

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

LOUISE DANTAS DE ANDRADE

***AGENDA-SETTING: Análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal  
no controle de constitucionalidade concreto***

Recife  
2015

LOUISE DANTAS DE ANDRADE

***AGENDA-SETTING*: Análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal  
no controle de constitucionalidade concreto**

Dissertação apresentada do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Dr. João Paulo Allain Teixeira

Recife  
2015

**AGENDA-SETTING: Análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal  
no controle de constitucionalidade concreto**

LOUISE DANTAS DE ANDRADE

Dissertação defendida em \_\_\_\_\_  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de Mestre.

---

Presidente e orientador: Dr. João Paulo Allain Teixeira (UNICAP)

---

Examinadora externa: Dra. Michelle Fernandez (UFPE)

---

Examinadora interna: Flávia Santiago Lima (UNICAP)

Recife  
2015

*Aos meus pais e ao meu tio Antônio Souto,  
com todo amor e gratidão.*

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a minha mãe, Ayda Pereira Dantas, por ter me apoiado incondicionalmente não apenas nesta, mas em todas as etapas da minha formação, seja acadêmica ou pessoal. Ao meu pai, Maurício de Andrade Silva, por ter acreditado na minha capacidade e pelo apoio também incondicional. Ao meu tio, Antônio Souto, pelo incrível entusiasmo e pelas infindáveis horas de conversa, todas iniciadas com único objetivo de me ver crescer pessoalmente e profissionalmente. Aos meus irmãos e ao resto da minha grande família, pelo apoio muitas vezes silencioso, mas absolutamente constante.

Agradeço também ao meu orientador Dr. João Paulo Allain Teixeira, pelos vários ensinamentos ao longo desses dois anos de trabalho. Não posso esquecer também da professora Dra. Flávia Santiago Lima pelas conversas, debates e incentivo constante, que me ajudaram demais em momentos decisivos desse caminho. Meu obrigado também às professoras Dra. Marília Montenegro, Dra. Rosa Maria Freitas e Dra. Catarina Oliveira, pelo carinho e atenção, além das inúmeras conversas.

Aos amigos José Mário Wanderley Gomes e Mateus Pereira pela indiscutível contribuição à finalização desse trabalho, pelo incentivo, pelo apoio moral, pelos livros e pelas conversas. Vocês dois foram imprescindíveis desde a elaboração do projeto dessa pesquisa até a minha defesa. Preciso agradecer também as minhas amigas de faculdade, Ana Paula Azevedo, Tassiana Oliveira e Silvia Gabrielly, que estão comigo sempre, mesmo de longe, e me incentivaram sempre e até o fim em todas as minhas decisões malucas, inclusive a de me tornar professora.

Agradeço também aos meus amigos, Ivna Feliciano, Pedro Neto, Maurilo Sobral, Carol Santos, Tiago de Paula, Pedro Clericuzzi, Ariane Cruz e Lorena Lyra, por aguentar meus muitos dias de desespero e cansaço, e por sempre terem uma palavra amiga (ou uma cerveja) para me acalmar. Meu muito obrigado ainda a todos os amigos do mestrado (9ª e 10ª turmas), principalmente Elder Bringel (Eldinho), Bruno Galvão (Bambam), Sildilon Maia (Sildi), Fábio Paiva, Daniel Romaguera, Carol Salazar, Albérico Viana, Avner Pinheiro, Tâmara Marília, pela convivência, pelas inúmeras conversas sérias e ao mesmo tempo divertidas, pelos cafés, pelos almoços, enfim por fazerem parte desses dois anos de muito crescimento.

## RESUMO

A revisão judicial, desde sua criação, se tornou alvo de diversas críticas principalmente no que se refere a sua necessidade por representar o empoderamento do poder judiciário que passa a ter a prerrogativa de retirar do ordenamento jurídico qualquer norma que “supostamente” esteja afrontando a constituição, tudo com base no discurso de proteção dos direitos fundamentais e de evitar uma tirania da maioria. Apesar de polêmico, esse instituto é defendido pelos filósofos jurídicos e questionado pelos filósofos políticos, dentre eles, Jeremy Waldron, o qual repudia a utilização da revisão judicial por afrontar a igualdade dos cidadãos que deveriam por si, ou através dos seus representantes, discutir e solucionar os desacordos. No Brasil, o controle concreto de constitucionalidade retrata bem o empoderamento do poder judiciário, uma vez que a emenda constitucional n. 45/2004 criou o filtro da repercussão geral regulamentado posteriormente em 2006, o qual limita a apreciação dos recursos com base em conceitos jurídicos indeterminados, possibilitando a escolha pelo Supremo Tribunal Federal dos recursos que serão julgados. Essa possibilidade de escolha pode ser explicada pela teoria do agendamento (*agenda-setting*), que prevê a hipótese de alteração da agenda política a partir da transferência de saliência da agenda do público. Assim, foram aplicadas tais teorias ao controle concreto brasileiro, no intuito de identificar no comportamento do Supremo Tribunal Federal a existência de um comportamento seletivo em relação aos processos, bem como verificar quais assuntos tendem a ter sua repercussão geral reconhecida, verificando-se por fim se esse tipo de revisão judicial atende aos aspectos justificadores de proteção dos direitos fundamentais e prevenção de uma tirania da maioria. Para tanto, foi elaborado um banco de dados com todos os recursos que tiveram a repercussão geral reconhecida desde 2006, ao qual se aplicou o método da estatística descritiva, comprovando-se a seletividade do tribunal no que se refere a apreciação dos recursos, e ainda verificando-se a tendência do tribunal de reconhecer a repercussão geral dos processos que ensejem algum tipo de impacto orçamentário, tornando o Supremo Tribunal Federal quase um filtro de despesas dos entes governamentais, e sugerindo o descompromisso da corte com a proteção dos direitos fundamentais, ao menos nesse tipo de revisão judicial.

**Palavras-chave:** Revisão judicial, repercussão geral; agenda-setting.

## ABSTRACT

The judicial review was criticized since it was created on the grounds that represent an empowerment of the judiciary in comparison to other government institutions, especially regarding the exercise of the power to remove from the law any rule that "supposedly" is defying the constitution, on the basis of fundamental rights' protection and with the scope to prevent a tyranny of the majority. The judicial review is defended by legal philosophers and questioned by political philosophers, among them, Jeremy Waldron, which rejects the use of judicial review arguing the equality of citizens that should, by themselves or through their representatives, discuss and resolve disagreements. In Brazil, the concrete judicial review portrays the empowerment of the judiciary, since the constitutional amendment n. 45/2004 created a filter of general repercussion subsequently regulated in 2006, gives the Brazilian Supreme Court the power to select which cases will be analyzed through the appeals. These choices can be explained by agenda-setting theory, which provides hypothesis of explanation of any changes in the political agenda from its suitability to the agenda of its recipients. Thus, we applied these theories to the Brazilian judicial review in order to identify the existence of a selective behavior in Brazilian Supreme Court towards the procedure of case selection (*repercussão geral*) and saw which subjects tended to be accepted by the court, verifying finally if this kind of selection bias seeks to the protection of fundamental rights and the tyranny of the majority's prevention. Therefore, we designed a database with all the appeals that had the "*repercussão geral*" recognized since 2006, and used descriptive statistics to confirm the court's selectivity and to check the tendency of the court to recognize the general implications of the processes that result some kind of budgetary impact, making the Supreme Court almost a filter for of government agencies 'future expenses, and showing a lack of commitment to the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Judicial review; "*repercussão geral*"; agenda-setting.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Procedimento de interposição do recurso extraordinário.....	60
Figura 2 – Procedimento de análise da repercussão geral.....	63
Figura 3 – Definição da agenda pelos <i>mass-media</i> – <i>agenda-setting</i> .....	72
Figura 4 – Agendamento de primeira e segunda dimensões.....	74
Figura 5 – Os três componentes do processo de <i>agenda-setting</i> .....	76

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Percentual de casos que tiveram a repercussão geral reconhecida e negada, a partir do número de casos analisado.....	78
Gráfico 2 - Quantidade de reconhecimentos de casos com repercussão geral por ano.....	79
Gráfico 3 - Quantidade de repercussões gerais reconhecidas por ano e por relator.....	81
Gráfico 4 - Diferença entre a quantidade de recursos distribuídos, a quantidade de repercussões gerais reconhecidas e quantidade de julgamentos de mérito por ano.....	83
Gráfico 5 - Percentual de recursos que tiveram a repercussão geral reconhecida por tipo de recorrente.....	84
Gráfico 6 - Quantidade de recursos que tiveram a repercussão geral reconhecida por ano e por requerente.....	85
Gráfico 7 - Percentual de recursos com mérito julgado por requerente.....	85
Gráfico 8 - Quantidade de recursos com repercussão geral reconhecida por matéria.....	87
Gráfico 9 - Quantidade de recursos com repercussão geral reconhecida por tipo de requerente.....	88
Gráfico 10 - Temas com repercussão geral reconhecida interpostos pelo ministério público.....	89
Gráfico 11 - Percentual de recursos sobre direitos fundamentais interpostos pelo ministério público, com repercussão geral reconhecida.....	90
Gráfico 12 - Matérias com repercussão geral reconhecida referente a amostra de provável interferência no orçamento público.....	91

## SUMÁRIO

RESUMO.....	v
ABSTRACT.....	vi
LISTA DE FIGURAS.....	vii
LISTA DE GRÁFICOS.....	viii
INTRODUÇÃO.....	11
1. REVISÃO JUDICIAL V. ASSEMBLEIAS LEGISLATIVAS.....	14
1.1. As democracias constitucionais e a justificação da revisão judicial.....	14
1.2. O poder legislativo v. poder judiciário: os desacordos e a física do consentimento.....	24
1.3. O problema da revisão judicial.....	30
1.4. Conversando com as críticas: as limitações utilização da teoria e a “zona de livre legitimidade”.....	35
2. A REVISÃO JUDICIAL NO BRASIL: AS NUANCES DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	38
2.1. O controle concreto no Brasil pré-1988.....	38
2.2. O controle concreto na Constituição Federal de 1988.....	47
2.3. Controle concreto: características e efeitos da decisão.....	50
2.4. Apontamentos sobre o recurso extraordinário: da origem ao procedimento.....	55
2.5. Repercussão geral e a abstrativização (esvaziamento) do controle de concreto.....	61
2.6. Comentários sobre as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil ao controle concreto.....	67
3. AGENDA-SETTING: O COMPORTAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	70
3.1. Teoria do agendamento.....	70
3.2. Supremo Tribunal Federal: <i>agenda-setting</i> e controle concreto de constitucionalidade.....	77
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS.....	94

## INTRODUÇÃO

O surgimento da revisão judicial (*judicial review*) apontou para uma diversificação da discussão filosófica sobre o papel exercido pelos poderes estatais, especialmente pelo poder judiciário. A decisão da Suprema Corte Americana (ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*) de admitir a retirada de uma lei do ordenamento jurídico por um órgão judicial formado por magistrados não eleitos diretamente pela sociedade civil, detentora do poder soberano, deslocou a discussão para a legitimidade de tal decisão.

Esse foi o estopim para o desenvolvimento de boa parte da filosofia jurídica e política contemporânea, analisando uma nova redistribuição de poderes e ainda as consequências de uma interferência de um poder na atividade de um outro. Duas correntes filosóficas foram então formadas, no que se refere à revisão judicial, a primeira, a favor da utilização da referida revisão, em virtude da necessidade de proteção das minorias de uma eventual “tirania da maioria” e da necessidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Para esses estudiosos, o magistrado só estaria aplicando a constituição, a qual todos se obrigaram por meio da manifestação do poder constituinte, evitando que a própria sociedade se afastasse das diretrizes ali especificadas, que poderiam ser alteradas sempre que o legislativo a isso se propusesse, o que poderia anular o entendimento dos tribunais.

Nesse contexto, a revisão judicial seria absolutamente necessária para proteger a própria democracia, considerando que nas democracias constitucionais o objetivo das instituições governamentais não poderia ser outro a não ser efetivar os ditames constitucionais, alinhando a sociedade sempre que houver algum tipo de divórcio entre o texto e a prática.

Apesar da disseminação dessa visão principalmente entre os juristas, uma segunda corrente passou a questionar veementemente esse posicionamento, observando que nada qualificaria como democrática a atuação do poder judiciário na revisão judicial, uma vez que este na maioria dos casos não é sequer composta por magistrados escolhidos pela população, além de utilizar exatamente o mesmo sistema de votação usado pelo poder legislativo na tomada de decisões, qual seja o voto majoritário. Dentre outros, esse é o pensamento desenvolvido por Jeremy Waldron.

Para Waldron, a filosofia jurídica se empenhou em desqualificar o poder legislativo que acabou estigmatizado como um poder composto por pessoas sórdidas

e individualistas, capazes apenas de considerar seus próprios interesses. Essa desqualificação foi associada com a disseminação de um entendimento diametralmente oposto do poder judiciário, sendo este um poder absolutamente ético que objetiva sempre a promoção da justiça, através da aplicação estrita da lei e da constituição, protegendo por consequência a sociedade civil.

No Brasil, esse entendimento se tornou praticamente um senso comum, facilmente encontrado nos mais diversos livros sobre jurisdição constitucional, mesmo que aparentemente nenhum estudo de observação do comportamento do Supremo Tribunal Federal tenha sido desenvolvido para confirmar tal hipótese. Esse é justamente o objetivo do presente trabalho: identificar dentro do controle de constitucionalidade concreto se o Supremo Tribunal Federal atua pela defesa da democracia e da proteção dos direitos fundamentais efetivamente, identificando ainda outras vertentes comportamentais, como se há ou não cooperação efetiva entre os poderes judiciário e executivo, etc.

Partindo dessa problemática inicial, o primeiro capítulo foi destinado a análise da “Teoria dos Desacordos” de Jeremy Waldron, a qual apesar de não ser a única, teve grande repercussão ao abordar a questão da revisão judicial partindo de uma visão mais realista do poder judiciário e de seus componentes, retirando-os do pedestal em que foram colocados pela filosofia jurídica e personificando-os como membros da sociedade civil que podem e cometem erros, independentemente da sua formação acadêmica que por si só não empresta um entendimento e visão superiores ou mais acertados de mundo e de vida em comunidade.

Sem essa visão mais realista, não seria possível neste trabalho analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal, porque este seria considerado um poder isento de erros e problemas, ou mesmo que não isento, tendente a cometer erros justificáveis em virtude da sua empreitada subentendida de buscar a verdade e a justiça. Vale salientar, que ao contrário do que se pode pressupor, esse trabalho não apreende a teoria dos desacordos como correta, ou detentora de uma análise absoluta, mas tão-somente como a teoria mais adequada a análise do problema de pesquisa desenvolvido, motivo pelo qual no fim do primeiro capítulo foram apontadas diversas limitações da teoria base.

Ultrapassada a questão filosófica, passou-se a análise teórica do controle de constitucionalidade concreto que se deteve nos pontos mais controversos do instituto contemporaneamente, com atenção especial a exigência da comprovação de

existência da repercussão geral no recurso extraordinário (incluída pela EC n. 45/2004) e ao esvaziamento do controle concreto, isso porque, esse instituto possibilita que o poder judiciário efetivamente escolha quais os casos serão julgados pelo tribunal, numa efetiva formação de agenda de julgamento.

O último capítulo se dividiu em duas partes: inicialmente, foi analisada a teoria do agendamento (agenda-setting), no intuito de encaixar o instituto da repercussão geral em sua hipótese geral, e subsequentemente foram analisados, a partir da literatura utilizada nos dois primeiros capítulos, os dados colhidos no site do Supremo Tribunal Federal, referentes aos recursos que tiveram a repercussão geral reconhecida até o dia 25/11/2014, no total de 540 processos, a partir de variáveis como ano de reconhecimento, ministro relator, ano de julgamento, tema e matéria, que ao serem cruzadas sugeriram a utilização do controle de constitucionalidade concreto como instituto de indiscutível cooperação entre os poderes, e não como meio de efetivação de direitos fundamentais e proteção de minorias.

## 1 REVISÃO JUDICIAL VS. ASSEMBLEIAS LEGISLATIVAS

Este primeiro capítulo foi dividido em quatro partes. Na primeira, foi apresentado o contexto histórico de formação das democracias constitucionais a partir da realocação do conceito de soberania popular e de poder constituinte, que após as revoluções liberais resultaram na alteração da função do poder judiciário diante dos demais poderes, com o surgimento do controle de constitucionalidade (*judicial review*), quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte Americana em 1803.

Esse empoderamento da Suprema Corte Americana, replicado posteriormente em vários países, repercutiu na filosofia política e constitucional ao deslocar o eixo da discussão para a legitimidade democrática do poder judiciário para exercer o controle de constitucionalidade, efetivado a partir da retirada de um ato normativo do ordenamento jurídico. Ato normativo este devidamente aprovado pelo poder legislativo, que teoricamente é o representante do povo.

Para analisar a questão da legitimidade democrática, bem como a posição do poder judiciário na divisão de poderes do Estado, foi analisada a “Teoria dos Desacordos” de Jeremy Waldron, no segundo e terceiro pontos, que parte do princípio da igualdade para justificar a desnecessidade da utilização da revisão judicial. Para Waldron, a discussão não deve ser posta como busca pela justiça e pela efetivação de direitos, mas sim se é razoável que um grupo de magistrados tenha autoridade para alterar uma decisão do povo, ainda que tomada através de seus representantes. A questão, nesse sentido, se alocaria na teoria da autoridade e não na teoria da justiça.

Por fim, na quarta parte deste capítulo foram apresentadas algumas críticas às limitações da teoria dos desacordos, partindo de seus próprios pressupostos, motivo pelo qual não foi feita a tradicional abordagem procedimentalistas vs. substancialistas.

### 1.1 As democracias constitucionais e a justificação da revisão judicial

As democracias constitucionais<sup>1</sup> implementadas a partir do fim século XVII, em momentos históricos de ruptura, foram o resultado de uma revolução intelectual

---

<sup>1</sup> Democracias constitucionais são aquelas que trazem a Constituição como eixo organizacional do Estado e protetivo do cidadão, ao qual devem invariavelmente se submeter os governantes.

iniciada ainda na Idade Média, que construiu o conceito de soberania popular utilizado na contemporaneidade.

Marsílio de Pádua foi o primeiro filósofo a se debruçar sobre o tema durante um conflito entre o imperador do sacro império romano-germânico (Luís VI) e o papa João XXII, no qual se discutia quem seria o titular da soberania. Contra todas as expectativas, Marsílio identificou a multidão como titular do poder soberano, que possuía o direito de nomear os governantes fossem eles espirituais ou políticos, e ainda que essa mesma multidão deteria a legitimidade para formar o governo, estabelecer as leis fundamentais e criar as repartições públicas. Essa conclusão resultou na condenação do filósofo como herege pela Igreja Católica em 1327 (KALYVAS, 2013, p. 44-45).

Nesse contexto, com uma clara influência da filosofia aristotélica, houve uma elevação da posição daqueles que criam o governo em relação aqueles que governam, estabelecendo a soberania como elemento justificador do poder constituinte, capaz de criar e destituir governos, não se tratando mais de uma disputa de autoridade entre um imperador absoluto com poder justificado pela linha hereditária e um líder religioso com o poder justificado na divindade, mas sim de uma concessão de exercício do poder pela multidão.

Essa questão só foi revisitada mais de dois séculos depois pelo “huguenotes” franceses, que radicalizando a teoria de Marsílio passaram a pregar a desobediência e a resistência civil associadas aos ideais liberais. A teorização do poder constituinte evoluiu em grande parte até a época da Guerra Civil Inglesa (1642-1651) e da Revolução Gloriosa (1688), colocando nas mãos do povo o poder soberano e atingindo a distinção central entre poder constituinte e poder constituído, através das obras de filósofos como Locke, Lawson e Algernon Sidney (KALYVAS, 2013, p. 49-55).

A Revolução Gloriosa alterou a conjuntura de poder no parlamento inglês que passou a ser dividido entre o rei, a aristocracia (*house of lords*) e o povo (*house of commons*), cabendo ao rei apenas o poder de veto e aos demais o poder da deliberação (MENDES, 2007). Essa construção dos poderes estatais passou a ser vista como um modelo pelos demais países da Europa, tendo sido criado não como uma forma de implementação de alguma justiça social, mas sim para atender aos interesses da classe burguesa emergente, justificada em dois pontos principais: (i) a separação dos poderes; e, (ii) a proteção dos direitos individuais.

A separação dos poderes foi o instrumento pensado, no âmbito da teoria liberal, para efetivar e proteger os direitos individuais na medida em que estruturou o poder do Estado a partir das suas atividades principais e gerais – limitando normativamente sua atuação – imputando a execução das leis ao poder executivo, a elaboração das leis ao poder legislativo (eleito pelo povo soberano), e criando um poder com competência para forçar o cumprimento das leis, seja pelos representantes dos demais poderes ou pelos cidadãos, e por consequência, dando efetividade aos direitos individuais.

Entretanto, a tripartição não foi o suficiente para solucionar a questão da representatividade no poder legislativo, tornando deficitário o exercício da soberania popular (MENDES, 2007), levada à discussão pelas duas revoluções subsequentes, as quais foram as responsáveis por cunhar o conceito contemporâneo de democracia constitucional: a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

Apesar de ambas as revoluções terem se justificado filosoficamente na existência de um poder constituinte, de titularidade do povo<sup>2</sup>, suas contribuições foram diferentes. No caso americano, a constituição além de ter delimitados a atuação do Estado, forneceu as bases para a instituição do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), por identificar que “o constitucionalismo sem democracia redundaria em absolutismo parlamentar” (MENDES, 2007).

O sistema de freios e contrapesos, enquanto conjunto de instrumentos de controle incluídos na própria constituição, serve como um limitador da soberania criado pelo próprio povo, numa espécie de compromisso de manutenção do regime democrático e da separação dos poderes em detrimento de uma atuação tirânica da maioria, isso porque, para no constitucionalismo norte-americano o judiciário jamais seria perigoso para o regime político ou para os demais poderes (CHAUX DONADO, 2013, p. 93; LIMA, 2014, p. 35-37).

Há portanto, uma justificação inicial da atuação do poder judiciário e especialmente da Suprema Corte que aliada à visão de que a competência para interpretar as leis era dos magistrados (LEITE, 2007, p. 13), resultou na criação da

---

<sup>2</sup> A soberania do povo, base do poder constituinte, inicialmente tratada por Marsílio de Pádua e durante a Revolução Francesa fortalecida por La Fayette e Condorcet, foi reduzida pelo Abade de Sieyès ao conceito homogêneo de nação, resultando na “subsequente exploração nacional-plebiscitária e desfiguração populista do poder constituinte. Com a Revolução Francesa, o conceito, capturado no domínio da representação, tornou-se um intrincado paradoxo lógico e uma formulação legal enigmática que produziu apropriações politicamente suspeitas e refutações polêmicas” (KALYVAS, 2013, p. 60-61).

revisão judicial das normas criadas pelo poder constituinte derivado, através do julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte, alterando completamente o cenário de atuação do poder judiciário no mundo.

O julgamento *Marbury vs. Madison*, ao contrário do que se pode considerar de forma inicial e desavisada, não teve por objetivo criar a revisão judicial, mas sim resolver a lide acerca da nomeação de William Marbury para o cargo de juiz federal, impedida por questões políticas. Naquele momento histórico, final do ano de 1800, o atual presidente americano John Adams e os aliados federalistas perderam a eleição presidencial para Thomas Jefferson e também as eleições para o legislativo, assim, para evitar a perda total da sua influência política, os federalistas se articularam no poder legislativo e aprovaram uma lei de reorganização do poder judiciário (*the Circuit Court Act*), que estabeleceu a redução do número de magistrado da Suprema Corte e criou 16 (dezesseis) novos cargos de juízes federais, todos preenchidos por federalistas aliados de John Adams (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Subsequentemente, na véspera da posse de Thomas Jefferson, John Adams assinou as investidas para os novos juízes, tendo John Marshall (naquele momento Secretário de Estado, tendo em vista que só assumiu a presidência da Suprema Corte quando Thomas Jefferson assumiu seu mandato) ficado encarregado de entregá-los e nomear os magistrados. Entretanto, John Marshall não conseguiu fazê-lo em um dia, motivo pelo qual alguns magistrados não receberam a nomeação.

Ao tomar posse, Thomas Jefferson determinou que as nomeações restantes não fossem entregues pelo seu secretário James Madison, incluindo a nomeação de William Marbury, que apresentou o *writ of mandamus* à Suprema Corte, com base no *The Judiciary Act* de 1789, porém, o Congresso revogou a lei de reorganização do judiciário federal (*the Circuit Act* de 1801), suprimindo a sessão designada pela Suprema Corte para o ano de 1802, na qual seria apreciado o caso. A esse contexto, dois pontos de tensão podem ser acrescidos: (i) Thomas Jefferson desconsiderava a legitimidade da decisão da Suprema Corte que determinasse a entrega dos atos de investidura, dando a entender que não cumpriria tal decisão; e (ii) no início de 1802 o legislativo iniciou um processo de impeachment de um juiz federalista, que poderia ser estendida aos magistrados da Suprema Corte (BARROSO, 2012, p. 26-27).

