisa pública. Não me parece que, aqui, há qualquer incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, com o Estado de Direito Democrático, sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de probidade, eis que, tendo em vista do que foi mencionado pelo Ministro-Relator, a questão atinente à ofensa à coisa pública, portanto, à corrupção, eis que não rara a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público.

Após uma extensa discussão entre os Ministros da Suprema Corte, o Ministro Roberto Barroso modificou seu voto para acompanhar a divergência, porém ressaltando que gostaria de “cingir a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao Erário”.

E o Ministro Fachin, sendo agora acompanhado pela maioria, afirma que acolheu as sugestões do Ministro Roberto Barroso para incluir o vocábulo “doloso” na prática do ato de improbidade. Ocorre que mesmo trazendo o vocábulo para a fixação da tese, deixou de esclarecer diversos pontos e isso traz sérios questionamentos para o grande número de processos relacionados a improbidade administrativa e possivelmente para a nova ação ordinária a ser criada a título de ressarcimento a qualquer tempo.

A tese ao ser fixada pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática do ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa traz alguns enunciados de dúvida e de insegurança jurídica, tais quais:

- a. A ação poderá ser proposta muitos anos após o ato doloso praticado e até mesmo por seus sucessores (em ambos os polos da ação);
- b. real resgate e apuração do elemento subjetivo enfrentará um grande desafio por conta do lapso temporal;
- c. A tese fixada tem o condão de estimular ineficiência dos órgãos de controle, visto que a qualquer tempo, seja meses, anos, décadas, poderá ser verificada a conduta dolosa e assim, ingressar com ação para o ressarcimento do dano;
- d. Acarretará numa nova multiplicidade de ações e quiçá instaurar uma nova complexidade nos processos sobre o devido tema e diante disso, far-se-á necessária nova fixação de tese, por exemplo.

Essas são algumas das questões levantadas nesse estudo introdutório a respeito da fixação da tese do Tema 897 de Repercussão Geral e diante disso, faz-se mister expor o ponto de vista do Ministro Alexandre de Moraes:

O que me preocupa mais do que os prazos - por isso que ressaltei no voto - é exatamente **esse pulo da responsabilidade subjetiva**, que deve ser comprovada após o devido processo legal, seja no crime, seja pela Lei de Improbidade, com direito a ampla defesa, para, após estar prescrito, o ressarcimento se tornar objetivo, como se fosse o § 6º do art. 37. Aí, o agente público vem e diz: Olha, eu fui investigado, tinha um inquérito, não houve denúncia, ninguém entrou com ação de improbidade e, desde daquele momento, sabiam que existia esse prejuízo, o qual foi decorrente da economia.... **Agora, a inércia do poder público transforma a responsabilidade subjetiva em objetiva?** A inércia do poder público afasta a obrigatoriedade de o poder público comprovar o que alega, pular essa fase e estabelecer só o nexo causal? Devolva. Mas por quê? Porque houve prejuízo. E qual é o ato de improbidade que eu pratiquei? É tal. **Mas passaram-se dezesseis anos e não se comprovou.** Qual o peculato? Você teve dezesseis anos e não comprovou. Esse é o grande problema. **É beneficiar a inércia.** Por isso que coloquei na tese que foi acompanhada por alguns dos

Ministros, cinco anos a contar do conhecimento do fato ou, no caso do crime, o prazo prescricional criminal, que é maior. Agora, conhecido o fato, mais cinco, doze, dezesseis anos? Porque, corrupção ativa, peculato, concomitantemente com improbidade e crime, levariam tudo para dezesseis anos. **Depois de dezesseis, o poder público não conseguiu comprovar, vai partir para responsabilidade objetiva?** Essa é a maior facilidade que existe. Depois de dezesseis anos, vai entrar, então, com uma ação de improbidade? Então estamos dizendo que não existe prescrição para qualquer ação de improbidade. É essa dificuldade de alegar, ao meu ver, a imprescritibilidade.

Entende-se que o ressarcimento ao erário não é uma sanção, mas sim a devolução daquilo que inicialmente não deveria ter sido subtraído, porém há de convir que a melhor forma para que haja esse ressarcimento não é torná-lo imprescritível ao ponto de beneficiar a inércia dos agentes públicos.

O que se pode retirar disso é que o agente que se envolve com o poder público, seja como representante de algum ente federativo, seja por meio dos contratos públicos e licitações terão que ficar para o resto da vida preocupados se sua ação vai ser configurada algum dia como improbidade administrativa, visto que será imprescritível o ressarcimento e o que se entende por ato ímprobo hoje, amanhã poderá ser diferente.

O voto do Ministro Fachin ao defender o bem público é extremamente compreensível, porém se tratando de fixação de tese existe uma enorme responsabilidade de consagrar a segurança jurídica e isso deve ser feito abarcando todas as situações possíveis em frente ao tema debatido. O que se pode extrair do Tema 897 é que está longe de fechar um entendimento a respeito da improbidade administrativa e do ressarcimento ao erário.

Há de se consignar aqui que não foi falta de debate, mas sim de levar o que foi efetivamente discutido para o acórdão. Entende-se, portanto, que no presente caso, o Supremo Tribunal Federal não cumpriu o seu papel de firmar precedente de forma efetiva e assim consagrar a ordem e segurança jurídica.

5 CONCLUSÕES

A tendência de criar filtros para a interposição de recursos perante os Tribunais de Cúpula não é exclusiva do Brasil, sendo um movimento mundial resguardando as peculiaridades de cada país. O recurso extraordinário foi criado na época do Brasil-República, período no qual foi adotado o federalismo e diante disso, identificou-se que era necessário um instrumento para corrigir eventuais erros das justiças estaduais em questões federais.

Em que pese a questão federal no Brasil ser muito expansiva, o Supremo Tribunal Federal começou a ficar sobrecarregado de processos. Na tentativa de solucionar a crise do recurso extraordinário foi criada a arguição de relevância, uma espécie de filtro individual de admissibilidade, cuja regra era não conhecer o recurso. Acontece que o não conseguiu diminuir satisfatoriamente a demanda da Suprema Corte.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a reforma do judiciário, trouxe a repercussão geral, sendo regulamentada posteriormente e guiada pelo Código de Processo Civil de 1973 e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário da arguição de relevância, a repercussão geral é voltada para conhecer as questões constitucionais de grande relevância. Certo é que ela nasceu como um filtro individual, porém com direções opostas a arguição de relevância.

Os primeiros anos da repercussão geral fez com que diminuísse o número de processos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, porém foi com a modificação da jurisprudência que a prestação jurisdicional obteve uma mudança significativa.

O Supremo Tribunal Federal passou a autorizar que recursos sejam inadmitidos pelos tribunais de origem pela ausência de repercussão geral e que para essas decisões não sejam admitidos recursos para o Tribunal de Cúpula. Foi delegado aos tribunais de origem que inadmitissem o recurso que não vestisse da repercussão geral. As instâncias de origem passaram a ser colaboradoras do Supremo na prestação jurisdicional e não apenas ritos de passagens até que chegue ao Tribunal de Cúpula para apreciação.

Diante disso, entende-se que o instituto da repercussão geral detém um poder muito grande no sistema judiciário brasileiro e por isso tem como o principal foco a segurança jurídica, pois ao contrário estaria desestabilizando mais ainda um sistema que passa por uma crise grave de excesso de litígios.

O que se espera com a Repercussão geral é que o Supremo Tribunal Federal volte a exercer seu papel primordial de guardião da Carta Magna, uniformizando a jurisprudência e entregando a sociedade de forma coerente, íntegra e estável, revestindo seu papel de garantir a ordem jurídica.

Portanto, concluo que não há como saber se a repercussão geral será a solução final para o assoberbamento da instância superior, mas em dez anos de vigência é possível dizer que já fez muito para a modificação da prestação jurisdicional brasileira, principalmente trilhando o caminho da racionalização e da objetivação do recurso.

Não obstante, há de ter um tratamento e esforço contínuo da Suprema Corte para que firme precedentes de forma a abarcar o máximo das hipóteses que um tema traz. Pois caso contrário o maior questionamento a ser levantado é: qual a efetividade da afetação de recursos extraordinários na origem se nem sempre a fixação da tese irá abarcar todas as hipóteses? Qual a efetividade da repercussão geral para além da objetivação do recurso? O que deverá ser feito com decisões equivocadas? O tempo ou o Supremo Tribunal Federal possivelmente irão nos dizer.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº, 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: jun. 2019.

_____. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: jun. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2019.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>.

Acesso em: jun. 2019.

_____. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Lei da Repercussão Geral.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>.

Acesso em: jun. 2019.

_____. Inteiro Teor do Acórdão do Recurso Extraordinário nº 852.475. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>>.

Acesso em: jun. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Repercussão Geral: balanço e perspectivas. São Paulo: Almedina, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores no novo CPC: Recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

DANTAS, Bruno. Repercussão Geral: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal: Admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2016

A NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES

THE NEW SEPARATION OF POWERS

Livia de Souza Correia¹

RESUMO

A teoria da Separação dos Poderes foi idealizada por Montesquieu no século XVIII e pregava a separação do Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário. No entanto, passados três séculos desde sua criação, a evolução dos sistemas políticos traz a necessidade de uma reformulação da teoria de forma a adaptá-la aos governos modernos. Nesse sentido, esse artigo buscou debater os problemas atuais da teoria e os desafios da implantação de uma nova concepção de separação de poderes.

Palavras-chave: Montesquieu. Separação dos Poderes. Coordenação. Representatividade.

ABSTRACT

The theory of the Separation of Powers was idealized by Montesquieu in the eighteenth century and preached the separation of the state in three types of power: legislative power, executive power and the judiciary power. However, after three centuries since its inception, the evolution of political systems brings the need for a reformulation of the theory in order to adapt it to modern governments. In this sense, this article seeks to discuss the current problems of the theory and the challenges of implementing a new conception of separation of powers.

Keywords: Montesquieu. Separation of Powers. Coordination. Representativity.

¹Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial e Contratos do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a teoria da separação dos poderes em face do surgimento de novos modelos institucionais oriundos da formação e evolução dos governos modernos, que, por muitas vezes, podem não se enquadrar na classificação apresentada por Montesquieu no século XVIII.

Nesse sentido, inicialmente, será apresentado o surgimento dessa teoria, a forma em que ela foi contemplada no ordenamento brasileiro e seus problemas na perspectiva da formação dos governos modernos, que, segundo a doutrina, criam a necessidade de realização de estudos para formação de uma nova teoria.

Em seguida, será demonstrado como, mesmo que de forma indireta, essa nova concepção da teoria da separação dos poderes já vem sendo aplicada no ordenamento brasileiro. Por fim, serão apresentados possíveis desafios que a o surgimento e implantação desse novo sistema pode trazer para o sistema.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Inicialmente apresentada por Aristóteles, no século III a. C., na obra *Política* em que o filósofo destacava a necessidade de distribuição dos elementos que compunham o poder soberano da Cidade, como um dos instrumentos de constituição de liberdade e poder da sociedade², o princípio da separação dos poderes, como hoje conhecemos, foi desenvolvido por Montesquieu no século XVIII no livro “*O espírito das leis*”, em que o autor define a separação dos poderes do Estado. A justificativa para tal separação estava na garantia da liberdade política dos cidadãos, que não poderiam exercer tal liberdade se o exercício dos três poderes estivesse sob responsabilidade do mesmo homem³:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado

² CARVALHO, Alexandre Douglas de. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. Disponível em <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1474778>, acessado em 23.06.2019.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168.

cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e o outro de simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

No direito brasileiro, a teoria foi adotada pela Constituição Federal como uns de seus princípios fundamentais, elevado à cláusula pétrea, dispendo em seu art. 2º, que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

O Estado, como grupo social máximo e total, é o detentor do poder político, responsável por coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar. A detenção do poder político caracterizaria o núcleo da soberania do Estado. Dessa forma, o poder político seria uno, indivisível e indelegável e, portanto, não se poderia falar em separação de poderes, mas sim em separação de funções do poder político do Estado ⁴.

Assim, a escolha do texto constitucional aponta para uma divisão das funções institucionais do Estado, que deverá ser exercida por diferentes órgãos (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) de forma especializada, independente e harmônica entre si. O princípio da separação dos poderes também possui características essenciais, que funcionam como cláusulas parâmetros, tais como a inacumulabilidade, a especialização funcional, a independência, a harmonia e a indegabilidade⁵.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 108-109

⁵ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*, p. 137.

No entanto, de acordo com José Afonso da Silva, devido a ampliação das atividades do Estado o princípio da separação dos poderes atualmente não possui a mesma rigidez de sua origem. A nova configuração do Estado impôs também novas formas de relacionamento entre os poderes, sendo o ideal denominar tal relação não mais como separação, mas sim uma colaboração entre os poderes.

Nesse sentido, a divisão destas funções, bem como a independência dos órgãos, não é absoluta, existindo exemplos na própria Constituição de interferências⁶ consubstanciadas na aplicação de um sistema de freios e contrapesos, que visa a colaboração e o controle recíproco entre os poderes, de modo a evitar distorções e desmandos de um poder sobre o outro e negar a qualquer instituição política a condição de soberana⁷.

Para além de uma mera flexibilização do instituto, Victor Leal Nunes aponta que a teoria apresentada por Montesquieu atualmente é, na verdade, uma construção doutrinária superada, visto que não mais corresponde ou atende à sua finalidade histórica, isto é, à salvaguarda das liberdades humanas. Assim, seria necessário um reajustamento das formas políticas às novas formas sociais e econômicas⁸.

