



O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário

The Brazilian Supreme Court against the rules of constitutional process: individual precautionary measures, transaction of the constitutionality and the silence of the Plenary of the Court

Miguel Gualano de Godoy¹

¹ Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: miguelggodoy@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3532-6468>.

Artigo recebido em 30/07/2019 e aceito em 21/05/2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumo

O presente artigo enfoca a atuação do STF em descompasso com o que determina a Constituição, as regras do processo constitucional e com o que se espera de uma Corte Suprema. Para tanto, analisa três casos: (i) a naturalização da concessão de medidas cautelares monocráticas em ADI; (ii) a (im)possibilidade de conciliação e transação da constitucionalidade em ADI; e (iii) o silêncio do Plenário. Diante desse cenário, é possível propor um caminho de correção normativa para a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal? É possível apontar uma fundamentação democrático-institucional que qualifique o desempenho da Corte? É partindo desses problemas e questões que este artigo busca analisar atuações do STF em desacordo com as normas constitucionais e processuais e propõe que o respeito ao processo constitucional, não por mera observância formal, mas porque fundado em uma concepção deliberativa de democracia, pode reorientar a atuação dos ministros do Supremo Tribunal, qualificar o desempenho da Corte e, assim, mitigar os impasses que a têm caracterizado.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Processo constitucional; Decisões monocráticas; Transação da constitucionalidade; Silêncio do plenário; Democracia deliberativa.

Abstract

This paper focuses on the Brazilian Supreme Court's performance in disagreement with what the Constitution and the rules of the constitutional process establish and also with what is expected from a Supreme Court. To do so, it analyzes three cases: (i) the naturalization of individual precautionary measures in ADI; (ii) the (im)possibility of conciliation and transaction of the constitutionality in ADI; and (iii) the blatant silence of the Plenary of the Court. Such a scenario raises questions of whether it is possible to propose a path of normative correction for Justices' decisions and whether it is possible to point out a democratic-institutional justification that qualifies the Court's performance. Confronting these questions, this paper proposes that respect for the constitutional procedures, not for mere formal observance but because based on a deliberative conception of democracy, can reorient the performance of the Justices, qualify the Court's performance and mitigate the impasses that have characterized the STF nowadays.

Keywords: Brazilian Supreme Court; Rules of constitutional process; Individual precautionary measures; Transaction of the constitutionality; Silent plenary; Deliberative democracy.



Introdução

O Supremo Tribunal Federal tem deixado de ser analisado e estudado apenas a partir das clássicas atribuições que se dão a uma Suprema Corte ou Corte Constitucional.

O Supremo tem se tornado objeto de pesquisas, teóricas e empíricas, sobre seu modo de funcionamento, desempenho (deliberativo, numérico, eficaz, etc.) e, sobremaneira, sobre suas disfuncionalidades e seus déficits no complexo cenário de divisão de funções entre os Poderes¹.

Mais do que isso, o Supremo Tribunal Federal tem estado nos últimos anos, e está ainda hoje, no centro da crise vivida pelo Brasil. Há quem o veja como o clássico ator contramajoritário e garante último dos direitos fundamentais². Há quem o veja

¹ Vide os estudos e pesquisas do Projeto Supremo em Pauta, da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo (FGV-SP) e também as pesquisas e Relatórios anuais do Projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV-Rio). Nesse sentido destacam-se: *Múltiplo Supremo*. Supremo em Números, FGV, 2012. *O Supremo e a Federação*. Supremo em Números, FGV, 2013. *O Supremo e o Tempo*. Supremo em Números, FGV, 2014. *O Supremo e o MP*. Supremo em Números, FGV, 2015. *O Supremo e o Foro Privilegiado*. Supremo em Números, FGV, 2017. Nessa mesma linha investigativa de identificação de déficits e disfuncionalidades do Supremo Tribunal Federal destacam-se os seguintes trabalhos: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. FGV Direito-Rio, 2015. FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. São Paulo: FGV Direito-Rio, 2015. FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. São Paulo: FGV Direito-Rio, 2016. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 405-440, 2016. SILVA, Virgílio Afonso da. *Do We Deliberate? If So, How?* *European Journal of Legal Studies*, v. 9, p. 209-240, 2017. Silva, Virgílio Afonso da. 'UM VOTO QUALQUER'? O PAPEL DO MINISTRO RELATOR NA DELIBERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, v. 1, p. 180-200, 2016. SILVA, Virgílio Afonso da. *De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal*. *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), p. 205-225, 2016. SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013. MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. MENDES, Conrado Hübner. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Habermas e a jurisdição constitucional*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia – um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. MENDES, Conrado Hübner. *Onze Ilhas*. In: *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno Opinião. São Paulo, 01 fev. 2010. MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. Jota 17 set 2014. MENDES, Conrado Hübner. *O Inimigo do Supremo*. Jota, Brasília, 06 jun. 2017. MENDES, Conrado Hübner. *A pacificadora*. Época, 07 jun. 2018. MENDES, Conrado Hübner. *Reformar-se ou ser reformado: o dilema do STF*. Época, 26 de jul. 2018.

² Essa é a posição tradicional que vem sendo há muito defendida desde a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988. Destacam-se, nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28-29. Vide também: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 53-70/85-105. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo*. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas*. São Paulo: RT, 1995. p. 34/53. No âmbito do STF, ministros



como árbitro ou mediador da crise³. Há quem o veja não como árbitro ou mediador, mas ator dessa crise⁴. Há ainda aqueles que, independentemente da visão que se possa ter quanto ao papel do Tribunal, o analisam e o estudam a partir daquilo que entrega e de como entrega: decisões, não-decisões, performances deficitárias e disfuncionais, traduzidas, por exemplo, em monocratização excessiva, vista como veto, pauta e agenda discricionárias⁵.

É sobre um aspecto particular desse último recorte – o que o Supremo Tribunal Federal entrega e como entrega – que este artigo se debruça, qual seja a atuação do Supremo Tribunal Federal em descompasso com o que determina a Constituição, as regras do processo constitucional⁶ e com o que se espera de uma Corte Suprema. Vale dizer, tendo como ponto de partida esse recorte, os déficits e as disfuncionalidades que vêm sendo identificados pelas pesquisas e análises mais contemporâneas, é possível também identificar atuações do Supremo em afronta às

como Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes e Luiz Fux recorrem a esse argumento com frequência nos debates orais dos julgamentos no Plenário e Turmas.

³ Tanto a ministra Cármen Lúcia quanto o ministro Dias Toffoli ressaltaram esse papel do STF quando tomaram posse na presidência do Tribunal e ambos voltaram a ele em diversos discursos e entrevistas. Vide, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_PossePresidencial_CarmenLucia.pdf por exemplo; http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_possePresidencial_DiasToffoli.pdf

⁴ SILVA, Denival Francisco da Silva. *De guardião a vilão: a contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil*. EMais: Florianópolis, 2018. MENDES, Conrado Hübner. *Na prática, Ministros do STF agredem a democracia*. Folha de São Paulo, 28 jan 2018. RECONDO, Felipe. *STF: árbitro ou protagonista da crise em 2016?* JOTA: Brasília, 2016.

⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In.: Daniel Sarmento (org.). *Jurisdição Constitucional e Política*, 2015, p. 211-242. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *GLOBAL CONSTITUTIONALISM*, v. 7, p. 236-262, 2018. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *NOVOS ESTUDOS CEBRAP (ONLINE)*, v. 37, p. 13-32, 2018. ARGUELHES, Diego Werneck; SUSSEKIND, E. P. Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case. *REVISTA URUGUAYA DE CIENCIA POLÍTICA*, v. 1, p. 175-197, 2018. ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, I. A. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda? *Journal of Law and Courts*, v. 5, p. 105-140, 2017. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Courts as the first and only legislative chambers? The Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. *VERFASSUNG UND RECHT IN UBERSEE*, v. 50, p. 260-278, 2017. MENDES, Conrado Hübner. *Decisões Individuais dos Ministros do STF disparam em 2017*. 29 dez. 2017. MENDES, Conrado Hübner. *Colegialidade solitária*. Época, 13 abr. 2018.

⁶ Adoto aqui a compreensão de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi sobre o conceito e aplicação do processo constitucional, compreendido de forma estrita como parte do direito constitucional que estuda a configuração dos processos constitucionais, realizados tanto por órgãos jurisdicionais, como pelos demais Poderes estatais. Para os fins deste artigo, centrar-me-ei sob a perspectiva particular do processo constitucional relativa à fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Vide: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 37.



normas da Constituição e que regem o processo constitucional: naturalização da concessão de medidas cautelares monocráticas em ADI – às vezes sem que sequer tenha havido pedido de medida cautelar –, conciliação e transação da constitucionalidade em ADI e um silêncio gritante do Plenário.

Diante desse cenário, é possível propor um caminho de correção normativa para a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal? É possível apontar uma fundamentação democrático-institucional que qualifique o desempenho da Corte?

É partindo desses problemas e questões que este artigo busca analisar atuações do STF em desacordo com as normas constitucionais e processuais. Além disso, este trabalho propõe que o respeito ao processo constitucional, não por mera observância formal, mas porque fundado em uma concepção deliberativa de democracia, comprometida com um debate público, robusto, que trate a todos como iguais, pode reorientar a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, qualificar o desempenho da Corte e, assim, mitigar os impasses que têm caracterizado o Tribunal.

Nessa toada, este artigo se divide em 4 partes.

Os itens 1, 2 e 3 se destinam a analisar casos em que o STF atuou em desacordo com as normas constitucionais e processuais e a sua orientação colegiada. O item 4 busca analisar como a democracia deliberativa pode, por uma via de fundamentação, reorientar a atuação dos ministros do STF e qualificar o desempenho decisório do Tribunal.

É importante ressaltar que a análise de casos realizada nos itens 1, 2 e 3 é feita com base em um recorte exemplificativo, e não de verificação ampla ou amostragem de um determinado universo previamente estabelecido. Esse recorte exemplificativo se justifica. Os casos em que há uma aplicação correta ou exemplar da Constituição e do processo constitucional não constituem universo obrigatório ou necessário de análise, pois eles apenas demonstram o que se espera: um bom funcionamento da Corte. Os casos que saem fora do padrão normativo, constitucional e legal, e que denunciam déficits e erros é que precisam de atenção e análise. Ressalve-se, no entanto, que a análise dos exemplos aqui empreendida não é exclusiva ou excludente. Ela pode se relacionar com outras formas de estudo, como, por exemplo, análises quantitativas que meçam atuações em acordo com os procedimentos constitucionais e legais. Ela ainda pode comportar outras análises qualitativas, como análises que se debrucem sobre a coerência com precedentes anteriores, ou mesmo a coerência argumentativa decisória



interna, por exemplo. Dessa forma, os casos invocados não são tomados como comprovações quantitativas dos argumentos apresentados, mas como exemplos qualitativos da análise crítico-propositiva que se busca construir. Os casos aqui explorados são, assim, exemplos qualitativamente relevantes para se analisar a importância e o lócus do processo constitucional num cenário de atuação errática do STF. Dessa forma, serão esses casos, tidos como fora do padrão constitucional e processual esperado, que serão objeto de análise. Assim, este artigo não se encerra em si e nem pretende apresentar respostas definitivas. Ao contrário, na análise aqui empreendida de casos, dados e apresentação de críticas e proposições, este trabalho permite, inclusive, diálogo com outras e futuras investigações, métodos e argumentos.

1. É cabível medida cautelar monocrática em ADI?

Conforme apontam os números do III Relatório do Supremo em Números – O Supremo e o Tempo⁷, da FGV Direito-Rio, o levantamento feito pela Pública – agência de jornalismo investigativo⁸, e os dados apurados pelo portal JOTA⁹, o número de decisões monocráticas, e com elas o número de decisões cautelares monocráticas em ADI, tem crescido exponencialmente desde 1989 até 2018.

Conforme o III Relatório do Supremo em Números, de 1989 a 2013 há uma queda paulatina nas decisões colegiadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, seguido por um crescimento do número de decisões monocráticas. De acordo com os dados listados pelo portal JOTA, entre 2014 e 2018, somente em ADI, ADC, ADPF e ADIO, o número de decisões monocráticas saltou de 227 em 2014 para 650 em 2018. Segundo levantamento feito especialmente para este artigo, entre

⁷ Vide: III Relatório Supremo em Número - *O Supremo e o Tempo*. Supremo em Números. FGV, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>.

⁸ Vide: Semanalmente, juízes do Supremo decidem sozinhos sobre aplicação da Constituição. Pública – agência de jornalismo investigativo, São Paulo, set. 2018. Disponível em: <https://apublica.org/2018/09/semanalmente-juizes-do-supremo-decidem-sozinhos-sobre-aplicacao-da-constituicao/>

⁹ Vide: STF bate recorde de monocráticas em ações constitucionais em 2018. JOTA, Brasília, jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-recorde-monocraticas-acoes-constitucionais-2018-15012019>.



10/09/2014 e 20/12/2018¹⁰, foram 94 decisões cautelares monocráticas em ADI, contra apenas 10 cautelares concedidas pelo Plenário do STF nesse período.

Esses dados indicam como os ministros do Supremo Tribunal Federal têm sido pródigos não apenas em sua atuação individual, mas também em concederem medidas cautelares monocráticas em ações do controle abstrato, especialmente no âmbito de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI).

Quando questionado pela Pública sobre o alto número de decisões cautelares monocráticas em sede de ADI e ADPF, o Supremo Tribunal Federal respondeu via assessoria de imprensa. Segundo a nota oficial do STF, “(...) *ao concederem liminar monocraticamente em ADI, os ministros do STF utilizam como fundamento legal o artigo 10, parágrafo 3º da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), combinado com o artigo 21, inciso V do Regimento Interno do STF (...)*”¹¹. De fato, grande parte das decisões cautelares monocráticas em ADI se fundamentam nesses dispositivos normativos, e também em outras decisões monocráticas já dadas por outros ministros em sede de ADI. Esse fenômeno, que suscita reflexões, também foi identificado por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 139).