Foi essa questão fundamentalmente política que foi a julgamento da Suprema Corte, presidida por John Marshall, que dedicou seu voto a demonstrar o direito de Marbury à investidura no cargo, o cabimento do *writ of mandamus* e a legitimidade da

Suprema Corte para deixar de aplicar uma lei quando esta afronta a constituição. Ao discorrer sobre o cabimento da ação Marshall argumentou que apenas dois tipos de atos do Executivo poderiam ser excluídos da revisão judicial: (i) os atos de natureza política; e, (ii) os atos aos quais tivesse sido atribuída discricionariedade exclusiva pela Constituição ou pela lei. Tal argumentação deixava claro que os atos do poder Executivo poderiam ser submetidos ao controle jurisdicional tanto para análise da sua constitucionalidade, quanto para análise da sua legalidade (BARROSO, 2012, p. 29).

Mas foi ao analisar a legitimidade da decisão da Suprema Corte para deixar de aplicar uma lei inconstitucional que a John Marshall alterou a atuação do poder judiciário em todo o mundo. Para ele três argumentos justificariam a atuação da Corte na revisão judicial: (i) a supremacia da constituição; (ii) por decorrência imediata da supremacia da constituição, qualquer ato do poder legislativo que contrarie a constituição é nulo; e, (iii) o poder judiciário seria o intérprete final da constituição (BARROSO, 2012, p. 30).

Tais argumentos realocam o poder judiciário na divisão dos poderes e refletem a necessidade da política daquele momento histórico promovendo uma relativa limitação ao poder soberano do povo, que não mais poderia ser considerado como intérprete final da constituição, essa função teria sido delegada não pelo povo, mas por uma interpretação da própria Suprema Corte, para proteger seus interesses políticos.

Já no caso francês, não se admitiu nenhuma limitação ainda que parcial do poder constituinte, o qual teve preservada sua autonomia para manutenção do regime revolucionário e para alteração, a qualquer tempo, do texto constitucional. Isso, com base na construção teórica do poder soberano de Joseph Sieyès que deslocou a titularidade da soberania do povo como indivíduo para a nação representada pelo “Terceiro Estado”<sup>3</sup>, composto de todos aqueles que desempenhavam trabalhos

---

<sup>3</sup> “Todos os trabalhos particulares podem se resumir em quatro classes: 1ª) como a água e a terra fornecem a matéria-prima das necessidades do homem, a primeira classe, na ordem das ideias, são todas as famílias ligadas aos trabalhos do campo; 2ª) a partir da venda das matérias-primas até seu consumo ou sua utilização uma nova mão-de-obra multiplica e acrescenta a estas matérias um segundo valor, mais ou menos composto: a indústria humana. Ela consegue aperfeiçoar os benefícios da natureza, e o produto bruto dobra, decuplica, centuplica seu valor. Estes são os trabalhos de segunda classe; 3ª) entre a produção e o consumo, assim como entre os diferentes graus de produção, se estabelece uma multidão de agentes intermediários, úteis, tanto aos produtores como aos consumidores são os comerciantes e os negociantes. Os negociantes que o tempo todo comparam as necessidades ocasionais, especulam com o depósito e o transporte. São os comerciantes que se encarregam, em última análise, da venda, no atacado e no varejo. Este tipo de atividade caracteriza a terceira classe; 4ª) além dessas três classes de cidadãos trabalhadores e úteis, que se ocupam do

particulares e funções públicas, sem nenhum privilégio (como os privilégios atribuídos a aristocracia), ou seja, todos aqueles sobre os quais recai o ônus de produção e manutenção do Estado, seja por força do seu trabalho ou pelo pagamento dos impostos, o afastamento dessa parte da população de criar as leis que a governava afrontavam o direito natural de governar.

Era a nação unida pela vontade geral de se associar em um contrato, a responsável pela elaboração em um segundo momento do ordenamento jurídico que trará as diretrizes a serem seguidas pela sociedade, que será composto pelas leis fundamentais (que por serem a tradução do contrato social daquela nação não podem ser alteradas posteriormente pelos legisladores ordinários) e pelas leis fundadas (que seriam o direito posto, a lei ordinária). Há, portanto, uma clara diferenciação entre poder constituinte e poder constituído, não sendo possível ao poder constituído alterar a decisão da nação na criação de sua constituição (SIEYÈS, 2001, p. 48-49).

Nesse contexto a nação, detentora do poder constituinte, jamais poderia ser submetida a nenhuma constituição porque “uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito político” (SIEYÈS, 2001, p. 51). O poder constituinte se constitui então em um fato “antilegal” em face do direito positivado naquela sociedade, mas não antijurídico, porque rompe com uma ordem jurídica vigente substituindo-a por uma nova, conseqüentemente criando uma nova concepção de direito, transformando sua substância (CANOTILHO, 1993, p. 97-98).

Assim, ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos, na França, sendo a magistratura composta por nobres da corte portadores da desconfiança da população, já que integrantes da minoria privilegiada, a estruturação do novo regime contou com a elevação dos poderes atribuídos ao legislativo e a conseqüente redução dos poderes que eventualmente poderiam ser concedidos ao judiciário, evitando a submissão dos representantes do povo pelos demais poderes.

É bastante visível o contraste do desenvolvimento da noção de supremacia da Constituição nos Estados Unidos e na Europa continental. Basta observar que enquanto a Suprema Corte americana efetuou o controle

---

objeto próprio do consumo e do uso, é preciso ainda que haja em uma sociedade um grande número de trabalhos particulares e de serviços diretamente úteis ou necessários para o indivíduo. Esta quarta classe inclui desde as profissões científicas e liberais mais consideradas, até os serviços domésticos menos valorizados” (SIEYÈS, 2001, p. 01-02).

judicial de constitucionalidade das leis em 1803, afirmando a superioridade normativa do texto constitucional e o dever de defendê-lo, dever esse que é compartilhado por todos os juizes do país, em 1804 surgiu o Código Civil de Napoleão, expressão contundente do legalismo, pelo qual o juiz não poderia ir além da letra da lei. Então, se do constitucionalismo americano se afirmou a supremacia da Constituição, nos países da Europa continental, assim como naqueles que seguiram a tradição do constitucionalismo francês, afirmou-se, diferentemente, a supremacia do Parlamento.

Portanto, a limitação normativa da Constituição, a crença de que o Parlamento representava a “vontade geral” e a busca por uma maior limitação dos poderes dos juizes formaram o ambiente para a consagração do primado da lei e dos códigos e, conseqüentemente, de sua idolatria. Esse ideário se expandiu por vários países influenciando, em maior ou menor medida, a relação entre Constituição, leis ordinárias e atividade jurisdicional (LEITE, 2007, p. 23).

Essas diferenças, aliadas ao advento das duas grandes guerras mundiais, foram o suficiente para a criação de dois modelos absolutamente diversos de controle das atividades legislativas do Estado: de um lado o modelo americano com o controle de constitucionalidade difuso, e do outro o modelo austríaco de controle concentrado<sup>4</sup> (que se espalhou pela Europa continental), ambos justificados na defesa da democracia e na proteção das minorias em face de uma eventual “tirania da maioria” exercida através do voto majoritário, preservando teoricamente a liberdade, os direitos e a igualdade política.

A partir desse momento o eixo de discussão na filosofia política e jurídica foi deslocado para a existência ou não de legitimidade do poder judiciário em retirar do ordenamento jurídico uma norma criada pelo poder legislativo, que seria efetivamente o representante do povo<sup>5</sup>. De um lado os defensores do ideal democrático declarando que a revisão judicial se reflete como uma limitação a soberania popular, na medida em que além de impor obstáculos à alteração do texto constitucional autoriza a um poder instituído a competência para exercer controle sobre as alterações realizadas na constituição. Por outro lado, os defensores do constitucionalismo contemporâneo informando que impossibilitar o exercício da revisão judicial poderia inviabilizar a existência do regime democrático (FORONI, 2014, p. 144).

---

<sup>4</sup> O modelo austríaco de revisão judicial idealizado por Hans Kelsen, também conhecido como controle abstrato de constitucionalidade, se diferencia do controle concreto (estudado no presente trabalho) principalmente por ter os efeitos da decisão estendidos a toda a sociedade (efeito *erga omnes*) e não apenas as partes do processo. No Brasil, as ações que instrumentalizam esse modelo de revisão judicial devem ser apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, ou ainda aos Tribunais de Justiça, por algum dos legitimados do rol do art. 102, I da CF/88.

<sup>5</sup> Apesar de consciente da existência de uma crise de representatividade, já em estudo pela filosofia política, não é essa a discussão que se pretende trazer neste trabalho, mas sim fazer uma análise empírica do controle de constitucionalidade concreto no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do comportamento do Tribunal nesses casos, motivo pelo qual o assunto não será abordado.

Esse embate entre constitucionalistas e democratas ainda está longe do fim, ampliando substancialmente as análises científicas por todo o mundo, seja sobre o tipo de atuação dos tribunais (ativista ou auto contida), seja sobre a interação entre os poderes (diálogos institucionais) e conseqüentemente sobre uma nova divisão de poderes. Apesar das infindáveis possibilidades investigativas, o foco do presente trabalho é justamente a análise acerca do discurso justificador da revisão judicial, no intuito de entender por que o poder soberano do povo, representado pelo poder legislativo nas democracias representativas, estaria condicionado a atender aos termos das decisões proferidas por magistrados que não necessariamente representam a opinião popular? E mais, por que a comunidade jurídica em geral encara a atuação dos tribunais constitucionais com tanta naturalidade?

Para Jeremy Waldron (2003, p. 01-07), durante o passar dos séculos, a política passou a ser vista sob o manto de indignidade, não devendo ser acompanhada ou sequer discutida pelas pessoas comuns, posto que caracterizada pelo jogo sujo de interesses pessoais e pela ocorrência de negociatas para aprovação de projetos de leis diversos. Já não se trataria de um poder legislativo com condições de discutir temas importantes, aprovar leis que atendam às necessidades da sociedade civil e fortalecer um regime democrático, mas de um poder tão descaracterizado e desacreditado que constituiria uma ameaça à própria democracia.

Isso porque a figura do legislador para a crítica tradicionalista seria uma anomalia, já que propagandeada como uma pessoa capaz de alterar indiscriminadamente as normas a serem respeitadas pela sociedade, independentemente dos costumes tradicionais que constituiriam a própria identidade daquela comunidade. Nesse contexto, o poder legislativo é encarado como um amontoado de pessoas vindas das mais diversas classes sociais e sem o conhecimento e a capacidade de reflexão necessários às discussões de princípio e moral que surgem no âmbito da sociedade, resultando no descarte da concepção da necessidade de uma legislatura forte, conseqüentemente consolidando a utilização da revisão judicial.

O magistrado, em contrapartida é encarado como um indivíduo ao qual cabe buscar a vontade da lei através formulação de decisões que são envolvidas pelo manto da concepção de criação jurisprudência (e no caso norte-americano, dos precedentes), mas que na prática transforma o resultado de um processo específico em legislação. A busca pela vontade da lei pelo juiz tem nesse contexto duas

consequências imediatas: (i) o poder judiciário se exime da responsabilidade sobre a interpretação dada ao dispositivo legal, vestindo a máscara da imparcialidade; (ii) o poder judiciário se torna teoricamente o guardião da justiça, aquele capaz de manter o bem estar social, desqualificando a atuação dos outros poderes e se resguardando de eventuais questionamentos acerca da aplicação da legislação.

Em contraste com outras fontes de direito, a legislação tem atributos do descarado e do impudente. Um juiz quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que ele faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está descobrindo o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como um legislador. Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que não podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. A linguagem e o estilo são declarativos mesmo se a realidade for revisionista. A legislatura, por contraste, tem a impudência de dizer: “Esqueçam o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora”. E supõem-se que a lei foi mudada – mudada, como digo, descaradamente – em virtude de nada mais decoroso do que o reconhecimento pela comunidade da intenção deliberada do corpo legislador de fazer exatamente isso (WALDRON, 2003, p. 13-14).

Para descaracterizar não apenas, mas também a crítica tradicionalista sobre a figura do legislador, o positivismo jurídico se sustentou sobre três teses básicas: “a) que o Direito é uma questão de fatos sociais; b) que o Direito e a moral são dois sistemas normativos distintos; c) que o Direito tem natureza semântica” (STOLZ, 2007, p. 102). A distinção entre direito e moral anuncia a justificação para a existência do legislador por limitar sua competência de alteração normativa às normas infraconstitucionais.

Waldron identifica esse comportamento na teoria desenvolvida por Hebert Hart que resultou na criação de um sistema de normas no qual apenas as regras morais e os princípios de uma comunidade não seriam suscetíveis a uma “mudança deliberada” (WALDRON, 2003, p. 14-15). O ordenamento jurídico, nesse sentido, seria formado por dois tipos de normas<sup>6</sup>: (i) primárias, que norteiam o comportamento do cidadão na

---

<sup>6</sup> “É verdade que a ideia de uma regra não é, de forma alguma, uma ideia simples: vimos já no Capítulo III a necessidade de distinguir entre dois tipos de regras diferentes, embora relacionados se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico. Por força das regras de um tipo, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação as primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que

sociedade estabelecendo deveres e determinando que se abstenha de realizar certos atos, impondo deveres em sentido positivo e negativo; e, (ii) secundárias, que concedem a esse mesmo cidadão a possibilidade de alterar as normas primárias através de procedimentos nelas especificados, com o objetivo de solucionar os problemas eventualmente encontrados nas regras primárias, como ausência de certeza, dificuldade de incorporação de mudanças ocorridas na sociedade, etc (STOLZ, 2007, p. 105).

As normas secundárias, por sua vez, seriam divididas em regras de reconhecimento, de alteração e de adjudicação, sendo as regras de alteração as responsáveis pela atribuição de competência aos órgãos para o ajuste da realidade social vigente “por meio da introdução, exclusão e modificação de normas” e as de reconhecimento aquelas que tem por função estabelecer os critérios de validade da norma jurídica, ou seja, qualquer norma aprovada sob os referidos critérios de validade serão consideradas normas jurídicas válidas e reconhecidas em todo o ordenamento jurídico como tal (STOLZ, 2007, p. 105).

Esse cenário resulta na imputação do título de legislação as normas criadas a partir de um procedimento formal específico independente do eventual conteúdo moral que possa apresentar, atribuindo-lhe autoridade em função da forma prescrita nas regras de reconhecimento. Waldron (2003, p. 18), identifica a manutenção dessa tendência nos positivistas contemporâneos, mas com uma diferença crucial: a regra de reconhecimento passa a orientar o reconhecimento mútuo entre os tribunais de suas próprias decisões, fortalecendo ainda mais a atuação do poder judiciário.

Em algumas teorias positivistas a legislação está muito pouco presente. Joseph Raz sustenta, por exemplo, que é um erro pensar que o Parlamento é um elemento chave para a sistematicidade de um corpo legal. O que faz com que o sistema jurídico seja um sistema, segundo Raz, não é a posição dominante do Parlamento, mas sim o fato de que existe um conjunto organizado de instituições aplicadoras de normas que reconhecem a validade destas em virtude de critérios baseados em suas fontes. Na concepção positivista tradicional, uma expressão como “critérios de validade baseados nas fontes” nos remeteria a figura do legislador. Mas, em princípio, diz Raz, não há nenhuma razão para que os tribunais precisem se orientar para uma legislatura. Os critérios de validade compartilhados por um conjunto de tribunais podem referir-se simplesmente a uma herança de decisões que foram tomadas por outras instituições aplicadoras de normas similares (WALDRON, 2005, p. 44-45) - tradução livre.<sup>7</sup>

---

conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações” (HART, 2001, p. 91).

<sup>7</sup> “En algunas teorías positivistas la legislación está muy poco presente. Joseph Raz sostiene, por ejemplo, que es un error pensar que el Parlamento es un elemento clave para la sistematicidad de un

Para Waldron (2005, p. 45), essa tendência de reconhecimento das decisões judiciais como fonte de lei, em detrimento das funções do poder legislativo, elevaria eventuais erros cometidos nos casos julgados ao status de norma jurídica válida, além de reduzir o poder legislativo ao ponto de ser desnecessário a alguns sistemas jurídicos. Essa redução de importância do poder legislativo, entretanto, estaria na contramão da filosofia política, uma vez que a figura do legislador perde seu caráter de representação do poder soberano do povo e por consequência se consolida na sociedade civil o discurso de desnecessidade da sua atuação.

Partindo dessa premissa, antes de justificar a existência e a eventual necessidade de um controle de constitucionalidade operado pelo poder judiciário, é necessário conhecer seus elementos: os direitos, os tribunais e os parlamentos. Em sua obra, Waldron foca a análise na atuação do poder legislativo desmistificando a utilização do voto majoritário e colocando a questão dos desacordos como pressuposto do regime democrático, como se verá mais a frente.

## **1.2 O poder legislativo vs. poder judiciário: os desacordos e a física do consentimento**

Aparentemente a filosofia jurídica não se debruçou sobre o estudo dos parlamentos em si, mas sim sobre o estudo do poder judiciário e sua relação com a lei através da formulação de teorias da decisão, descartando completamente o parlamento como estrutura formada por centenas de pessoas capazes de discutir profundamente as questões importantes para a comunidade, e substituindo-a pela concepção do legislador como indivíduo capaz de embutir no texto sua vontade, que deve ser perseguida quando da aplicação da lei pelo poder judiciário.

Entretanto, a existência dos desacordos é a peça fundamental para consecução do regime democrático. Isso porque estes são a apresentação de pontos

---

cuerpo legal. Lo que hace que un sistema jurídico sea un sistema, según Raz, no es la posición dominante del Parlamento, sino el hecho de que existe un conjunto organizado de instituciones aplicadoras de normas que reconocen validez a dichas normas en virtud de criterios basados en sus fuentes. Y en la concepción positivista tradicional, una expresión como <<criterios de validez basados en las fuentes>> nos lleva automáticamente a hacer referencia a un legislador. Pero en principio, dice Raz, no hay ninguna razón en absoluto por la que los tribunales deban orientarse hacia un Parlamento. Los criterios de validez compartidos por un conjunto de tribunales pueden referirse únicamente a un legado de decisiones pasadas que fueron tomadas por otras instituciones aplicadoras de normas similares” (WALDRON, 2005, p. 44-45).

de vista diversos sobre um tema em discussão, pontos de vista estes que são inerentes a capacidade humana de pensar. Dessa maneira, considerando que todos têm direito de discordar entre si, não seria possível partir do pressuposto de que há uma “tirania da maioria” simplesmente porque uma ideia apresentada ao parlamento não foi a vencedora no momento da votação.

As teorias jurídicas em geral descartam esse ponto de partida, adotando como pressuposto a necessidade de proteção da parte menos representada, independentemente do tema enfrentado pelo parlamento. Entretanto, não há como dissociar a vida em comunidade das escolhas que são necessárias à consecução do processo decisório, nem tampouco teorizar acerca da indignidade de uma escolha simplesmente por esta ter sido feita por um grupo de representantes em detrimento de outro, através da utilização do princípio majoritário. Ademais, é preciso considerar a complexidade das sociedades contemporâneas e as multidões que a as compõem antes de definir o regime de governo que deve ser adotado.

Partindo dessa reflexão Waldron (2003, p. 113-118) analisa a construção aristotélica de multidão para justificar a manutenção da utilização do princípio majoritário de votação através dos séculos. Para ele, o povo tomará, sobre qualquer tema, uma decisão melhor do que um único indivíduo ou que um grupo de pessoas, ainda que essas sejam versadas nas várias áreas do conhecimento, em virtude de terem a capacidade de analisar o problema por ângulos diversos, obtendo a partir de suas experiências pessoais resultados jamais alcançáveis por um único indivíduo ou por um grupo restrito pertencente a uma aristocracia esclarecida.

Nesse sentido, apesar de ter sido disseminada a ideia de que quanto maior a assembleia menor será o conhecimento e a sabedoria dos legisladores<sup>8</sup>, foi a forma perpetuada de dar legitimação à legislação a partir do respeito a um processo legislativo específico, o que viabiliza a participação do povo, ainda que através de seus representantes na vida política de uma sociedade. Se o incômodo com as

---

<sup>8</sup> “Parte de este consenso se explica por la idea, originada sin duda en antiguos prejuicios pero también avalada por la Ilustración, de que cuanto más multitudinaria sea la asamblea legislativa más bajo será el promedio de sabiduría y conocimiento entre los legisladores. Las opiniones del marqués de Condorcet son paradigmáticas a este respecto. Demostró aritméticamente que la regla de decisión por mayoría hace que un grupo tenga más probabilidades de encontrar la respuesta correcta a una pregunta determinada que un hombre medio de ese mismo grupo (siempre que la competencia individual promedio sea mayor que 0,5), y que cuanto más numeroso sea el grupo mayor será la probabilidad de que la respuesta mayoritaria sea la correcta. Sin embargo, también sostuvo que la competencia individual promedio tiende a declinar de forma independiente en la medida en que aumenta el tamaño del grupo, y entonces, por supuesto, la aritmética de la decisión de la mayoría nos lleva en la dirección opuesta, hacia la probabilidad de error” (WALDRON, 2005, p. 64).

grandes assembleias reside na dificuldade de algumas centenas de pessoas conseguirem representar os interesses de milhares, é necessário ponderar o que envolveria colocar em prática uma democracia participativa (WALDRON, 2005, p. 68).

As sociedades contemporâneas são complexos emaranhados de interesses que precisam de alguma forma ser discutidos e analisados sob a lente da conveniência política e social; entretanto, a utilização dessa lente por si só não desqualifica o trabalho dos parlamentos, ao contrário, estimula o debate e a reflexão. Para Waldron (2005, p. 86), o “modelo de conversação ordinária” já está tão sedimentado na sociedade que se tende a esquecer os procedimentos formais necessários para a aprovação de uma lei, os quais são responsáveis por revestir de autoridade a legislação aprovada, desqualificando a atuação do legislativo e sobrepondo a atuação do poder judiciário como se esse último estivesse acima de todos, por dispor em tese de maior capacidade intelectual.

Penso, no fim, que isso também, faz parte do desconforto jurisprudencial que experimentamos a respeito da legislação. A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembleia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior (WALDRON, 2003, p.37).

A deliberação política finalizada a partir da tomada de decisão por meio da contagem de votos (voto majoritário) é o que incomoda os juristas, que se preocupam em distinguir os processos fundamentados (decisão judicial) dos processos arbitrários, mas desconsideram que os próprios órgãos colegiados dos tribunais decidem a partir da contagem de votos. No caso, a utilização do princípio majoritário pelo parlamento parte de uma ideia de igualdade procedimental, que respeita a capacidade individual de fazer suas escolhas morais, ainda que sejam sobre questões de princípios (MENDES, 2007).

Há um certo conforto na ideia de que a comunidade está sujeita a um governo de leis – uma vez que aos tribunais devem buscar a justiça em suas decisões através da aplicação da lei – e não a um governo de homens. O problema se apresenta com mais força a partir do enquadramento do desacordo como uma situação ruim e desnecessária, que deve ser banida do ato de criação legislativa, quando na verdade

o debate e a contraposição de ideias seriam o caminho mais viável para o desenvolvimento de uma questão de interesse da comunidade.

Essa crítica é feita por Waldron a partir da análise da teoria da justiça de John Rawls. Para Waldron (2005, p. 128), a falha da teoria da justiça de Rawls está no fato de ser necessário que exista na comunidade um conceito comum sobre justiça, não elimina o fato de que existem desacordos sobre esse conceito (desacordos que ele reconhece existir, mas não dedica praticamente nada a eles de sua obra), e são esses desacordos que devem evoluir ao ponto de se estabelecer um conceito comum, e não simplesmente partir de uma existência de consenso ideal.

O reconhecimento da existência dos desacordos por Rawls se baseia nas chamadas “cargas de juízo”<sup>9</sup>, inerentes a cada cidadão, as quais após a ponderação e priorização por indivíduos no uso de sua plena faculdade mental resultarão nos desacordos políticos, éticos e religiosos, e não em um consenso. Essa explicação, entretanto, parece não ser aplicável às questões públicas de justiça e correção que estão em discussão na política, motivo pelo qual, para Rawls, os desacordos se dariam somente no momento em que fosse definido o enfoque de justiça que seria adotado por aquela sociedade, após a adoção do referido enfoque os desacordos seriam limitados às questões secundárias referentes a detalhes da concepção (WALDRON, 2005, p. 179-181).

*Ex ante*, podem haver muitos enfoques aparentemente razoáveis de justiça, sendo o de Rawls um deles. Portanto, a filosofia política deve empreender um processo argumentativo para averiguar qual dos ditos enfoques é aceitável como concepção fundamental de uma sociedade bem ordenada. Em parte, o que essa argumentação pretende descobrir é qual dos enfoques alternativos de justiça proporciona um fundamento consensual aceitável para a razão pública. Se alcançamos uma resposta, então podemos dizer *ex post* que as outras posições são irracionais, porque fracassaram em proporcionar um critério para a razão pública. *Ex ante*, podemos falar de desacordos racionais sobre questões políticas básicas, mas uma vez que tenhamos adotado uma posição determinada acerca de ditas questões já não podemos seguir falando nesses termos. *Ex post*, os únicos desacordos racionais que persistem são aqueles que se referem a maneira de resolver os detalhes da concepção que tenhamos escolhido na primeira fase da argumentação (WALDRON, 2005, p. 183) – tradução livre.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> “Las cargas de juicio son <<los varios elementos aleatorios implicados en el ejercicio adecuado (y consciente) de nuestras facultades de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política>> (WALDRON, 2005, p. 180).