No mesmo sentido, Bruce Ackerman explica que a aplicação da teoria de Montesquieu falha na captura dos modos característicos de unidades novas e funcionalmente independentes que surgiram e vêm tomando papéis cada vez mais relevantes nos governos modernos. Para o autor, uma nova separação de poderes, que englobaria em torno de cinco ou seis novas categorias, estaria emergindo no século XXI e para a compreensão de suas características distintivas seria necessário,

⁶CF/88: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição (...); Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará; Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...).

⁷SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁸LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no quadro político da burguesia, em Cavalcanti, T. e outros. Cinco estudos. Rio: FGV, 1955.

primeiramente, abandonar a teoria atual de separação de poderes para, então, começar-se a desenvolver seu modelo conceitual⁹.

Para identificação dessas categorias, o autor indica um modelo analítico dividido em quatro etapas que permitem a identificação da legítima posição de uma dada instituição na nova separação dos poderes: (i) a identificação de um valor governamental fundamental; (ii) a apresentação de justificativa para que tal valor fundamental requeira que a instituição receba proteção constitucional especial, em relação às forças externas; (iii) a identificação de técnicas de isolamento institucional que darão ao novo poder incentivos para realização de um trabalho melhor; e (iv) a análise empírica comparada, de forma a contribuir para o desenho de instituições melhores e instigar análises críticas quanto às fraquezas das características de diferentes sistemas constitucionais.

3 NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ORDAMENTO BRASILEIRO?

Conforme visto anteriormente, o princípio da separação dos poderes foi elevado à cláusula pétrea do ordenamento constitucional brasileiro. Dessa forma, em teoria, a existência de órgãos autônomos e independentes dos poderes centrais do Estado (executivo, legislativo e judiciário) iria de encontro aos próprios fundamentos basilares da Constituição Federal.

Fato é, no entanto, que a evolução do ordenamento jurídico brasileiro levou à criação de certas instituições cuja vinculação e subordinação aos poderes originários geram grandes discussões doutrinárias. Para o presente estudo, no entanto, analisaremos somente o papel das Agências Reguladoras e do Tribunal de Contas da União, ambos criados para serem autônomos com relação aos demais Poderes do Estado.

⁹ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez. rda – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

3.1 Agências reguladoras brasileiras

As agências reguladoras brasileiras foram instituídas a partir da década de 90, período marcado por significativa alteração no perfil do Estado brasileiro, que deixou de ser fomentador de serviços públicos, para exercer funções de planejamento, regulação e fiscalização.

Inspiradas no modelo americano, caracterizado pela descentralização administrativa e autonomia no exercício da regulação, a criação das agências veio em resposta às políticas de diminuição da intervenção estatal direta na economia e aos ideais liberais consagrados no ordenamento jurídico do período, como forma de assegurar estabilidade aos novos marcos regulatórios do setor econômico e segurança jurídica aos novos investidores privados que chegavam para participar da abertura do mercado¹⁰.

Além do modelo americano, o direito administrativo brasileiro também sofreu forte influência do sistema francês, caracterizando-se por uma organização complexa, pautada em ideias de hierarquização administrativa e série de órgãos que integram a Administração direta e indireta¹¹.

Segundo aponta José dos Santos Carvalho Filho¹², em que pese a inspiração estrangeira, a inovação das agências reguladoras residiria apenas na relativa independência que a ordem jurídica lhe conferiu em aspectos técnicos, administrativo e financeiros. No entanto, no direito brasileiro não houve qualquer inovação com relação à instituição, visto que as agências reguladoras nada mais são do que autarquias.

No mesmo sentido, Di Pietro explica que, no direito brasileiro, sempre existiram entidades que exerceram a função reguladora, no sentido de organizar determinado setor afeto à sua atividade, bem como controlar entidades que atuam no seu setor. A novidade maior, no entanto, estaria no próprio nome agência e no papel que elas estariam desempenhando ao *“assumirem os poderes que, na concessão,*

¹⁰ LEHFELD, Lucas de Souza. Controle das agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2008, p.245-246.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 536.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente”¹³.

Nesse sentido, no Brasil, as agências reguladoras têm natureza jurídica de autarquia de regime especial, integrantes da Administração Pública indireta, com vinculação ao Ministério competente às atividades por ela exercidas. Não obstante, possuem suas características peculiares de entidade autônoma, com independência financeira, administrativa e decisória.

Como autarquias especiais, as agências reguladoras caracterizam-se por uma autonomia maior com relação às outras autarquias. Isso é, não há interferência de outros entes administrativos no exercício de suas funções. Assim, as agências reguladoras são caracterizadas por seu poder normativo, quase legislativo, consistente na autonomia para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, no âmbito do setor regulado, e poder jurisdicional, quase judicial, consistente na competência que agências possuem para dirimir conflitos entre os agentes que prestam serviço público submetido à sua regulação ou entre os agentes e usuários do serviço.

A maior independência, entretanto, é com relação ao Poder Executivo. As decisões proferidas pelas agências dentro de suas competências não estão sujeitas a recursos hierárquicos. Ademais, seus dirigentes possuem estabilidade diferenciada, caracterizada pelo exercício de mandato a termo, não coincidente com o mandato do agente político, bem como pela impossibilidade de exoneração à exclusiva vontade da Administração Pública. Conforme explica Di Pietro¹⁴:

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à "direção superior da administração federal", prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 541-542.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544.

outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.

3.2 Tribunal de Contas da União

Apesar de exercer uma função quase jurisdicional, o Tribunal de Contas da União não possui funções propriamente de natureza legislativa, ou seja, o Tribunal não é titular para produzir normas jurídicas de forma autônoma. Ao Tribunal cabe somente o controle externo dos demais órgãos da Administração Pública, principalmente na modalidade fiscalização.

É nesse sentido, que os art. 70 e 71, da Constituição Federal, atribuem ao TCU competência fiscalizatórias próprias, no tocante a um elenco de atividades administrativas¹⁵. Assim, na Constituição Federal o TCU é apresentado como órgão auxiliar de fiscalização do Congresso Nacional, a quem compete a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”¹⁶.

Sobre esses aspectos, o controle de legalidade compreende a verificação do cumprimento da lei e o controle de legitimidade de plena observância do ordenamento jurídico, do qual resulta a prerrogativa, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷, de que o TCU também exerce controle de constitucionalidade das leis e dos atos sujeitos à sua fiscalização¹⁸.

Quanto à economicidade, sustenta Marçal Justen Filho que está relacionada à utilização mais satisfatória e eficiente dos recursos públicos, com a realização do menor dispêndio possível para realização dos fins buscados. O Tribunal não poderia, no entanto, invalidar decisões que se revelariam menos adequadas somente a

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p.1224.

¹⁶ Art. 70, CF. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁷ Enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

¹⁸ FURTADO, L. R. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 921.

posteriori, salvo se no momento da decisão já existiam fundamentos para rejeitar a sua escolha. Assim, para o autor, “a economicidade da decisão pode (deve) ser investigada segundo as condições contemporâneas à sua edição”.

Além disso, como órgão auxiliar de fiscalização, ao TCU também não é permitido, na leitura do texto constitucional, exercer, em nome próprio, as atividades incumbidas a outros órgãos. Desse modo, mesmo sujeitos à fiscalização, os órgãos continuam exclusivamente competentes para prática de seus atos.

Conforme ressalta Marçal Justen Filho¹⁹:

Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita à revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade.

Como recurso para promover a fiscalização desses aspectos, a Constituição Federal prevê no artigo 71, IX, a possibilidade de o TCU determinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada alguma ilegalidade. Caso as autoridades administrativas notificadas para adoção de providências não cumpram o seu papel dentro do prazo assinalado, o TCU poderá determinar a sustação dos efeitos do ato, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X, da CF).

Como se observa, não há, ao menos de forma expressa, previsão constitucional que autorize o TCU a atuar antes da emissão do ato administrativo. Essa falta de previsão legal para atuação preventiva é um forte ponto de crítica a esse tipo de atuação do Tribunal de Contas. Com efeito, alguns Doutrinadores argumentam que a ausência de competência preventivas do TCU decorre de deliberada opção histórica do legislador que foi consagrada na Constituição Federal.

Para Mário Saadi e Higor Borges Lima²⁰, enquanto o modelo histórico do Brasil foi preventivo, houve uma transição, em 1967, para um modelo repressivo,

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p. 1225-1226

por se entender que a fórmula preventiva não era mais adequada às necessidades e características da Administração Pública do país.

No mesmo sentido, sustenta Eduardo Jordão²¹ que, o TCU inicialmente concebido para realizar um acompanhamento “prévio, obrigatório e global de todas as despesas que transformava o TCU em “quase-administrador”, passa-se para um sistema em que as suas competências de controle são meramente eventuais e posteriores, sendo realizadas ao lado e de forma complementar a uma fiscalização promovida por órgãos internos à Administração Pública”.

Em que pese a posição doutrinária, o próprio Tribunal, com o intuito de melhor acompanhar o processo de desestatização, que ganhou maior força nos anos 90, passou a adotar procedimento, até então não previsto na legislação, de acompanhamento “prévio e concomitante” de desestatizações (especialmente concessões), a ser aplicado às concessões federais.

Nesse sentido, foram editadas 3 Instruções Normativas (IN) pelo Tribunal, contemplando o procedimento de fiscalização desses processos. São elas: nº 27/1998, aplicável a concessões de serviços públicos e obras públicas (IN 27); IN nº 46/2004, aplicável a concessões do sistema rodoviário (IN 46); IN nº 52/2007, aplicável especificamente a parcerias público-privadas, em suas modalidades de concessão patrocinada e de concessão administrativa (IN 52). Por exemplo, a Instrução Normativa nº 27/1998, em seu art. 7º determina que: “A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante (...)”, realizada em 4 distintos estágios.

O primeiro estágio consiste na avaliação prévia dos estudos e relatórios técnicos, financeiros e ambientais, que motivaram a abertura da licitação. O segundo estágio, consiste na análise dos editais, minutas de contratos, processos de pré-qualificação dos participantes, bem como respostas a esclarecimentos e impugnações do edital. No terceiro estágio o Tribunal fica responsável por analisar e fiscalizar,

²⁰ SAADI, Mário e LIMA, Higor Borges. Controle prévio ou controle externo? Análises sobre o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União relativamente à elaboração de editais de concessão. Revista de Direito Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 145-171, abr./jun. 2017.

²¹ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

principalmente, o processo de habilitação dos vencedores do certame. Por fim, no quarto estágio cabe a análise da emissão do ato de outorga e assinatura dos respectivos contratos.

Essa competência do TCU foi também corroborada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal²², que entendeu que, para além das competências explícitas na Constituição, o TCU possuiria ainda competências implícitas que decorreriam de seus poderes corretivos, dentre as quais o “poder geral de cautela”, que lhe asseguraria, por exemplo, a possibilidade de intervir previamente em editais de licitação que sequer foram publicados.

4 PROBLEMAS E DESAFIOS DE UM NOVO DESENHO DE SEPARAÇÃO DE PODERES

Em que pese essa transição já presente, mesmo que de forma indireta, para criação de novas esferas de poderes, Ackerman salienta que é necessário cautela nesse processo, que, apesar de suas vantagens traz consigo dois grandes problemas²³.

O primeiro estaria relacionado à coordenação desse crescente número de poderes, de forma a gerar um todo coerente. Assim, quanto maior o número de centros-poderes isolados das instituições políticas e jurídicas, maior seria o trabalho para coordenar de forma ordenada esses poderes.

Conforme explicam Jody Freeman e Jim Rossi²⁴, a coordenação de instituições é um dos maiores desafios dos governos modernos. Isso porque, ao mesmo tempo que uma possível duplicidade de competências possa se tornar algo produtivo ao (i) estimular competição com a consequente produção de relevantes políticas pelas instituições responsáveis; e, ao mesmo tempo, (ii) reduzir os custos de monitoramento ao criar um sistema de alerta inter-instituições, a sobreposição e/ou

²² STF, MS nº 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, DJ, 19 mar. 2004 MC no MS nº 26.547/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.05.2007, DJ, 29 maio 2007.

²³ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez. rda – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

²⁴ FREEMAN, Jody. ROSSI, Jim. Agency coordination in shared regulatory space. Harvard Law Review. Volume 125. Nº 5, march/2012.

fragmentação desses poderes pode gerar redundâncias, ineficiências e lacunas na fiscalização e aplicação das normas.

Exemplos desses problemas no ordenamento brasileiro é o que não faltam. No âmbito dos institutos estudados acima, por exemplo, há grandes discussões sobre a atuação preventiva do TCU na fiscalização de Agências Reguladoras, bem como na sua atuação ativa na modelagem dos projetos de infraestrutura, tendo em vista a ausência de conhecimento técnico do Tribunal sobre o tema.

O segundo problema, por seu turno, estaria relacionado à legitimidade democrática, visto que o aprofundamento da tentativa de isolar poderes do controle político direto pode privar o processo democrático. Isso é, subordinar representantes eleitos pelo povo a outros atores não eleitos democraticamente.

Sobre o tema, cumpre destacar que, mesmo na estrutura atual de separação de poderes, a representatividade tem também estado no centro das discussões em decorrência do crescente deslocamento de responsabilidades, ainda que indiretamente, dos demais Poderes para Poder Judiciário, único dos três poderes cujos representantes não são eleitos pelo povo.

O Supremo Tribunal Federal tem sido considerado autoridade única e monopolística para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, em detrimento dos demais poderes. Este fenômeno tem diversas origens, desde a grande crise de representatividade e descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo perante a sociedade, que, com a confiança abalada, não se identifica com seus representantes eleitos, até a transferência de poder de decisão por meio dos próprios atores políticos, que veem na designação da palavra final sobre determinado tema ao judiciário uma ferramenta útil, que os eximem de decidir questões polêmicas que poderiam abalar sua base eleitoral.