Para além dessa constatação, recentemente uma decisão inaugurou mais um episódio de atuação monocrática do ministro relator com a concessão de cautelar monocrática: decisão de concessão de medida cautelar monocrática em ADI, mas sem que houvesse pedido pelo proponente da ADI. Ao contrário, a petição inicial em sua primeira página indicou, em negrito, que não requeria medida cautelar. Além disso, a decisão cautelar monocrática agregou um novo fundamento normativo àqueles já conhecidos (e oficialmente indicados pela nota do STF): o poder geral de cautela do juiz, previsto no Código de Processo Civil.

¹⁰ O recorte temporal se justifica porque a data definida como ponto de partida da análise marca o início de uma gestão na presidência do STF, neste caso a presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Esse período de tempo também abarca toda a presidência da ministra Cármen Lúcia e parte da presidência do ministro Toffoli. Assim, é possível conjugar este levantamento de dados restrito a um determinado período com aqueles já feitos e que abarcam tanto esse quanto outros períodos, como o III Relatório Supremo em Números - *O Supremo e o Tempo* e os levantamentos feitos pelo portal JOTA em 2017 e 2018 que analisam dados desde 1988 até 2018. Cruzando esses dados e respectivos relatórios, é possível verificar o forte crescimento na concessão de medidas cautelares em ADI e ainda verificar a atuação (ou omissão) específica dos Presidentes do STF em relação às decisões monocráticas dadas pelos ministros e esse crescente que se verifica. São esses dados e essa constatação que interessam ao propósito do presente artigo. Este último recorte e tema (monocratização e papel dos Presidentes do STF), são objeto da etapa seguinte da pesquisa que se tem levado a cabo sobre o STF e o processo constitucional.

¹¹ A nota do STF está integralmente reproduzida na reportagem especial feita pela Pública – agência de jornalismo investigativo. Disponível em: <https://apublica.org/2018/09/semanalmente-juizes-do-supremo-decidem-sozinhos-sobre-aplicacao-da-constituicao/>



A decisão foi dada pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI 5.908, que tem por objeto dispositivos de uma lei do Estado de Rondônia que trata sobre prerrogativas dos procuradores do estado (Lei Complementar estadual 620/2011, com redação dada pela Lei Complementar estadual 767/2014).

A decisão chama a atenção menos pelo seu mérito e mais pela sua forma – ou a falta de respeito a ela.

O ministro Alexandre de Moraes fundamentou a sua decisão cautelar monocrática com base no art. 10, §3º, da Lei 9.868/99, no poder do Relator previsto no art. 21, V, do RISTF e no poder geral de cautela do juiz previsto no art. 139, IV do CPC:

Independente de requerimento exposto da parte autora, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, e o Relator, por delegação regimental (art. 21, V, do RISTF), detêm o poder geral de cautela – ou, na linguagem do Novo Código de Processo Civil, do “dever-poder geral de efetividade” da tutela jurisdicional, conforme art. 139, IV, do CPC/2015 –, o que, em sede de controle concentrado, reclama a intervenção oportuna para a salvaguarda da ordem constitucional.

(...)

Diante do exposto, nos termos dos arts. 10, § 3º, da Lei 9.868/99 e 21,V, do RISTF, EM SEDE CAUTELAR, ad referendum do Plenário, DETERMINO A IMEDIATA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA do art. 174, caput e §§ 1º e 2º, da Lei Complementar estadual 620/2011, com a redação dada pela Lei Complementar 767/2014 do Estado de Rondônia.

No entanto, a Constituição não conferiu qualquer poder decisório a ministros individualmente, mas sim ao Supremo Tribunal Federal, órgão colegiado. Quem guarda a Constituição não é o ministro A ou o ministro B, mas o STF, através do conjunto de ministros reunidos em sessão.

A Constituição, aliás, foi expressa ao estabelecer que apenas a maioria absoluta dos ministros pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou norma (art. 97, CRFB/88) e que compete ao Supremo Tribunal Federal (órgão colegiado) processar e julgar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, p, CRFB/88). A Constituição não autoriza medida cautelar monocrática em ADI, portanto.

A lei que rege o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei 9.868/99) também foi nítida ao estabelecer que apenas a maioria absoluta dos ministros pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (art. 23, Lei 9.868/99). E foi categórica ao estabelecer que a concessão de medida cautelar é de competência do Tribunal, e não de um ministro individualmente (art. 10, *caput*, §3º, Lei



9.868/99). A medida cautelar monocrática em ADI é excepcional, permitida apenas no período de recesso, por decisão do Presidente do STF (art. 10, *caput*, Lei 9.868/99; art. 13, VIII, Regimento Interno do STF).

Assim, a Lei de processamento e julgamento da ADI também não autoriza a concessão de medida cautelar monocrática, salvo no período de recesso e por decisão do Presidente do STF.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar o processo e julgamento da ADI no âmbito do STF, também estabeleceu que o julgamento da ADI e de sua medida cautelar são de competência do Plenário do Tribunal (art. 5º, VII, X; art. 170, §1º, §3º; art. 173, todos do RISTF). Ou seja, competência colegiada¹².

O art. 21, V, do Regimento Interno, muito utilizado pelos ministros do STF quando concedem decisões cautelares monocráticas em ADI, invocado na nota oficial do STF, e também aplicado pela decisão do ministro Alexandre de Moraes na ADI 5.908, é norma de previsão geral sobre os poderes do Relator, e não sobre o processo da ADI. Esses poderes do relator devem guardar consonância com o que exige a Constituição e as previsões legais e regimentais específicas sobre o processamento e julgamento da ADI. Todas as previsões específicas da Constituição, da Lei 9.868/99 e do Regimento Interno exigem decisão colegiada para a concessão de medida cautelar em ADI. Não se aplica o art. 21, V do RISTF individualmente e a despeito ou em sobreposição às previsões específicas da Constituição, da Lei 9.868/99 e do próprio Regimento Interno. Ou seja, se há um conjunto de regras específicas, não é possível aplicar uma única regra geral para ignorá-las. Assim, o RISTF tampouco autoriza a concessão de medida cautelar monocrática em ADI. E se a questão for urgente “*em face do relevante interesse de ordem pública que envolve*”, deve o relator submetê-la ao conhecimento do Tribunal (art. 10, §3º, Lei 9.868/99; art. 170, §3º, RISTF).