<sup>10</sup> “Ex ante puede haber muchos enfoques aparentemente razonables de la justicia, siendo el de Rawls uno de ellos. Por lo tanto, la filosofía política debe emprender un proceso argumentativo para averiguar cuál de los dichos enfoques es aceptable como concepción fundamental de una sociedad bien ordenada. En parte, lo que esta argumentación pretende descubrir es cuál de los enfoques alternativos de la justicia proporciona un fundamento consensuado aceptable para la razón pública. Si alcanzamos una

Assim, os arranjos constitucionais devem ser definidos em momento anterior, escolhendo-se aqueles arranjos que melhor sirvam para a promover a justiça e as políticas públicas. Mas, ainda que se eleja a melhor constituição, não é possível garantir que um procedimento político não produza uma injustiça (WALDRON, 2005, p. 184-185).

Partindo dos desacordos como fatos inerentes à vida política, e do “argumento da soma”<sup>11</sup> aristotélico, Waldron se volta para a teoria de Jonh Locke que tenta explicar o uso da decisão majoritária nos parlamentos a partir da física e das ciências naturais, no intuito de desconstruir a revisão judicial realocando o local correto para discussões sobre os temas importantes à sociedade a partir da premissa de que tanto na natureza quanto na política o corpo se move na direção em que for empregada a maior força.

Nesse contexto, considerando um corpo composto por elementos menores que em parte se “movem para o norte” e em parte se “movem para o sul”, irá se mover para o norte ou para o sul a partir da tendência da maior quantidade de seus elementos que estiver em movimento. Essa presunção de movimento para apenas essas duas direções pressupõe: (i) que o corpo não se desintegrará; (ii) que o movimento do corpo só poderá se dar nessas duas direções, e nunca como resultado de uma da direção dos elementos; (iii) que a influência das partes no todo é igual, único motivo plausível para se considerar que o corpo irá se mover em conformidade com o maior número de partes (WALDRON, 2003, p. 159-160).

A coesão na política, entretanto, é determinada pelo comportamento dos membros do grupo, e as mesmas pessoas que são induzidas “(a) a aquiescer à opinião da maioria são as que são induzidas (b) a não se separarem e a fazerem a sua parte para manter o corpo coeso”. Considerando esses dois fatores, fica claro que apenas se a indução (b) for bem sucedida, a indução (a) pode ter sucesso, já que

---

respuesta, entonces podemos decir *ex post* que las otras posiciones son irrazonables, porque han fracasado en proporcionar un criterio para la razón pública. *Ex ante*, podemos hablar de desacuerdos razonables sobre cuestiones políticas básicas, pero una vez hemos adoptado una posición determinada acerca de dichas cuestiones ya no podemos seguir hablando en estos términos. *Ex post*, los únicos desacuerdos razonables que persisten son aquellos que se refieren a la manera de resolver los detalles de la concepción con la que nos hemos quedado en la primera fase de la argumentación” (WALDRON, 2005, p. 183).

<sup>11</sup> O argumento da soma sugere que a discussão política perpetrada em uma assembleia vai além de mera troca de experiências individuais, consubstanciando uma agregação à argumentação ali desenvolvida, que levaria análise mais completa possível do tema em discussão (WALDRON, 2003, p. 129).

apenas se o indivíduo estiver convencido da necessidade de manutenção da coesão do corpo, irá se conformar com a opinião da maioria (WALDRON, 2003, p. 163-164).

Esse fator mostra a incompletude do argumento da coesão, se interpretado a partir da física, porque precisaria ser complementado com algum argumento de força em favor dessa coesão, o qual ficaria absolutamente deslocado em função da descrição naturalista da direção do corpo, já que apesar de algumas partes se juntarem naturalmente esta não é a regra geral (MENDES, 2007). Partindo dessa premissa, Waldron propõe interpretar a força e o movimento propostos por Locke como concepções abstratas traduzidas na força do consentimento individual.

O consentimento não traz consigo a força física; traz, antes, força moral no que diz respeito aos fins para os quais se exige o consentimento.

O argumento de Locke a favor da decisão majoritária posiciona-se na sequência imediata à formação do contrato social. O próprio contrato, naturalmente exige unanimidade no que diz respeito aos que são considerados obrigados por ele: 'Sendo os homens... por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser colocado para fora deste Estado e sujeitado ao poder político de outro, sem o seu consentimento' (I:95). Nessa etapa, a 'física' do consentimento individual é a de um veto como trunfo. Embora muitos homens possam encontrar-se juntos contratualmente, fazer isso não 'prejudica a liberdade do resto; eles ficam como estavam na liberdade do estado de natureza' (II:95).

Contudo, os que se obrigaram fizeram-no com vistas ao estabelecimento de instituições legisladoras, e esse processo também é concebido por Locke como um processo que exige consentimento. A decisão nessa segunda etapa é concebida, no primeiro caso, como um ato da comunidade, uma decisão do povo: as pessoas devem fazer um julgamento de como a autoridade legislativa é mais adequadamente estabelecida (II:132) (WALDRON, 2003, p. 166-167).

A consequência dessa mudança de interpretação é a alteração a visão acerca dos três pressupostos mencionados anteriormente: (i) o primeiro, é que o todos devem aceitar a direção resultado da deliberação da maioria já que dado o consentimento original, sem olvidar, entretanto, que caso o governo ultrapasse os limites e coloque os integrantes da comunidade em uma situação pior que o estado de natureza, têm o direito de resistir e retirar o consentimento; (ii) o segundo, é que o corpo político deve se mover apenas na direção de uma proposta apresentada e consentida, não podendo se mover em direção à uma proposta como resultado de outras propostas ofertadas; e, (iii) o consentimento tem relação com a justiça no que diz respeito ao reconhecimento de suas posições como iguais, não se tratando de uma escala de variação de intensidade, considerando que não se pretende é uma decisão majoritária legítima, o que não a torna necessariamente correta (WALDRON, 2003, p. 168-179).

Não tendo a decisão majoritária nenhum tipo de confluência com a sabedoria da maioria, mas sim com a legitimidade do processo decisório ao considerar a igualdade de cada indivíduo em seu processamento, se torna uma conclusão lógica natural a utilização do princípio majoritário nas discussões acerca dos desacordos morais que permeiam a vida em sociedade. Entretanto, se esta é a conclusão natural, por que delegar tais decisões aos tribunais sem nenhuma ou quase nenhuma representatividade popular?

### 1.3 O problema da revisão judicial

Waldron (2006, p. 1354) concentra sua análise propriamente no sistema de revisão judicial forte (*system of strong judicial review*) o qual autoriza ao tribunal deixar de aplicar uma lei em um caso particular (ainda que esta seja normalmente aplicada naquele tipo de caso); modificar a aplicação de uma norma para adequá-la a proteção dos direitos individuais; e, retirar do ordenamento jurídico uma legislação que considere contrária aos direitos fundamentais ou torná-la letra morta<sup>12</sup>, refletindo-se numa submissão do poder legislativo ao poder judiciário como consequência da existência do Estado de Direito.

Essa submissão, tão aceita pelos teóricos da teoria da justiça que analisam a questão a partir da substância das decisões judiciais em prejuízo da análise do procedimento alocado nas teorias da autoridade, não conduz a uma oposição fundamental entre a democracia e o controle de constitucionalidade, mas sim a uma objeção democrática baseada em dois tipos de direitos: (i) os constitutivos do processo democrático, uma vez que as democracias estão orientadas para um mesmo fim, qual seja, a participação popular através de mecanismos de igualdade; e, (ii) os

---

<sup>12</sup> Para Waldron (2006, p. 1355) os sistemas de revisão judicial fracos são aqueles nos quais os tribunais apesar de poderem analisar a legislação para interpretá-la em consonância com os direitos individuais não podem se recusar a aplicá-la, ou sequer moderar sua aplicação: “In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated. Nevertheless, the scrutiny may have some effect. In the United Kingdom, the courts may review a statute with a view to issuing a “declaration of incompatibility” in the event that “the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right”—i.e., with one of the rights set out in the European Convention of Human Rights as incorporated into British law through the Human Rights Act. The Act provides that such declaration “does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and . . . is not binding on the parties to the proceedings in which it is made. But still it has an effect: A minister may use such a declaration as authorization to initiate a fast-track legislative procedure to remedy the incompatibility. (This is a power the minister would not have but for the process of judicial review that led to the declaration in the first place.)”

direitos que representam as condições necessárias à legitimidade da democracia, e que justificam a possibilidade de aquiescência de uma decisão majoritária, como as liberdades de expressão e de associação (WALDRON, 2005, p. 338-339). A diferença está na legitimidade da instituição que tomará a decisão: quando o judiciário, sem nenhuma representatividade ou compromisso com a opinião social, decide uma questão de desacordo pode cometer um erro como qualquer outra instituição, mas nesse caso o seu erro será imputado obrigatoriamente a toda a sociedade, entretanto, quando um erro é cometido pelo poder legislativo, composto por representantes do povo, o erro é encarado como sendo do próprio povo.

Mas os erros eventualmente cometidos pelo magistrado, como homem que é, não serão o suficiente para justificar o desrespeito à decisão judicial, em virtude da autoridade que dela emana, não sendo considerado se esta foi fruto de uma grande pesquisa ou se os argumentos nela utilizados são coerentes, mas tão-somente se o órgão que a proferiu tem competência para tanto. Esse raciocínio pode ser aplicado também as decisões tomadas pelo parlamento, podendo inclusive ser questionada a legitimidade da decisão, uma vez que os resultados das votações podem não ser razoáveis para um dos grupos em sua composição, porém o mero questionamento da legitimidade de uma decisão não torna automaticamente preferível a busca de outros meios de análise e resolução do desacordo, como a decisão judicial.

Há aqui uma questão geral importante. Às vezes falamos descuidadamente como se houvesse um problema específico na legitimidade da tomada de decisões pela maioria popular, um problema que não existiria em outras formas de organização política como a aristocracia ou o governo dos juízes. Como a expressão “tirania da maioria” nos vem muito facilmente a boca, tendemos a desconsiderar outras formas de tirania; tendemos a desconsiderar que a legitimidade é uma questão que afeta toda a autoridade política. De fato, seria muito estranho se houvesse um problema de legitimidade mais grave na tomada de decisões pela maioria popular. Outros sistemas políticos possuem todos os perigos relacionados com a legitimidade do majoritarismo popular: podem fazer mal as coisas; podem produzir um impacto injusto sobre determinados indivíduos ou grupos; em síntese, podem atuar tiranicamente. Mas tem, ademais, uma deficiência de legitimidade que o majoritarismo popular não tem: não permitem a e o voto de todos os cidadãos da sociedade em um procedimento de decisão última; em lugar disso, tomam decisões últimas sobre os direitos de milhões de pessoas sobre a base das vozes e dos votos de poucos (WALDRON, 2005, p. 357). – tradução livre.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> “Hay aquí una cuestión general importante. A veces hablamos descuidadamente como si hubiera un problema específico para la legitimidad de la toma de decisiones de la mayoría popular, un problema que no existiera para otras formas de organización política como la aristocracia o el gobierno de los jueces. Como la expresión <<tiranía de la mayoría>> nos viene muy fácilmente a la boca, tendemos a olvidar otras formas de tiranía; tendemos a olvidar que la legitimidad es una cuestión que afecta a toda

Por esse motivo o direito a participação é considerado indispensável à consecução do regime democrático na teoria de Waldron. É alocado na teoria da autoridade e não na teoria da justiça, por representar o tratamento igual a todos os cidadãos na participação nas tomadas de decisões importantes, inclusive sobre desacordos morais. Apesar da influência de um voto ser pequena, o mesmo não se pode falar de uma quantidade grande de votos, o que torna tal instrumento uma forma desejável para a tomada de decisões (MENDES, 2007).

Para analisar a questão da legitimidade das instituições parlamentares e judiciárias, Waldron parte da análise de uma sociedade que contém: (i) instituições democráticas razoavelmente em boa ordem, compostas por uma legislatura eleita com base no sufrágio universal, adequadamente criticada pela sociedade no intuito de solucionar eventuais crises de representatividade e legitimidade; (ii) um conjunto de instituições jurídicas bem ordenadas, politicamente independentes e de base não-representativa, competentes para dirimir conflitos individuais e proteger o Estado de Direito; (iii) uma ideia comum social do que seria indivíduo e minorias, e que estas teriam direito a um certo apoio que não necessariamente é garantido por seus números ou peso político; e, (iv) boa-fé nos desacordos sobre direitos, com os quais a sociedade está comprometida viabilizando constante e intenso debate (WALDRON, 2006, p. 1346).

Partindo desses pressupostos, porque seria necessário que um órgão do poder judiciário interferisse no resultado da atuação legislativa? Talvez seja válido o argumento de que nem sempre é fácil para o poder legislativo identificar todas as questões de direito que um projeto de lei envolve, entretanto, a solução não precisaria estar na revisão judicial. Waldron (2006, p. 1370) apresenta como possíveis soluções para esses casos a atuação como fiscal apartidário do Procurador-Geral da República que atuaria divulgando os resultados publicamente para despertar a discussão

---

autoridad política. De hecho, sería muy extraño si hubiera un problema de legitimidad más grave en la toma de decisiones de la mayoría popular. Otros sistemas políticos poseen todos los peligros relacionados con la legitimidad del mayoritarismo popular: pueden hacer las cosas mal; pueden producir un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos; en síntesis, pueden actuar tiránicamente. Pero tienen, además, una deficiencia de legitimidad que el mayoritarismo popular no tiene: no permiten la voz y el voto de todos los ciudadanos de la sociedad en un procedimiento de decisión última; en lugar de eso, proceden a tomar decisiones últimas sobre los derechos de millones de personas sobre las bases de las voces y los votos de unos pocos" (WALDRON, 2005, p. 357).

popular, ou ainda, a possibilidade de o poder judiciário emitir um parecer alertando o poder legislativo e a população sobre as questões envolvidas naquele projeto de lei.

Não basta, portanto, imputar a um dos poderes ou a um dos órgãos a competência para legislar e para revisar a legislação, isso porque, como dito anteriormente ambas as atividades se encaixam no âmbito da teoria da autoridade, tudo se resume apenas a quem dará a última palavra. E nesse caso, as questões que devem ser consideradas não aqueles referentes a correção substantiva da norma, mas sim as que se referem a necessidade de criação de um procedimento que empreste legitimidade a norma e seja reconhecido por toda a sociedade, motivo pelo qual devem ser consideradas as razões relacionadas ao processo (*process-related*) e as razões relacionadas ao resultado (*outcome-related*). As razões relativas ao processo são as que justificam a atuação de uma pessoa na tomada de decisão, independentemente do resultado alcançado. Já as razões relacionadas ao resultado, são aquelas que se preocupam com a projeção do processo decisório para atingir um resultado desejado (WALDRON, 2006, p. 1372-1373).

Para Waldron (2006, p. 1383-1384) é um erro utilizar as razões relacionadas ao resultado para justificar a revisão judicial, uma vez que estas podem ser aplicadas tanto os legisladores quanto aos magistrados. No caso da revisão judicial, criou-se uma ideia geral de que o raciocínio e a razão são o destaque das decisões através da fundamentação, entretanto, os legisladores também explicam suas razões e fundamentam suas decisões durante o processo legislativo, que pode ser acompanhado pela sociedade civil. O fato de os tribunais se concentrarem na fundamentação das decisões a partir das constituições, esbarra na sua necessidade de legitimação e não necessariamente o alcance a justiça. Nesse contexto, a legitimação é necessária para convencer a parte perdedora a respeitar seus termos, uma vez que, ao focar nas razões relacionadas ao resultado os desacordos podem ser encarados como suficientes ao não cumprimento da decisão, o que não ocorreria se o foco se voltasse para as razões relacionadas ao processo.

No caso das razões relacionadas ao processo, o procedimento é pensado para que haja uma participação igualitária na tomada de decisão, ainda que através de representantes como nas democracias modernas. Desse modo, se o cidadão se negar a reconhecer a necessidade de aplicação da decisão por discordar do resultado, será mais facilmente convencido a obedecer, porque a autoridade respeitada pelo cidadão não é a da maioria, mas sim a do parlamento, ao se entender que a decisão foi tomada

a partir de um processo político no qual foram ouvidas suas opiniões (GOLDONI, 2010, p. 495).

É claro que, no mundo real, a realização da igualdade política através de eleições, representação e processo legislativo é imperfeita. Os sistemas eleitorais são muitas vezes falhos (como nos casos de acordos insatisfatórios para desenhar os limites distritais ou na falta de proporcionalidade entre os distritos) e por isso também os são os processos legislativos (como aqueles baseados em um sistema de antiguidade que compromete a equidade na legislatura). Tudo isso pode ser reconhecido. Mas lembre-se da nossa primeira premissa: um conjunto de instituições legislativas - incluindo um sistema de eleições para o Legislativo e um sistema de tomada de decisões dentro dele - que estão em boa ordem, e contemplam os valores democráticos de igualdade e justiça. Estamos assumindo também que os legisladores e os seus constituintes mantêm um sistema de análise para que esteja sempre em conformidade com esses princípios. Por exemplo, em muitas democracias há debates sobre sistemas rivais de representação proporcional, distrital e processo legislativo. O cidadão pode se queixar de que estes sistemas não são perfeitos e que não foram reformados na medida em que deveriam ter sido. Mas uma boa teoria da legitimidade (para organizações políticas do mundo real) terá uma certa folga para acomodar defeitos inevitáveis. Ele vai falar sobre justiça razoável, não a justiça perfeita. Sem dúvida, alguns sistemas eleitorais e legislativos falharão mesmo nesses critérios generosos. Mas nosso foco não deverá abordar situações em que os sistemas legislativos e eleitorais são patologicamente ou incorrigivelmente disfuncionais (WALDRON, 2006, p. 1389) – tradução livre.<sup>14</sup>

Esse argumento, entretanto, não é conclusivo. Para Waldron (2006, p. 1389) a legitimidade é em parte comparativa, isso porque, ao se defender a legitimidade de uma determinada instituição, a discussão passa a envolver que o processo nela desenvolvido é melhor ou mais justo do que outro. No caso da discussão acerca da legitimidade da revisão judicial, o problema se apresenta de forma mais concreta porque o discurso que empresta legitimação aos tribunais parte de uma construção

---

<sup>14</sup> “Of course, in the real world, the realization of political equality through elections, representation, and legislative process is imperfect. Electoral systems are often flawed (e.g., by unsatisfactory arrangements for drawing district boundaries or a lack of proportionality between districts) and so are legislative procedures (e.g., by a system of seniority that compromises fairness in the legislature). All this can be acknowledged. But remember our first assumption: a set of legislative institutions—including a system of elections to the legislature and a system of decisionmaking within it—that are in reasonably good shape so far as these democratic values of equality and fairness are concerned. We are assuming also that the legislators and their constituents keep this system under review for its conformity to these principles. For example, in many democracies there are debates about rival systems of proportional representation, districting, and legislative procedure. *Cn* may complain that these systems are not perfect and that they have not been reformed to the extent that they ought to have been. But a good theory of legitimacy (for real-world politics) will have a certain looseness to accommodate inevitable defects. It will talk about reasonable fairness, not perfect fairness. No doubt some electoral and legislative systems fail even these generous criteria. But our core case is not supposed to address situations in which the legislative and electoral systems are pathologically or incorrigibly dysfunctional” (WALDRON, 2006, p. 1389).

utópica de maior capacidade de discussão, de entendimento e de busca pela justiça, em detrimento do que ocorreria no poder legislativo.

O objetivo não é descrever a revisão judicial como um procedimento antidemocrático, mas perceber que não é porque um país não adota a revisão judicial que ele deixa de ser democrático. Isso porque, a atuação do tribunal constitucional não mede o quão democrático é um país, pelo contrário, a capacidade dos cidadãos de lidar com os desacordos morais, apresentando diversos pontos de vista e tomando decisões que levem em consideração igualmente todos os componentes da comunidade é que medem o quão democrática é uma sociedade.

Partindo dessa premissa, a revisão judicial deixa de ser absolutamente essencial na sociedade e passa a assumir um papel secundário como qualquer procedimento judicial, que deve ser visto com reservas e fiscalizado não apenas pelo poder legislativo em si, mas também por todos os cidadãos, uma vez que ao anular um ato legislativo, o tribunal viola o direito à igualdade de participação (GOLDONI, 2010, p. 496).

#### **1.4 Conversando com as críticas: as limitações da utilização da teoria da autoridade e a “zona de livre legitimidade”**

Waldron sustenta sua tese em três pontos principais: *(i)* a existência de desacordos inconciliáveis, os quais são a regra na política e não a exceção; *(ii)* todos os cidadãos tem o direito de participar igualmente do processo decisório acerca desses desacordos; *(iii)* a utilização das constituições mina a democracia e coloca em seu lugar uma aristocracia judicial, que irá no lugar dos cidadãos decidir os rumos que tomarão os desacordos. Dada a originalidade, sua tese foi estudada e criticada por pesquisadores de diversos lugares do mundo, que apontaram suas limitações.

Para Marco Goldoni (2010, p. 494-495), o reconhecimento dos desacordos e da pluralidade de opiniões como situações indissociáveis da política e da lei afeta diretamente a tese da autoridade de Joseph Raz que foi utilizada na construção da teoria de Waldron. Isso porque, a teoria de Raz não leva a sério os desacordos na medida em que para ele apenas é legítima a autoridade se as razões constituídas por suas diretivas foram aplicáveis independentemente do sujeito. Assim, se o assunto que estiver em discussão, estiver em desacordo com as diretrizes da autoridade, esta não teria obrigação de se vincular a decisão.

Atrelado a essa questão está o fato de que em sua teoria, Waldron adota o pressuposto da soberania popular, mas não constrói as razões pelas quais é preferível a democracia à autocracia. Ele estabelece uma “zona de livre legitimidade”, na qual todos são igualmente aceitáveis, porque tudo pode ser escolhido pragmaticamente, não dando qualquer razão para escolher a democracia ao invés dos demais regimes, nem meios através dos quais seja possível discutir com os simpatizantes da autocracia, por exemplo (NORTH, 2003, p. 170-171).

Nesse contexto, o princípio de legitimação da autoridade não poderia ser aplicado universalmente, porque sendo o desacordo um aspecto incontornável da vida em sociedade ele pode estar presente em qualquer nível, sendo possível por consequência rejeitar não apenas a revisão judicial como também o princípio majoritário. Partindo dessa premissa, em algum momento será necessário adotar a forma tradicional de consenso no que se refere à discordância sobre um procedimento de tomada de decisão justa (GOLDONI, 2010, p. 501; SMITH, 2001, p. 74).

Há uma questão maior aqui. Se eu entendi corretamente, Waldron permanece casado com um pensamento liberal tradicional - talvez o pensamento liberal tradicional – no qual para que o governo seja legítimo tem de ser, em princípio, justificado por cada um de seus súditos, além de ser apresentado como capaz de promover os interesses da sociedade em cada assunto, ou basear-se no consentimento do cidadão para cada assunto, ou talvez que cada sujeito tenha consentido em certas circunstâncias, ou algo do tipo. Legitimidade deve ser baseada, de acordo com esta tradicional ideia liberal, em consenso de um tipo ou outro. E, por vezes, pelo menos, Waldron parece pensar demasiadamente que isso é assim. Esta, parece-me, a única maneira de compreender frases como “não há nenhuma maneira neutra de afirmar o que exatamente está competindo com majoritarismo participativo...” – por que se importa se há ou não há uma forma tão neutra, a menos que pense que a legitimidade exige consenso?

Mas tal consenso existe ou é sempre susceptível de existir em uma sociedade razoavelmente livre. Aqui, também, em outras palavras, a discordância vai de toda a maneira abaixo. Por isso, devemos ou sustentar o consenso – requisito tradicional e concluir que nenhum governo é sempre legítimo, ou – e este é o caminho pelo qual eu iria – devemos abandonar o tradicional consenso-requisito, e se contentar com um tipo muito mais realista de legitimidade (ENOCH, 2006, p. 33-34) – tradução livre.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> “There is a larger issue here. If I understand him correctly, Waldron remains wedded to a traditional liberal thought —perhaps the traditional liberal thought — that for government to be legitimate it has to be in principle justified to every single one of its subjects, it has to be a government that can be shown to promote the interests of every subject, or to be based on the consent of every subject, or perhaps to be such that every subject would have consented to it had she been in the right circumstances, or something of the sort. Legitimacy must be grounded, according to this traditional liberal idea, in consensus of one kind or another. And at times at least Waldron too seems to think this is so. This, it seems to me, is the only way to understand sentences such as “there is no neutral way of stating what exactly it is that is supposed to be competing with participatory majoritarianism...” — for why care whether there is or there isn’t such a neutral way unless one thinks that legitimacy requires consensus?”