Para alguns autores, como Luís Roberto Barroso, o exercício da jurisdição constitucional, traduzida na aplicação e interpretação da Constituição, é a principal função do STF. Nestes termos, este maior ativismo do Tribunal seria também consequência direta desta função. Isto porque, do ponto de vista político-institucional o desempenho da função jurisdicional pela Supremo envolveria uma atuação (i) contramajoritária, com a possibilidade de invalidar atos emanados do

Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo, quando em risco direitos fundamentais e pressupostos da democracia; (ii) representativa, no atendimento de demandas sociais relevantes, que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário; e, por vezes, (iii) iluminista, com o papel de “empurrar a história quando ela emperr”²⁵.

Por outro lado, autores como Miguel Gulano de Godoy²⁶, defendem que esse papel deve ser compartilhado e discutido entre o povo, seus representantes, os Poderes constituídos e as instituições da sociedade, de forma a conferir maior legitimidade democrática às decisões judiciais. No mesmo sentido, aponta Conrado Hubner Mendes²⁷, que nenhuma instituição política é democrática, independentemente do que decida. Sendo assim, a adoção de um modelo deliberativo, ou seja, um modelo em que haja uma interação interinstitucional, seria a melhor forma de se legitimar as decisões sobre matérias de interpretação constitucional.

5 CONCLUSÃO

A teoria da Separação dos Poderes apresentada por Montesquieu foi de grande importância para o desenvolvimento da política e dos governos. No entanto, passados quase três séculos de sua concepção a teoria mostra algumas lacunas naturais, que acabam em alguns momentos dificultando sua aplicação nos governos modernos.

No Estado brasileiro, apesar da adoção da separação dos poderes como princípio fundamental do ordenamento constitucional, elevado à cláusula pétrea, já é possível observar a existência de certas instituições que, não prática, possuem competências extra Poderes, ainda que esse não tenha sido o objetivo, ou intenção, na sua criação.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pg. 33.

²⁶ GODOY, Miguel Gualano. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 226-227.

²⁷ MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

Assim, de modo a se adaptar ao Estado moderno, alguns autores apontam que é necessário a reformulação da teoria. No entanto, essa readaptação deve ser realizada de forma cautelosa, visto que feita de forma desenfreada pode gerar distorções na organização e princípios fundamentais dos governos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez. rda – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*.
- CARVALHO, Alexandre Douglas de. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. Disponível em <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1474778>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FREEMAN, Jody. ROSSI, Jim. Agency coordination in shared regulatory space. Harvard Law Review. Volume 125. Nº 5, march/2012.
- FURTADO, L. R. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GODOY, Miguel Gualano. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no quadro político da burguesia, em Cavalcanti, T. e outros. Cinco estudos. Rio: FGV, 1955.

LEHFELD, Lucas de Souza. Controle das agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAADI, Mário e LIMA, Higor Borges. Controle prévio ou controle externo? Análises sobre o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União relativamente à elaboração de editais de concessão. Revista de Direito Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 145-171, abr./jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AS DEMOCRACIAS: A CRISE DE LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA LIBERAL E AS ALTERNATIVAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

*THE DEMOCRACIES: THE CRISIS OF LEGITIMACY OF LIBERAL
DEMOCRACY AND THE ALTERNATIVES IN LIGHT OF THE
FEDERAL CONSTITUTION*

Vanter Vieira Ribeiro Coutinho¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a democracia liberal representativa, apresentando uma abordagem histórica sobre o seu surgimento, bem como apontando suas falhas, como a crise de legitimidade. Abordaremos os modelos democráticos alternativos à democracia liberal e também a perspectiva constitucional, através do princípio da participação popular.

Palavras-chave: Democracia liberal; democracia participativa; princípio constitucional da participação popular.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the representative liberal democracy, presenting a historical approach about its emergence, as well as pointing out its flaws, such as the crisis of legitimacy. We will approach the democratic models alternative to liberal democracy and also the constitutional perspective, through the principle of popular participation.

Keywords: Liberal democracy; participatory democracy; constitutional principle of popular participation.

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Curso de Direito Penal e Controle Social.

1 INTRODUÇÃO

A democracia é considerada por muitos como uma das mais importantes invenções humanas no campo da Ciência Política. Esse modelo se consolidou mundialmente com os ideais iluministas que impulsionaram Revoluções Liberais com o intuito de acabar com o Monarquismo Absolutista, onde o Estado era a figura do próprio rei. A partir de então surge o Estado Constitucional Moderno, que, baseado nas ideias liberais, avança o modelo democrático como a única forma de organização estatal possível, pois nele o indivíduo está protegido do autoritarismo estatal.

Todavia, o modelo democrático-representativo dos liberais se mostra defeituoso ao longo dos anos, principalmente pela chamada crise de representatividade que se dá em razão dos cidadãos não se sentirem representados pelos políticos que elegem, pois, a base da democracia liberal é o indivíduo enquanto força legitimante, através do voto. Portanto, quando boa parte desses indivíduos não se sente representados, esse modelo de democracia indireta tende a entrar em crise, colapsar. A crise de legitimidade da democracia representativa é vista atualmente no processo político-democrático brasileiro. Essa descrença da população nos políticos e esse sentimento de não-representatividade que permeia a nossa sociedade, abre espaço para buscarmos alternativas a esse modelo liberal de democracia.

O intuito deste artigo é abordar essa crise da democracia liberal, apontando modelos alternativos de democracia à luz da Constituição Federal de 1988. Para isso, faremos uma análise histórica do surgimento da democracia como modelo político e também da democracia liberal.

2 O SURGIMENTO DA DEMOCRACIA LIBERAL REPRESENTATIVA E SUA TRANSFORMAÇÃO EM DEMOCRACIA NEOLIBERAL

As revoluções burguesas do final do século XVIII, mais especificamente a Revolução Francesa e a Revolução Americana, trouxeram o advento do Estado Moderno Constitucional (através da Declaração dos Direitos do Homem) e sinalizaram o fim da era dos Estados Absolutistas, tendo como marco histórico a queda da Bastilha. Por conseguinte, o Estado Constitucional nasceu dos ideais

liberais (burgueses), ideais esses que trouxeram uma nova perspectiva de democracia, a democracia liberal representativa.

Apesar do advento das revoluções burguesas que trouxeram a perspectiva do Estado Constitucional Moderno, não houve alteração no significado de democracia, pois o titular do poder político continuou sendo o “povo”, que segundo Bobbio é “[...] o conjunto de cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas [...]”²; o povo era o detentor do poder político na democracia dos antigos e continua sendo na democracia dos modernos. Entretanto, há mudança no modo que o povo exerce essa titularidade, visto que na democracia representativa ele elege seus representantes para que tomem as decisões concernentes ao gerenciamento estatal, já na democracia direta as toma sem intermédio de representantes.

O Estado Liberal se solidificou, portanto, através das Revoluções Burguesas e por isso podemos chama-lo de Estado Burguês. É preciso destacar a Revolução Francesa como ponto de partida para o primeiro Estado jurídico (Estado Liberal-Burguês) guardião das liberdades individuais. Esse Estado trouxe uma concepção burguesa da ordem política.

Com essas revoluções, a burguesia passa de classe dominada – nos Estados Absolutistas – à classe dominante e, portanto, passa a agir como tal, formulando princípios filosóficos e “[...] generalizando-os doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social”³. Dessa forma, por ser agora uma classe dominante, a burguesia se apodera do controle político da sociedade e não mantém materialmente os princípios de igualdade, fraternidade e liberdade que tanto defendeu, fazendo apenas uma defesa formal deles. Essa é, segundo Bonavides, a maior contradição do Estado Moderno, pois a burguesia se vale do seu status de classe dominante para fazer da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes sociais.

A ideia da democracia nos moldes burgueses se dá através da defesa intransigível da liberdade, pelo ideal liberal chega-se ao ideal democrata. Os liberais

² BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 34.

³ BONAVIDES, Paulo. Estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.42.

que, com suas teses, ajudaram a solidificar o Estado Moderno Constitucional – que é o Estado Liberal burguês – eram antes de democratas, liberais convictos. Acreditavam que o homem nascia com direitos inerentes à sua natureza, ou seja, eram jusnaturalistas, e esse pensamento era uma forma de frear a atuação do Estado em relação ao indivíduo. Por tal motivo, os liberais não olhavam com bons olhos a democracia – nem qualquer outra forma de governo popular –, pois temiam que os governos populares gerassem a tirania da maioria, onde a maior parte da população (que àquela época era iletrada e despolidizada) decidisse os rumos do Estado, sem respeitar as garantias fundamentais do ser humano (garantias essas decorrentes da natureza humana). Esse tipo de pensamento foi o responsável pela defesa do sufrágio restrito que liberais fizeram durante o século XIX.

Em razão dessa desconfiança com as formas de governo ditas “populares”, os liberais encontraram como alternativa a democracia representativa, visto a necessidade de se separar a sociedade política (Estado) da sociedade civil, para evitar decisões estatais que fossem influenciadas diretamente pelos anseios populacionais, o que poderia levar à supressão de certos direitos. Dessa forma, os representantes não representariam indivíduos em suas particularidades, nem associações ou certa circunscrição eleitoral, eles representariam a nação, e por isso não estariam diretamente vinculados a nenhum indivíduo ou esfera social.

Em busca da definição da democracia representativa ou indireta, Duarte Neto⁴ recorre aos ensinamentos de José Horácio Meirelles Teixeira, que define a democracia representativa como a forma de governo onde “[...] os governantes, ou parte deles, exercem sua competência não em virtude de um direito próprio, mas em razão de sua qualidade de representantes, geralmente obtida mediante eleição e apenas por um certo prazo”⁵.

Ainda de acordo com José Duarte Neto, esse modelo representativo é exercido através de um mandato político representativo, o qual é definido como “[...]”

⁴ Ibidem.

⁵ TEIXEIRA, 1991, p. 487 apud DUARTE NETO, 2005, p. 31.

situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa”⁶.

Esse mandato político representativo, em sua origem, possuía algumas características, como a não-vinculação a um determinado assunto. O representante eleito gozava da prerrogativa de discutir e votar qualquer assunto que fosse considerado como de interesse do Estado e para tal não precisaria de autorização dos seus representados. Segundo Duarte Neto esse mandato era “[...] geral e universal, permitindo que o representante discutisse qualquer tipo de assunto, independentemente da vontade daquele que o nomeara”⁷. Além disso, não era dado ao representado o direito de revogar o mandato de seu representante, ou seja, o representante era livre e não tinha a obrigatoriedade de prestar contas dos seus atos.

Essas características do mandato político representativo existem até hoje. Apesar da extensão do sufrágio a homens e mulheres, inclusive a analfabetos, havendo limite apenas em relação à idade (que geralmente coincide com a maioridade), e da criação das agremiações políticas, havendo assim a organização dos representantes em partidos políticos, o grande problema da democracia representativa e de seus institutos ainda subsistem: a crise da legitimidade e o distanciamento entre representantes e representados.⁸

A democracia representativa está, então, intrinsecamente ligada ao pensamento liberal, à sociedade pautada no indivíduo e não na coletividade. Os liberais do século XIX acreditavam que a principal liberdade a ser tutelada era a liberdade do indivíduo de agir da forma que quisesse, deixando em segundo plano a liberdade política – que se expressa de forma direta e indireta. Da mesma forma, difundiu-se a perspectiva de que os cidadãos não teriam interesse e nem disporiam de tempo para deliberarem sobre as questões concernentes ao Estado, devendo assim

⁶ SILVA, 1999, p. 142 apud DUARTE NETO, 2005, p. 35

⁷ Ibidem, p. 35.

⁸ BIANCHINI, Fernando Novelli. Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville. São Paulo: Millenium Editora, 2014.

dispor da titularidade do poder político, elegendo representante os quais atuariam em nome da nação e decidiriam as questões estatais.⁹

Tais representantes estariam em melhores condições de avaliar os interesses gerais, ao contrário do “cidadão comum” que estaria demasiadamente preocupado com seus interesses particulares. Ou seja, a democracia representativa funcionaria, pois, os representantes seriam pessoas dotadas de idoneidade que visariam o “bem comum” e a tutela dos interesses da nação como um todo, não dos interesses específicos daqueles que o colocaram no parlamento.

Dessa forma, segundo Bobbio:

Para que a democracia fosse em sentido próprio representativa, era necessário que fosse excluído o mandato vinculatório do eleitor para com o eleito, característico do Estado de estamentos, no qual os estamentos, as corporações, os corpos coletivos transmitiam ao soberano, através de seus delegados, as suas reivindicações particulares¹⁰

Entretanto, essa desvinculação entre o representante e o representado incorre, como dito anteriormente, na ausência de uma força legitimante do mandato representativo. Ora, se os representantes possuem “carta branca” para agir no parlamento sem a necessidade de consultar seus eleitores, então não são os eleitores (ou o povo) os detentores do poder político, mas sim os representantes que agem da forma que querem. Nesse sentido, é importante trazer a lume o pensamento de Hans Kelsen, exposto por José Duarte Neto:

[...] A afirmação de que o povo é representado pelo parlamento significa que, embora o povo não possa exercer o poder legislativo direta e imediatamente, ele o exerce por procuração. Mas se não houver nenhuma garantia jurídica de que a vontade dos eleitores será executada pelos eleitos, se os eleitos são juridicamente independentes dos eleitores, não existe nenhuma relação jurídica de procuração ou representação.¹¹

Há quem defenda a responsabilidade do mandatário em corresponder à vontade do mandante pelo fato de que aquele depende do voto deste para se reeleger, ou seja, o representante não tomaria decisões dissonantes do que os seus eleitores

⁹ BIANCHINI, Fernando Novelli. Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville. São Paulo: Millenium Editora, 2014.