O poder geral de cautela invocado na decisão e previsto no art. 139, IV do Código de Processo Civil, igualmente é norma geral e suas previsões devem ser aplicadas

¹² Não ignoro a possibilidade de concessão de medida liminar monocrática em casos excepcionais, mas sempre previstos e autorizados por lei específica. É o caso, por exemplo, de medida liminar monocrática *ad referendum* do Plenário no âmbito de ADPF (art. 5º, §1º, Lei 9.882/99); ainda que no caso de ADPF a previsão de medida liminar monocrática tenha fundamento diverso daquele previsto para a ADI. Mas, esse é tema para outro artigo. Ou então, como já apontado no corpo do texto do artigo, liminar monocrática em ADI concedida durante o recesso pelo Presidente do STF (art. 10, *caput*, Lei 9.868/99; art. 13, VIII, RISTF). De todo modo, a possibilidade de medida liminar monocrática deve ser interpretada restritivamente, como uma cláusula de fechamento do sistema em razão de circunstanciais inviabilidades de um julgamento colegiado e em sessão. Longe de justificar a ampliação da monocratização, as hipóteses evidenciam a sua provisoriedade e recomendam parcimônia.



em conjunto, e não contra o processo específico de processamento e julgamento da ADI. O poder geral de cautela do juiz, quando aplicado ao STF, deve levar em conta as previsões constitucionais superiores ao CPC e as previsões particulares dos ritos específicos das ações que tramitam no Supremo. Isso significa dizer que se ministros podem invocar tal poder para lançar mão dos instrumentos que possam fazer sua decisão valer, tal previsão não se aplica quando a decisão tiver que ser do colegiado, e não de um ministro singular. Não há como se fundamentar decisão judicial em regra geral e complementar quando há regra específica e suficiente aplicável ao caso.

Não se alegue que em ADI a causa de pedir é aberta. Se a *causa petendi* é aberta, o pedido, no entanto, deve ser específico. O fato de o Tribunal não estar vinculado às razões que fundamentaram a propositura da ADI não exime o proponente de fazer o pedido certo e específico.

1.1. E se a questão fosse urgentíssima?

Apesar de não encontrar fundamento constitucional e legal que autorize a concessão de medida cautelar monocrática em ADI, alguém poderia questionar a sua necessidade e premência diante de um caso urgentíssimo, que exigisse atuação direta e imediata de modo a evitar lesão à Constituição, a um direito fundamental. Pense-se, por exemplo, na impugnação via ADI de norma que autorizasse ação causadora de dano ambiental irreversível. Seria possível alegar que caso a cautelar não fosse concedida monocraticamente haveria lesão à Constituição e ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 CRFB/88).

Diante de um caso com necessidade de concessão de medida cautelar urgentíssima como esse, seria possível o Relator requerer sua análise com preferência e prioridade logo na próxima sessão plenária (art. 21, IV, RISTF).

No caso de o Presidente não pautar, nem chamar a julgamento a ADI urgentíssima, o relator teria a possibilidade de levar a Ação Direta em mesa e apresentar Questão de Ordem à pauta e calendário de julgamento estabelecidos (art. 21, III; art. 7º, IV; art. 13, VII, todos do RISTF). Ressalte-se, novamente, a impossibilidade de aplicação do art. 21, V, RISTF. Como explicitado, essa previsão é geral e complementar, não se sobrepondo às regras constitucionais, processuais e específicas sobre rito da ADI do próprio Regimento Interno. Os incisos anteriores do art. 21 sim se aplicam, pois se



apresentam perfeitamente compatíveis e complementares com as demais normas do processo constitucional e complementam essas regras justamente ao possibilitar uma atuação colegiada no âmbito do controle abstrato sem que seja preciso apelar à uma atuação monocrática.

Ainda assim seria possível questionar a aplicação das normas e argumentos acima expostos apelando-se à evidente iminência do dano irreparável. Nesse caso extremamente urgente seria possível então ao relator requerer ao Presidente do STF a convocação de sessão extraordinária (art. 21, I, III, IV; art. 122, todos do RISTF). Talvez se pudesse replicar essa resposta propositiva com o seguinte argumento: essa proposta de convocação de sessão extraordinária não corresponde à praxe e tradição do STF; a pauta é definida discricionariamente pelo Presidente da Corte e os ministros não interfeririam nela; a pauta do Plenário do STF é congestionada pelo excessivo número de processos.

Mas, se essas razões prevalecessem, então sempre haveria uma desculpa para que a atuação dos ministros e do Supremo não seguisse fielmente o processo constitucional que os deveria reger. E esse *iter* procedimental, como visto, é definido pela Constituição, por lei específica e pelo próprio Regimento Interno do STF.

Apelar a essa espécie de razões (praxe, tradição, inação dos ministros, etc.) seria valer-se de comportamentos ou desempenhos que os levam a atuar contra as possibilidades legais existentes, mas das quais deveriam lançar mão. Ademais, esse tipo de argumento demonstraria: (i) uma desconfiança da Presidência em não pautar o pedido de medida cautelar com a urgência que o caso requer; (ii) um voluntarismo individual de preferência dos fins sobre os meios que coloca em xeque a autoridade do Tribunal e em risco a separação entre os Poderes, sem que haja respaldo na Constituição ou na legislação infraconstitucional que rege o processo constitucional para tanto; (iii) a prevalência de disfuncionalidade interna da corte que não seria corrigida ou que se evitaria combater em detrimento das regras do processo constitucional e das possibilidades que ele oferece aos ministros.

Ou seja, é difícil aceitar o argumento de que não é possível convocar sessão extraordinária, uma solução legalmente prevista, porque os ministros não se animam a tanto. Os ministros e o STF não podem opor suas preferências para impedir atuação e desempenho de acordo com a Constituição e as leis regentes. Especialmente porque algumas dessas barreiras decorrem de atitudes e atuações dos próprios ministros (pauta discricionária do Presidente do STF; vista como veto; etc.).



Além disso, seria possível lançar mão da submissão do pedido de medida cautelar ao Plenário Virtual, que passou a ser meio de julgamento colegiado de pedidos de medidas cautelares, conforme decisão dos ministros do STF em sessão administrativa de 06 junho de 2019 e que alterou o RISTF para incluir essa possibilidade no art. 21-B (Resolução 642, de 14 de junho de 2019). Essa possibilidade foi ampliada em 18 de março de 2020 para “todos os processos de competência do tribunal”, aumentando ainda mais a amplitude do art. 21-B do Regimento Interno do STF e a exequibilidade de seu uso como ferramenta célere e colegiada (art. 21-B, RISTF, conforme redação dada pela Emenda Regimental 53).

Se mesmo assim se questionarem as possibilidades invocadas acima sob o argumento de que não é possível se valer das alternativas apresentadas sob pena de dano, pense-se aqui em um caso ainda mais extremo, que pudesse causar dano permanente e irreversível à saúde, ou mesmo morte, por exemplo. Então não seria caso de proposição de ADI, e sim de ADPF, a fim de se evitar lesão concreta a preceito fundamental. E em ADPF é possível a concessão de decisão liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5, §1º, Lei 9.882/99).

A via adequada, em eventual caso urgentíssimo e extremo, que não pudesse ser dirigido pelo relator de acordo com o processamento da ADI em razão de evidente e provável dano pelo decurso do tempo, deve então ser a ADPF. O controle então seria o de evitação de lesão a preceito fundamental em razão da inconstitucionalidade da norma.