Há, nesse sentido, uma limitação ao conceito de legitimação que não foi enfrentado por Waldron, em virtude de ter não desenvolvido sua própria teoria da representação. Além disso, a sua teoria iguala os direitos de participação e voto, resultando em dois problemas: (i) reduz a participação dos cidadãos a uma presença intermitente na vida política, uma vez que a tese reducionista poderia estabelecer que a legitimidade da autoridade é outorgada apenas através das eleições; e, (ii) pode haver uma redução da igualdade através do voto, com a utilização de outros meios como o voto distrital (GOLDONI, 2010, p. 503-504)

Por fim, Waldron subestima as consequências de dois dos pressupostos que assume para desconsiderar a necessidade de existência da revisão judicial, quais sejam, (i) um conjunto de instituições jurídicas bem ordenadas, politicamente independentes e de base não-representativa, competentes para dirimir conflitos individuais e proteger o Estado de Direito; e, (ii) boa-fé nos desacordos sobre direitos, com os quais a sociedade está comprometida viabilizando constante e intenso debate. Isso porque um sistema político com instituições em boa ordem e com cidadãos politicamente ativos e envolvidos no reconhecimento e proteção dos direitos individuais e das minorias são uma garantia de que os resultados atingidos pela maioria, durante o procedimento, não irá oprimir as minorias. Assim, supor que a regra da maioria será aplicada apenas em um contexto social em que os cidadãos são sensíveis aos direitos individuais e da maioria, não é procedimental, mas substantiva, sobre os possíveis resultados que podem sair a maioria (GOLDONI, 2010, p. 500).

Os limites apontados na teoria dos desacordos são indispensáveis para suscitar o debate e amadurecer os conceitos, mas no que se refere ao trabalho ela será tomada como ponto de partida na análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concreto de constitucionalidade (de origem norte-americana), no intuito de verificar se a Corte atende aos fundamentos da revisão judicial ou se essa se tornou apenas um instrumento de interferência poder judiciário nas atividades do poder legislativo, motivo pelo qual no próximo capítulo se passará à análise dogmática desse tipo de controle.

---

But no such consensus exists or is ever likely to exist in a reasonably free society. Here too, in other words, disagreement goes all the way down. So we should either hold on to the traditional consensus-requirement and conclude that no government is ever legitimate, or — and this is the way I would go — we should abandon the traditional consensus-requirement, and settle for a messier but much more realistic kind of legitimacy.”

## 2 A REVISÃO JUDICIAL NO BRASIL: AS NUANCES DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto anteriormente, o objetivo deste trabalho é identificar o comportamento do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao controle concreto de constitucionalidade, para tanto é indispensável que se exponha nesse capítulo as questões dogmáticas e teóricas desse modelo de revisão judicial, através de uma análise crítica das peculiaridades encontradas na regulamentação brasileira desse instituto.

Tal análise se inicia com o surgimento do controle concreto no Brasil e o tratamento a ele dado por cada uma das constituições brasileiras, inclusive a carta vigente de 1988, além dos seus conceitos e características gerais. Ultrapassadas tais questões doutrinárias, passou-se a análise processual do controle concreto de constitucionalidade, especificamente no que se refere a forma de provocação do tribunal através da interposição do recurso extraordinário.

A partir desse ponto, foram estudadas as características do recurso, a criação da repercussão geral e o esvaziamento do controle concreto de constitucionalidade, e por fim, foram feitas breves observações sobre as alterações sofridas pelo instituto no Novo Código de Processo Civil, recém aprovado pelo Senado Federal. Vale salientar, entretanto, que as referidas alterações não influenciariam nos resultados ainda que o código já houvesse sido promulgado, isso porque, os dados colhidos no site do Supremo Tribunal Federal se referem em processos que tramitaram sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

### 2.1 O controle concreto no Brasil pré-1988

O controle de constitucionalidade foi inicialmente instituído no Brasil na modalidade difusa pela constituição provisória de 1890 (Decreto n. 510, de 22/06/1890) e pelo Decreto n. 858 de 11/10/1890, o qual organizou a justiça federal, tendo sido definitivamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1891<sup>16</sup>, utilizando como modelo o *judicial review* criado pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury vs. Madison* (1803).

---

<sup>16</sup> Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

A diferença no surgimento do controle judicial nos dois países diz muito sobre não apenas o momento histórico, como também sobre a cultura política de cada um. Enquanto os Estados Unidos estavam sobre a clara influência dos ideais liberais, trazendo a tripartição dos poderes em um alto grau de independência numa revolta que partiu da sociedade civil, o Brasil quase cem anos após a declaração de independência dos Estados Unidos, se desvencilhou da monarquia e criou um tribunal com o objetivo primeiro de proteger a República.

Provavelmente em função dessas questões culturais e em virtude da composição do Supremo Tribunal Federal da época (os magistrados vieram do Superior Tribunal de Justiça do Império), o instituto do controle de constitucionalidade não foi muito utilizado até a interferência doutrinária de Rui Barbosa, ao escrever o trabalho intitulado “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, baseado nas lições clássicas do constitucionalismo norte-americano. No ano seguinte a essa publicação (1894) foi promulgada a lei federal n. 221, que além de complementar a organização da justiça federal, impôs o controle de constitucionalidade como um poder-dever do magistrado (RAMOS, 2010, p. 185-187).

Wolkmer (2014, p. 115-116) destaca que a utilização do discurso que o poder residia no povo, clássico da teoria liberal, era na verdade um suporte de formalização da ordem econômica vigente, qual seja a dos cafeicultores do sudeste brasileiro que detiveram o poder político exclusivo até a década de 20, com a clara proteção desse novo Tribunal.

Além do controle judicial, a constituição de 1891 também previa o controle político preventivo, a ser exercido pelo presidente da república, ao negar a sanção de projetos de leis aprovados no congresso nacional (art. 37<sup>17</sup>, §1º). Desde esse primeiro

---

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

<sup>17</sup> Art 37 - O projeto de lei adotado em uma das Câmaras será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º - Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo, prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

§ 2º - O silêncio do Presidente da República no decêndio importa a sanção; e, no caso de ser esta negada quando já estiver encerrado o Congresso, o Presidente dará publicidade às suas razões.

momento, portanto, o constituinte já adotou o modelo misto de controle de constitucionalidade.

A reforma constitucional de 1926 revogou o art. 59 da CF/1891, transferindo a previsão de recurso acerca da fiscalização de leis ao Supremo Tribunal Federal para o art. 60, deixando mais claras as hipóteses de cabimento e entre eles incluindo o cabimento em virtude de divergência de interpretação de lei federal entre os Tribunais.

A constituição de 1934 além de manter o controle de constitucionalidade difuso sem promover muitas alterações (art. 76<sup>18</sup>), nominou pela primeira vez o recurso extraordinário e principalmente: (i) alterou o quórum necessário para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, implementando a regra da maioria absoluta (art. 179<sup>19</sup>); (ii) atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo poder judiciário (art. 91<sup>20</sup>); e, (iii) atribuiu legitimidade ao Presidente do Tribunal local e ao Ministério Público, quando o recurso fosse interposto com base em divergência de interpretação de lei federal pelos Tribunais (art. 76, § único).

---

§ 3º - Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, ai se sujeitará a uma discussão e à votação nominal, considerando-se aprovado, se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara que, se o aprovar pelos mesmos trâmites e pela mesma maioria, o enviará como lei ao Poder Executivo para a formalidade da promulgação.

§ 4º - A sanção e a promulgação efetuam-se por estas fórmulas:

1ª) "O Congresso Nacional decreta, e eu sanciono a seguinte lei (ou resolução)."

2ª) "O Congresso Nacional decreta, e eu promulgo a seguinte lei (ou resolução)."

<sup>18</sup> Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

(...)

Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

<sup>19</sup> Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

<sup>20</sup> Art 91 - Compete ao Senado Federal:

(...)

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

A alteração do quórum necessário para declaração de inconstitucionalidade de uma lei teve por objetivo evitar “flutuações” de entendimento que poderiam ocorrer na Corte, deixando claro que para que fossem julgados os casos em que se discutisse a constitucionalidade de alguma norma todos os componentes do Tribunal deveriam estar presentes, já que caso contrário ficaria inviabilizada a maioria absoluta.

Em decorrência dessa alteração específica uma parte da doutrina passou a entender que os juízes de primeira instância não teriam mais competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, entretanto, esse entendimento não se consolidou, ficando impedidos apenas os órgãos fracionários dos tribunais de segunda instância de declarar a inconstitucionalidade (RAMOS, 2010, p. 192). Inclusive tal regra foi mantida no art. 97 da constituição vigente, como será detalhado em ponto específico.

A atribuição de competência ao Senado para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais teve por objetivo evitar a aplicação divergente das legislações apreciadas pela corte, entretanto, para que o Senado exercesse essa competência, o Procurador Geral da República deveria comunicar ao órgão legislativo da decisão (art. 96<sup>21</sup>). Nesse contexto, a conveniência da edição do ato seria um debate trazido no âmbito do Senado e na oportunidade por ele escolhida (RAMOS, 2010, p. 195).

O Senado Federal, com o referido texto constitucional, foi colocado numa posição de mero colaborador da Câmara dos Deputados, que tinha a efetiva função de legislar (WOLKMER, 2014, p. 119). Um dos reflexos dessa nova conjuntura política, inclusive, foi a criação da representação interventiva de titularidade do Procurador Geral da República, a qual condicionava a eficácia da lei interventiva de iniciativa do Senado à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 12<sup>22</sup>) (CLÈVE, 2000, p. 85).

A referida lei interventiva foi incluída na Constituição de 1934 como uma forma de dispensar uma maior proteção aos Estados, era de competência exclusiva do

---

<sup>21</sup> Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

<sup>22</sup> Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

(...)

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

Senado Federal, e poderia ser criada para: (i) garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes Públicos estaduais; ou, (ii) assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras “a” a “h”, do art. 7<sup>23</sup>, I, e a execução das leis federais.

Entretanto, no caso de criação da lei interventiva com intuito de assegurar a aplicação dos princípios constitucionais, sua aplicação só era possível após a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, devendo o pedido ser apresentado pelo Procurador-Geral da República (art. 12, §2º). Declarada a constitucionalidade da lei interventiva, seus efeitos seriam imediatos, suspendendo a eficácia da lei ou do ato normativo estadual que negasse aplicação aos princípios constitucionais, em contrapartida, caso não fosse reconhecida sua constitucionalidade, não surtiria efeitos (RAMOS, 2010, p. 197).

A Constituição de 1937, por sua vez, retrocedeu nas inovações trazidas pela Carta de 1934, justificando seu caráter autoritário e concentrando o poder estatal no executivo. Tal constituição deixou de tratar da representação interventiva (apesar de manter o instituto da intervenção) e da edição de resolução pelo Senado Federal para suspensão de efeitos de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, reproduzindo apenas a exigência da maioria dos magistrados dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de uma lei (CLÈVE, 2000, p. 86).

A grande novidade desse texto constitucional foi estabelecer um controle político das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle de

---

<sup>23</sup> Art 7º - Compete privativamente aos Estados:

- I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:
    - a) forma republicana representativa;
    - b) independência e coordenação de poderes;
      - c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
    - d) autonomia dos Municípios;
    - e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
    - f) prestação de contas da Administração;
    - g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
    - h) representação das profissões;
  - II - prover, a expensas próprias, às necessidades da sua administração, devendo, porém, a União prestar socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar;
  - III - elaborar leis supletivas ou complementares da legislação federal, nos termos do art. 5º, § 3º;
  - IV - exercer, em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado explícita ou implicitamente por cláusula expressa desta Constituição.
- Parágrafo único - Podem os Estados, mediante acordo com o Governo da União, incumbir funcionários federais de executar leis e serviços estaduais e atos ou decisões das suas autoridades.

constitucionalidade. De acordo com o artigo 96<sup>24</sup> da Constituição de 1937, o Presidente da República poderia submeter ao legislativo o texto da lei declarada inconstitucional, para nova deliberação, e caso o legislativo entendesse pela manutenção da lei, a decisão do Supremo ficaria sem efeitos (RAMOS, 2010, p. 201).

Nesse momento histórico, houve uma clara intenção de diminuir os poderes do Judiciário, como reflexo da concentração dos poderes no chefe do poder executivo, tendo sido reduzido também significativamente o poder do legislativo, que foi dissolvido em 10 de novembro de 1937 e posteriormente restabelecido já nos moldes da nova constituição.

Na Constituição de 1946 foram restabelecidas, no controle de constitucionalidade, as diretrizes da Constituição de 1891 e as inovações da Constituição de 1934, restaurando a representação interventiva e retirando do texto constitucional o art. 96 (incluído pela Constituição de 1937), retirando do ordenamento a hipótese de cabimento do recurso com base em divergência jurisprudencial pelos Tribunais.

Foi, ainda, ampliado o cabimento do recurso extraordinário para incluir a interposição contra decisões de última instância de todos os juízes e tribunais (art. 101<sup>25</sup>), já que a constituição incluiu em seu texto juízes e tribunais militares, eleitorais e do trabalho e o Tribunal Federal de Recursos. Além de ter alargado a hipótese da alínea “a”, já que incluiu não somente a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisões que contrariem a constituição, como também decisões que apliquem leis inconstitucionais (RAMOS, 2010, p. 204).

---

<sup>24</sup> Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>25</sup> Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Foi trazida de volta faculdade do Senado Federal de editar resolução determinando a suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ficando expressamente determinado no texto que a resolução só seria editada em virtude de decisão transitada em julgado (art. 64<sup>26</sup>).

Álvaro Cruz (2004, p. 288) alerta, entretanto, que apesar da redemocratização do Estado brasileiro, o Supremo Tribunal Federal continuou a promover os interesses do Poder Executivo como reflexo de uma herança positivista centenária e principalmente em função do seu afastamento da sociedade civil, aprovando inclusive diversas representações interventivas nos estados do Rio Grande do Sul, Ceará e Alagoas, que de alguma forma “afrontassem” o princípio do presidencialismo, sendo consideradas parlamentaristas qualquer lei que subordinasse ações do Executivo ao Legislativo.

As tensões políticas que permeavam o mundo, considerando o acirramento da guerra fria, especialmente com a propagação do discurso do ódio contra os “comunistas” no Brasil, beneficiando as elites industriais, resultou no golpe militar de 1964 e mais uma vez o fim do regime democrático. Apesar do golpe, os militares mantiveram em vigor a Constituição de 1946, até iniciarem as efetivas alterações em 1965, através da Emenda Constitucional n. 16.

A emenda constitucional n. 16/1965 trouxe uma mudança significativa no texto constitucional ao incluir a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual, no art. 101<sup>27</sup>, “k” da CF/1946, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a ser encaminhada pelo Procurador Geral da República, e incluir a possibilidade de os Estados regulamentarem o procedimento de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Tribunal de Justiça, quando uma lei municipal afrontasse a constituição estadual (art. 124, XIII<sup>28</sup>).

---

<sup>26</sup> Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>27</sup> Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

(...)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965\)](#)

<sup>28</sup>Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

(...)

XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965\)](#)

A inclusão do controle abstrato de constitucionalidade pelo regime militar não foi, entretanto, um instrumento pensado para reduzir a quantidade de processos que eram remetidos ao Supremo naquela época, mas sim uma demonstração de que limites o regime iria ultrapassar para controlar o poder judiciário como um todo. Isso porque, o Procurador-Geral da República era indicado pelo Presidente da República e conseqüentemente partidário do regime militar, ou seja, sua legitimação exclusiva para provocar o controle tornaria este um instrumento de manifestação do poder vigente (CRUZ, 2004, p. 295-297).

O reflexo desse empenho em controlar o Poder Judiciário ficou ainda mais claro com a Constituição de 1967, que trouxe duas alterações no sistema controle de constitucionalidade inaugurado com a Constituição de 1981: (i) retirou a possibilidade de representação contra inconstitucionalidade na competência estadual; e, (ii) transferiu a titularidade da proposição da lei interventiva do Senado Federal para o Presidente da República (art. 11<sup>29</sup>, §2º).

Apesar do regime ter deixado clara sua intenção em subjugar o Poder Judiciário, e principalmente o Supremo Tribunal Federal, apenas com os Atos Institucionais n.s 05 e 06 foi possível quebrar a resistência da Corte que até então ainda estava determinando a soltura de presos políticos do regime. O AI-05 suspendeu a garantia constitucional do *habeas corpus*, e o AI-06 reduziu a quantidade de ministros da Corte de dezesseis para onze, sendo aposentados os ministros que eram contrários aos militares (CRUZ, 2004, p. 297-298).

Com o poder judiciário já controlado, foi promulgada a Emenda constitucional n. 01/1969 que instituiu a representação interventiva para os Estados, nos moldes da representação federal, para que fosse efetivado o controle das legislações municipais com base nas constituições estaduais.

---

<sup>29</sup> Art 11 - Compete ao Presidente da República decretar a intervenção.

§ 1º - A decretação da intervenção dependerá:

a) no caso do n.º IV do art. 10, de solicitação do Poder Legislativo ou do Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

b) no caso do n.º VI do art. 10, de requisição do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior Eleitoral, conforme a matéria, ressalvado o disposto na letra c deste parágrafo.

c) do provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, nos casos do item VII, assim como no do item VI, ambos do art. 10, quando se tratar de execução de lei federal.

§ 2º - Nos casos dos itens VI e VII do art. 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia.

A Emenda constitucional n. 07/1977 trouxe quatro importantes inovações ao controle de constitucionalidade: (i) deu ao Supremo Tribunal Federal a competência para interpretar ato normativo, com efeito vinculante; e, (ii) passou a prever expressamente o cabimento de medida cautelar nas representações encaminhadas pelo Procurador Geral da República; (iii) instituiu a advocatória; e, (iv) a instituição da arguição de questão federal relevante (CLÈVE, 2000, p. 89-90; CRUZ, 2004, p. 299-300).

Por meio da advocatória, o Procurador Geral da República poderia requerer ao Supremo Tribunal Federal que avocasse a competência de análise de um processo, desde que envolvesse perigo grave e imediato de lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia pública, podendo suspender os efeitos de uma decisão eventualmente proferida para devolver à Corte o conhecimento integral do processo.

Esse instituto trazia a possibilidade de antecipar o julgamento de uma questão constitucional, impedindo a ocorrência da suposta grave lesão (RODRIGUES, 2005, p. 99). É claro, que essa medida suprimia o devido processo legal, mas em contrapartida transferia para o Supremo Tribunal Federal o julgamento de qualquer causa de interesse do poder executivo, naquele momento ainda em exercido pelos presidentes do regime militar.

Já a arguição de relevância consistia em fazer o Supremo Tribunal Federal apreciar um processo que inicialmente não era de sua competência. No caso, de acordo com a Emenda Regimental do STF n. 03/1975, no próprio recurso extraordinário deveria ser feita uma preliminar demonstrando a relevância da questão e requerendo a formação do instrumento. Recebida a petição, o presidente do Tribunal de origem deveria montar o instrumento com os documentos pertinentes e encaminhar, após manifestação da outra parte, ao presidente do Supremo Tribunal Federal as vias que seriam distribuídas aos onze ministros.

A apreciação da arguição seria realizada por um Conselho designado pelo Presidente do Tribunal, e sua decisão seria irrecorrível e não precisaria conter fundamentação, tal qual o *writ of certiorari* norte-americano.

Com a advocatória e a arguição de questão federal relevante o Poder Executivo poderia transferir ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar praticamente qualquer processo e no caso da arguição não era necessário sequer fundamentar a decisão. Essa situação se perpetuou até o fim do regime militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

## 2.2 O controle concreto na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988, promulgada em virtude da redemocratização do Brasil, adotou tanto o controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade quanto o controle jurisdicional concreto. No que se refere ao controle abstrato, foi aumentado o rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103<sup>30</sup>), precedida pela antiga representação, incluindo além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa do Senado Federal, a mesa da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Foi também instituída a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade pelos Estados-membros, em virtude de lei estadual ou municipal que afronte a Constituição Estadual (art. 125, §2º), foram incluídas no texto as previsões de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), do mandado de injunção (art. 102, I, “q”) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único), e foi mantida a possibilidade estabelecida pela Emenda Constitucional n. 07/1977 de cabimento de medida cautelar nas ações diretas.

Foram incluídas, ainda, as exigências de citação do Advogado-Geral da União para defender o ato impugnado nas ações diretas de inconstitucionalidade e de

---

<sup>30</sup> Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

intimação do Procurador-Geral da Justiça para se manifestar em todas as ações de competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do controle concreto, foram alteradas as previsões de cabimento do recurso extraordinário dando uma roupagem puramente constitucional ao instrumento (art. 102<sup>31</sup>, III), suprimindo qualquer menção ao cabimento por ato ou lei de governo local em afronta à lei federal (RAMOS, 2010, p. 227), tendo sido, mantida a necessidade de edição de resolução do Senado Federal para suspender a execução e leis declaradas inconstitucionais pela via do controle concreto (art. 52, X).

Duas foram as emendas constitucionais que trouxeram alterações para o controle de constitucionalidade: (a) a Emenda Constitucional n. 03/1993, que incluiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, como mais um instrumento do controle abstrato de constitucionalidade, tendo como rol de legitimados: (i) o Presidente da República; (ii) a mesa do Senado Federal; (iii) a mesa da Câmara dos Deputados; e, (iv) o Procurador-Geral da República (art. 103, §4º); e, (b) a Emenda Constitucional n. 45/2004.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi proposta pelo Deputado Federal Hélio Bicudo em 1992 (PEC n. 96/1992), mais conhecida como a emenda da “reforma do judiciário” trouxe diversas alterações para as duas modalidades de controle de constitucionalidade. No que se refere ao controle de constitucionalidade abstrato: (i) equiparou o rol de legitimados para ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade ao da ação direta de inconstitucionalidade; (ii) estabeleceu o efeito *erga omnes* às decisões transitadas em julgados nas ações declaratórias de constitucionalidade, nos mesmos moldes da ação direta de inconstitucionalidade; (iii) instituiu a súmula vinculante; (iv) alterou a redação do rol de legitimados para propor ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade incluindo expressamente o Governador do Distrito Federal e especificando a mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, como sendo apenas a do Distrito Federal.

---

<sup>31</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Já o controle de constitucionalidade concreto foi alvo de apenas duas interferências: a primeira, foi a inclusão como hipótese de cabimento do recurso extraordinário, os casos em que tribunal inferior julgar válida lei local contestada em face de lei federal; e, a segunda foi a instituição do critério da repercussão geral como necessário ao conhecimento do recurso extraordinário. A última merece maior atenção em virtude do objeto de análise do presente trabalho.

O instituto repercussão geral não estava previsto na primeira versão do projeto de emenda apresentado à Câmara dos Deputados em 1992, isso porque o documento inicialmente apresentado pretendia a adequação do poder judiciário ao regime democrático recém instalado, tendo sua justificativa se baseado em uma digressão histórica pouco detalhada e sem um diagnóstico claro acerca de qualquer alteração no sistema recursal. Em contrapartida, a mesma justificativa manifesta preocupação dos parlamentares com a falta de fiscalização das atividades do poder judiciário, mas especialmente no que se refere à contenção da corrupção.

Na verdade o problema é bem mais profundo, porque o Poder judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa.

Não basta, para o estabelecimento de controle na atividade do Poder judiciário, a participação intensa, no caso representado pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados, no recrutamento de juízes e na outorga da vitaliciedade, bem como uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores.

Será de maior relevância que qualquer cidadão, como direito seu, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados, como dever, possam participar da instauração e do acompanhamento de procedimentos contra magistrados, nos casos de corrupção (BRASIL, 1992, p.7852).

Apenas no ano 2000, a projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, já com as alterações no controle de constitucionalidade concreto, tendo sido remetido ao Senado Federal que após a tramitação adequada, o aprovou em 2004. As referidas alterações foram recomendadas pela Associação Paranaense dos Juízes Federais – APAJUFE ao Senado Federal, que as manteve no texto enviado pela Câmara, evidenciando uma preocupação com o aumento na quantidade de processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Essa preocupação fica ainda mais evidente quando se analisa dois institutos específicos criados pela EC n. 45/04: a instituição da súmula vinculante e a instituição da repercussão geral. Através da edição da súmula vinculante, o Supremo Tribunal

Federal pode atribuir efeito *erga omnes* à um enunciado formulado com base em decisões reiteradas da Corte, além disso, essa súmula vincula todos os entes da administração direta e indireta, além dos demais tribunais do país, o que impede que eventuais recursos sejam remetidos para julgamento do Supremo.

Já com a repercussão geral, como será detalhado mais adiante, o Supremo Tribunal Federal tem a possibilidade de escolher quais os recursos extraordinários vão ser incluídos em sua pauta de julgamento, sob o argumento de qual a decisão daquele recurso específico afetaria não apenas as partes como toda a coletividade.

### **2.3 Controle concreto: características e efeitos da decisão**

O caráter difuso do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro<sup>32</sup>, caracterizado pelas variadas formas de provocação da revisão judicial e pela divisão de competências para o julgamento processos que tratam ainda que por via reflexa da constitucionalidade de leis, se refletiu na adoção de dois modelos de controle pela Constituição de 1988: (i) o concreto, realizado por qualquer tribunal a partir da análise de um caso específico, no qual a questão da constitucionalidade é prejudicial e os efeitos da decisão se aplicam apenas entre as partes do processo; e, (ii) o abstrato, realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal, na esfera federal, através do julgamento de ações específicas (p. ex. ação direta de inconstitucionalidade, ação direta declaratória de constitucionalidade, etc.) das quais tem decisões com efeitos *erga omnes*, que não é objeto de estudo do presente trabalho.