¹⁰ BOBBIO, 1994, p. 35.

¹¹ KELSEN, 1990, p. 285-286 apud DUARTE NETO, 2005, p.40

esperam, pois sabe que depende deles para se manter no cargo. Quanto a isso Kelsen diz o seguinte:

O fato de que um corpo eleito não tem chance, ou tem apenas uma chance reduzida, de ser reeleito caso sua atividade não seja considerada satisfatória pelos seus eleitores, constitui, é verdade, uma espécie de responsabilidade política; mas essa responsabilidade política é inteiramente diferente de uma responsabilidade jurídica e não justifica a suposição de que o órgão eleito seja um representante jurídico do Estado inteiro. Tal órgão ‘representa’ o Estado tanto quanto um monarca hereditário ou um funcionário por ele nomeado.¹²

À desconexão entre representante e representado que ocorre na democracia representativa, Boaventura de Sousa Santos dá o nome de “patologia da representação”¹³. Essa patologia consiste justamente no fato de que nas democracias atuais os representados não se sentem de fato representados, não se reconhecem nas figuras dos representantes. Boaventura¹⁴ cita inclusive exemplos concretos em que a vontade da população não foi respeitada na tomada de decisões do Estado, como a invasão estadunidense no Iraque.

Boaventura¹⁵ diz ainda que a democracia representativa dispõe de um mecanismo aparentemente eficaz, que é o alcance do poder por novos representantes através de novas eleições, mantendo-se assim a alternância de poder. Entretanto, essa mudança de representantes cria o falso senso de alternância, pois mudar de representantes e de partidos não é o mesmo que mudar os partidos ou o sistema de organização dos interesses.

Dessa forma, as eleições acabam sendo pouco transformadoras, pois não mudam de fato o sistema político-social vigente e assim, a patologia da representação acaba gerando a patologia da participação, onde os cidadãos acreditam que seu voto não altera nada e por isso não fazem questão de votar, gerando um alto abstencionismo. Foi exatamente isso que vimos nas eleições presidenciais americanas no ano de 2016 e também nas eleições municipais brasileiras do mesmo ano e nas eleições de 2018.

¹² KELSEN, 1990, p. 285-286 apud DUARTE NETO, 2005, p.40

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. A difícil democracia: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 119.

¹⁴ Ibidem, p. 119-120.

¹⁵ Ibidem, p. 120-121.

De acordo com dados obtidos no site do Tribunal Superior Eleitoral, no primeiro turno das eleições municipais de 2016 na cidade do Rio de Janeiro, 1.189.187 pessoas se abstiveram, enquanto 204.110 votaram em branco e 473.324 anularam o voto. Ou seja, dentre os 4.898.045 eleitores, 1.866.621 pessoas não compareceram à votação ou não votaram em nenhum dos candidatos ao cargo de prefeito, isso corresponde a aproximadamente 38% dos eleitores do município do Rio de Janeiro.¹⁶ Em São Paulo, capital, o número de abstenções e votos nulos e brancos chegou a quase 35% dos eleitores.¹⁷

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos faz uma crítica à teoria política liberal em que é baseada a democracia representativa, diz ele que “[...] os teóricos liberais arquitetaram o regime democrático para garantir que essa distância existisse (elitismo) e que a participação não fosse demasiado ativa (procedimentalismo). O medo das massas ignorantes e potencialmente revolucionárias está na raiz da democracia representativa”¹⁸

Quanto ao neoliberalismo, Boaventura diz que, em decorrência da globalização, surgiu uma nova forma de normalização democrática, principalmente na África, Ásia e na América Latina. Isso se deu por conta da “[...] eliminação da tensão entre democracia e capitalismo pela retirada do Estado da regulação da economia e da liquidação da redistribuição social [...]”¹⁹. Essa eliminação se deu através da opção de uma democracia de baixa intensidade, elitista, procedimentalista e saturada de corrupção. Essa é democracia neoliberal, que surgiu a partir da década de 1980.

Boaventura faz outra crítica à democracia liberal, ou melhor, neoliberal, e à sua igualdade formal, segundo ele:

[...] a democracia não se reduz ao procedimentalismo, às igualdades formais, e aos direitos cívicos e políticos, pois por

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Dados da votação nas 26 capitais 1º turno das eleições 2016. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/dados-da-votacao-nas-26-capitais-1o-turno-das-eleicoes-2016>> Acesso em: 15/11/2016

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições 2016: São Paulo foi a capital com maior número de abstenções no país. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/sao-paulo-foi-a-capital-com-o-maior-numero-de-abstencoes-no-pais>> Acesso em: 15/11/2016

¹⁸ SANTOS, 2016, p. 120.

¹⁹ SANTOS, 2016, p. 124.

via deles nunca foi possível estender as potencialidades distributivas, tanto simbólicas como materiais, da democracia às classes populares que mais poderiam beneficiar-se delas; daí a necessidade de conceber a democracia como uma nova gramática social que rompa com o autoritarismo, o patrimonialismo e o monolitismo cultural, o não reconhecimento da diferença; tal gramática social implica um enorme investimento nos direitos econômicos, sociais e culturais.²⁰

Essa transformação da democracia liberal em democracia neoliberal se deu, segundo Boaventura de Sousa Santos, através de dois processos convergentes. O primeiro processo é perda da soberania de alguns Estados em razão da nova era capitalista que vivemos, a era do capitalismo financeiro global. Esse capitalismo transformou os Estados soberanos em “[...] presas fáceis dos especuladores financeiros e de suas guardas-avançadas, as agências de notação de crédito e o FMI”²¹. Essa concentração de riquezas faz com que cidadãos passem a viver dependendo de grupos sociais poderosos, que são os que dão as cartas na democracia neoliberal, tais como latifundiários, narcotraficantes, especuladores, filantropos, etc.

O outro processo é o fato de que a democracia liberal reconhece dois mercados de valores: o mercado político das convicções ideológicas, onde há pluralidade de ideias e convicções políticas, que alimentam a vida democrática, e aos quais não se pode dar preço; e o mercado econômico, ou mercado de bens e serviços, onde os valores possuem preço. Para o funcionamento da democracia liberal esses dois mercados devem estar separados. Em contrapartida, a democracia neoliberal reconhece a existência apenas do mercado econômico, ou seja, do mercado ao qual se dá preço, fazendo com que o mercado de valores funcione com a mesma lógica, estabelecendo preços para as ideologias e as convicções políticas. Em suma, tudo se compra e se vende e a consequência disso é a corrupção endêmica do sistema político, que é necessária para manutenção do mesmo.

Na mesma toada de denunciamento do Estado neoliberal, Bonavides alerta sobre essa transformação perigosa que se deu do Estado Liberal, que outrora foi vanguarda do progresso, no Estado neoliberal que hoje é instrumento de reação e retrocesso. Segundo ele:

²⁰ SANTOS, 2016, p.18.

²¹ Ibidem, p. 21.

A pravidade neoliberal introduziu esse monstruoso paradoxo: há pouco, o Liberalismo semeava Constituições; ultimamente se compraz em decapitá-las; outrora, seu tema de legitimidade era a soberania, tanto a soberania nacional como a soberania popular; doravante, é a antissoberania, o antipovo, a antinação.²²

Dessa forma, Boaventura nos dá o caminho para a superação dessa democracia representativa neoliberal, que falha em representar os povos negros, indígenas, as mulheres e todos os anseios populacionais. Essa democracia que se preocupa com a igualdade formal, mas que esquece a importância da igualdade material e visa apenas manter o *status quo* vigente, seguindo fielmente a cartilha do Consenso de Washington, que é imposta a ferro e fogo principalmente nos países ditos “subdesenvolvidos”. Já bem disse Rousseau em sua obra *O contrato social*, citada por Boaventura (2016), “não é possível haver uma sociedade democrática enquanto houver alguém tão pobre a ponto de se vender e alguém rico o suficiente para comprar o outro”²³.

É preciso uma alternativa a esse modelo representativo neoliberal, e tal alternativa pode estar na radicalização da democracia proposta por Boaventura, através da instrumentalização da participação popular efetiva, sem extinguir a democracia representativa, mas aprimorando-a com os instrumentos de participação e com um viés social, pois a democracia representativa é “[...] um modelo de democracia com alguma elasticidade e suas potencialidades para criar mais justiça social ainda não estão esgotadas”²⁴.

3 O ESTADO SOCIAL, A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A DEMODIVERSIDADE: ALTERNATIVAS AO MODELO NEOLIBERAL.

Bonavides nos apresenta as perspectivas marxianas e rousseauianas de Estado Social. Enquanto Marx vê a democracia burguesa como instrumento de manutenção das classes sociais e acredita em sua derrocada através da revolução, Rousseau acredita que a democracia é a conciliação de classes – o que para Marx é

²² BONAVIDES, Paulo. Teoria geral do estado. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 46.

²³ ROUSSEAU [1762] 1989 apud SANTOS, 2016, p. 139.

²⁴ SANTOS, 2016, p. 124.

impossível, pois o sistema capitalista não é passível de reformas, nem as classes sociais passíveis de conciliação. Para Rousseau a democracia é, nas palavras de Bonavides, “[...] o caminho indispensável para consecução dos fins sociais”²⁵. A democracia rousseauiana se difere bastante da democracia liberal clássica, pois defende a universalização do sufrágio.

A democracia pura de Rousseau dá bases ao Estado social democrático, que surge primeiramente com a Constituição Mexicana de 1917 e posteriormente com a Constituição Alemã de Weimar, de 1919. Por tal motivo, os teóricos liberais (burgueses) se empenham em demonstrar a incompatibilidade do regime democrático fora de uma sociedade liberal. Essa perspectiva não pode ser considerada verdadeira, pelos motivos já expostos aqui, como a degeneração do Estado Liberal para o Estado neoliberal, em razão da preocupação dos liberais em frear o poder popular e uma possível “tirania da maioria” e a necessidade de se manter o *status quo* das classes dominantes.

A teoria marxista se vale do Estado social como forma de reconhecimento das incongruências do capitalismo e a conseqüente necessidade de derrubá-lo para implementação da sociedade socialista e posteriormente comunista. Já a teoria política de Rousseau enxerga a criação de um Estado social como maneira para possibilitar o acesso a um “socialismo moderado”, instituído por vias democráticas.

De acordo com os ensinamentos de Bonavides: “Em Rousseau há uma positivação social da liberdade. Ele assinala precursoramente o fim da metafísica individualista da burguesia e cria tecnicamente o acesso à democracia social, com a preservação da liberdade”²⁶. Bonavides diferencia também o Estado social do Estado socialista; o primeiro é uma transformação superestrutural do antigo Estado Liberal, mas mantendo a ordem capitalista, sem renunciar à democracia burguesa, apenas tentando aperfeiçoá-la para que não seja tão desigual; já o segundo é a construção de um Estado proletário marxista, que renega toda a democracia burguesa e o sistema capitalista, visando implementar uma democracia proletária.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 175.

²⁶ *Ibidem*, p. 180.

A relação entre democracia e socialismo já foi, portanto, bastante contestada, pois os liberais reivindicam para si a virtude democrática e defendem a liberdade econômica – e a propriedade individual – como pressuposto de todas as outras liberdades, inclusive da liberdade política que permeia o debate sobre democracia.

Entretanto, ao analisarmos as teorias marxistas, percebemos que democracia e socialismo não são antitéticos como parecem, pelo contrário, são complementares. Segundo Bobbio, duas teses sustentam o nexo de complementariedade entre socialismo e democracia, são elas:

o processo de democratização produziria, inevitavelmente, ou pelo menos favoreceria, o advento de uma sociedade socialista, fundada na transformação do instituto da propriedade e na coletivização pelo menos dos principais meios de produção; em segundo lugar, apenas o advento da sociedade socialista reforçaria e alargaria a participação política e, portanto, tornaria possível a plena realização da democracia, entre cujas promessas – que a democracia liberal jamais seria capaz de cumprir – estava também a de uma distribuição igualitária (ou ao menos mais igualitária) do poder econômico e do poder político²⁷.

Nesse sentido, nos valemos dos ensinamentos do professor Boaventura de Sousa Santos, na medida em que ele diz que os socialistas e revolucionários devem valer-se da democracia representativa, pois ela tem mais a oferecer do que pensamos; vitórias históricas da classe trabalhadora foram conseguidas através desse modelo no século passado, de modo que não é razoável renegar totalmente a democracia representativa. Dessa forma, o professor Boaventura diz que “[...] está subjacente a ideia de que a DR (democracia representativa) é um modelo de democracia com alguma elasticidade e de que suas potencialidades para criar mais justiça social ainda não estão esgotadas.”²⁸

Todavia, a democracia representativa precisa servir ao povo, que é o titular do poder político, e não aos interesses de grupos econômicos poderosos, como serve hoje em decorrência da cooptação dessa forma de governo feita pelo modelo neoliberal, que coloca a democracia a serviço do capital financeiro. Dito isso, percebe-se que a democracia representativa carece de instrumentos participativos, ou

²⁷ BOBBIO, 1994, p. 81.

²⁸ SANTOS, 2016, p. 125.

seja, carece de uma injeção de democracia participativa. A defesa da democracia participativa não exclui necessariamente a necessidade e a importância de um modelo representativo, afinal em sociedades tão heterogêneas e países tão extensos territorialmente como o Brasil, é um tanto quanto utópico pensar que a democracia será levada a cabo única e exclusivamente da forma direta como era feita na Grécia Antiga, sendo, portanto, inevitável a representação nas democracias de grande escala.