Diante desse quadro normativo, constitucional e legal, é de se concluir que decisão cautelar monocrática em ADI não encontra amparo na Constituição, nem na lei específica da ADI. Tampouco no RISTF ou no Código de Processo Civil. Nem mesmo um quadro fático ou circunstancial de extrema urgência parece encontrar justificativa para medida cautelar monocrática em ADI.

Esse tipo de decisão cautelar monocrática em ADI e especialmente na ADI 5.908 em que sequer houve pedido de medida cautelar parece incorrer em ao menos 6 erros:

1 - Decisão cautelar em ADI deve ser colegiada, e não monocrática: violação ao art. 102, I, *p*, da Constituição; ao art. 10, *caput*, §3º, da Lei 9.868/99; aos arts. 5º, VII, X; 170, §1º, §3º; 173, do Regimento Interno do STF;



2 - Decisão cautelar monocrática em ADI, sem que tenha havido pedido liminar: violação ao art. 2º do CPC por ofensa à inércia da jurisdição;

3 - Decisão que concede algo (medida cautelar) não requerido pelo proponente é decisão *extra petita*: violação ao art. 141 do CPC;

4 - Decisão cautelar monocrática e *extra petita* é decisão surpresa: violação ao art. 10 do CPC, pois o ministro relator impediu que o próprio proponente se manifestasse sobre a necessidade da cautelar e sem que os demais poderes e órgãos envolvidos na elaboração e sanção da lei pudessem se manifestar sobre o cabimento e a necessidade de tal medida;

5 - Decisão cautelar monocrática, *extra petita* e que suspende lei estadual em vigor e em vigência: violação ao princípio democrático (art. 1º CRFB/88), já que um único ministro, e não o colegiado, suspende lei com presunção de constitucionalidade, e à separação de Poderes (art. 2º CRFB/88), por atuação indevida do Poder Judiciário em afronta às regras constitucionais e infraconstitucionais;

6 – Ignorou outras quatro possibilidades previstas e possíveis para a concessão da medida cautelar caso ela houvesse sido pedida:

(i) pedido de preferência e prioridade na próxima sessão plenária (art. 21, IV, RISTF);

(ii) apresentação de Questão de Ordem à pauta e calendário de julgamento (art. 21, III; art. 7º, IV; art. 13, VII, todos do RISTF);

(iii) requisição de convocação de sessão extraordinária (art. 21, I, III, IV; art. 122, todos do RISTF);

(iv) submissão do pedido ao Plenário Virtual (art. 21-B, RISTF e Resolução 642, de 14 de junho de 2019).

Apesar disso, os ministros do STF insistem em dar decisões cautelares monocráticas em ADI. E cada vez mais, conforme apontam os dados apontados no início deste artigo.

Esse desrespeito ao processo constitucional e às próprias fundamentações normativas invocadas, ignoram a Constituição, estabelecem um uso da Lei 9.868/99 contra si própria, baseado em previsões gerais do CPC e do Regimento Interno, quando em verdade deveriam prevalecer as previsões constitucionais e as disposições específicas desses diplomas normativos. E tudo isso para, no caso da ADI 5.908, a



concessão de algo que não foi pedido por ninguém, nem mesmo pelo proponente da ação.

O resultado é um processo constitucional inventado e decisões cautelares monocráticas que existem no ar, sem fundamento normativo. É esse desrespeito às regras processuais que tem feito o Supremo ser visto como uma “*corte de dribladores*” (QUEIROZ, 2018, p. 2), esvaziando a força, consistência e coerência que emanam de decisões deliberadas pelo Plenário. A mensagem que o STF tem passado com essa atuação é a de que a regra é não respeitar as regras.

Este artigo não pretende e nem pode dar respostas definitivas, à moda de uma decisão judicial terminativa. Mas pode servir de alerta e de ponto de partida para possível reorientação. Afinal, reações institucionais estão em andamento: na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei 7.104/2017, que pretende pôr fim à possibilidade de medida cautelar monocrática em ADI e ADPF. No Senado tramita o Projeto de Lei 2.121/2019 que limita a 180 dias as liminares monocráticas em ADI e ADPF. No Senado também tramitou a PEC 82/2019, que limitava a concessão de decisões cautelares monocráticas, pedidos de vista, entre outras medidas restritivas aos ministros do STF.

2. É possível conciliação em ADI?

Em maio de 2018 o Brasil enfrentou por 11 dias uma série de movimentos de protesto conduzidos por caminhoneiros que bloquearam as estradas do país e, assim, causaram a paralisação do comércio, da produção industrial, do fornecimento de serviços. Os caminhoneiros protestavam contra os aumentos sucessivos do preço do diesel, o baixo preço do frete e as más condições de trabalho. Diante dessa crise, dezenas de decisões judiciais determinaram a desobstrução das rodovias. Em seu auge, o ministro Alexandre de Moraes, em decisão monocrática, autorizou o Governo Federal a empregar força para liberar as rodovias.

O desfecho é conhecido. O resultado econômico da greve dos caminhoneiros foi o desabastecimento em diversas cidades e a queda significativa do crescimento da economia, conforme levantamento feito pela Secretaria de Política Econômica do



Ministério da Fazenda¹³ e pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV)¹⁴.

O resultado político foi a suspensão da alta do diesel e o tabelamento dos preços mínimos do frete no Brasil através da Medida Provisória 832, convertida na Lei 13.703/2018.

O resultado jurídico foi duplo: de um lado a judicialização dos supostos abusos praticados pelo movimento grevista e a imposição de pesadas multas. Essa controvérsia é objeto da ADPF 519, sob relatoria do ministro Alexandre de Moraes. De outro lado, a judicialização da solução adotada pelo Executivo para o impasse - o tabelamento do frete mediante lei - sob o argumento de inconstitucionalidade por afronta à livre iniciativa.

O tabelamento do frete (Lei 13.703/2018) é objeto de 3 ADIs: ADI 5.956, ADI 5.959, ADI 5.964, todas sob relatoria do ministro Luiz Fux. O ministro já tomou 04 decisões sobre as ADIs que impugnam o tabelamento do frete: (i) suspendeu, por decisão monocrática, os processos judiciais em curso nas instâncias inferiores que questionavam o tabelamento do frete; (ii) realizou duas audiências preliminares, na qual buscou promover um acordo sobre a controvérsia; (iii) realizou uma audiência pública, com baixa interação entre as partes e pouco espaço dialogal e (iv) voltou a suspender os processos judiciais nas instâncias inferiores, em nova decisão monocrática.

Como se pode ver, o caso do tabelamento do frete vem sendo conduzido por decisões (sempre monocráticas) em diferentes âmbitos. Todos esses aspectos ensejariam uma análise específica. Todavia, a que mais chama a atenção, em razão de seu ineditismo, é a decisão que buscou promover um acordo sobre a controvérsia.