---

<sup>32</sup> O presente trabalho parte da análise de Elival da Silva Ramos (2010, p. 69-70) acerca do caráter difuso do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: “Importa observar que para a identificação da característica da difusão ou da concentração, deve-se fazer uma avaliação sistêmica e não segmentada. Em sistemas como o brasileiro e o português, que, difusos sob o prisma orgânico ou subjetivo, combinam as técnicas do controle incidental e do controle por meio de ações diretas, não se pode dizer, como tem feito irrefletidamente a doutrina pátria, que se trata de sistemas mistos. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é indubitavelmente um sistema difuso, ao menos no tocante à inconstitucionalidade comissiva, sendo reconhecido a qualquer juiz ou tribunal de nosso aparato judiciário, respeitadas as regras de distribuição de competência, o poder de controlar a conformidade das leis à Constituição. É certo que apenas ao Supremo tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em face da Constituição Federal, assim como as ações diretas declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Mas isto em razão de uma simples regra constitucional de distribuição de competência que, considerando a natureza desses processos, os quais consubstanciam técnica de controle objetivo da constitucionalidade de leis ou atos normativos, atribuiu originariamente, ao Pretório Excelso a competência para deles conhecer e julgar, impedindo, pois, por se tratar de órgão de cúpula do Judiciário nacional, que qualquer outro juiz ou tribunal venha a fazê-lo.”

O controle concreto de constitucionalidade se dá pelo exame da constitucionalidade como uma prejudicial a apreciação do mérito, influenciando diretamente o resultado do julgamento do processo, se constituindo como um “antecedente lógico” do julgamento do mérito, que pode ser suscitado em face de qualquer legislação infraconstitucional, em qualquer tipo de ação e em qualquer momento processual, por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, constituindo matéria de ordem pública a ser inclusive conhecida de ofício pelos Tribunais (RAMOS, 2010, p. 254).

Ao contrário do que pode aparentar, e apesar da ampla atribuição de competências às várias instâncias do poder judiciário observada na Constituição de 1988, não pode um juiz de primeira instância declarar a inconstitucionalidade de lei (essa competência é apenas dos tribunais), mas tão-somente afastar sua aplicação ao entender que se trata de um ato normativo inconstitucional. Para Lênio Streck (2014, p. 527) essa diferenciação entre declarar a inconstitucionalidade e afastar a aplicação da lei considerada inconstitucional pelo juiz é plenamente justificável porque “se o juiz ‘declarasse’ a inconstitucionalidade, esse ato deveria ter efeitos correlatos à declaração objetiva. Se ele ‘declarasse’, sua decisão teria de ter efeito *ex tunc* ou deveria ele ‘modular’ esses efeitos”.

Isso porque a coisa julgada tem efeito *erga omnes* relativo ao caso demandado. Se a decisão do juiz se concentrar em declarar ou não a inconstitucionalidade da lei, o foco que deveria estar na relação jurídica da qual se originou a demanda será transferido, desrespeitando o art. 97<sup>33</sup> da Constituição de 1988, que reserva à maioria do plenário ou dos órgãos especiais dos tribunais a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Nesse contexto, para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o relator do processo ou qualquer dos componentes da turma julgadora deve arguir o incidente de inconstitucionalidade, momento em que será suspenso o julgamento remetendo-se o caso ao plenário ou ao órgão especial para processar o incidente na forma do Regimento Interno do respectivo Tribunal.

A arguição do incidente de inconstitucionalidade pelo tribunal de segunda instância é obrigatória, não sendo o órgão colegiado autorizado a deixar de aplicar a

---

<sup>33</sup> 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.

legislação sem enfrentar a questão da inconstitucionalidade<sup>34</sup>. As duas únicas hipóteses de dispensa da formação do incidente foram incluídas pelo parágrafo único do art. 481<sup>35</sup>, acrescentado pela lei n. 9.756/1998 no código de processo civil, determinando que é dispensada a formação do incidente quando já houver pronunciamento sobre a matéria do próprio tribunal de segunda instância ou do Supremo Tribunal Federal, ressalvada a possibilidade de revisão do entendimento com base no art. 103<sup>36</sup> do Regimento Interno do Supremo.

Lênio Streck (2014, p. 531) questiona a constitucionalidade da hipótese de dispensa do incidente de inconstitucionalidade nos casos em que o próprio tribunal de segunda instância já tiver se pronunciado acerca da matéria, isso porque tal permissivo violaria o art. 97 da Constituição na medida em que permitiria a consolidação de uma interpretação que poderia não ser a mesma aplicada pela Corte Constitucional, apesar do próprio Supremo já ter se manifestado a favor da dispensa em questão.

A segunda característica principal do controle concreto consiste na impossibilidade de a decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei produzir efeitos fora do âmbito processual em que foi proferida (efeito *inter partes*), e para que haja a extensão desses efeitos é necessária a edição de uma resolução pelo Senado Federal suspendendo em todo o território nacional a aplicação da lei declarada inconstitucional (art. 52, X<sup>37</sup> da CF/1988).

O entendimento acerca da aplicação do art. 52, X da CF/1988 só foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da reclamação constitucional<sup>38</sup> n. 4.335, que teve seu acórdão publicado em 22/10/2014. A discussão

---

<sup>34</sup> Esse entendimento foi transformado no enunciado da Súmula vinculante n. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>35</sup> Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. [\(Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998\)](#)

<sup>36</sup> Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

<sup>37</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

<sup>38</sup> A reclamação constitucional está prevista no art. 103-A da Constituição de 1988, como instrumento processual a ser utilizado quando for proferida decisão judicial ou praticado ato administrativo que contrarie súmula vinculante aplicável ou a aplicar de maneira indevida.

doutrinária se concentrou na existência ou não de discricionariedade do Senado Federal em publicar a resolução suspendendo a aplicação da lei declarada inconstitucional, já que na prática se a casa legislativa escolher não editar a resolução não seria cumprido o objetivo processual último da resolução senatorial, qual seja, reduzir a quantidade de processos ajuizados<sup>39</sup>.

Iniciado em 2007 o julgamento da referida reclamação, o relator Gilmar Mendes criou a tese de que aquele dispositivo havia sofrido uma mutação constitucional, retirando do Senado Federal a possibilidade de se negar a publicar a resolução senatorial suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, ou seja, a resolução teria efeito meramente declaratório e não constitutivo, com base nos argumentos de que: (i) o dispositivo foi incluído no ordenamento constitucional pela Constituição de 1934 com base em uma separação de poderes já superada; (ii) a Constituição de 1988 ao ampliar o rol de legitimados para proposição de uma das ações do controle abstrato de constitucionalidade, teria enfraquecido o controle concreto; (iii) no Brasil foi adotada a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional, impossibilitando ao Senado Federal a discussão acerca da conveniência política ou não da edição da resolução; (iv) a inclusão do art. 557, §1º-A no código de processo civil, autorizando ao relator do processo dar provimento ao recurso por decisão monocrática, se a decisão recorrida estiver em confronto com o entendimento já consolidado do tribunal, demonstra que o legislador entendeu pela possibilidade de extensão dos efeitos da decisão proferida em sede de controle concreto a todos os demais processos, dispensando-se a apreciação de novos recursos pelo plenário do Supremo; e, (v) seria impossível sustentar o efeito *inter partes* quando do controle de constitucionalidade concreto exercido no julgamento de ações civis públicas, mandados de segurança coletivos e ações coletivas (MENDES, 2004, 157-163)<sup>40</sup>.

O voto de Gilmar Mendes foi acompanhado por Eros Grau e Sepúlveda Pertence, mas não se sustentou após a alteração da composição do tribunal. Afastada

---

<sup>39</sup> Apesar de não haver redução dos processos ajuizados nas instâncias inferiores do judiciário, não há aumento da quantidade de processos no Supremo, uma vez que o instituto da repercussão geral por si só impede a subida dos recursos ao tribunal. Entretanto, a preocupação (especialmente do Conselho Nacional de Justiça) é explicada em função da insignificante quantidade de resoluções editadas pelo Senado nos últimos 5 anos, de acordo com Secretaria de Informação Legislativa do Senado Federal, de 2009 a 2013 só foram editadas 9 resoluções.

<sup>40</sup> O artigo utilizado como referência foi utilizado integralmente como voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl n. 4.335.

a tese de mutação constitucional nesse caso, o Supremo entendeu pela preservação da discricionariedade do Senado Federal gerando por consequência uma redução no significado do parágrafo único do art. 481 do código de processo civil:

Resumindo, pode-se concluir que a imposição da exceção prevista no parágrafo único do art. 481 só adquire significado nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão constitucional em sede de controle difuso, já tenha remetido a decisão para o Senado (porque só então estará consolidada a posição do STF) e o Senado ainda não tenha promulgado a resolução suspensiva da execução da lei. Fora de tal hipótese, é temerária (e inconstitucional) a dispensa de suscitação do incidente de inconstitucionalidade pelos tribunais da República, porque decorrência, nestes casos, de decisão do Supremo Tribunal que não cumpriu o disposto no art. 52, X, da CF (STRECK, 2014, p. 548).

A manutenção da discricionariedade do Senado, no entanto, não foi afastada por ser entendida como inaplicável, mas sim porque desde a inclusão da súmula vinculante no ordenamento, a discussão acerca da extensão efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade concreto foi ultrapassada. Isso porque, a súmula vinculante, incluída no ordenamento jurídico pela EC n. 45/2004, consiste em um enunciado formulado pelo Supremo Tribunal Federal a partir de reiteradas decisões em matéria constitucional, que tem o poder de vincular a atuação não apenas do judiciário como de toda a administração pública (art. 103-A<sup>41</sup> da CF/1988).

Surge então um paradoxo, se súmula vinculante deve ter como base entendimentos reiterados do Supremo, como é possível editá-la a partir de uma decisão de controle de constitucionalidade concreto (que conta com a análise

---

<sup>41</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

simultânea de poucos casos paradigmáticos)? Vai depender do que se entende por reiterado.

Se reiterado significar que os poucos casos paradigmáticos, e julgados simultaneamente, são suficientes, então é perfeitamente compreensível a edição da súmula vinculante. Por outro lado, se reiterado significar a maturação da questão através de vários debates realizados ao longo do tempo, a edição de súmula vinculante a partir da fundamentação de um caso analisado em sede de repercussão geral não se constitui numa hipótese viável.

Apesar da referida questão não ser o objeto de estudo do presente trabalho, essa reflexão é necessária porque ao vincular a administração pública, a súmula passa a ter características aproximadas as de uma lei, o que no caso da reclamação constitucional n. 4.335, suplanta a necessidade de suspensão de efeitos pelo Senado Federal da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, como explicita o voto de Joaquim Barbosa<sup>42</sup>.

Nesse contexto, a criação de súmula vinculante, com base na fundamentação dos casos de controle concreto de constitucionalidade representa, ainda que de forma reflexa, o esvaziamento parcial do art. 52, X da CF/1988.

## 2.4 Apontamentos sobre o recurso extraordinário: da origem ao procedimento

O contemporaneamente chamado recurso extraordinário foi inicialmente instituído pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, tendo por base o *writ of error* norte-americano. O *writ of error* foi criado nos Estados Unidos através da seção 25<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> “Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito erga omnes às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito” (BRASIL, 2014, p. 99).

<sup>43</sup> Sec. 25. And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their calamity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favor of such their validity, (d) or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution or of treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree

do *Judiciary Act* de 1789, como um instrumento capaz de provocar a Suprema Corte a se pronunciar nos casos em que: (i) se questionar a validade de um tratado ou de uma lei da União ou da legitimidade de sua autoridade, e a decisão for contra sua validade; (ii) se discutir a validade de uma lei do Estado ou a legitimidade de uma autoridade por ele exercida, em face da Constituição, tratados ou leis da União, e a decisão for a favor da validade; (iii) se questionar um título, um direito, um privilégio ou uma isenção requerida com base na Constituição, tratado, lei ou concessão, e a decisão for contra tal requerimento (MEDINA, 2009, p. 34-35).

A constitucionalidade do *writ of error* foi amplamente discutida na época, já que o recurso havia sido criado por lei ordinária, tendo sido considerado constitucional pelas decisões proferidas pela Suprema Corte nos casos *Martin vs. Hunter's Lessee* e *Cohens vs. Virginia*. A *Judiciary Act* de 1925 alterou a nomenclatura do recurso para *appeal* e criou o *writ of certiorari*<sup>44</sup>, que atualmente é a principal via de chegada de casos à Suprema Corte, tendo em vista a restrição ao uso do *appeal* por força da *Supreme Court Case Selections Act* de 1988 (MOREIRA, 2013, p. 578).

No Brasil, a Constituição do governo provisório que não chegou a entrar em vigor, previu em seu art. 58, §1º, as hipóteses de cabimento de recurso ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o Decreto n. 848/1890<sup>45</sup> trouxe o até então recurso

---

complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commission, or authorities in dispute. (a) (JUDICIARY ACT, 1789).

<sup>44</sup> O *writ of certiorari* será analisado mais com mais detalhes no próximo ponto.

<sup>45</sup> Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

II. Julgar em gráo de recurso e em ultima instancia:

- a) as questões decididas pelos juizes de secção e de valor superior a 2:000\$000;
- b) as questões relativas á successão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção;
- c) as causas criminaes julgadas pelos juizes de secção ou pelo jury federal;
- d) as suspeições oppostas aos juizes de secção.

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

inominado em seu art. 9º, parágrafo único, com praticamente as mesmas hipóteses de cabimento do *writ of error* norte-americano, o qual foi incluído na Constituição de 1891. Entretanto, apesar de criado em 1890, apenas em 1891 foi nominado como recurso extraordinário pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ampliando-se as hipóteses de cabimento com a reforma constitucional de 1926 para incluir a possibilidade de interposição de recurso extraordinário com base em divergência de interpretação de lei federal.

Apesar de algumas modificações em suas hipóteses de cabimento, o recurso extraordinário foi mantido como objeto de consecução do controle de constitucionalidade concreto por todas as constituições brasileiras, sendo possível o estabelecimento de requisitos suplementares de cabimento do recurso pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, até o advento da Constituição de 1988 (MOREIRA, 2013, p. 584).

A Constituição de 1988 manteve a previsão do recurso extraordinário em seu art. 102, III, sendo cabível contra decisão de única ou última instância que: (i) contrariar dispositivo da constituição; (ii) declarar a inconstitucionalidade de ato ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato local contestado em face da constituição; e, (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III).

A quarta hipótese de cabimento foi incluída pela Emenda Constitucional n. 45/2004, sob o argumento de que no caso de uma lei local ser julgada válida, quando contestada em face de lei federal, se apresentaria uma “questão constitucional complexa indireta”, na qual se discutiria não a constitucionalidade material da norma, mas sim a constitucionalidade formal, já que a discussão se concentraria na competência legislativa da matéria. Se um ato local foi aplicado em detrimento de uma lei federal deve ser analisada qual esfera do poder legislativo detêm a competência para legislar sobre aquele tema. Caso se trate de mera afronta à legislação federal, caberá recurso especial contra a decisão e não o recurso extraordinário, que será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça tendo como pressuposto a constitucionalidade da lei federal (RAMOS, 2010, 227-228; MEDINA, 2006, p. 1052).

O recurso extraordinário deve ser interposto perante o presidente ou o vice-presidente do Tribunal ou ainda do Colégio Recursal, no prazo de 15 (quinze) dias, a

---

contar da publicação do acórdão proferido em segunda instância, devendo conter obrigatoriamente (art. 541 da Lei n.5.869/1973): (i) a exposição dos fatos e do direito; (ii) a demonstração do cabimento do recurso; (iii) as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. A petição deve, ainda, estar acompanhada do comprovante de pagamento das custas (preparo).

Recebida a petição pelo juízo de segunda instância, será determinada a intimação da parte recorrida para apresentar em 15 (quinze) dias as contrarrazões, e em seguida o recurso será submetido ao juízo de admissibilidade. No caso do recurso extraordinário, o juízo de admissibilidade se dá em dois momentos diferentes, o primeiro a ser exercido pelo Presidente ou pelo Vice-presidente do tribunal ou colégio recursal em que foi interposto o recurso, e o segundo a ser exercido pelo ministro designado para a relatoria do processo.

O juízo de admissibilidade corresponde a análise do cumprimento dos requisitos intrínsecos e extrínsecos necessários ao processamento do recurso. Os requisitos intrínsecos se referem a existência do direito de recorrer, quais sejam: (i) cabimento; (ii) legitimidade para recorrer; (iii) interesse de recorrer; e, (iv) inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer. Já os requisitos extrínsecos se referem ao exercício do direito de recorrer, ou seja, (i) tempestividade; (ii) regularidade formal; e, (iii) preparo (MEDINA, 2009, p. 63).

Para que seja comprovado o cabimento do recurso, além de terem sido esgotadas as instâncias recursais inferiores, deve ser demonstrada a efetiva afronta à Constituição Federal. Entretanto, a análise da demonstração da afronta à Constituição deve se restringir a verificar se o recorrente apresentou as razões do descumprimento alegado, sob pena de ultrapassar a barreira da admissibilidade e analisar o mérito da questão, que só pode ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal.

Já a regularidade formal consiste em verificar a existência: do prequestionamento, ou seja, a matéria discutida no recurso extraordinário deve ter necessariamente sido discutida pelas instâncias inferiores, além disso, o fundamento do recurso não pode ser alterado nem pela parte e nem pelo Tribunal após a interposição; de preliminar acerca da existência da repercussão geral; das razões de fato e de direito que embasam o pedido.

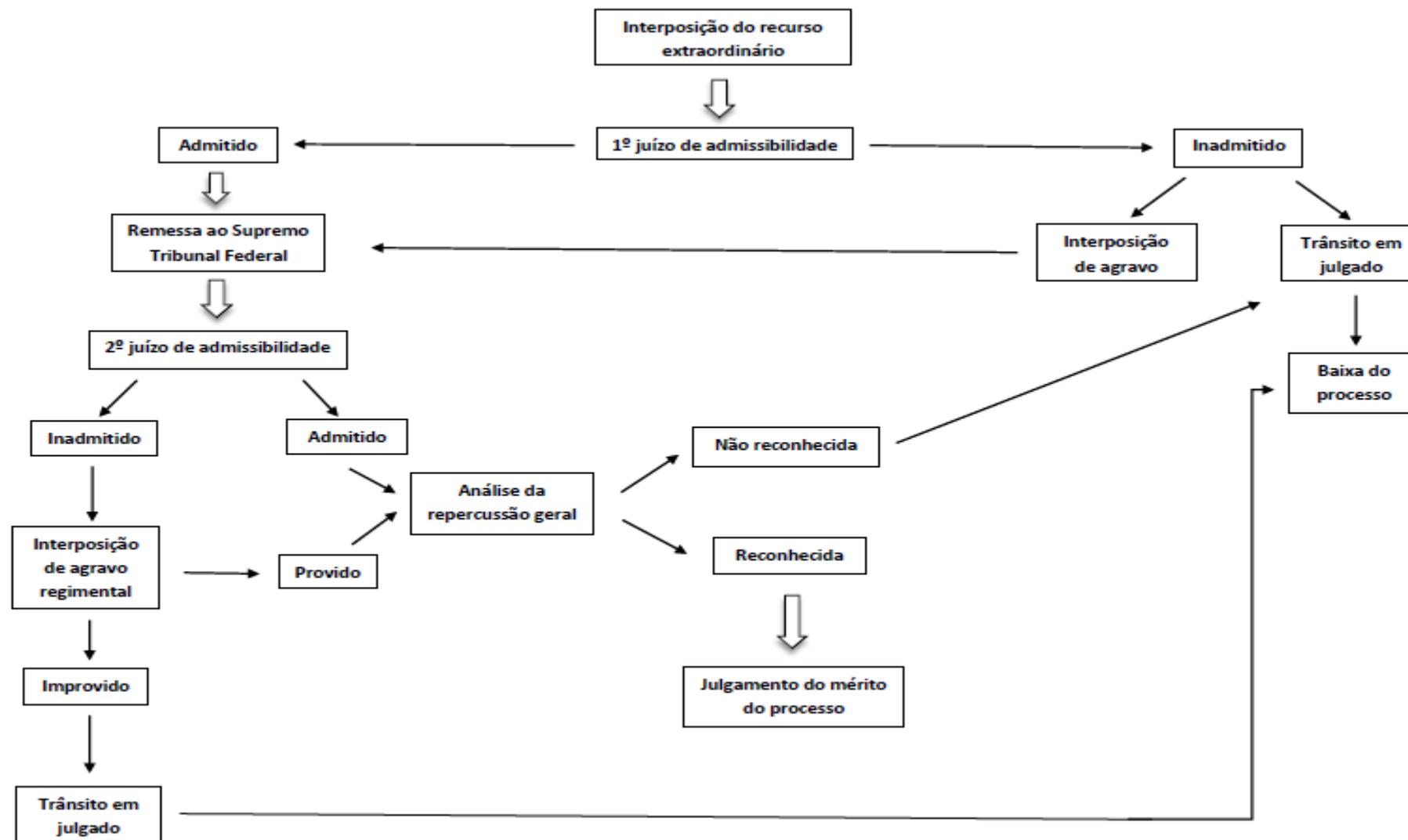
Realizado o primeiro juízo de admissibilidade, que não tem efeito vinculante em relação ao Tribunal Superior, e tendo sido admitido o recurso extraordinário é remetido ao Supremo, onde será realizado o segundo juízo de admissibilidade. Caso não seja

admitido o recurso extraordinário, é cabível a interposição de agravo no prazo de 10 (dez) dias (art. 544 da Lei n. 5.869/1973, CPC).

A princípio o recurso extraordinário é recebido apenas no efeito devolutivo, podendo ser requerido pelo recorrente o deferimento do efeito suspensivo, ficando a critério da parte vencedora na segunda instância o ajuizamento de execução provisória do julgado (art. 475-O da Lei n. 5.869/1973).

Apenas, após o segundo juízo de admissibilidade é que o relator designado poderá analisar o mérito e pedir a inclusão do processo em pauta. A decisão acerca do segundo juízo de admissibilidade influencia diretamente na definição da competência para julgamento de eventual ação rescisória. Caso não seja admitido o recurso (não conhecido) a competência do julgamento da rescisória não será do Tribunal Superior, pois não houve a apreciação do mérito do recurso (art. 102, I, "j" da CF/1988).

FIGURA Nº 01: PROCEDIMENTO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.



Fonte: fluxograma criado pela autora.

## 2.5 Repercussão geral e a abstrativização (esvaziamento) do controle de concreto

A repercussão geral foi incluída na Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentada pela Lei n. 11.418/2006, que incluiu o art. 543-A<sup>46</sup> no código de processo civil, sob o argumento de reduzir a quantidade de processos que chegam anualmente no Supremo Tribunal Federal, já que para que o tribunal aprecie um eventual recurso extraordinário deverá ser demonstrada pela parte a existência de repercussão geral daquela matéria.

Esse instituto processual foi inspirado no *writ of certiorari* norte-americano, que atualmente é o principal meio de chegada de casos à Suprema Corte Americana, por meio do qual, se questiona suposta afronta à Constituição praticada por uma decisão proferida por instância judicial inferior (PERRY JUNIOR, 1994, p. 27). Recebida a petição a Suprema Corte Americana decide se irá ou não analisar o caso, por meio de decisão discricionária, irrecorrível e sem fundamentação, já que não se trata de um direito da parte e sim de uma opção do Tribunal nos termos da *Rule 10*<sup>47</sup> do Regimento Interno daquela Corte (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

---

<sup>46</sup> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

<sup>47</sup> “Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari

Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from accepted

Para que o *certiorari* seja conhecido, não é necessário que o caso seja o maior ou mais relevante à sociedade, bem como seja universal e não particular o litígio, por exemplo, foi o caso trazido à Suprema Corte sob a alegação de que a Police Court of Louisville havia infringido a 14ª Emenda à Constituição, em duas situações que resultaram no arbitramento de U\$ 10,00 (dez dólares) de multa por vadiagem e conduta desordeira (ABRAHAM, 1998, p. 193), ou seja, a Suprema Corte norte-americana analisa e escolhe, literalmente, em quais casos vai intervir e dentro dos casos em que matérias irá intervir, criando sua agenda de acordo com sua conveniência e interesse.

A petição do *certiorari* é analisada pelos juízes da Suprema Corte, que encarregam seus assessores de elaborar um relatório expondo os principais pontos trazidos pela parte, distribuindo-o para os componentes da sessão, momento em que se inicia a discussão. O *certiorari* é aceito sempre que pelo menos quatro juízes se manifestem a favor (*rule of four*), independentemente de a maioria entender pela não apreciação do instrumento. Somando-se a essa regra, sempre que três juízes se manifestam a favor da aceitação do rito, o Presidente da Suprema Corte, ainda que já tenha se manifestado contra, se une a eles em um ato de cavalheirismo (*join-three votes*) (DANTAS, 2012, p. 107-108).