Nesse sentido, é imperioso citar as palavras do professor português nos seguintes termos:

Contrariamente ao que se pretendeu em muitas das lutas sociais de períodos anteriores, não se trata agora de substituir a democracia representativa por outros tipos de democracia considerados mais genuínos (participativos ou comunitários), mas antes de construir uma democracia genuína com base na articulação entre todos os tipos disponíveis. É essa vastíssima experiência de lutas democráticas que nos permite hoje ampliar o cânone democrático e produzir teorias de democracia que vão muito além da teoria liberal²⁹

Em consonância com essa necessidade de dar injeções de ânimo e legitimidade à democracia representativa, Boaventura cita duas experiências que ocorreram na América Latina no final do século passado e início desse século. A primeira foi o orçamento participativo municipal, que teve como pioneira e mais destacada experiência aquela ocorrida na cidade de Porto Alegre (RS). Essa experiência foi tão exitosa que acabou se reproduzindo em outras cidades brasileiras e latino-americanas, chamando a atenção de grandes líderes europeus e recebendo uma recomendação positiva do Banco Mundial, como um modelo eficaz e importante de democracia participativa, falaremos mais adiante dessa experiência ocorrida na capital gaúcha.

A segunda experiência se deu através do protagonismo dos povos indígenas na América Latina, principalmente no Equador e na Bolívia. As comunidades indígenas tiveram respaldo pra realizarem seus processos de discussão e deliberação,

²⁹ Ibidem, p. 126.

onde suas demandas são levadas ao Estado. Tal processo foi positivado na Constituição boliviana como “democracia comunitária”³⁰.

A democracia participativa não se resume, entretanto, ao orçamento participativo, é importante frisar que essa é apenas um dos diversos mecanismos de participação popular, a qual pode ser expressa através de conselhos populares, que possuam tarefas consultivas, deliberativas e fiscalizadoras; de referendos, que possibilitam à população referendar ou não uma política pública governamental através do acolhimento ou não de um projeto de lei (esse instrumento tem sido muito utilizado na Bolívia e na Venezuela). Dessa forma, a democracia representativa não tem sido renegada na América Latina, pelo contrário, tem ganhado contornos populares “[...] como parte de um movimento de democratização de alta intensidade [...]”³¹ traduzindo-se em articulações importantes – e inimagináveis – com a democracia participativa.

Um conceito mais elaborado de democracia participativa é o estabelecido por Bianchini, nos ensinando, portanto, que a democracia participativa é:

o conjunto de ações, mecanismos legais e judiciais que possibilitem ao cidadão apresentar e debater propostas concretas, bem como deliberar sobre estas; mudar o curso da ação estabelecida pelas forças constituídas, além de formular cursos alternativos; fiscalizar de forma efetiva o uso ou o abuso do poder, assim como exigir a prestação de contas de seu representante eleito regularmente, inclusive, se possível, com a possibilidade de lhe cassar o mandato conferido³².

A democracia participativa é considerada por Santos como uma forma de reinvenção da emancipação social, ou seja, o meio de constituição de uma nova gramática social que resolva os principais problemas da democracia representativa neoliberal. Essa necessidade de uma nova gramática social que seja capaz de transformar as relações de gênero, raça, etnia e classe trouxe o debate em torno da necessidade de se reformular as relações entre o Estado e a sociedade. Esse debate centraliza a necessidade de inserção de novos atores sociais nas relações estatais, fortalecendo a interação entre procedimento e participação social, o que ocorreu

³⁰ Ibidem, p. 126.

³¹ Ibidem, p. 126

³² BIANCHINI, Fernando Novelli. Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville. São Paulo: Millenium Editora, 2014, p. 172.

principalmente no início desse século nos países latino-americanos através da maior participação dos movimentos sociais nos processos de democratização desses países.

Essa é a teoria da demodiversidade elaborada pelo professor Boaventura de Sousa Santos, que é conceituada da seguinte forma: “Por demodiversidade entendemos a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos ou práticas democráticas”³³. O professor lamenta a perda de demodiversidade nos últimos anos em decorrência da consagração do modelo hegemônico de democracia liberal como único e universal, através do poderio exercido também pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional que utilizavam e ainda utilizam a democracia liberal como requisito para concessão de empréstimos e ajuda financeira.

São apontados dois fatores característicos dessa perda de demodiversidade; o primeiro deles é relacionado ao valor intrínseco da democracia que não pode assumir-se como universal, pois não é uma mera utilidade instrumental. Há que se considerar o multiculturalismo e as diferentes formas de construção da sociedade e de seus valores, de tal maneira que a universalização de um conceito democrático ocidental – a democracia liberal burguesa – acaba por transgredir esse princípio multicultural e por desrespeitar as características específicas de cada localidade.

A respeito dessa imposição da democracia liberal Boaventura expõe:

Sabemos hoje que, se essa reivindicação (da universalização da democracia liberal) se recusar a dar as razões que a sustentam e a dialogar com outras que eventualmente a contestam, só se imporá por força de circunstâncias estranhas a ela e que, como tal, a transformam em uma reivindicação imperial. E esta tentação imperial está tão mais presente quanto é visível a força avassaladora da globalização neoliberal e das instituições que, em seu nome, impõem globalmente a adoção da democracia liberal³⁴.

O outro fator exposto por Boaventura é a distinção entre democracia como ideal e democracia como prática. Essa distinção aparece nos debates em relação às teorias democráticas com a finalidade de justificar a baixa intensidade democrática das democracias instituídas, ao contrário do idealizado nos séculos XVIII e XIX, e é crucial ao modelo hegemônico de democracia liberal. A democracia liberal existente

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 71.

³⁴ Ibidem, p. 72.

hoje em dia está em dissonância com esses ideais democráticos que impulsionaram as Revoluções Burguesas, principalmente a Revolução Francesa com a liberdade, igualdade e fraternidade. Portanto, para o jurista português esses fatores enfraqueceram a demodiversidade nos últimos anos, mas ela é o caminho para uma sociedade que respeite as liberdades individuais e que seja eficaz em erradicar as desigualdades sociais.

Boaventura vê dois pontos centrais na combinação entre a democracia representativa e a democracia participativa, que são a coexistência e a complementaridade. A coexistência é a convivência das formas administrativas, organizacionais e procedimentais da gerência estatal, de tal forma que a democracia representativa deve agir em nível nacional, mas coexistir com a democracia participativa em âmbito local, resolvendo assim a questão apresentada pela teoria hegemônica de democracia de que apenas o atual modelo seria capaz de gerir um Estado.

Em relação à complementaridade esta se difere da coexistência, pois requer uma articulação mais densa e profunda entre os modelos representativo e participativo. A complementaridade

Pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de deliberação e representação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia.³⁵

Como forma de fortalecimento da democracia participativa, Boaventura elabora três teses, as quais somos adeptos e abordaremos como forma de suscitar a reflexão de encerramento deste tópico.

A primeira tese diz respeito ao fortalecimento da demodiversidade. Como já dito anteriormente, a demodiversidade é a teoria de que a democracia não deve assumir uma só forma, ou seja, não deve ser universal – como os mecanismos de manutenção da democracia liberal nos tentam fazer crer –, pelo contrário, é preciso analisar os fatores culturais e sociais de cada local, considerando que o mundo – apesar da globalização hegemônica – é multicultural. De tal maneira, é preciso

³⁵ Ibidem, p. 76.

ampliar a deliberação pública e a participação popular, adequando essas formas participativas ao modelo representativo e apresentando uma perspectiva contra-hegemônica de democracia, alinhada à tese de demodiversidade, onde os modelos representativo e participativo coexistam e/ou se complementam.

A segunda tese é complementar da primeira, pois prega o fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global. Ou seja, é necessário que se expanda as experiências participativas locais, como a experiência de Porto Alegre, para que estas sejam apresentadas como uma alternativa real e factível ao modelo hegemônico, ou seja, é fundamental que haja uma transposição dos modelos participativos do plano local (cidades, bairros, regiões administrativas) para o plano global.

A terceira e última tese fala sobre a ampliação do experimentalismo democrático, que é nada mais do que a coragem de experimentar diferentes modelos de participação, deliberação e etc.. Muitas experiências de fortalecimento da democracia se originaram de novas gramáticas sociais onde o formato participativo foi moldado experimentalmente. Por isso, é necessária a multiplicação desses experimentos.

3.1 A participação popular como Princípio Constitucional.

O primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 nos diz que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, possuindo alguns fundamentos elencados nos incisos do referido artigo.

Aqui temos a expressa determinação de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, ou seja, se empenha em garantir as liberdades individuais, os direitos humanos e as garantias fundamentais, através de uma ordem normativa constitucional. De acordo com os ensinamentos de Marcos Augusto Perez, tais valores, como a democracia e o Estado de Direito, estão positivados em nosso ordenamento constitucional e são princípios gerais de Direito Público.

Em relação ao próprio conceito de princípios jurídicos, o professor Perez nos traz a seguinte definição “[...] princípios jurídicos são normas dotadas de um grande grau de generalidade e abstração e que formam a estrutura fundamental de um

sistema jurídico. ”³⁶. Ele ainda nos diz que os princípios são diferentes das regras, pois estas possuem menor importância estruturante no sistema jurídico e são menos abstratas que os princípios.

Isto posto, podemos dizer que existe um Princípio Democrático que está difuso em toda a Constituição de 1988, quer seja explicitado diretamente através do artigo 1º, ou indiretamente através de outros princípios, tais quais sufrágio universal, igualdade material; e de regras particulares relativas aos partidos políticos, eleições, etc.

Do mesmo modo, encontramos o Princípio do Estado de Direito que está previsto no caput artigo 1º da CF e age juntamente com o princípio democrático. Esse princípio, segundo Marcos Augusto Perez, também está difuso em todo texto constitucional, através de outros princípios mais restritos (ou subprincípios), como legalidade, devido processo legal, contraditório; ou através de regras nele inspiradas, como a submissão da Administração a controle pelo Legislativo e pelo Judiciário, a vedação da exigência de tributo sem lei anterior que o estabeleça e a determinação de que não há crime sem lei anterior que o defina ou pena sem prévia cominação legal.

Na mesma toada, Perez utiliza-se dos ensinamentos de Canotilho, com o intuito de assegurar que do princípio democrático extrai-se a necessidade do Estado de respeitar as normas da democracia representativa, mas também “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs democráticos”³⁷.

Nesse sentido, tem-se que os princípios democrático e do Estado de Direito são princípios de organização, pois impõem “[...] uma forma de organização das funções do Estado que seja voltada à plena realização da democracia participativa [...]”³⁸. Dessa forma, constatamos que existe uma norma constitucional, mesmo que

³⁶ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 72.

³⁷ CANOTILHO, 1993, p. 415-416 apud PEREZ, 2004, p. 73.

³⁸ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 74.

implícita, que prevê mecanismos de participação popular, com base no princípio democrático e no princípio do Estado de Direito.

Todavia, não foi apenas implicitamente que o constituinte brasileiro inseriu a democracia participativa em nosso ordenamento constitucional. Existem diversos artigos em nossa Carta Magna que tratam sobre inúmeras formas de participação popular na Administração Pública,

Apenas a título exemplificativo, e sem aprofundarmo-nos nos temas, podemos citar o art. 10, que versa sobre a participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais e previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. É possível citarmos também o art. 29, XII, que possibilita a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. É salutar falarmos também do art. 187 que fala do planejamento de política agrícola; o art. 198, III, que traz previsão de participação popular no âmbito da saúde; o art. 204, II, que versa sobre a participação popular nos rumos assistência social; os artigos 205 e 206, VI, com suas determinações acerca da educação. Esses são só alguns exemplos de como a participação popular está positivada em nosso ordenamento constitucional.

Além dos exemplos claros de participação popular na Administração Pública supramencionados, a Constituição elenca também três formas de participação popular no processo legislativo, que são plebiscito, referendo e iniciativa popular, previstos respectivamente nos incisos primeiro, segundo e terceiro do artigo 14.

Perez chega a dizer que através dessas normas que versam sobre participação popular e através da interpretação dos princípios democrático, do Estado de Direito e da eficiência administrativa, a Constituição Federal consagrou um novo princípio de organização da Administração Pública, que é o chamado princípio da participação popular. Esse princípio não está elencado no caput do artigo 37 da CF, tratando-se assim de um princípio implícito. Além da característica da implicitude, o princípio da participação popular também é considerado um princípio derivado, ou um subprincípio, pois se chega a ele através da interpretação de outros princípios constitucionais mais amplos.

A Constituição Cidadã não deixa dúvidas ao estabelecer a importância do princípio da participação popular na intensificação da democracia, pois é através da participação popular que os vícios de representação da democracia liberal são amenizados. Em termos normativos a democracia participativa possui grande amparo constitucional, principalmente através das diversas atividades administrativas em que o constituinte determinou a utilização de mecanismos de participação popular, principalmente aquelas concernentes ao bem-estar social.

O principal desafio sobre o qual nos deparamos é, portanto, a efetivação desses direitos de participação popular elencados no texto constitucional, bem como a correta utilização do princípio constitucional da participação popular, para que haja uma verdadeira “democratização” da democracia, como prega o professor Boaventura de Sousa Santos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O objetivo deste artigo foi abordar a crise de legitimidade da democracia liberal representativa, que não consegue mais representar os interesses da sociedade, apesar da pluralidade dos representantes populares no Brasil, por exemplo. Apresentamos o contexto histórico do surgimento desse modelo democrático e dissertamos acerca de seu conceito e sua aplicação no Brasil atualmente.

Foram apresentados modelos alternativos à democracia liberal representativa, abordando a diferença entre Estado Social, que surge com o a Constituição Mexicana de 1917, e Estado Socialista de Marx e Engels, que visava acabar com o capitalismo e construir a ditadura do proletariado, que não é em si antidemocrática.