É, pois, sobre as decisões monocráticas que, por duas vezes, tentaram promover uma conciliação sobre o caso, que irei me debruçar para explorar a (im)possibilidade de conciliação em ADI e as verossímeis violações ao processo constitucional que essa iniciativa enseja.

Pouco mais de uma semana após a propositura da primeira Ação Direta (ADI 5.956) impugnando as medidas de tabelamento do frete pelo Governo Federal, o

¹³ Impacto da Greve dos Caminhoneiros, junho de 2018. Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/arquivos/2018/caminhao180529.pptx>

¹⁴ Levantamento do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE/FGV) apontou que os setores mais impactados em maio pela paralisação foram o Comércio (90,5%) e a Indústria (89,5%), seguidos por Serviços (66%) e Construção (64%). Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/industria-e-comercio-sofreram-mais-impacto-greve-caminhoneiros>



ministro Luiz Fux, em decisão monocrática¹⁵, suspendeu os processos judiciais, individuais ou coletivos, em curso nas instâncias inferiores, que pediam a inconstitucionalidade ou suspensão da norma que definiu o tabelamento do frete (a então MP 832) e designou audiência preliminar à apreciação do pedido cautelar de suspensão dos atos normativos federais.

A primeira audiência preliminar ocorreu no dia 20 de junho de 2018 e reuniu órgãos e agentes do Governo Federal, representantes do setor produtivo e dos caminhoneiros. A audiência, no entanto, não teve muito resultado¹⁶. Outra audiência preliminar foi marcada para o dia 28 de junho de 2018. Novamente, sem muito sucesso. As duas audiências reuniram órgãos e agentes do Governo Federal, representantes do setor produtivo e dos caminhoneiros. Como não foram exitosas, o ministro Fux deu seguimento às ações.

Mas, o que esse caso, o desfecho das audiências até aqui e a atuação do ministro Luiz Fux nos revelam sobre a iniciativa de transação do ministro e o papel assumido pelo Supremo nesta crise?

O ministro Fux há muito se destaca por buscar decisões dialogadas e soluções conjuntas entre as instituições públicas envolvidas, sobretudo diante de conflitos federativos no âmbito de mandados de segurança e ações cíveis originárias – vide, por exemplo: ACO 2.536, ACO 2.550, MS 3.4123, MS 3.5398, entre outras.

Algumas dessas iniciativas foram especialmente marcantes. Em março de 2018 o ministro Fux remeteu as ações de sua relatoria referentes ao auxílio-moradia de juízes para a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal para solução consensual. Não houve qualquer insurgência do Plenário, tampouco da Presidência do STF. A conciliação, no entanto, não foi exitosa.

No caso dos caminhoneiros, para além do problema, cada vez mais frequente no STF, de tomar uma decisão monocrática desse tipo em controle abstrato de constitucionalidade, a designação das duas audiências preliminares, destinadas à conciliação entre as partes, representa significativa novidade. Esse tipo de medida, porém, coloca o Tribunal em situações inéditas. É preciso discutir essas crescentes apostas nesse tipo de medida de conciliação via Supremo, apesar do silêncio do Plenário até aqui.

¹⁵ Decisão disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314613673&ext=.pdf>

¹⁶ Ata da audiência disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314660287&ext=.pdf>



Convém então questionar: é possível transacionar “com” e “no” controle abstrato de constitucionalidade? Por decisão monocrática? A suposta fundamentação para essa conciliação, fundada no Código de Processo Civil, pode se sobrepor à competência de controle de constitucionalidade dada pela Constituição ao plenário do STF – art. 102, I, ‘a’? Pode se sobrepor à lei específica que rege o processo e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade - Lei 9.868/99?

As respostas parecem ser negativas.

Se um ato impugnável por ADI (ato normativo estadual ou federal, dotado de generalidade e abstração) é inconstitucional, as “partes formais” não podem transacionar a inconstitucionalidade. Não há interesse de agir, nem contraposição de interesses entre os direitos pleiteados. O interesse é o de verificação de compatibilidade da norma (Lei 13.703/2018) com a Constituição.

Designar audiência preliminar ou buscar conciliação no âmbito de ADI parece encontrar vedações constitucionais, óbices processuais e, mais ainda, impedimentos democráticos. Transacionar e conciliar a constitucionalidade de uma norma entre supostas partes ou interessados, por iniciativa monocrática de ministro relator, é enfraquecer a representação geral do Executivo e mitigar a presunção de constitucionalidade de normas regularmente editadas, e tudo isso à margem do devido processo constitucional. Parece haver, assim, violação ao princípio democrático e à separação de Poderes.

Mas e quanto às conciliações promovidas pelo Ministro Fux que produziram bons resultados? E quanto às conciliações e acordos que já ocorreram em conflitos entre União e Estados, ou entre os próprios estados da Federação? Não seria louvável promover esse tipo de iniciativa dialógica no STF?

Todas essas conciliações, mesa de diálogos, foram realizadas no âmbito de Ações Cíveis Originárias (ACOs), Mandados de Segurança (MS), Ações Originárias (AOs). Ou seja, em ações com partes, interesses contrapostos, lides, nas quais o STF funciona como Tribunal da Federação, e não estritamente como garante da constitucionalidade das leis e atos normativos. Conciliações em temas e processos como aqueles veiculados em ACO’s, MS’s e que envolvem conflitos federativos são mais do que bem-vindas.

Em ADI, no entanto, é algo não autorizado pela Constituição - e por razões democráticas e institucionais: o Supremo não pode dispor de sua função de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB/88); não pode entregar sua competência sobre o



controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos (art. 102, I, *a*, CRFB/88); não pode propor ou aceitar pedido de conciliação que busque, entre poucos agentes (supostamente tidos como partes, representantes ou interessados), trincar ou repartir leis e atos normativos editados por Presidente da República ou Congresso Nacional.

Um único ministro do STF propor conciliação em ADI sobre leis e atos normativos editados sob as adequadas competências do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional é ignorar o presumido *pedigree* democrático que fundamenta esse tipo de política pública e se substituir indevidamente nas escolhas políticas setoriais. Mais do que isso, é ignorar que aqueles poucos escolhidos para a audiência de conciliação provavelmente não representam todos os afetados pela norma questionada.

Ao cancelar “*acordos*” sobre a inconstitucionalidade no todo ou em parte de leis ou arranjos executivos, o Supremo inauguraria uma nova competência institucional: para além de legislador positivo, seria também o avalista das modificações legislativas feitas por instituições que, às vezes, podem sequer ter participado do processo legislativo.

E aqui está o ponto convergente entre a controvérsia do assunto e as decisões do ministro Fux: o tema é predominantemente político e econômico. Está no plano e é objeto, portanto, de política pública setorial de competência do Poder Executivo Federal e do Congresso Nacional.