Sommer (2014, p. 29- 31) identifica a necessidade de uniformização da jurisprudência das instâncias inferiores como o principal fator de influência na aceitação do *certiorari*, além de fatores como a quantidade de *amicus curiae* indicada na petição, o que refletiria o provável impacto da decisão na sociedade.

Ao contrário do *certiorari*, a repercussão geral teve seu conhecimento legalmente condicionado a comprovação da existência de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, para que seja reconhecida a existência de repercussão geral deve ser demonstrada a existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. O legislador ao definir o instituto optou pela vagueza de conceitos, deixando

---

and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

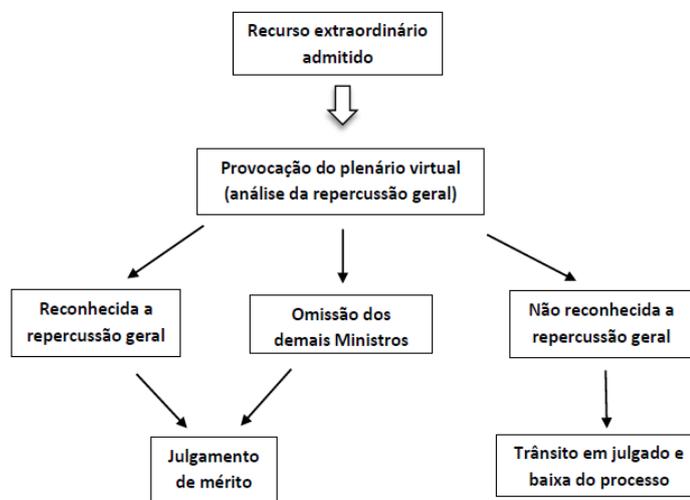
A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

nas mãos do Supremo Tribunal Federal a construção teórica do que seria cada um desses critérios, restando à doutrina apenas suposições:

Compreensivelmente, não tentou o legislador uma enumeração casuística das hipóteses em que se deve considerar presente a “repercussão geral”. Cingiu-se a estatuir que, para tal efeito, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, §1º). Figuremos alguns exemplos. É sem dúvida relevante do ponto de vista econômico, a dúvida sobre a constitucionalidade de determinado tributo; do ponto de vista político, questão que interfira de modo profundo na atuação dos partidos, ou que diga respeito às relações do Brasil com outros Estados ou com organismos internacionais; do ponto de vista social, questão relativa à proteção de direitos ou interesses de vastas camadas da população, sobretudo das mais carentes, e notadamente em processos coletivos; do ponto de vista jurídico, questão concernente à definição de instituto fundamental do ordenamento brasileiro, ou à divisão de competência entre a União e os Estados-membros para legislar sobre certa matéria (MOREIRA, 2013, p. 615-616).

É após o recebimento do recurso extraordinário e após a análise dos demais requisitos de admissibilidade, que o relator do processo enviará eletronicamente seu voto acerca do reconhecimento ou não da repercussão geral aos demais membros do Tribunal que deverão analisar e responder, também por meio eletrônico no prazo de 20 (vinte) dias, se não houver resposta, será presumida a existência de repercussão geral. Se reconhecida a repercussão geral o processo será pautado para julgamento, caso não seja reconhecida o recurso não será conhecido pelo Tribunal, ambas as decisões são irrecorríveis.

FIGURA Nº 02: PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DA REPERCUSSÃO GERAL



Fonte: fluxograma criado pela autora.

O Supremo pode, ainda, por decisão irrecurável admitir ou não a participação de terceiros durante a análise da existência ou não de repercussão geral, recebendo suas razões por escrito e considerando-as tanto durante o juízo de admissibilidade quanto durante o julgamento do mérito do recurso.

Essa autorização dada pelo Regimento Interno do Supremo para a participação de terceiros no processo, justificaria o instrumento da repercussão geral emprestando-lhe legitimidade em virtude da participação social (MEDINA, 2009, p. 345), entretanto, esse argumento não se sustenta quando se analisa o comportamento da Corte em relação à participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade concreto.

Isso porque, até agosto de 2013 apenas 148 (cento e quarenta e oito) processos com repercussão geral reconhecida tinham sido julgados, e desses, 22 (vinte e dois) contaram com a atuação do *amicus curiae*, e em somente 3 (três) processos os ministros referenciaram a atuação do terceiro no voto ou no debate do acórdão, ou seja, só em aproximadamente 2% (dois por cento) se verificou uma efetiva interferência do *amicus curiae* no processo, sugerindo que a legitimação da decisão por meio da participação da sociedade é um mero discurso utilizado pelo Tribunal para expandir os efeitos de uma decisão que a princípio deveria ser aplicada apenas entre as partes (ANDRADE; TEIXEIRA, 2014).

Ao contrário do que se observa no *writ of certiorari*, já que a existência ou não do *amicus curiae* já é listada na própria petição inicial do rito, sendo tal fato considerado pela Suprema Corte como um reflexo do quão afetada pode ser a sociedade pela decisão que vier a ser proferida, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal reforça a sugestão de utilização da inclusão do terceiro interessado no processo como mero discurso de legitimação ao estabelecer que a decisão acerca da participação do *amicus curiae* é irrecurável (art. 21, XVIII do RI/STF<sup>48</sup>), atribuindo ao ministro relator do processo uma total discricionariedade sobre a aceitação do pedido, que não pode ser questionada por instrumentos legais próprios.

O ministro do Supremo Tribunal Federal nesse caso, pode selecionar não apenas sua agenda de julgamento, utilizando a prerrogativa de criação de critérios, já

---

<sup>48</sup>Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVIII – decidir, de forma irrecurável, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

que a repercussão geral é composta por conceitos jurídicos indeterminados, como ainda pode escolher quem irá participar e eventualmente intervir no processo.

A decisão que reconhece a existência de repercussão geral é vinculante à todas as instâncias judiciais, ou seja, se reconhecida a repercussão geral de um tema, todos os processos que versem sobre a questão em instâncias inferiores ficaram sobrestados até decisão final do Supremo Tribunal Federal, momento em que a eles será aplicada essa decisão. Será presumida a existência de repercussão geral se o recurso tratar de questão que já teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante do tribunal (art. 323<sup>49</sup>, §2º do RI/STF). Já na hipótese de não ser reconhecida a repercussão geral, a decisão também é vinculante para todos os processos que versem sobre aquela matéria em trâmite nos tribunais inferiores, sendo a decisão irrecurável (art. 326<sup>50</sup> do RI/STF).

A possibilidade de trazer novamente ao Supremo Tribunal Federal uma questão que não teve a repercussão geral reconhecida não está prevista na legislação federal, constitucional ou ainda no regimento interno do tribunal. O que há é a menção no art. 327<sup>51</sup> do RI/STF da possibilidade de revisão da tese da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, sem que tenha sido estabelecido qualquer procedimento para tanto. Dessa forma, não havendo previsão legal para que as partes ou Ministério Público proponham a revisão do entendimento, a subida do recurso extraordinário ao

---

<sup>49</sup> Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Nos processos em que o Presidente atuar como Relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito.

§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 3º Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

<sup>50</sup> Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329.

<sup>51</sup> Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

§ 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

tribunal é barrada por uma ausência presumida de repercussão geral, já que o caso concreto não foi analisado.

Essa é uma das mais significativas diferenças entre a repercussão geral e o *writ of certiorari*, no qual o instituto brasileiro foi inspirado: enquanto no *certiorari* uma questão não apreciada pode ser encaminhada diversas vezes à Suprema Corte, que em algum momento pode rever seu posicionamento e conhecer da matéria, em virtude de eventuais alterações políticas e sociais, a repercussão geral impede que uma matéria anteriormente não conhecida seja novamente levada ao conhecimento da Corte, ainda que haja uma alteração em sua composição, ou uma alteração social, política ou econômica, por aplicação do art. 557<sup>52</sup>, §1º-A da Lei n. 5.869/1973 no primeiro juízo de admissibilidade.

A inclusão da repercussão geral, aliada a utilização da súmula vinculante como meio de ultrapassar o juízo de conveniência do Senado Federal (art. 52, X), evidenciam o fenômeno da “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade, que apesar de surgir em um processo que analisa um caso concreto, está sendo aproximado a partir de mecanismos processuais do controle abstrato de origem europeia.

O controle concreto foi claramente esvaziado de seu objetivo principal, qual seja analisar a constitucionalidade de uma norma frente a uma situação específica, para se tornar um mero instrumento de controle auxiliar ao controle abstrato, tido atualmente como a principal e mais importante forma de controle de constitucionalidade. Tal situação se apresenta como uma impossibilidade de convivência dos dois modelos adotados pelo constituinte originário, o que por si só já deveria levar os juristas à reflexão sobre a necessidade de se manter ou não o controle concreto no ordenamento constitucional.

---

<sup>52</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. [\(Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998\)](#)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. [\(Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998\)](#)

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. [\(Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998\)](#)

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. [\(Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998\)](#)

As medidas processuais adotadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 resultaram em um esvaziamento de parte significativa do controle de constitucionalidade, tudo sob o discurso de necessidade de redução da quantidade de processos distribuídos anualmente no Supremo, discurso esse utilizado em outros momentos históricos, sem que nenhuma medida tomada atingisse um resultado real de redução de processos.

## 2.6 Comentários sobre as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil ao controle concreto

O novo código de processo civil<sup>53</sup>, que no momento está aguardando a sanção presidencial, apesar de manter a repercussão geral em seu art. 1.048<sup>54</sup>, trouxe como alterações principais: (i) o fim do primeiro juízo de admissibilidade, promovido pelos tribunais de segunda instância; (ii) a inclusão a possibilidade de demonstração da

---

<sup>53</sup> O projeto foi autuado no Senado Federal sob o n. PLS 166/2010, na Câmara dos Deputados a autuação se deu sob o n. PL 8.046/2010, e atualmente está aguardando a sanção presidencial.

<sup>54</sup> Art. 1.048. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§2º O recorrente deverá demonstrar a existência da repercussão geral para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

§3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso:

I – impugnar decisão contrária a súmula ou precedente do Supremo Tribunal Federal;

II – contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos;

III – questionar decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

§5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente. O recorrente deverá ser ouvido para, em cinco dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

§7º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo extraordinário, nos termos do art. 1.055.

§8º Negada a repercussão geral, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*.

§10º Não ocorrendo o julgamento no prazo de um ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa a suspensão dos processos em todo o território nacional, que retomarão seu curso normal.

§11º A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

repercussão geral no prazo de 15 (quinze) dias, sempre que no momento da apreciação do recurso especial o Superior Tribunal de Justiça entender que a petição versa sobre matéria constitucional, devendo após o cumprimento do prazo o recurso ser remetido ao Supremo para juízo de admissibilidade; (iii) a inclusão de mais duas hipóteses de presunção de existência de repercussão geral; (iv) o estabelecimento do prazo de 1 (um) ano para que seja julgado pelo Supremo o recurso extraordinário, a partir da data do reconhecimento da repercussão geral, sob pena de os processos sobrestados em todos juízos do país retomarem seu curso normal; (v) aumentou o prazo para interposição de agravo contra a decisão que inadmitir o recurso extraordinário para 15 (quinze) dias úteis.

As alterações legislativas acima referenciadas mostram uma aparente tentativa de simplificação do procedimento de interposição do recurso extraordinário e de uniformização da jurisprudência de todo o país tanto pelo Superior Tribunal de Justiça (através do julgamento dos recursos especiais) quanto pelo Supremo Tribunal Federal (por meio do julgamento dos recursos extraordinários). Entretanto, o estabelecimento de prazo para julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, merece uma análise cautelosa, isso porque: (a) pode ocasionar uma redução na quantidade de análises anuais acerca da existência da repercussão geral, uma vez que ao analisar o tribunal será submetido a um prazo para julgamento do mérito do recurso; e, (b) pode resultar na utilização discricionária da possibilidade de sobrestamento dos processos, em virtude de não ter o código explicitado ser possível ou não, após o fim do prazo de um ano para o julgamento do recurso, o reconhecimento da repercussão geral em um novo processo de tema idêntico que eventualmente seja remetido ao Supremo, ou ainda se tal reconhecimento teria algum efeito nos processos em trâmite nas instâncias inferiores.

Esse quadro se torna perfeitamente possível, se for considerada como variável do caráter político do Supremo a utilização da pauta de julgamento com o fim de reagir as decisões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Entretanto, apenas um trabalho de análise empírica posterior poderá mostrar como será o desenrolar desse dispositivo na prática.

Analisado, portanto, como se desenvolve o controle de constitucionalidade concreto no Brasil, é possível retornar a problemática dessa dissertação, qual seja, a análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal ao praticar a revisão judicial,

especialmente no que tange a sugerida seletividade da utilização da repercussão geral.

### **3 AGENDA-SETTING: O COMPORTAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Este último capítulo, foi dividido em duas partes: a primeira, se refere ao desenvolvimento teórico da hipótese do agendamento, estudada desde a primeira metade do século XX pelos pesquisadores de comunicação social, a qual identifica a influência dos meios de comunicação de massa na agenda do público. Tendo sido posteriormente ampliada para estudar como é selecionada a agenda política de uma comunidade, e dos tribunais, bem como as eventuais interferências da mídia nesse processo.

A segunda parte, por sua vez, tratará da análise dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acerca do controle de constitucionalidade concreto, com o objetivo de observar o comportamento da corte na formação da sua agenda de julgamento, a partir da análise da utilização da revisão judicial a partir da teoria dos desacordos, especialmente no que se refere ao cumprimento ou não do discurso justificador da institucionalização desse tipo de interferência do poder judiciário nas atividades do poder legislativo.

#### **3.1 Teoria do agendamento**

A teorias de comunicação de massa passaram por uma grande mudança a partir da quebra do paradigma dos modelos de transferência da comunicação social. Os estudos referentes ao paradigma anterior se apoiavam basicamente em quatro premissas principais: *(i)* a assimetria dos processos de comunicação, ou seja, não existe um sujeito ativo emissor do sentido e um sujeito passivo reagente a esse estímulo específico; *(ii)* a comunicação diz respeito a cada indivíduo devendo ser estudada em relação a cada um deles; *(iii)* a comunicação introduzida por um comunicador é intencional, destinando-se a um efeito específico; *(iv)* o começo e o fim de uma comunicação são limitados no tempo, e cada um dos episódios tem um efeito independente e passível de ser isolado (WOLF, 2012, p. 137-138).

Tal paradigma foi ultrapassado de forma gradual, a partir das teorias funcionais do século XX, as quais estudam tanto como é feita a modelagem de significados pela mídia, quanto suas implicações na conduta do público a ela submetida, alterando a pesquisa sobre os efeitos para direcionar as análises para todo o sistema midiático

baseando-se em análises de dados complexas, as quais reconstruíam todo o processo de modificação da realidade social do indivíduo.

Na evolução que vem sendo seguida há algum tempo pelo problema dos efeitos, muda, em primeiro lugar, o tipo de efeito, que não mais concerne às atitudes, aos valores, aos comportamentos do destinatário, mas é um efeito cognitivo sobre os sistemas de conhecimento que o indivíduo assume e estrutura com estabilidade, devido ao seu consumo de comunicações de massa. Em segundo lugar, muda o quadro temporal: não mais efeitos pontuais, ligados à exposição a cada mensagem, mas efeitos cumulativos, sedimentados no tempo. Isso salienta o caráter processual da comunicação, que deve ser analisada tanto na dinâmica interna, quanto nas suas relações com outros processos de comunicação, precedentes ou contemporâneos. Sendo assim, a duração do arco de tempo dentro do qual tais efeitos se tornam perceptíveis (e, de certo modo, mensuráveis) é muito ampla. Evidenciam-se a interação e a interdependência permanentes dos fatores que entram em jogo no processo de influência, e esse aspecto – na minha opinião – fundamenta a via interdisciplinar empreendida por essa elaboração e pesquisa (WOLF, 2012, p. 138-139).

Quatro foram as teorias desenvolvidas nesse contexto: (i) a função de construção de significado da imprensa (iniciada por Walter Lippman na década de 1920); (ii) a teoria do refinamento<sup>55</sup> (iniciada com os estudos de George Gerbner sobre a influência da mídia nos temores do público a partir das notícias sobre violência); (iii) a teoria da agenda (criada por Donald L. Shaw e Maxwell McCombs); e, (iv) a teoria da função da mídia como moderadora da linguagem<sup>56</sup> (iniciada por Melvin DeFleur e Timothy Plax) (DEFLEUR; BALL-ROKEACH, 1993, p. 278-279).

A teoria do agendamento teve seus pressupostos enunciados por Walter Lippman ao desenvolver a teoria funcional da construção de significado pela imprensa na década de 1920, a qual propôs que as pessoas respondiam a um pseudoambiente criado pelos meios de comunicação noticiosos e não a realidade. Esse pseudoambiente não necessariamente corresponderia a uma mentira, mas sim a uma ficção, numa representação de grau variado de fidelidade com a realidade (LIPPMANN, 2010, p. 21-30). O agir do público seria, portanto, baseado no que elas imaginam que seja a situação real e não necessariamente o que ocorreu.

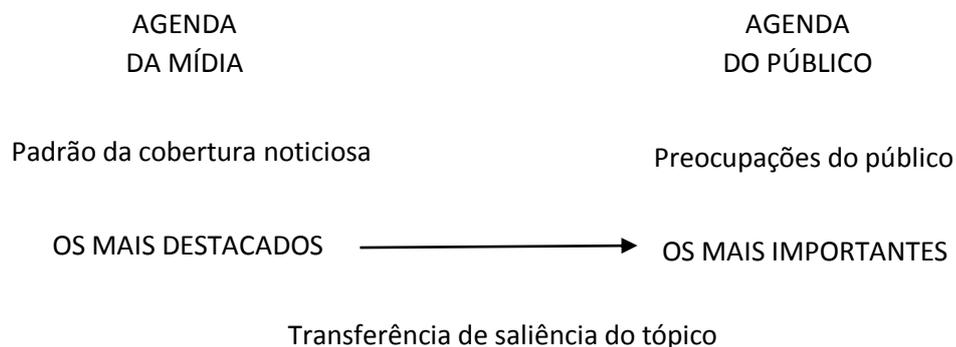
<sup>55</sup> Essa teoria tem como foco a discussão da influência das notícias sobre violência, veiculadas nos meios de comunicação de massa, sobre os temores do público. A hipótese foi formulada na década de 1960 por George Gerbner, e nos últimos anos foi ampliada para incluir além da violência, outras formas de comportamento veiculadas pela televisão (DEFLEUR; BALL-ROKEACH, 1993, p. 282).

<sup>56</sup> Tal construção teórica tem como objeto o estudo das influências da mídia na linguagem internalizada pelo público, seja: (i) criando novas palavras e significados; (ii) propagando novos significados para palavras já existentes; (iii) substituindo significados já existentes por novos (DEFLEUR; BALL-ROKEACH, 1993, p. 287).

Partindo dessa premissa inicial, pesquisadores da Universidade de Columbia iniciaram na década de 1940 sete séries de entrevistas com eleitores do Condado de Erie, em Ohio no intuito de verificar se eram evidentes os efeitos da comunicação de massa em relação aos temas ligados a eleição presidencial americana daquele período, tendo sido encontradas apenas mínimas influências da mídia naquele contexto, concluindo que apesar de não haver uma mudança de opinião por parte dos eleitores, havia uma indubitável aquisição de informações<sup>57</sup> (McCOMBS, 2009, p. 20-21).

Apenas em 1968 foi iniciado em Chapel Hill o estudo que alteraria esse padrão de resultados. Maxwell McCombs e Don Shaw, à época professores da Faculdade de Comunicação Social da Universidade da Carolina do Norte, desenvolveram a hipótese de que “os mass media estabeleciam a agenda de temas para a campanha política influenciando a saliência dos temas entre os eleitores” (McCOMBS, 2009, p. 21).

FIGURA Nº 03: A DEFINIÇÃO DA AGENDA PELOS MASS MEDIA – AGENDA-SETTING



Fonte: Figura retirada da p. 21 do livro “A Teoria da agenda: a mídia e a opinião pública” de Maxwell MacCombs.

Para testar essa hipótese, os pesquisadores aplicaram um questionário aos eleitores indecisos, escolhidos aleatoriamente, no qual foi solicitado que citassem quais as “questões-chave do dia” nas suas percepções, independentemente do que estivesse sendo afirmado pelos candidatos naquela ocasião. Em paralelo foram reunidas e analisadas as principais de fontes de informação desses eleitores, formando um *ranking* dos temas da agenda da mídia. O resultado foi uma correspondência quase perfeita entre a agenda midiática e a agenda dos eleitores (McCOMBS, 2009, p. 22-23).

<sup>57</sup> Sobre esse estudo foi publicado o livro “*The effects of mass communication*” de Joseph Klaper.

Nesse contexto, inicia-se formalmente a teoria da agenda (*agenda-setting*), como sendo o estudo da influência da agenda da mídia na formação da agenda do público através da transferência de saliência aos temas (ROSSETTO; SILVA, 2012, p. 101). Não se trata de uma nova aplicação da teoria da bala mágica, posto que tal proposição desenvolvida entre as décadas de 1920 e 1930 se baseava no binômio estímulo-reação justificado na concepção de que as reações emocionais dos indivíduos eram razoavelmente uniformes e involuntárias, por serem decorrentes de uma carga biológica herdada (DEFLEUR; BALL-ROKEACH, 1993, p.182-183).

Os fortes estímulos da mídia desencadeariam reações emocionais fortes e involuntárias nos indivíduos, que se comportariam como uma verdadeira massa de manobra a espera de um comando. Tal teoria foi muito disseminada naquele momento histórico em virtude da capacidade de condução dos indivíduos pelas propagandas realizadas durante a primeira guerra mundial, fato que se justificava no ainda inicial desenvolvimento das teorias de comunicação de massa. De acordo com a teoria do agendamento, em contrapartida, a mídia cria um pseudoambiente, já que em virtude da limitação de espaço precisa escolher as notícias que serão apresentadas ao público, mostrando uma fração da realidade, acentuando questões não muito importantes ou aumentando a histeria acerca de um fato, podendo resultar em consequências significativas. Um exemplo dessa interferência pode ser verificado nos casos em que a exposição da violência e da criminalidade é intensa na mídia, o resultado é uma tendência de cultivo da imagem de um mundo relativamente perigoso (McCOMBS, 2009, p. 53).

A partir da confirmação da hipótese de correspondência entre a agenda da mídia e a agenda do público, foi a vez de se questionar sobre os motivos que viabilizariam a ocorrência do agendamento. De acordo com McCombs (2009, p. 90-94), a ocorrência do agendamento se deve a necessidade de orientação do público que se baseia em dois fatores: (i) relevância; e, (ii) incerteza. A relevância se constitui como pressuposto para que o público seja impulsionado a notar e se interessar pelo assunto apresentado, o indivíduo deve se sentir desconfortável ao perceber a relevância do tema transferindo-o para a sua agenda de discussão.

A incerteza deve ser entendida como a medida da falta de informação do indivíduo sobre aquele tópico trazido pela mídia. Quanto menos informação o público tiver sobre um determinado tema maior será a sua necessidade de orientação. Assim, quanto mais o indivíduo entender como relevante e quanto menos certeza tiver sobre



de enquadramento, na medida em que este se traduz no enfoque atribuído pelos meios de comunicação a um fator específico da realidade percebida, visando a influência na opinião do público, utilizando inclusive valorações morais.

Um aspecto adicional que distingue os enquadramentos dos atributos massivos é seu poder para estruturar o pensamento, para formatar como nós pensamos sobre os temas públicos, os candidatos políticos ou outros objetos das notícias. Os enquadramentos têm sido descritos como 'um esquema de interpretação'. O agendamento de atributos foca na habilidade da mídia em influenciar como nós capturamos os objetos. Os enquadramentos chamam nossa atenção para as perspectivas dominantes destas imagens que não somente sugerem o que é relevante e irrelevante mas que ativamente "promovem um problema particular de definição, interpretação causal, avaliação moral e/ou recomendação de tratamento para o item descrito" (McCÓMBS, 2009, p. 140).

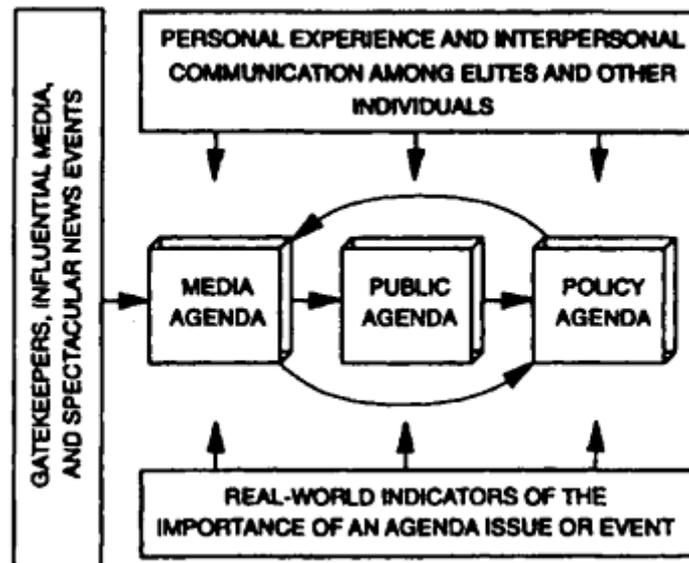
A ideia de enquadramento é a utilização de um conjunto de atributos do objeto para criar uma seção de realidade que influenciará o sujeito. A dificuldade está em estabelecer o limite entre o enquadramento e os demais atributos, motivo pelo qual é necessário distinguir os temas centrais e os aspectos de cada notícia. Os enquadramentos são os argumentos marcantes organizados de maneira a fazer sucesso com o público. Essa ênfase em aspectos da notícia podem influenciar o público, transferindo saliência com mais eficácia e alterando a agenda do público.