Trouxemos ainda a perspectiva de demodiversidade, do Professor Boaventura de Sousa Santos e a ideia de construção de um modelo democrático que comungue de alguns ideais representativos da democracia liberal, mas que não seja procedimentalista, que efetive direitos das minorias e que não se curve aos interesses do mercado. Para isso, apresentamos a necessidade de ampliar a participação popular.

Nesse sentido, foi apresentado também o princípio constitucional da participação popular, que deve incidir em todo o ordenamento jurídico brasileiro e que pode ser tomado como propulsor desta mudança que precisa ser feita.

Conclui-se, portanto, que a democracia liberal representativa falhou em representar o titular do poder político, que é o povo, e que, por isso, é preciso buscar outros modelos democráticos.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Fernando Novelli. Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville. São Paulo: Millenium Editora, 2014.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. Estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Teoria geral do estado. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DUARTE NETO, José. A iniciativa popular na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A difícil democracia: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Dados da votação nas 26 capitais 1º turno das eleições 2016. Disponível em:

<<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/dados-da-votacao-nas-26-capitais-1o-turno-das-eleicoes-2016>> Acesso em: 15/11/2016

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições 2016: São Paulo foi a capital com maior número de abstenções no país. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/sao-paulo-foi-a-capital-com-o-maior-numero-de-abstencoes-no-pais>> Acesso em: 15/11/2016

DECISÕES LIMINARES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

PRELIMINARY DECISIONS ON CONCENTRATE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Vanessa Bicalho Borges¹

RESUMO

Com o objetivo de analisar a concessão de decisões monocráticas liminares em Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, este artigo inicia-se com a análise da legislação infraconstitucional aplicável ao caso e com o posicionamento adotado pela doutrina brasileira. Após, vamos analisar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e por fim avaliaremos as consequências práticas na ordem jurídica, bem como o posicionamento do Poder Legislativo frente às decisões da Corte.

Palavras-chaves: Decisões monocráticas. Liminares. Ações de Controle Concentrado.

ABSTRACT

With the purpose of analyzing the preliminary monocratic decision-making in Constitutional Control Actions, this article begins with the analysis of the infraconstitutional legislation applicable to the case, with the position adopted by the Brazilian Doctrine, after, we will analyze the position of the Supreme Court Federal law on the subject, and finally, we will evaluate the practical consequences in the legal order, as well as the position of the Legislative Branch in the face of the decisions of the Court.

Keywords: Monocratic decisions. Liminares. Concentrated Control Actions.

¹ Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal, Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Aluna do Curso de Pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: vanessaa@stf.jus.br

1 INTRODUÇÃO

Canotilho afirma que o Direito Constitucional se caracteriza pela sua posição hierarquicamente superior aos outros ramos do direito. Essa superioridade se concretiza sob três perspectivas na visão do Professor: 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autonomia normativa); 2) as normas constitucionais são as normas das normas (norma *normarum*), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas; 3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a Constituição².

O reconhecimento da supremacia da Constituição, tida como norma fundamental e fonte de validade de um dado ordenamento jurídico, levou historicamente ao estabelecimento de um sistema de proteção da eficácia e da integridade normativa desse diploma. Em todo o mundo, diversos países adotaram mecanismos destinados a garantir a prevalência das disposições constitucionais ante potenciais violações pela atuação dos Poderes de Estado, empregando para isso variadas formas e instituições. O sistema mais difundido, entretanto, foi o chamado jurisdicional, que consiste em entregar ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, passando este a exercer o controle de constitucionalidade dos atos do poder público.

A origem histórica da jurisdição constitucional vem, principalmente, dos Estados Unidos e da Áustria, que deram origem a dois sistemas marcadamente distintos. Na América, o controle de constitucionalidade foi construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde o início do século XIX, a partir do *leading case* *Marbury vs. Madison*, no qual o Relator, *Chief Justice* John Marshall, afirmou ser atribuição própria do Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto e, havendo conflito entre qualquer norma e a Constituição, afirmar a prevalência desta enquanto lei fundamental do país. A partir desse julgamento os tribunais americanos passaram a ter poderes para decidir sobre a conformidade de um dado diploma normativo com a Constituição, em qualquer caso concreto trazido à Justiça por qualquer cidadão, negando-lhe aplicação em caso de contradição com a Lei Fundamental. Nascia

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1993, 6ª Edição, pg 183.

então, por criação jurisprudencial, o controle difuso de constitucionalidade, cuja influência perduraria pelos séculos seguintes, até o presente³.

Na Europa, por sua vez, o controle de constitucionalidade surgiria muito mais tarde, na Constituição austríaca de 1920, que teve como principal idealizador Hans Kelsen, e que criou, de forma inédita, um Tribunal Constitucional com competência exclusiva para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelo Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução de casos concretos, e sim, a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com a Constituição⁴. Essa função de “legislador negativo” conciliou o princípio da soberania do Parlamento, tão caro aos europeus, com a supremacia da Constituição, cujas disposições passam a condicionar toda a produção normativa.

Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento de modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português). É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos⁵. Difundindo-se, os modelos de controle de constitucionalidade hibridizaram-se e influenciaram-se mutuamente, adquirindo a riqueza e complexidade hoje existentes nos diversos países que os adotam.

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso, por via de defesa, com o critério de controle concentrado, por via de ação direta de inconstitucionalidade⁶. Teori Zavascki afirmou que, no modelo brasileiro, a jurisdição constitucional é a atuação do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição. Essa atividade do Estado não se restringe ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida

³ TAVARES, Newton filho, Tribunais Constitucionais, disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1571/tribunais_constitucionais_tavares.pdf?sequence=4, acesso em 21/06/2019

⁴ MORAES, Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, Editora Atlas, São Paulo, 32ª Edição, 2016, pg 745.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008, pg.957.

⁶ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, São Paulo, 32ª Edição, 2008, pg. 558.

somente pelo Supremo Tribunal Federal, ela agrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende um conjunto de atribuições jurisdicionais que dizem respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais.⁷

No controle concentrado, temos as seguintes ações: Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), Ação declaratória de constitucionalidade (ADC), Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) e Ação Direta Interventiva (AD Interventiva). Tais ações têm natureza essencialmente objetiva. Já o controle difuso pode ser realizado no âmbito de qualquer ação, momento no qual a questão da inconstitucionalidade é arguida de forma incidental, desde que tenha conexão com o objeto da demanda e seja imprescindivelmente necessária ao objeto do pleito.

2 MEDIDA CAUTELAR NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

No controle concentrado, a Constituição Federal de 1988, ao discriminar a competência do Supremo Tribunal Federal previu, de forma explícita, no seu artigo 102, I, “p”⁸, o julgamento de pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade, não fazendo referência, entretanto, à possibilidade de apreciação do pedido na ação declaratória de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao apreciar pedido de liminar na ADC 4, Rel. Min. Sydney Sanches, afirmou que a função cautelar, genericamente considerada como a de adoção de providências indispensáveis para prevenir riscos de ineficácia da futura decisão de mérito, é inerente à atividade jurisdicional e lembrou que, pela mesma razão, no passado, quando a Constituição era silente sobre a concessão de liminar também na ação direta, mesmo assim o Supremo a considerou cabível, conforme podemos aferir do seguinte trecho do voto do relator que foi proferido em sessão plenária de 21/10/1999:

6. Surge aqui a indagação: é razoável afastar-se o poder cautelar do Supremo Tribunal Federal justamente nas

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, Dissertação de Mestrado – UFRGS, Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf>, acesso em 19/06/2019

⁸ BRASIL, Constituição Federal, art. 102, I, “P”, “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;”.

hipóteses em que suas eventuais decisões de mérito, pela procedência da ação, terão não só “eficácia contra todos” mas e principalmente “efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”, como estabelece o § 2º do art. 102?

Ou terá ocorrido mera inadvertência do legislador constituinte derivado, ao instituir a ação direta de constitucionalidade, sem cuidar do poder cautelar do Supremo Tribunal Federal, em processo dessa natureza?

A falta de previsão expressa do poder cautelar significa, necessariamente, que ele inexistia?

7. Na inicial foi lembrado que “... o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de liminar no processo de controle abstrato de normas, mesmo na ausência de norma autorizativa, por entender, fundamentalmente, que o poder de cautela seria inerente à própria atividade jurisdicional (RISTF, art. 175 c/c art. 22, IX)” (RP nº 933 (liminar) - Relator Ministro THOMPSON FLORES, RTJ 76:342(343)”. (À época não se previa, ainda, o poder do Supremo Tribunal Federal de conceder medida cautelar, em Representação de Inconstitucionalidade e, no entanto, a Corte o exerceu).

8. Relembro, ainda, que a medida cautelar, nesse precedente, foi requerida pelo então Procurador-Geral da República JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, hoje Decano desta Corte.

E restou deferida, por decisão unânime do Plenário, embora quanto ao cabimento da medida ficassem vencidos os eminentes Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE, BILAC PINTO e ELOY DA ROCHA (RTJ 76/342-353).

9. “Mutatis mutandis”, as razões ali expendidas, quanto ao cabimento da medida cautelar, podem ser aqui adotadas, para sua admissão, também, na Ação Direta de Constitucionalidade, mesmo sem previsão expressa do legislador constituinte derivado, que a instituiu.

10. Aliás, se se entender inadmissível a medida cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade, estará o Supremo Tribunal Federal impedido de adotar providências para prevenir efeitos contrários exatamente a possíveis decisões de mérito com eficácia “erga omnes” e força vinculante para órgãos do Judiciário e do Poder Executivo. E isso não me parece razoável, pois não é compreensível que não possa a Corte acautelar a eficácia de suas decisões de mérito.

11. Diante de todo o exposto, considero admissível, em tese, em Ação Direta de Constitucionalidade, a concessão de medida cautelar, que assegure a eficácia do futuro julgamento de mérito, na conformidade do disposto no § 2º do art. 102 da Constituição Federal, pelo qual “as decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”⁹.

Esse posicionamento acabou sendo abarcado pelo legislador ordinário, que editou a Lei 9.868, de 10/11/1999 a qual passou a regulamentar o “processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, prevendo em seu artigo 21 a possibilidade de “por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”¹⁰.

Barroso leciona que a cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade é providência de caráter excepcional, à vista da presunção de validade dos atos estatais, inclusive os normativos, e faz, ainda, a ressalva de que os requisitos a serem satisfeitos para a concessão da medida cautelar em ação direta são: a) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão. O professor ressalta, ainda, que alguns julgados se referem à relevância do pedido (englobando o sinal de bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo) e à conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória. O tardio ajuizamento da ação direta, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, normalmente irá desautorizar o reconhecimento de *periculum in mora*, inviabilizando a concessão de medida cautelar¹¹.

Expostas essas breves considerações sobre a possibilidade de concessão de medidas cautelares no âmbito do controle concentrado, vamos agora abordar a

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC 4, Rel. Min. Sydney Sanches, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>, acesso em 21/06/2019

¹⁰ BRASIL, Lei 9.868, de 10/11/1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em 21/06/2019.

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 6ª Edição, 2012, pg

controvérsia, objeto central do estudo que ora se apresenta, que surge em relação ao procedimento e às técnicas de decisão aplicáveis às medidas cautelares, as quais tem suscitado no meio acadêmico, e até mesmo no meio jurídico, algumas divergências.

3 A CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES POR MEIO DE DECISÕES MONOCRÁTICAS.

A Legislação ordinária prevê que a decisão sobre medida cautelar em ações de controle de constitucionalidade está submetida à Reserva de Plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e dos artigos 10, 12-F e 21 da Lei 9.868/1999, que assim dispõem, respectivamente:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.¹²

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

[...]

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

[...]

Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais

¹² BRASIL, Constituição Federal, art. 97, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 23/06/2019

suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.¹³

Assim, em uma leitura conjunta do sistema normativo, é possível afirmar que tanto o julgamento de mérito quanto a decisão sobre as medidas cautelares deverão observar a Cláusula de Reserva de Plenário, considerado que ambas produzem efeito sobre a vigência da norma impugnada. A Lei 9.868/1999 previu uma única exceção à regra do *full bench*, que está embasada, não na urgência ou relevância da controvérsia, e sim, na impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso, não afastando, portanto, a necessidade de se submeter a cautelar ao Plenário da Corte, tão logo termine o recesso, para o devido referendo pelo Colegiado.

Embora a norma preveja, como regra, a necessidade de submissão das cautelares ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, é possível que o Relator, observando o poder geral de cautela, aprecie a medida de forma monocrática, nas hipóteses em que a espera pelo julgamento da Sessão Plenária seguinte ao pedido da cautelar possa levar ao perecimento do direito, com consolidação de situações irremediáveis. Nesses casos, o Tribunal tem entendido que é possível aplicar, por analogia, o artigo 5º, parágrafo primeiro, da Lei 8.968/1999, que permite, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a decisão liminar monocrática em “*casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave*”.

Nesse sentido podemos destacar a nota emitida pelo Supremo Tribunal Federal em artigo escrito por Adriano Belisário, nos seguintes termos

Informamos que, ao concederem liminar monocraticamente em ADI, os ministros do STF utilizam como fundamento legal o artigo 10, parágrafo 3], da Lei 9.868/1999 (Lei das ADI's), combinado com o artigo 21, inciso V, do Regimento Interno do STF. O primeiro dispositivo diz que ‘em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado’. Já a regra do regimento prevê a atribuição do relator para determinar em caso de urgência, as medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ad referendum (a ser referendada) do Plenário ou da Turma. Por

¹³ BRASIL, Lei 9.868, de 10/11/1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em 3/06/2019

isso as liminares em ADI's devem ser submetidas a posterior referendo do Plenário.