Os aspectos eminentemente políticos e econômicos são da alçada do Executivo e do Congresso. Mitigar a sua atuação legislativa ou ultrapassá-los nessa seara seria, do ponto de vista material, um paternalismo infrutífero, no qual o Supremo assumiria para si um ônus de negociação e escolha típico dos outros Poderes. Seria também uma substituição indevida, por não ser essa a função do Supremo. E, por fim, do ponto de vista processual, algo não autorizado pela Constituição e leis regentes do processo constitucional.

Atuações dialógicas do Supremo, decisões conciliadas, acordos, devem ser celebrados. Possuem limites, no entanto. Nem tudo está sujeito à livre escolha do relator, do Tribunal, ou daqueles que provocaram o exercício da jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade via ADI.



O STF evidentemente tem competência para anular as medidas do governo, caso as julgue inconstitucionais. Contudo, a análise jurídica que se pode e deve fazer é se leis e atos normativos são compatíveis ou não com a Constituição. No caso das ADIs sobre o tabelamento do frete, a função e competência do STF não é resolver ou conciliar os parâmetros e valores mínimos do frete no Brasil, mas julgar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade de acordo com os parâmetros constitucionais da ordem econômica.

A Constituição e seus sentidos estão sempre em disputa, mas ela não é um balcão de negócios.

3. O silêncio do Plenário

Em 07 de junho de 2013 o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 73, que reformou o art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição 1988 e, assim, criou os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões.

A EC 73 foi fruto da aprovação da PEC 544, que tramitou por mais de 10 anos no Congresso Nacional e quando de sua aprovação teve votações majoritárias significativas.

Como o Brasil possui apenas 5 Tribunais Regionais Federais para julgar todas as ações da Justiça Federal no País, a criação de outros TRFs pela EC 73 era não apenas uma boa notícia, mas implicava ampliação do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no Brasil. Evidentemente a criação de novos Tribunais vem acompanhada de investimentos e custos. E em se tratando de investimentos e custos judiciais, eles sempre rondam a casa dos milhões¹⁷. A solução financeira criada para a implementação dos novos TRFs foi o ajuste do próprio orçamento global da Justiça Federal, de modo a não aumentar o impacto orçamentário com a criação dos novos Tribunais. Esse ajuste foi feito através de um anteprojeto apresentado pelo Conselho da Justiça Federal em 28 de junho de 2013.

¹⁷ Vide Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>



Mesmo assim, uma associação que congrega parte dos procuradores federais do Brasil propôs, em 17 de julho de 2013, uma ADI contra a EC 73. Os fundamentos para a propositura da ADI 5.017 eram o alto custo de implementação dos novos TRFs e o impacto que isso causaria à carreira dos procuradores federais no Brasil. Como a EC 73 entrou em vigor na data de sua publicação, a associação proponente da ADI 5.017 requereu a concessão de medida cautelar para suspender seus efeitos e, assim, impedir a criação dos novos Tribunais no Brasil até que o mérito da ADI 5.017 fosse julgado.

A ADI 5.017 foi distribuída ao ministro Luiz Fux. Como a Ação Direta foi ajuizada durante o recesso do mês de julho, no entanto, a análise do pedido liminar ficou a cargo do Presidente do STF (art. 10, *caput*, Lei 9.868/99; art. 13, VIII, RISTF). Assim, o então presidente do Supremo, ministro Joaquim Barbosa, deferiu no dia 18 de julho de 2013 o pedido e concedeu medida cautelar, sujeita ao referendo do Plenário, para suspender os efeitos da EC 73 e, conseqüentemente, sustou a criação dos novos TRFs.

Desde 18 de julho de 2013 até hoje temos então uma Emenda Constitucional aprovada em dois turnos de votação por maioria absoluta tanto na Câmara quanto no Senado, promulgada pelo Congresso Nacional, mas suspensa pela decisão cautelar monocrática de um único ministro do STF. Decisão cautelar monocrática jamais levada ao referendo do Plenário do Supremo.

Se a atuação monocrática de ministros é a marca do STF nos últimos anos, o Plenário mudo parece ser a outra face do que Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro chamaram de “*ministrocracia*” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

Os autores já analisaram um aspecto dessa duplicidade ao constatar que decisões liminares monocráticas sem referendo posterior do Plenário criam um “*judicial review individual*”, no qual ministros realizam controle de constitucionalidade sem qualquer controle do Plenário (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 15. ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b, p. 251). Tendo essa análise como pano de fundo que o exame da ADI 5.017 e o caso da EC 73 dos novos TRFs ganham relevância, não apenas sob a ótica da monocratização e do poder individual sobre o tempo e a agenda do STF, mas também sob a perspectiva normativa do processo constitucional e do papel do Plenário – ou o silêncio dele.

Se o caso da EC 73, suspensa há mais de 9 anos evidencia a monocratização característica do STF e de seus ministros, bem como um controle individual em



detrimento do colegiado, é preciso analisar mais detidamente o enquadramento normativo dessa atuação e também o silêncio do Plenário até aqui.

Como já visto no item 1 sobre a possibilidade de medida cautelar monocrática em ADI, a concessão desse tipo de decisão compete sempre ao colegiado, ao Plenário do STF: art. 97 e art. 102, I, *p*, da CRFB/88; art. 10, *caput*, §3º e art. 23, da Lei 9.868/99; art. 5º, VII, X; art. 170, §1º, §3º; art. 173, do Regimento Interno do STF.

Como medida cautelar monocrática em ADI é excepcional, cabível apenas durante o período do recesso, por decisão do Presidente do STF (art. 10, *caput*, Lei 9.868/99; art. 13, VIII, RISTF), uma vez terminado o recesso, a ordem e direção do prosseguimento da ADI voltam ao ministro relator (art. 21, I, RISTF). E o ministro relator dispõe de instrumentos para submeter imediatamente a decisão cautelar monocrática ao Plenário do STF:

1 – pedido de preferência e prioridade na próxima sessão plenária: art. 21, IV, RISTF;

2 – apresentação de Questão de Ordem à pauta e calendário de julgamento: art. 21, III; art. 7º, IV; art. 13, VII, todos do RISTF;

3 – requisição de convocação de sessão extraordinária: art. 21, I, III, IV; art. 122, todos do RISTF;

4 – submissão do pedido ao Plenário Virtual: art. 21-B.

No caso da EC 73, a própria decisão do Presidente do STF que concedia a medida cautelar monocrática de suspensão da EC 73 já a submetia ao posterior referendo do Plenário. Mais do que isso, o próprio Presidente do STF ao justificar a concessão da medida cautelar monocrática excepcional asseverou que a decisão era temporária, reversível e estava sujeita ao referendo do Plenário, que deveria analisá-la em breve:

Por fim, é bom que se diga que a suspensão temporária dos efeitos da EC 73/2013 é plenamente reversível. Estando sujeita ao referendo do Colegiado, a medida cautelar ora concedida poderá ser examinada em breve. Não haverá prejuízo, portanto, se o Plenário entender por sua cassação.