O poder da mídia noticiosa em alterar a agenda do público se reflete ainda na agenda política (fenômeno que passou a ser estudado a partir da década de 1980), uma vez que as discussões da sociedade civil tendem a influenciar os governantes na construção de suas próprias agendas. A questão do tabagismo nos Estados Unidos é um exemplo paradigmático da força da mídia na formação da agenda política, isso porque, antes da década de 1970 milhares de pessoas morriam de câncer com causas relacionadas ao consumo do tabaco, nos vinte e cinco anos subsequentes o consumo do cigarro foi reduzido drasticamente a partir da atuação dos três tipos de agenda: na agenda pública, grupos de cidadãos pressionaram o legislativo para proibir o consumo do cigarro durante os voos; na agenda da mídia, foi reduzida substancialmente a transmissão de protagonistas fumando; e, na agenda política, as cidades passaram a proibir o fumo em locais fechados (DEARING; ROGERS, 1996, p. 4).

O estudo da teoria do agendamento se dá, portanto, em três níveis: (i) agenda da mídia, analisando o caminho de inserção de um assunto nos meios de comunicação de massa; (ii) agenda pública, verificando a influência da agenda da mídia na agenda do público; e, (iii) agenda política, analisando como e qual é a

resposta política para os assuntos tratados na agenda da mídia e a agenda pública (DEARING; ROGERS, 1996, p. 5-6).

FIGURA Nº 05 – OS TRÊS COMPONENTES DO PROCESSO DE *AGENDA-SETTING*.



Fonte: Figura retirada da p. 05 do livro "*Communication concepts 6: agenda-setting*" de James D. Dearing e Everett Rogers.

Apesar da inegável influência da mídia na agenda política de uma comunidade, a relação entre o jornalista e o político é simbiótica uma vez que os jornalistas precisam do acesso a fonte de notícias e os políticos precisam das coberturas noticiosas para definir sua agenda de atuação e identificar o impacto das políticas implementadas. Dessa forma, não é possível haver uma sincronia imediata no processo de agendamento.

Nesse contexto, não se pode isentar o poder judiciário de uma atuação ativa e relevante na resposta dada a sociedade civil quando do julgamento de um caso que tenha sido alvo de uma ampla cobertura midiática, especialmente se os tribunais foram considerados agentes políticos acionados muitas vezes pelo próprio poder legislativo (em especial no controle abstrato de constitucionalidade) ou pelas elites econômicas, que expressam seu poder não na decisão final do governo, mas na inclusão dos temas na agenda como alternativas quase necessárias (MAJONE, 2006, p. 232).

Sendo considerado como um ator político, se torna relevante a definição da sua própria agenda de julgamento no controle de constitucionalidade concreto, especialmente a partir da criação do instituto da repercussão geral pela emenda n. 45/2004, isso porque a sistemática de aplicação desse requisito processual autoriza ao julgador escolher quais assuntos são relevantes o suficiente para serem analisados, inclusive pelo fato de o conceito de repercussão geral ser composto por conceitos jurídicos indeterminados, como visto no capítulo segundo.

O estudo da definição da agenda do judiciário no Brasil ainda é pouco explorado, especialmente no âmbito do Direito, que tende a justificar a atuação dos integrantes desse poder como perseguidores da justiça, sem atentar para sua forte atuação política. Entretanto, identificar o comportamento político principalmente do Supremo Tribunal Federal, que é o órgão de cúpula do judiciário brasileiro, é de suma importância para entender até que ponto é prejudicial para uma sociedade democrática a interferência de um poder inicialmente pensado para dirimir conflitos da sociedade civil e não atuar estrategicamente na definição dos rumos do país.

No intuito de contribuir para essa análise e traçar mais algumas linhas do perfil político do poder judiciário brasileiro é que se desenvolveu o presente trabalho, a partir da análise, por meio utilização da estatística descritiva, dos 540 (quinhentos e quarenta) processos que tiveram a repercussão geral reconhecida até o dia 25/11/2014, classificados em diversas variáveis, como será visto no ponto a seguir.

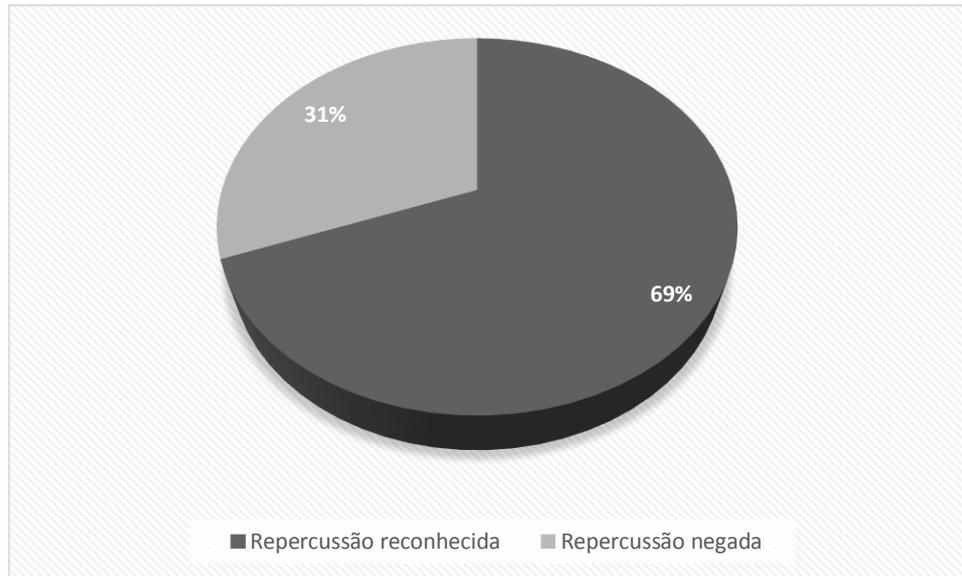
### **3.2 Supremo Tribunal Federal: *agenda-setting* e controle concreto de constitucionalidade**

No intuito de identificar a utilização da hipótese do *agenda-setting* pelo Supremo, inicialmente foram identificados com base nas informações constantes no sítio eletrônico do STF, todos os processos<sup>58</sup> que tiveram a repercussão geral reconhecida (total de 540), e negada (total de 240) até 25/11/2014, o que por si só já poderia sugerir um comportamento seletivo da Corte.

---

<sup>58</sup> A quantidade informada se refere a todos os processos com repercussão geral reconhecida e negada até 25/11/2014.

GRAFICO Nº 01: PERCENTUAL DE CASOS QUE TIVERAM A REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E NEGADA, A PARTIR DO NÚMERO DE CASOS ANALISADO

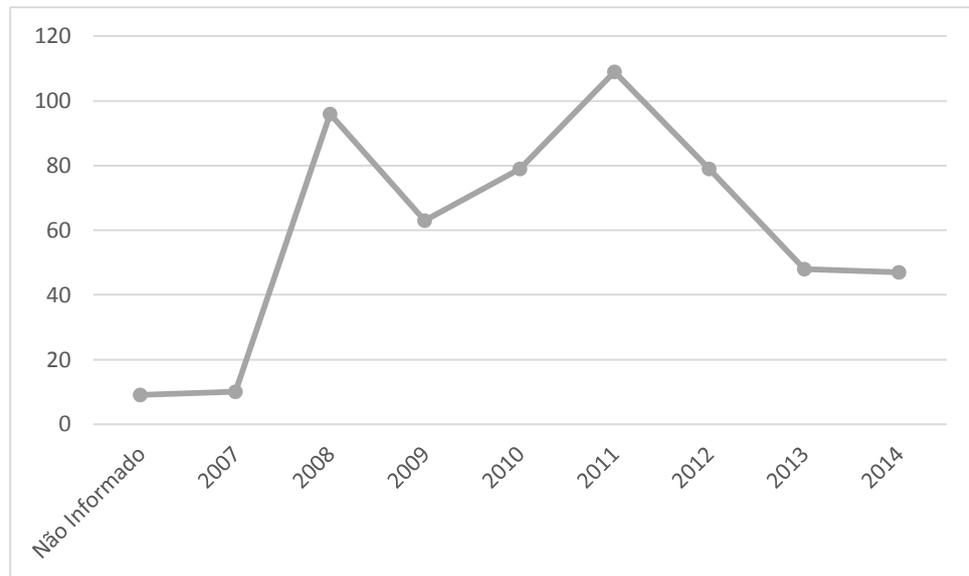


Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

A ampla diferença verificada acima pode ser atribuída ao próprio procedimento do Tribunal para reconhecimento da repercussão geral, isso porque após receber o processo, o relator encaminha aos demais ministros seu voto acerca da existência ou não da repercussão geral, o qual deve ser respondido eletronicamente em 20 (vinte) dias. Entretanto, nos casos de omissão dos demais ministros, a repercussão geral é reconhecida automaticamente, que poderia gerar o resultado do gráfico acima.

Com base nessa amostra geral, foram então separados os processos que tiveram a repercussão geral reconhecida (totalizando 540 processos) criando-se um banco de dados com base nas informações retiradas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Tais processos foram classificados por ano de reconhecimento da repercussão geral, verificando-se que do total de processos, 10 (dez) tiveram a repercussão geral reconhecida em 2007; 96 (noventa e seis) no ano de 2008; 63 (sessenta e três) em 2009; 79 (setenta e nove) em 2010; 109 (cento e nove) em 2011; 79 (setenta e nove) em 2012; 48 (quarenta e oito) em 2013; 47 (quarenta e sete) em 2014 (até 25/11/2014) e 9 (nove) não tiveram tal informação divulgada pelo tribunal.

GRAFICO Nº 02: QUANTIDADE DE RECONHECIMENTOS DE CASOS COM REPERCUSSÃO GERAL POR ANO



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Analisando o gráfico acima, ficam claros dois picos de reconhecimento da repercussão geral: (i) o primeiro em 2008; e, (ii) o segundo em 2011. Durante o ano de 2008, dois fatores podem ter impulsionado o quantitativo: (i) o esforço do próprio Supremo Tribunal Federal em barrar volume de processos encaminhados pelos tribunais inferiores, uma vez que reconhecida a repercussão geral, todos os processos que versem sobre o mesmo tema ficarão sobrestados até o julgamento final do paradigma, considerando que esse instituto só entrou em vigor a partir do dia 19/02/2007; e, (ii) é possível, ainda, que esse drástico aumento de reconhecimentos se deva a adaptação dos procuradores (públicos e privados) à utilização do instituto, já que para se obter o reconhecimento da repercussão geral, é necessário atender a uma série de requisitos formais.

Em relação ao ano de 2011, o aumento no reconhecimento da repercussão geral pode ser atribuído à alteração promovida no art. 544 do código de processo civil pela lei n. 12.322/2010, determinando que nos casos de negativa de seguimento do recurso extraordinário caberia a interposição de agravo nos próprios autos. A redação anterior já previa o cabimento de recurso nesses casos, entretanto, o agravo por instrumento (utilizado à época) tinha sua admissibilidade vinculada ao cumprimento

de diversos requisitos formais<sup>59</sup>, o que invariavelmente resultava em uma redução significativa na quantidade de recursos conhecidos e conseqüentemente impedia o reconhecimento da repercussão geral em uma boa parte dos casos.

O agravo criado pela lei n. 12.322/2010, em contrapartida, tem uma construção muito mais simples, devendo apenas a petição ser interposta no processo já em curso no Tribunal Regional Federal ou no Tribunal de Justiça, sendo de responsabilidade destes a remessa ao Supremo Tribunal Federal, facilitando o reconhecimento da repercussão geral, já que o recurso não é mais descartado pelo descumprimento de algum requisito formal.

A criação do agravo nos próprios autos resultou no aumento real de processos distribuídos no Supremo, isso porque a partir desse momento foi forçado a analisar os recursos extraordinários e os agravos em recurso extraordinário distribuídos, os quais somaram 39,49% (trinta e nove inteiros e quarenta e nove centésimos) em 2011, enquanto em 2010 apenas a análise dos recursos extraordinários era real, que totalizava 16,42% (dezesseis inteiros e quarenta e dois centésimos), em virtude do recurso de agravo de instrumento não ser utilizado exclusivamente para forçar a subida do recurso extraordinário<sup>60</sup>.

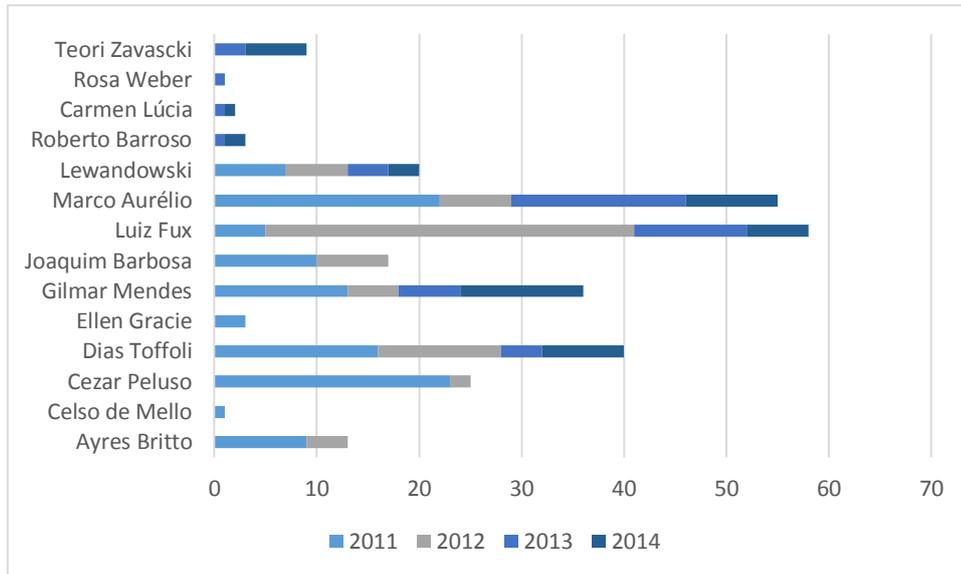
Já a redução crescente da quantidade de processos que tiveram a repercussão geral reconhecida entre 2012 e 2013 pode ser explicada pelas alterações na composição do tribunal. Isso porque, em 2011 os ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio de Melo foram os recordistas de reconhecimento de repercussão, totalizando juntos 55 (cinquenta e cinco processos), entretanto em 30/08/2012, Cezar Peluso se aposentou deixando vaga sua cadeira até a entrada de Teori Zavascki em 29/11/2012, comprometendo claramente a produtividade do ano 2012.

---

<sup>59</sup> A petição inicial do agravo por instrumento deveria ser instruída pelas cópias: do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contrarrazões, da decisão agravada, da certidão de intimação da decisão agravada e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. Qualquer erro na montagem dessa petição resultaria no não conhecimento do agravo que deveria ser protocolizado diretamente no STF. Nesse caso, o processo que teve o recurso extraordinário não era remetido ao STF, a análise e inclusive o eventual julgamento do mérito era feito com base no agravo de instrumento protocolizado pela parte.

<sup>60</sup> O agravo de instrumento é o recurso utilizado contra decisões interlocutórias suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação a qualquer das partes (Art. 522 do CPC)

GRAFICO Nº 03: QUANTIDADE DE REPERCUSSÕES GERAIS RECONHECIDAS POR ANO E POR RELATOR



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Ellen Gracie, por sua vez, foi aposentada em 05/08/2011 e sua vaga foi ocupada por Rosa Weber em 19/12/2011. Apesar da produtividade em 2011, no que se refere ao reconhecimento da repercussão geral, de Ellen Gracie ter sido baixo (apenas 3 processos), sua sucessora reconheceu a repercussão geral de apenas 1 (um) processo nos dois anos subsequentes, influenciando na referida redução. No ano de 2012, após a saída de Cezar Peluso, o Ministro Ayres Britto se aposentou em 17/11, vaga esta que só foi preenchida por Roberto Barroso em 26/06/2013 contribuindo para a redução verificada entre 2011 e 2013.

Somado a tais fatores, a quantidade de reconhecimentos efetivados por Joaquim Barbosa sofre uma redução em 2012 e zera em 2013, provavelmente em virtude do direcionamento dos esforços do gabinete para o julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida como “Mensalão”. Esses quatro Ministros que responderam por 41,28% (quarenta e um inteiros e vinte e oito centésimos) dos reconhecimentos efetivados em 2011 tiveram sua atuação anulada em 2012 e 2013, seja através da aposentadoria ou pelas circunstâncias do momento histórico, o que claramente se refletiu na produtividade.

Comparando a quantidade de recursos interpostos junto ao Tribunal no período entre o ano de 2007 e 2013<sup>61</sup> com a quantidade de repercussões gerais reconhecidas e de processos com o mérito julgado, fica comprovada a seletividade, e conseqüentemente a utilização da hipótese da *agenda-setting*, exercida pelo Supremo em dois momentos: (i) primeiro, no momento do reconhecimento da repercussão geral; e, (ii) segundo, no momento da escolha dos processos a serem incluídos na pauta de julgamento.

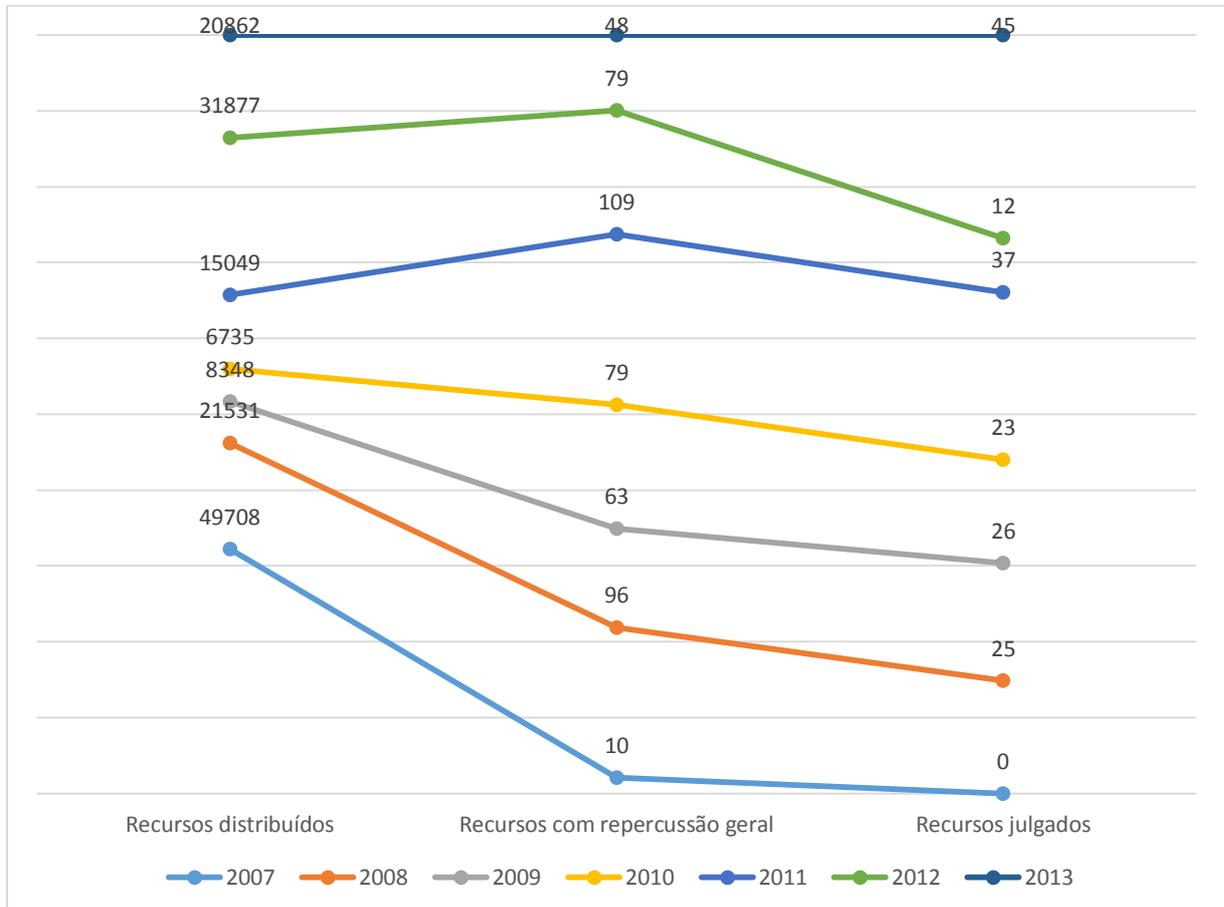
Entretanto, para possibilitar a comparação dos quantitativos foi necessário excluir os agravos de instrumento ajuizados entre 2007 e 2010, isso porque, até aquele momento tal recurso era utilizado não apenas para forçar a subida do extraordinário ao Supremo, como também para questionar eventuais decisões de instâncias inferiores, não sendo possível obter a exata quantidade de processos.

Além disso, foi ainda excluído o quantitativo referente ao ano de 2014, uma vez que o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (até o dia 07/12/2014), havia disponibilizado apenas o quantitativo geral atualizado até 02/09/2013. Todavia, as exclusões realizadas não impedem a comprovação da seletividade, posto que não teriam o poder de reduzir a quantidade de recursos interpostos junto ao Supremo, mas tão-somente aumentar.

---

<sup>61</sup> O Supremo Tribunal Federal divulgou em seu sítio eletrônico (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>) a quantidade de processos ajuizados e recursos interpostos, bem como sua porcentagem em relação as demais classes processuais, entretanto os dados só estão atualizados até o dia 02/09/2013.

GRAFICO Nº 04: DIFERENÇA ENTRE A QUANTIDADE DE RECURSOS DISTRIBUÍDOS, A QUANTIDADE DE REPERCUSSÕES GERAIS RECONHECIDAS E QUANTIDADE DE JULGAMENTOS DE MÉRITO POR ANO



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

A seletividade exercida na inclusão dos recursos com repercussão geral reconhecida na pauta de julgamento do tribunal poderia ser considerada previsível caso não fosse antecedida de um filtro processual como a repercussão geral, porém, a demora na inclusão em pauta além de poder ser justificada, em parte, pelo acúmulo de competências do Supremo, pode ainda sugerir a inclusão estratégica de processos, o que acentuaria o caráter político do tribunal (hipótese que por si só viabilizaria uma pesquisa posterior).

O controle concreto de constitucionalidade é o principal acesso da sociedade civil ao Supremo Tribunal Federal, já que qualquer parte do processo pode interpor o recurso extraordinário. Partindo dessa premissa, é possível questionar se esse instrumento processual realmente está sendo reconhecido pelo tribunal como uma via de acesso, ou se o tribunal tende a reconhecer a repercussão geral dos casos

ajuizados pela fazenda pública, o que sugeriria uma cooperação do poder judiciário com o próprio governo.

Para verificar essa questão, os processos com repercussão geral reconhecida foram separados a partir da variável “recorrente”, tendo sido verificado que 51% (cinquenta e um inteiros por cento) dos recursos foram interpostos pela fazenda pública<sup>62</sup> e 49% (quarenta e nove inteiros por cento) foram interpostos por pessoas naturais ou jurídicas privadas.

GRAFICO Nº 05: PERCENTUAL DE RECURSOS QUE TIVERAM A REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA POR TIPO DE RECORRENTE

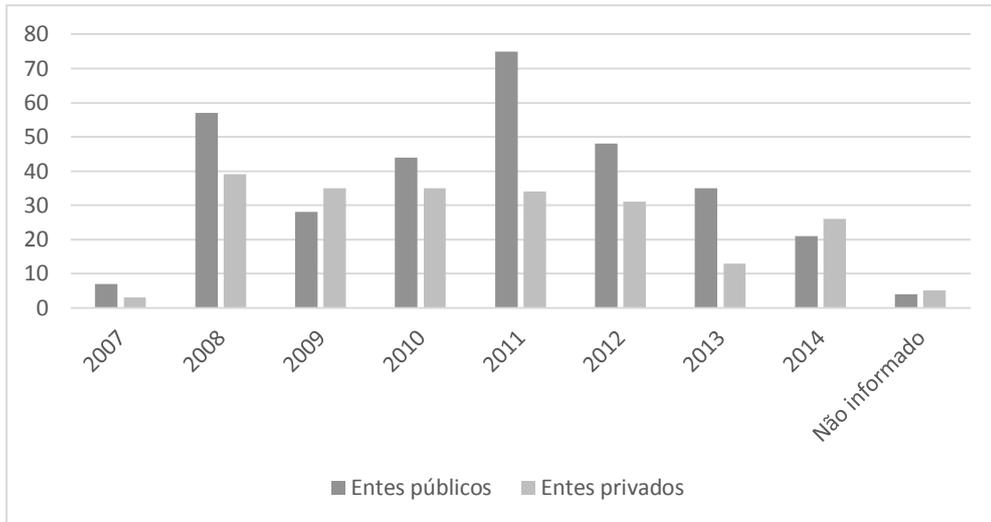


Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Aparentemente essa diferença percentual não sugere a cooperação do poder judiciário com a fazenda pública, entretanto, ao classificar a amostra por ano se verifica que apenas em 2009 e 2014 a quantidade de recursos de entes privados que tiveram a repercussão geral reconhecida ultrapassa a quantidade de recursos de entes públicos, sugerindo a existência de uma cooperação entre o poder judiciário e o poder executivo, não observada no quantitativo anterior.