Quanto às liminares monocráticas concedidas em ADPF, o artigo 5º, caput, da Lei 9.882/1999 (Lei das ADPFs) prevê que 'o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental'. E o seu parágrafo 1º diz que 'em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno'.¹⁴

Embora a Corte tenha se manifestado publicamente sobre a possibilidade de concessão monocrática de medidas liminares, Gilmar Mendes foi enfático ao afirmar, no ano de 2012, que

Faça-se esse registro da questão, portanto, para que fique bem claro que medidas liminares decididas de forma monocrática são em regra ilegais, por violação à Lei 9.868/99 (art. 10), e inconstitucionais, por afronta ao art. 97 da Constituição. As hipóteses excepcionalíssimas deveriam ser bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal. O quadro atual assim o exige e, dessa forma, é preciso regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade.¹⁵

A referência ao ano dessa afirmação feita pelo já então Ministro Gilmar Mendes é importante ao destacarmos os dados levantados por Adriano Belisário, segundo os quais Mendes, embora defenda a ilegalidade da medida, teria proferido decisões monocráticas em ações de controle concentrado, conforme se destaca do seguinte trecho do artigo

No levantamento, feito com código aberto, a Pública identificou 8 casos de liminares em ADIs e 3 em ADPFs, que foram expedidas por Gilmar Mendes desde 2017.

Em um desses casos (ADPF 444), Gilmar Mendes deu uma liminar, em dezembro do ano passado, vedando a prática de conduções coercitivas de investigados para interrogatório. A decisão foi confirmada em junho de 2018 pelo plenário, mas as decisões individuais relacionadas ao assunto seguem gerando polêmicas.

¹⁴ BELISÁRIO, Adriano, Ministros deram liminares monocráticas em 73 ADIs e ADPFs desde 2017, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/supremo-aplicacao-constituicao-20092018 Acesso em 23/06/2019

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade, Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/661/4540>, acesso em 21/06/2019.

Baseado nesta ADPF, Gilmar Mendes suspendeu na semana passada a prisão do ex-governador Beto Richa (PSDB-PR), um precedente que a Procuradoria-Geral da República considera grave: “Caso a decisão agravada não seja revertida, o relator da ADPF 444 será, doravante, o revisor direto e universal de todas as prisões temporárias do país”, disse Raquel Dodge.¹⁶

Destaco que a fundamentação colacionada pelo Ministro Gilmar Mendes, ao conceder a cautelar em decisão monocrática nos autos da ADI 5125, DJe de 8/2/2017, foi a proteção da ordem constitucional e a observância de dois pressupostos, quais sejam: a verossimilhança do direito e o perigo da demora, conforme se infere do *decisum*:

A concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade tem-se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como demonstra a jurisprudência do Tribunal.

Como é cediço, a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade depende do atendimento de dois pressupostos, que são: (1) a verossimilhança do direito e (2) o perigo da demora. Tenho para mim que ambos os pressupostos estão presentes no caso em tela.¹⁷

Outra crítica que se faz à concessão de cautelares por decisões monocráticas é o transcurso de tempo entre a concessão da medida e o julgamento de mérito pelo Plenário da Corte, o que aproximaria a eficácia política dos dois meios decisórios. Os números levantados no artigo de Diego Werneck e Leandro Molhano apontam que

Isso é verdade inclusive para o controle concentrado de constitucionalidade—883 decisões monocráticas liminares, incluindo presidência e vice-presidência entre 2012 e 2016, com uma média de oitenta por ministro/ano. Mais ainda, na última década, mais de 90% de todas as decisões liminares em controle concentrado foram monocráticas.

Nesse grande volume de decisões, e considerando o espaço limitado da pauta do STF, não é surpreendente que longos períodos de tempo se passem até que o plenário ou as turmas possam se manifestar sobre liminares monocráticas. Entre 2007 e 2016, passaram--se em média 1.278 dias entre uma decisão liminar monocrática, em controle concentrado, e a

¹⁶ BELISÁRIO, Adriano, Ministros deram liminares monocráticas em 73 ADIs e ADPFs desde 2017, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/justica/supremo-aplicacao-constituicao-20092018 Acesso em 23/06/2019

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 5215, DJe de 10/02/2017, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311187474&ext=.pdf>, acesso em 23/06/2019.

primeira oportunidade de manifestação colegiada no mesmo processo. Considerando-se apenas as decisões concessivas de liminares, a média é de 797 dias. Para além do controle concentrado, considerando todas as classes processuais no período de 2012 a 2016, passaram-se em média 617 dias entre a concessão monocrática de uma medida liminar e a primeira oportunidade de apreciação por um colegiado. No mesmo período, nos casos em que a liminar monocrática concessiva foi seguida de uma decisão declarando o julgamento prejudicado, o tempo de vigência da referida liminar foi, na média, de 767 dias.¹⁸

André Rufino aponta que, em alguns casos, a medida cautelar sequer chega a ser submetida para referendo pelo Plenário, seja em razão do congestionamento da pauta ou a falta de organização dos trabalhos internos da Corte, sendo possível observar medidas cautelares, deferidas em ADI, que já produzem efeitos há meses, ou até há anos. O autor ainda afirma que

“O fato da existência de leis e atos normativos com vigência suspensa (há anos) por decisão judicial de apenas um indivíduo deveria ser motivo de muita preocupação, especialmente do próprio Supremo Tribunal Federal. A manutenção dessas decisões enseja um estado de coisas inconstitucional, que afronta especialmente a regra constitucional da reserva de plenário, mas que também significa uma afronta a todo o sistema de divisão funcional de poderes e, enfim, à própria democracia representativa. Enquanto a teoria e a filosofia do direito e da política permanecem discutindo a fundo sobre a (i)legitimidade democrática do poder conferido a um grupo de juízes para suspender e/ou anular (com efeitos gerais) os atos políticos dos demais Poderes, é certo que não resta mais a menor dúvida de que, em uma democracia, um único juiz não deve deter todo esse poder.”¹⁹

Cabe destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade, agilidade na prestação jurisdicional e transparência das decisões da Corte, votou, em recente Sessão Administrativa, de 06/06/2019, pela alteração do Regimento Interno da Corte, ampliando o rol de processos que podem ser julgados em ambiente virtual. Dentre essas ampliações de julgamentos possíveis no Plenário

¹⁸ ARGUELES, Diego Werneck, RIBEIRO, Leandro Molhano, Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013, acesso em 23/06/2019.

¹⁹ VALE, André Rufino do, Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam a Constituição, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>, acesso em 23/06/2019.

Virtual está a possibilidade de se analisar as medidas cautelares em controle concentrado e de se referendar as medidas concedidas monocraticamente, conforme podemos verificar do artigo 1º, II e III, da Resolução 642, de 17/06/2019, que dispõem

Art. 1º O ministro relator poderá submeter a julgamento listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico.

§ 1º A critério do relator, poderão ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário, os seguintes processos:

[...]

II – medidas cautelares em ações de controle concentrado;

III - referendum de medidas cautelares e de tutelas provisórias;”

Outra importante consideração apontada por estudos que levantam os dados quantitativos dos julgados do Supremo Tribunal Federal, são as Ações de Controle de Constitucionalidade onde, embora concedidas decisões cautelares, não são proferidas decisões de mérito, por perda superveniente do objeto. Essas ações representam parte significativa das ações de controle de constitucionalidade, as quais tem por objeto normas oriundas do Poder Executivo, conforme se infere dos seguintes dados apontados em estudo levantado pela Sociedade Brasileira de Direito Público:

O principal motivo que leva o STF a extinguir a ação por perda de objeto refere-se aos casos em que o dispositivo impugnado deixou de vigorar. Esta situação representa 49% dos casos examinados. Na maioria das vezes, essa situação aparece nas ações em que são impugnados dispositivos pertencentes a medidas provisórias. Como indicado no gráfico anterior, a grande maioria dos casos de perda do objeto (49%) pode ser atribuída a um recuo do próprio Executivo, quer porque seus objetivos com a MP já foram atingidos, quer porque há uma decisão liminar desfavorável, ou mesmo diante da mera existência de uma ação impugnando o ato em trâmite no STF.

O segundo motivo mais recorrente que fundamenta a extinção da ação sem julgamento do mérito por perda de objeto é a falta de aditamento da inicial. Esse motivo, presente em 34% dos casos, está diretamente ligado ao motivo específico anterior, na medida em que a reedição da MP implica, segundo o STF, a necessidade de aditar a petição inicial alterando o conteúdo do dispositivo impugnado diante da reedição da MP.

Somando-se a falta de aditamento com a descontinuidade da validade do dispositivo impugnado, temos que a maioria esmagadora dos casos de extinção sem julgamento do mérito, por perda superveniente do objeto, diz respeito a mudanças legislativas que não foram determinadas pelo próprio STF, mas que, possivelmente, foram por ele influenciadas.

Quando o autor não adita a petição inicial, a ação perde o objeto, pois o dispositivo questionado deixou de vigorar. Nesses casos, verifica-se que os demandantes são os responsáveis pela extinção sem julgamento de mérito por ausência de aditamento da inicial. As situações em que os demandantes não insistem na propositura da ação, deixando de aditar a petição inicial para corrigir a redação do dispositivo questionado, dão ensejo à seguinte reflexão: nesses casos, os atores poderiam não estar interessados em um resultado efetivo de mérito, mas sim em acessar o STF apenas como forma de exercer pressão sobre os centros de poder, impugnando uma norma editada pelo Executivo federal com o objetivo de questionar as políticas do governo.

A partir dessas considerações, é possível esboçar as seguintes reflexões: a primeira está ligada ao tempo de tramitação das ações e a natureza dos atos impugnados. Muitas vezes, percebe-se que as ações que impugnam medidas provisórias perdem o seu objeto porque o STF demorou muito para julgar o mérito da ação (o que ocorre especialmente nos casos em que o julgamento da liminar já foi realizado). Considerando-se que as MPs são normas de caráter provisório, é preciso que o STF dê uma resposta rápida a fim de que a reedição da MP não prejudique o objeto da ação.”²⁰

4 A REAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO.

O Poder legislativo, em uma clara reação à quantidade de decisões monocráticas que apreciam medidas cautelares em ações de controle concentrado, propôs projeto de lei que visa alterar a redação da Lei 9.868/1999, restringindo a possibilidade de concessão de cautelares monocráticas somente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, no período de recesso, em casos de excepcional urgência, e observada a necessidade de exame da matéria pelo Plenário da Corte até a 8ª sessão subsequente ao término do recesso. A proposta foi elaborada pelo Deputado Federal Rubens Pereira Júnior e foi assim justificada:

²⁰ Sociedade Brasileira de Direito Público, Controle de constitucionalidade e judicialização: O STF frente à sociedade e aos Poderes. Disponível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/05-controlde_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em 23/06/2019.

Temos recentemente um sem número de decisões em sede de ações específicas do controle de constitucionalidade que geraram situações conturbadas de imenso alcance.

E o maior complicador é que tais decisões se efetivam, via de regra, em sede de decisões cautelares, precárias por sua própria natureza jurídica o que, indubitavelmente, gerou uma maior insegurança em seu alcance.

O presente Projeto de Lei, visa basicamente, impedir que se conceda decisões de natureza cautelar, liminar ou similares nas ações do controle concentrado de constitucionalidade que não pelo próprio pleno do Supremo Tribunal Federal e por quórum de maioria absoluta dos seus membros.”²¹

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal deu parecer pela constitucionalidade da norma, destacando os seguintes fundamentos:

É de se observar, ainda, que o Projeto se encontra em perfeita consonância com o disposto no art. 97 da CF, segundo o qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Tal disposição, referida como cláusula de reserva de plenário, é de fundamental importância para impor limites ao controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, que gozam de presunção de constitucionalidade até que decisão nos termos ali delineados seja adotada.

Aliás, parece-nos inadmissível que um ato normativo exaustivamente analisado, discutido e finalmente aprovado necessariamente por duas Casas do Congresso Nacional, contendo ao todo 594 parlamentares, e posteriormente sancionado pelo chefe de outro Poder, o Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, possa repentinamente ter seus efeitos suspensos por medida cautelar em decisão monocrática de um único Ministro do STF. E assim permanecer durante longo período, sem que a decisão seja levada ao referendo do Plenário.

Nas ações constitucionais, mais do que em quaisquer outras, a lógica deve ser a decisão colegiada, mesmo nas medidas cautelares. Não é isso, contudo, o que tem sido observado. Apesar de todas as críticas que são levantadas, tem sido crescente o número de decisões monocráticas em ações constitucionais. Segundo levantamento divulgado por sítio eletrônico especializado, foram 650 em 2018, 565 em 2017, e 323 em 2016 (matéria no portal Jota, de 15/01/2019). Parte dessas decisões talvez seja justificável, pelo aumento da demanda do Tribunal e por se tratarem de despachos corriqueiros, mas o que se verifica é que – assim como na

²¹ BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 79, disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134043>, acesso em 23/06/2019

atuação do STF como um todo – também nas ações constitucionais avulta o desprestígio da colegialidade, e o conseqüente incremento da atuação individual dos Ministros. O fato é que muitas dessas decisões monocráticas nas ações constitucionais têm elevado impacto jurídico, econômico e social, envolvendo temas de grande relevância. Basta lembrar de alguns exemplos, como o tabelamento do frete rodoviário (ADI 5.956), a transferência de controle acionário de empresas públicas (ADI 5.624), a criação de tribunais regionais federais (ADI 5.017), a vinculação de receitas para gastos em saúde (ADI 5.595) e a distribuição de royalties de petróleo (ADI 4.917). Ou seja, são vários e significativos os exemplos, assim como é de impressionar que, em temas de tal relevância, as decisões cautelares tenham perdurado durante meses, sem que tenham sido ratificadas, ou não, pelo Pleno. A questão aqui não é somente a morosidade judicial, mas também a usurpação transitória da competência do Plenário, pois a decisão monocrática substitui, no tempo e no mérito, a decisão colegiada, requerida pela Constituição. Esse problema se configura, enfim, como uma verdadeira disfuncionalidade do nosso sistema de controle de constitucionalidade, a afetar sua legitimidade e segurança. É meritória, portanto, a solução veiculada pelo Projeto, que se conjuga em três disposições. A primeira é deixar explícito nas leis que regulam a ADI e a ADPF que a medida cautelar somente poderá ser concedida por decisão da maioria dos Ministros, em conformidade com o art. 97 da CF. A segunda é excepcionar essa regra apenas durante o recesso, caso em que o Presidente do STF poderá decidir sobre a cautelar, ad referendum do Plenário, em caso de excepcional urgência. E a terceira é estipular que, nesse último caso, o Pleno do Tribunal deverá examinar a questão até a sua oitava sessão após a retomada das atividades.”²²

Em fase de apresentação de emendas, o Senador Jaques Wagner apresentou proposta de alteração dos parágrafos 4º e 5º do artigo 10, da Lei 9.868/1999, prevendo a ressalva de que a restrição à apreciação de medidas cautelares por decisões monocráticas não se aplicaria aos casos de violação às cláusulas pétreas da Constituição Federal, sob a justificativa de que

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, prevê que a liminar em ADI será deferida pelo Plenário do STF, mas não impede que presentes os requisitos de urgência e plausibilidade jurídica (*periculum in mora* e *fumus boni juris*) o Relator defira o pedido de suspensão cautelar da lei inconstitucional.

Se a proposta apresentada pelo PL 79 estivesse em vigor, seria praticamente eliminada a possibilidade de que a Corte atendesse, tempestivamente, à necessidade de sustar a

²² BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 79, disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134043>, acesso em 23/06/2019

aplicação de leis inconstitucionais, pois a conturbada pauta do STF virtualmente impede que julgamentos ocorram com celeridade.

Há centenas de casos em que liminares foram deferidas monocriticamente, e jamais apreciadas pelo Colegiado.

A proposta do PLC 79, então, inverte o ônus: mesmo presentes os requisitos o Relator não poderá conceder a liminar, nem mesmo em período de recesso, e a causa ficará perdida, projetando-se no tempo efeitos danosos à ordem pública e social.

Em temas que envolvam direitos e garantias individuais e as demais cláusulas pétreas, e os princípios da Administração Pública, a sua excepcional relevância constitucional não pode ser relativizada dessa forma, e, assim, deve ser excepcionada, quanto a tais temas, a “reserva do Plenário” que o PLC estabelece, assim como a prerrogativa que confere apenas ao presidente da Corte para deferir liminar durante o recesso.²³

Da mesma forma, e pelos mesmos fundamentos, o Senador Jaques Wagner propõe emendas às alterações legislativas apresentadas à Lei 9.882/1999, para, alterando a redação dos parágrafos 1º e 5º do artigo 5º, permitir que “durante o recesso o Relator possa deferir a liminar, e não apenas o seu Presidente, visto que na Corte Suprema, à luz da Carta Magna, inexistente quer hierarquia, quer precedência quanto à capacidade de julgamento entre seus membros”, e que “em temas que envolvam direitos e garantias individuais e as demais cláusulas pétreas, e os princípios da Administração Pública, a sua excepcional relevância constitucional não pode ser relativizada dessa forma, e, assim, deve ser excepcionada, quanto a tais temas, a “reserva do Plenário” que o PLC estabelece”.

Embora o Congresso Nacional possa encontrar fundamentação jurídica para a proposta de alteração legislativa, cabe antes uma reflexão sobre os motivos que levam aos exorbitantes números de ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Fábio Martins de Andrade, em texto publicado no editorial JOTA, faz essa importante observação, ao discorrer que

Aqui, mais do que buscar no âmbito da combatida rotina de pauta de julgamentos do STF, caberia aos parlamentares um maior cuidado quando da elaboração das leis e atos normativos, justamente para que nesse exame prévio, precário e sumário, como é a apreciação de medida cautelar e liminar,

²³ BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 79, disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7965813&ts=1560860299003&disposition=inline>, acesso em 23/06/2019

não seja fácil ou óbvio o caminho pelo seu deferimento, especialmente quando da análise monocrática. Isso sim poderia trazer maior qualidade e eficiência a segurança jurídica na promulgação de leis e atos normativos pelo Congresso Nacional. Ocorre que essa não é a realidade que se mostra na rotina legislativa.

A título exemplificativo, cabe registrar que o Congresso Nacional, especialmente a Câmara dos Deputados, continua com a deletéria prática usual de incluir os famigerados “jabutis” durante o processo legislativo de conversão de medidas provisórias. Aqui diversos exemplos recentes poderiam ilustrá-lo, sendo que optamos por não as enumerar para não cansar o leitor.

Seria mais produtivo e eficiente se o processo de elaboração legislativa superasse essa rotina deletéria de inclusão de “jabutis”, de onde naturalmente decorrem diversas ilegitimidades, que saltam aos olhos. Aí sim, talvez com a melhor disciplina do Congresso Nacional quanto ao acréscimo de emendas “jabutis”, preferencialmente proibindo-as, durante o processo de conversão de medidas provisórias e no trâmite dos projetos de leis, seria possível do esclarecido debate realizado entre os parlamentares se alcançar melhor qualidade na produção das leis e atos normativos infraconstitucionais.²⁴

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Roberto Barroso, em artigo de 2014, apontou que o Supremo Tribunal Federal, ao se aproximar da terceira década de existência democrática, passava por uma crise de funcionalidade em razão do aumento significativo da demanda por justiça, ocasionada pelo processo de redemocratização do país, que acarretou uma expansão exponencial de litigiosidade, com o conseqüente congestionamento dos Juízos e dos Tribunais, sendo necessário, portanto, enfrentar essa crise de crescimento. O Ministro ressaltou que o congestionamento do Plenário da Corte era um dos problemas a serem enfrentados à época e destacou como soluções possíveis: 1) a transferência de Competência para as Turmas e 2) a expansão do Plenário virtual. A primeira solução já teria sido adotada pela Corte em 28/5/2010 e a segunda foi assim por ele discriminada:

Há algumas outras providências capazes de desafogar o Plenário, para que a ele fiquem reservadas as questões verdadeiramente importantes. Uma delas é a seguinte: medidas

²⁴ ANDRADE, Fábio Martins de Andrade, Anotações sobre o projeto de lei que limita liminar em ADIs e ADPFs no STF, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anotacoes-sobre-o-projeto-de-lei-que-limita-liminar-em-adis-e-adpfs-no-stf-18072018>. Acesso em 23/06/2019.

cautelares em ações diretas, quando tenham sido concedidas há mais de 5 (cinco) anos, poderiam ser julgadas em Plenário Virtual, por proposta do relator. Se três Ministros discordassem da proposta, aí então a matéria iria para julgamento no Plenário Físico. O III Relatório Supremo em Números, da FGV Direito Rio, apurou que o número médio de dias de vigência de uma liminar em ação direta é de 4.914 dias, equivalente a mais de 13 (treze) anos. Chega a ser constrangedor para o Tribunal julgar definitivamente uma questão tanto tempo depois. A possibilidade de julgar o tema em Plenário Virtual abreviaria drasticamente este prazo.

Penso, igualmente, que os agravos regimentais e embargos de declaração que, presentemente, são julgados em listas, também poderiam ser decididos em Plenário Virtual. Isso nos pouparia a todos dos julgamentos em listas, que quase significam a decretação de falência do modelo. No Plenário Virtual, seria possível ter acesso ao voto que foi proferido e acompanhá-lo – ou dele divergir – de maneira mais informada, com um prazo de alguns dias. As listas são votadas em segundos. Existe, também, um grande estoque de ações diretas de inconstitucionalidade contra leis estaduais em que as questões se repetem – geralmente envolvendo provimento em cargos públicos sem concurso ou alguma outra inconstitucionalidade flagrante. Nesses casos, em que a decisão consiste em mera reafirmação da jurisprudência do Tribunal, deveria ser possível, tal como se passa com a repercussão geral, que isso fosse feito em Plenário virtual.

Desnecessário reiterar que na medida em que se libera o Plenário da discussão de questões irrelevantes ou repetitivas, potencializa-se a sua capacidade para deliberar sobre as questões que verdadeiramente interessam ao país e à definição de precedentes que sirvam de orientação para os tribunais do país como um todo.²⁵

Veja que, embora transcorrido um período razoável desde a primeira reflexão sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal acabou por adotar medidas que visam justamente ao descongestionamento do Plenário da Corte, em uma busca da efetivação dos princípios constitucionais da devida prestação jurisdicional e da celeridade processual, ao aprovar alterações regimentais que permitam a apreciação, em Plenário Virtual, das medidas cautelares, bem como o referendado das mesmas. Humberto Theodoro já afirmou que a lentidão da resposta da Justiça quase sempre a torna inadequada para a realização justa da controvérsia. O Professor destaca que

²⁵ BARROSO, Luiz Roberto, Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 24/06/2019.

Em nossos tempos, a angústia da sociedade diante da demora da prestação jurisdicional tornou-se mais intensa, não só pelo estímulo constitucional de acesso à justiça (direito cívico valorizado pelas constituições de todo o mundo civilizado), mas também e principalmente sobre a nova qualidade dos litígios. Hoje as demandas não se restringem, como outrora, ao direito de propriedade e de sucessão (questões que naturalmente exigiam ou toleravam processos lentos e complexos). O que hoje predomina no foro são as questões de massa e de interesses imediatos da pessoa, como as derivadas do direito de família, de locação, de indenização e pensionamentos por ato ilícito, as provocadas pelas relações de consumo, cuja solução não pode demorar, obviamente.

Muito embora disponha de uma das mais bem aparelhadas e eficientes justiças da Europa, a Alemanha também não está satisfeita com a prestação jurisdicional. Reclama a sociedade tedesca da sobrecarga de processos em seus tribunais e o seu volume não pára de crescer.²⁶

Logo, embora parte da doutrina teça críticas à possibilidade de apreciação dos pedidos de medidas cautelares em ações de controle concentrado por meio de decisões monocráticas, por, em tese, violar dispositivo constitucional (artigo 97), o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, de forma pacífica, com decisões proferidas por todos os Ministros da Corte, inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes, que em momento anterior havia escrito duras críticas à sistemática do Tribunal, não só por entender que a hipótese está albergada pela legislação vigente, mas também buscando atender um caro princípio constitucional, qual seja, a celeridade processual, observando sempre que a colisão de dispositivos constitucionais deve ser analisada de forma a buscar equilíbrio e proporcionalidade. Na solução de problemas jurídicos, os bens constitucionalmente protegidos devem ser coordenados uns com os outros. Onde surjam colisões, não se pode, mediante uma precipitada ponderação de bens ou muito menos uma abstrata ponderação de valores, realizar um bem jurídico constitucionalmente protegido à custa de outro.²⁷

²⁶ THEODORO, Humberto Júnior, Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em 24/06/2019.

²⁷ GUEDES, Néviton, Princípio da concordância não contraria ponderação de bens, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>. Acesso em 26/06/2019

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal, art. 102, I, “p”, “*o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;*”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23/06/2019.

SUPREMO Tribunal Federal, ADC 4, Rel. Min. Sydney Sanches, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>, acesso em 21/06/2019

ANDRADE, Fábio Martins de Andrade, Anotações sobre o projeto de lei que limita liminar em ADIs e ADPFs no STF, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anotacoes-sobre-o-projeto-de-lei-que-limita-liminar-em-adis-e-adpfs-no-stf-18072018>. Acesso em 23/06/2019.

ARGUELES, Diego Werneck, RIBEIRO, Leandro Molhano, Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013. Acesso em 23/06/2019.

BARROSO, Luiz Roberto, Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 24/06/2019.

BELISÁRIO, Adriano, Ministros deram liminares monocráticas em 73 ADIs e ADPFs desde 2017, disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/supremo-aplicacao-constituicao-20092018. Acesso em 23/06/2019

GUEDES, Néviton, Princípio da concordância não contraria ponderação de bens, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>. Acesso em 26/06/2019

MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/661/4540>. Acesso em 21/06/2019.

SOCIEDADE Brasileira de Direito Público, Controle de constitucionalidade e judicialização: O STF frente à sociedade e aos Poderes. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/05-controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em 23/06/2019.

TAVARES, Newton filho, Tribunais Constitucionais, disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1571/tribunais_constitucionais_tavares.pdf?sequence=4. Acesso em 21/06/2019.

THEODORO, Humberto Júnior, Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em 24/06/2019.

VALE, André Rufino do, Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam a Constituição, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>. Acesso em 23/06/2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, Dissertação de Mestrado – UFRGS, Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

BARROSO, Luiz Roberto, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, Editora Saraiva, 6ª Edição, São Paulo, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, Editora Livraria Almedina, 6ª Edição, Coimbra 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2ª. Edição, Saraiva, São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, Editora Atlas, 32ª Edição, São Paulo, 2016.

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, 32ª Edição, São Paulo, 2008.

BRASIL, Lei 9.868, de 10/11/1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em 21/06/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 5215, DJe de 10/02/2017, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311187474&ext=.pdf>, acesso em 23/06/2019.

SUPREMO Tribunal Federal, ADI 5215, DJe de 10/02/2017, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311187474&ext=.pdf>, acesso em 23/06/2019.