<sup>62</sup> Para fins de compreensão desse trabalho foi considerada fazenda pública: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, além das agências reguladoras, associações públicas e consórcios públicos (CUNHA, 2010, p. 18).

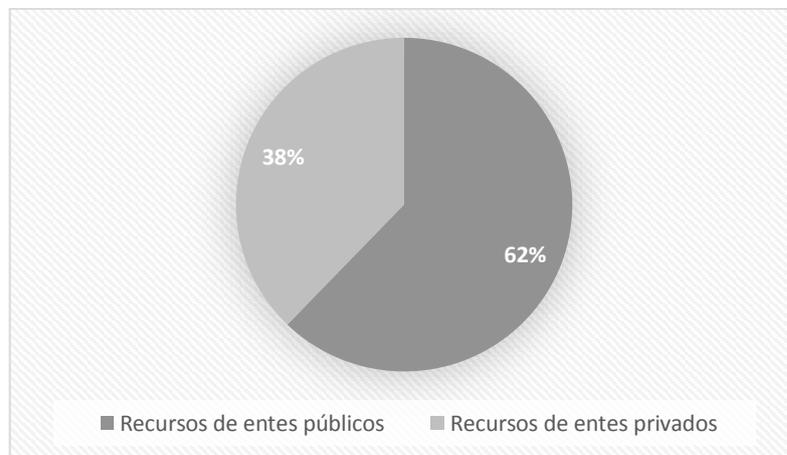
GRAFICO Nº 06: QUANTIDADE DE RECURSOS QUE TIVERAM A REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA POR ANO E POR REQUERENTE



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Essa conclusão é reforçada pela quantidade de recursos interpostos pela fazenda pública que tiveram seu mérito julgado pelo Supremo Tribunal Federal, isso porque, enquanto apenas 85 (oitenta e cinco) recursos interpostos por entes privados foram julgados desde a criação do instituto da repercussão geral, 140 (cento e quarenta) dos recursos interpostos pela fazenda pública foram julgados, ficando claro que a prioridade para o tribunal é solucionar as lides que representam algum tipo de interesse do governo instituído em detrimento dos interesses da sociedade civil como um todo.

GRAFICO Nº 07: PERCENTUAL DE RECURSOS COM MÉRITO JULGADO POR REQUERENTE



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

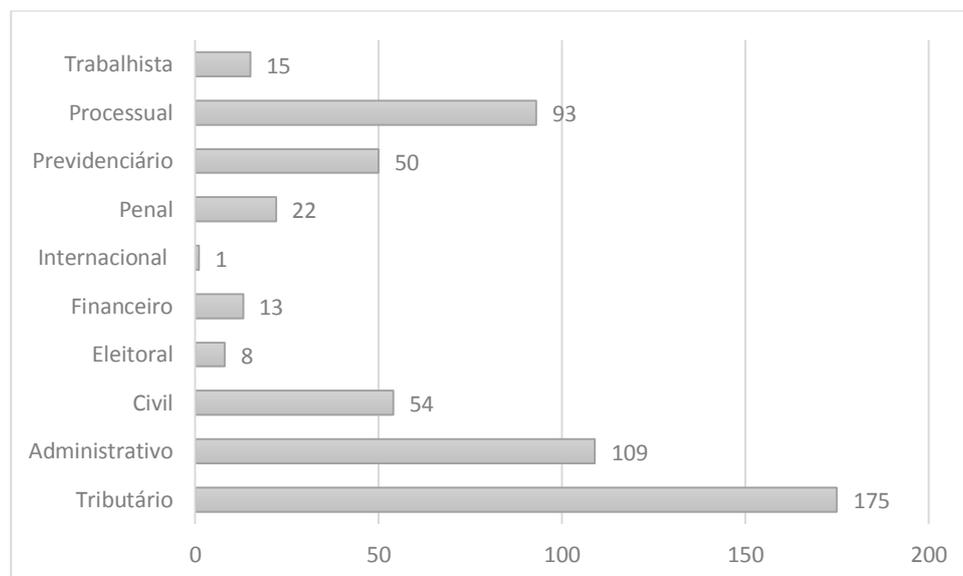
Identificada a sugestão de existência de cooperação do poder judiciário com a fazenda pública, resta descobrir quais os temas são considerados como sendo de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que o tribunal teria como função principal a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, protegendo a democracia de eventuais regimes autoritários das maiorias componentes do poder legislativo. Para identificar a quais os temas são geralmente reconhecidos como detentores da repercussão geral, a amostra total foi classificada por tema (área do direito responsável pelo estudo daquele conteúdo) e matéria (conteúdo específico sobre o qual trata o recurso).

Na classificação por matéria foram identificados 175 (cento e setenta e cinco) processos sobre temas de direito tributário, nesses incluídos processos versando sobre alíquotas, bases de cálculo, incidência de tributos, competência e capacidade tributárias, creditamento, ressarcimento e compensação de tributos, imunidade tributária, prescrição e decadência, responsabilidade e sujeição tributárias; 109 (cento e nove) casos sobre temas de direito administrativo, dentre eles casos sobre creditamento, compensação e ressarcimento de taxas administrativas, responsabilidade do Estado em fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, concursos públicos, direitos urbanos e direito ambiental, ensino superior e processos administrativos; 93 (noventa e três) processos discutindo questões processuais como cabimento ou não de recursos e ações, a relativização da coisa julgada, competência de julgamento, procedimento (incluindo a utilização de provas obtidas ilicitamente), questões sobre o processo de execução, arbitramento de honorários advocatícios e devolução de custas, legitimidade processual das partes, e, prazos prescricionais e preclusão.

Em menor número foram identificados 54 (cinquenta e quatro) processos sobre temas de direito civil, tais quais, direito do consumidor, direitos reais e questões contratuais, empresarial, expurgos inflacionários, questões de direito de família e gênero, aplicação de índices de juros e correção monetária, e, ações sobre responsabilidade civil; 50 (cinquenta) processos sobre questões previdenciárias como aposentadoria, auxílio, benefício e pensão, incorporação e extensão salarial, incidência de prescrição e decadência, além de casos sobre remuneração e teto remuneratório; 22 (vinte e dois) processos sobre questões de direito penal incluindo extinção de punibilidade, liberdade provisória, pena e tipo penal, prazo prescricional e sigilo telefônico; 15 (quinze) ações sobre temas de direito do trabalho, tais quais

admissão, demissão reintegração e vínculo empregatício, questões de direito do trabalho coletivo, intervalo de jornada, remuneração e equiparação salarial, responsabilidade da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços, além de verbas rescisórias; 13 (treze) processos sobre direito financeiro, acerca de bloqueio e sequestro de verbas públicas, desvinculação, destinação e partição de receitas públicas, repasse de verbas e orçamento público; 8 (oito) ações sobre questões eleitorais como elegibilidade e prazo decadencial; e, 1 (um) processo sobre direito internacional, questionando a possibilidade de extradição de estrangeiro, genitor de filhos brasileiros.

GRAFICO Nº 08: QUANTIDADE DE RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA POR MATÉRIA

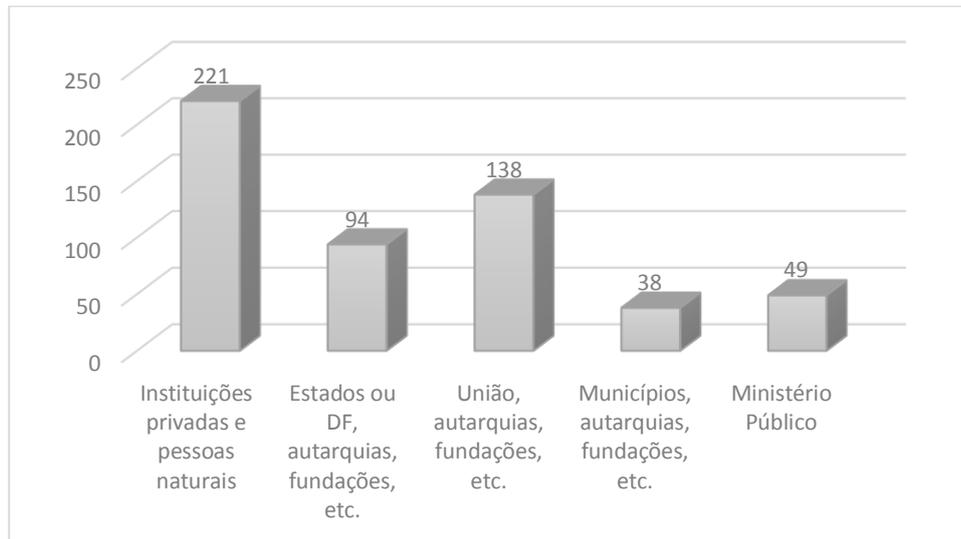


Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Analisando o gráfico acima torna-se perceptível que a eventual seletividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal não resulta propriamente na proteção e efetivação dos direitos fundamentais ou sequer sobre uma eventual tirania da maioria, ao menos no que se refere ao controle concreto de constitucionalidade, afastando a prática da teoria filosófico-jurídica que justificaria sua atuação na função de tribunal constitucional. Esse afastamento pode, ainda, ser confirmado a partir da fraca atuação do Ministério Público no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, que seria

a instituição responsável por garantir o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente, inclusive os direitos fundamentais (art. 129<sup>63</sup>, CF/1988).

GRAFICO Nº 09: QUANTIDADE DE RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA POR TIPO DE REQUERENTE



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

<sup>63</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

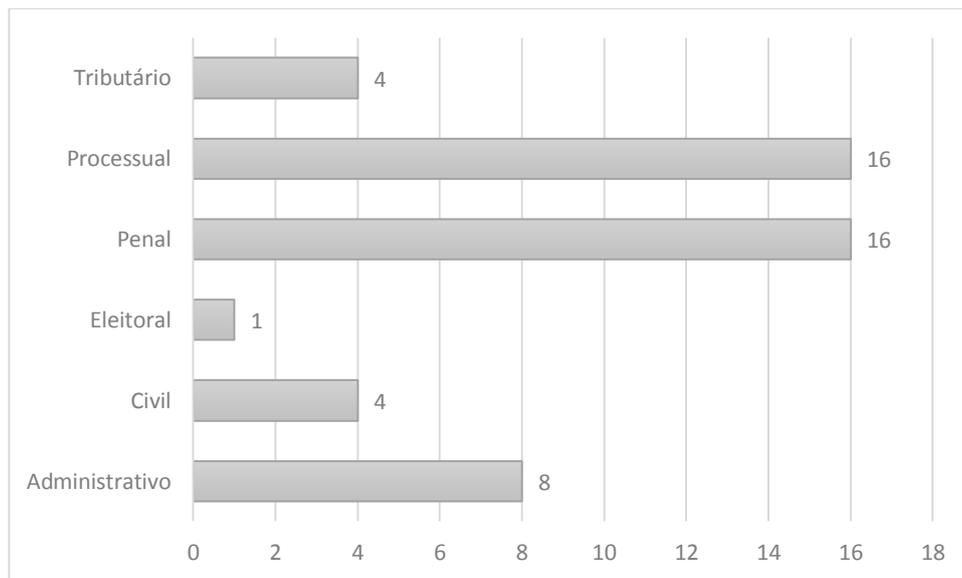
§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

Do total de 540 (quinhentos e quarenta) processos que tiveram a repercussão geral reconhecida, apenas 9% (nove inteiros por cento) foram interpostos pelo Ministério Público, dos quais apenas 3 (três) processos contém discussões que versem sobre direitos fundamentais, sendo um sobre direitos urbanos, um sobre questões de direito de família e um sobre discussão acerca do sigilo telefônico.

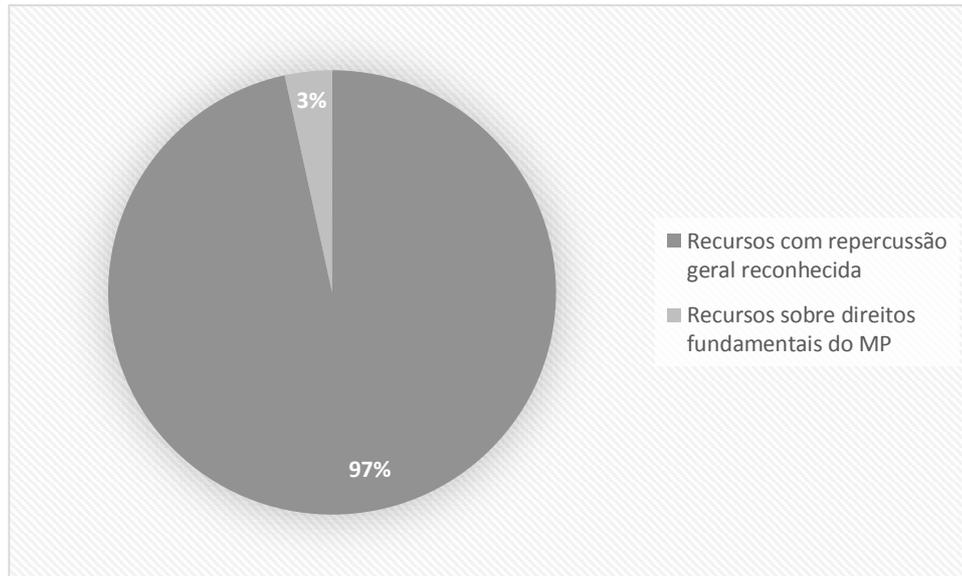
GRÁFICO Nº 10: TEMAS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

A rigor, seria possível encarar as discussões sobre direito penal em segundo plano como sendo discussões sobre direitos fundamentais, entretanto, ainda que seja somado tal quantitativo aos três processos acima referidos, o total de 19 (dezenove) processos continuaria a ser irrelevante em relação a amostra geral, especialmente se for levada em consideração a função institucional do Ministério Público.

GRÁFICO Nº 11: PERCENTUAL DE RECURSOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA



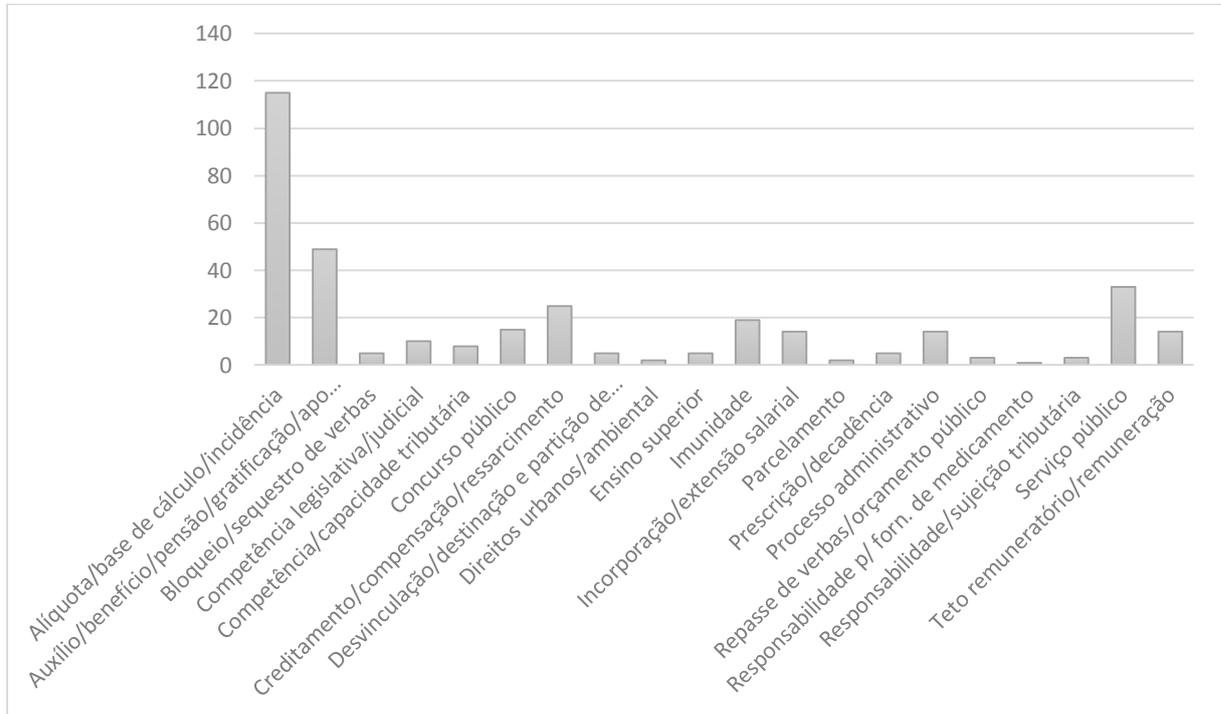
Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Desmistificada a questão da proteção e da efetivação de direitos fundamentais, bem como a questão da proteção contra a “tirania da maioria”, se observa que na realidade o Supremo Tribunal Federal seleciona para julgamento os casos que possivelmente impactariam no orçamento público quando julgado. Para verificar essa hipótese a amostra geral foi filtrada a partir dos temas que normalmente resultariam em impacto orçamentário, quais sejam, (i) tributário; (ii) administrativo; (iii) previdenciário e (iv) financeiro, resultando em uma amostra 347 (trezentos e quarenta e sete) processos.

Tal amostra específica foi separada por matéria, tendo se destacado como processos que se julgados interfeririam diretamente no orçamento público: 115 (cento e quinze) que tratam de alíquota, base de cálculo ou incidência de tributos; 49 (quarenta e nove) sobre auxílio, benefício, pensão, aposentadoria ou gratificação; 5 (cinco) sobre bloqueio e sequestro de verbas públicas; 25 (vinte e cinco) acerca de creditamento, compensação e ressarcimento de tributos; 5 (cinco) sobre destinação, desvinculação e partição de receitas públicas; 19 (dezenove) sobre imunidade tributária; 14 (quatorze) sobre incorporação e extensão salarial no serviço público; 2 (dois) sobre parcelamento tributário; 5 (cinco) sobre prescrição ou decadência de créditos tributários ou previdenciários; 3 (três) sobre repasse de verbas e orçamento público; 1 (um) sobre responsabilidade do estado em fornecer medicamento não registrado na ANVISA; e, 14 (quatorze) sobre aplicação do teto remuneratório ou

remuneração dos servidores públicos, totalizando 257 (duzentos e cinquenta) processos que se julgados interferem diretamente nas contas públicas.

GRÁFICO Nº 12: MATÉRIAS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA REFERENTE A AMOSTRA DE PROVÁVEL INTERFERÊNCIA NO ORÇAMENTO PÚBLICO



Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Comparando a quantidade de processos que interferem no orçamento público com a amostra geral (47,59% dos processos), pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, não apenas deixa de incluir em sua agenda de julgamento os casos que discutem a aplicação e a efetivação de direitos fundamentais, como funciona praticamente como um órgão regulador da inclusão de despesas nas contas governamentais, sejam federais, estaduais ou municipais.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de constitucionalidade concreto, a partir de três questionamentos iniciais: (i) a revisão judicial promovida pelo Supremo, através do controle concreto, atende às justificações filosóficas de sua criação? (ii) o Supremo apresenta um comportamento seletivo em relação aos recursos extraordinários admitidos e incluídos na pauta de julgamento? (iii) qual a tendência de reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo em relação as matérias?

Para responder essas perguntas foram analisados, por meio do método de estatística descritiva, todos os processos que tiveram a repercussão geral reconhecida até 25/11/2014, totalizando 540 (quinhentos e quarenta) ações. A partir do banco de dados criado com base nas informações colhidas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram identificadas as seguintes variáveis: (i) ano de reconhecimento da repercussão geral; (ii) recorrente; (iii) ano de julgamento do mérito; (iv) tema; e, (v) matéria.

Cruzando as referidas variáveis concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal atua basicamente como um filtro de despesas do governo, seja nacional, estadual ou municipal, sendo absolutamente irrelevante sua atuação na garantia e proteção dos direitos fundamentais, ao menos no que se refere ao controle concreto de constitucionalidade. Já sobre o argumento de defesa contra a tirania da maioria, o comportamento da Corte também não corresponde a essa linha de atuação, uma vez que 47,59% dos processos com repercussão geral reconhecida representam uma interferência imediata no orçamento público se julgados. Assim, não se tratam de decisões parlamentares que submetem as minorias a um regime legal que lhes seja prejudicial, mas sim de uma discussão basicamente sobre direito financeiro e tributário.

No que se refere a adoção ou não de um comportamento seletivo pelo Supremo Tribunal Federal, os resultados sugerem a existência de uma seletividade a partir da confirmação da hipótese da *agenda-setting* em dois momentos: quando do reconhecimento ou não da existência da repercussão geral; e, quando da inclusão dos processos em sua pauta de julgamento. A grande diferença entre a quantidade de processos que chega ao tribunal anualmente e a quantidade de recursos com repercussão geral reconhecida que são julgados pode sugerir a inclusão estratégica

de processos na pauta, o que confirmaria mais uma vez a hipótese do agendamento e acentuaria o caráter político do tribunal.

Quanto a variável requerente, os resultados sugerem a existência de cooperação entre o poder judiciário e o executivo, levando em consideração que 62% dos recursos com repercussão geral reconhecida julgados foram interpostos pela fazenda pública. Por fim, ficou clara a tendência de reconhecimento da repercussão geral de temas que tenham algum impacto orçamentário, tais quais, tributário, administrativo, previdenciário e financeiro.

Assim, resta identificada mais uma face do comportamento político do Supremo Tribunal Federal, que utiliza o controle concreto de constitucionalidade como uma forma de cooperar com os demais poderes, seja através da inclusão em pauta, seja como forma de barrar reduções no orçamento do Estado.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ANDRADE, Louise Dantas; TEIXEIRA, João Paulo Allain In LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges. **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, 24 fevs. 1891. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, 10 novs. 1937. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, 18 set. 1946. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. Altera os dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 dez. 1965. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc16-65.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. **Coleção de Leis do Brasil**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1890. Disponível em:

[http://www.planalto.govs.br/CCIVIL\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.govs.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o §3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11418.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11418.htm). Acesso em: 28/10/2014

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.govs.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em: 28/10/2014

BRASIL. Projeto de lei do Senado Federal n. 166, de 2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.govs.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>. Acesso em: 20/12/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação constitucional n. 4.335. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 28/10/2014

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAUX DONADO, Francisco José. Ingeniería constitucional: la evolución del checks and balances en el estado social de derecho. **Vniversitas [online]**. 2013, n.126, pp. 89-121.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del-Rey, 2004

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DEARING, James D.; ROGERS, Everett. **Communication concepts 6: agenda-setting**. Thousand Oaks. CA: Sage, 1996.

DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

ENOCH, David. Taking disagreement seriously: on Jeremy Waldron's law and disagreement. **Israel Law Review**, vs. 39, n. 03, p. 22-35, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Judiciary Act of 1789**. Disponível em: <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=210>. Acesso em: 30/09/2014

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 08/10/2014

FORONI, Cristina. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

GOLDONI, Marco. Controllo di costituzionalità e argomento del disaccordo: I limiti della tesi di Jeremy Waldron. **Ragion pratica**, n.35, Dicembre 2010.

HART, Hebert. **O conceito de direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KALYVAS, Andreas. Democracia constituinte. **Lua nova**, São Paulo, 89: 37-84, 2013.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIPPMANN, Walter. **Opinião pública**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

MAJONE, Giandomenico In MORAN, Michel; REIN, Martin; GOODIN, Robert. **The Oxford Handbook of public policy**. Oxford: Oxford Press, 2006.

McCOMBS, Maxwel. **A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia In FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a 41, n. 162, abr/jun, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NORTH, Richard. A response to Jeremy Waldron's law and disagreement. **Political Studies Review**, 2003, vs. 01, p. 167-178

PERRY JR., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROSSETTO, Graça Penha Nascimento; SILVA, Alberto Marques. *Agenda-setting e framing: detalhes de uma mesma teoria?*. **Intexto**, Porto Alegre, UFRGS, n. 26, p. 98-114, jul. 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SMITH, Dale. Disagreeing with Waldron: Waldron on law and disagreement. **Res Publica**, vs. 7 (1), jan, 2001.

SOMMER, Udi. **Supreme court agenda setting: strategic behavior during case selection**. New York: Palgrave Macmillan, 2014.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Hebert Hart. **Revista Direito GV**, vs. 3, n. 1, p. 101-120, jan-jun, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 115:1346, 2006.

WOLF, Mauro. **Teoria das comunicações de massa**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.