Ante o exposto, em caráter excepcional, e sujeito ao referendo do Colegiado, defiro a medida cautelar pleiteada, para suspender os efeitos da EC 73/2013.¹⁸

¹⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=158713747&ext=.pdf>



Todavia, terminado o recesso de julho de 2013, o Presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, jamais levou a julgamento o referendo da medida cautelar que suspendeu a EC 73. Tampouco os Presidentes que o sucederam.

Sob a relatoria do ministro Luiz Fux, a ADI 5.017 permaneceu por anos em seu gabinete, tramitando apenas pedidos de *amici curiae*. O ministro apenas liberou a ADI 5.017 para julgamento em 18 de maio de 2018. Em 06 de junho de 2018 a ADI 5.017 foi incluída pela Presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, no calendário de julgamento do Plenário. No entanto, dois dias antes do julgamento, a Ação Direta foi retirada do calendário de julgamento a pedido do ministro relator sem qualquer justificativa apresentada.

O resultado é a criação de uma zona de penumbra e incerteza em relação ao mérito da EC 73 e o desequilíbrio injustificado na separação de Poderes.

O STF tem competência para realizar o controle judicial de constitucionalidade e, assim, até mesmo suspender ou declarar inconstitucional uma Emenda Constitucional. Fazê-lo, todavia, de forma individual sem justificativa para a demora no referendo, ou mesmo no julgamento de mérito, é também transformar decisão precária em permanente, com a possibilidade de revê-la quando e se quiser. E essa discricionariedade e aleatoriedade não encontram fundamento na Constituição ou nas leis que regem o processo constitucional. Destaque-se que a análise desse caso mostra a violação do processo constitucional, do *iter* procedimental de emenda da Constituição e do caráter majoritário que lhe qualifica. Por outro lado, ela não exclui a possibilidade de investigação das razões que motivaram, ou das que ainda motivam, a manutenção dessa violação. Pesquisa sobre possíveis razões políticas, econômicas, institucionais, podem eventualmente, até mesmo complementar esta análise jurídico-processual, apontando motivos que escapam ao objeto do presente artigo (como possível perda da necessidade, desinteresse institucional, ou mesmo inexistência de condições materiais para a implementação da EC 73).

Se a medida cautelar monocrática em ADI é sempre excepcional, a decisão dada na ADI 5.017 se fundamentou na sua reversibilidade, na sua sujeição ao referendo e, na parte dispositiva, reiterou a exigência de submissão ao referendo do Plenário. Tem-se, assim, uma decisão cautelar monocrática em ADI que quando foi dada, era possível e legal. Mas que, pelo decurso do tempo e pelo desrespeito ao que ela própria determinava (a submissão a referendo) se tornou inconstitucional e ilegal.



Inconstitucional por retirar do órgão competente – o Plenário do STF – a análise da medida cautelar (art. 102, I, *p*, da CRFB/88), o que causa um desequilíbrio entre os Poderes (art. 2º, *caput*, CRFB/88). E ilegal por desrespeitar a sua provisoriedade e a sua exigência de submissão ao Plenário (art. 10, *caput*, §3º, Lei 9.868/99; art. 5º, VII, X; art. 170, §1º, §3º, RISTF), conforme, inclusive, a própria decisão determinava.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro desvelaram como esse agir monocrático captura o tempo e a agenda do Tribunal (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 25. ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b, p. 261). Um ministro decide sozinho e também decide se e quando poderá haver decisão colegiada sobre o que ele decidiu sozinho. Conforme os autores, esse “*loop*” entre poder de agenda e poder de decisão individual é que gera o que chamam, com precisão, de “*judicial review* individual” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 25. ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b, p. 251). E o caso da ADI 5.017 sobre a EC 73 deixa isso evidente.

No entanto, esse “*loop*” que gera um *judicial review* individual não encontra fundamento ou autorização na Constituição, nem na Lei da ADI (Lei 9.868/99) e nem no Regimento Interno do STF. E gera uma captura da voz do Plenário, que vai sendo esvaziado e silenciado.

Mais do que isso, quando essa volta (“*loop*”) é dada para afastar, sem controle colegiado, uma Emenda Constitucional, o que se tem é na melhor das hipóteses uma decisão que não encontra mais fundamento que a faça ser válida, ou na pior das hipóteses um uso abusivo da jurisdição constitucional pelo próprio Supremo. Mas não um constitucionalismo abusivo como o que pesquisadores do direito constitucional comparado vêm investigando (LANDAU, 2013, p. 189; LANDAU, 2012, p. 924; VAROL, 2014, p. 1673), que avilta a constituição a partir de reformas constitucionais possíveis a fim de desnaturá-la, e sim um constitucionalismo abusivo interno promovido pelo próprio STF, que torce a Constituição a partir da interpretação que faz dela e das regras que regem o Tribunal. Há, assim, violação do devido processo constitucional que rege a ADI e deve(ria) orientar a conduta dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A tramitação da ADI 5.017 mostra o controle do tempo e da agenda do STF através da manipulação que os ministros fazem dos poderes individuais que possuem e como lançam mão deles para manejar esse tempo e a agenda do Tribunal. A despeito de seus pares e da própria instituição – já que ela é colegiada, convém sempre lembrar.



Quem nada faz, já tomou parte em como as coisas são. A responsabilidade por decisões individuais que, ao se tornarem abusivas, comprometem todo o Tribunal, não pode ser imputada apenas ao Presidente do STF que organiza a pauta, ou ao ministro relator que dirige a ADI 5.017.

Os casos da EC 73 e ADI 5.017 tornam-se ainda mais significativo porque a mudez que toma conta do Plenário coloca o STF como instituição que acaba por fazer pouco caso do Poder Legislativo e do exercício do poder constituinte derivado de reforma da Constituição, já que o controle judicial de constitucionalidade de uma Emenda Constitucional é mais grave e de análise mais restrita (MENDES, 2007; BRANDÃO, 2008). Deveria, assim, ensejar atuação acurada e célere do Supremo para que o equilíbrio entre os Poderes se restabelecesse ou se mantivesse. Não é o que ocorre, no entanto, quando se deixa a questão em aberto, mas em suspenso, por tanto tempo. A naturalização dessa zona de penumbra, incerteza e desequilíbrio, emudece o Plenário e compromete a legitimidade e autoridade do STF.

Dessa maneira, o Supremo passa a mensagem de que seus ministros são livres para agirem sozinhos, seu Presidente é discricionário na agenda, e o órgão que deveria ser o mais forte do STF – o Plenário – é, quando muito, condescendente, ou quando pouco, omissivo. Tudo isso sem fundamento constitucional ou legal subjacente.

O silêncio do Plenário é gritante.

3.1 A discricionariedade do Presidente do STF sobre a pauta e o calendário de julgamento do Plenário do STF

Todos os argumentos apresentados no item 3, inclusive com as diversas indicações normativas violadas, poderiam ser objetados pelo seguinte argumento e previsão normativa: a definição da pauta e calendário de julgamento são atribuições do Presidente do STF, conforme art. 13, III, do RISTF – “São atribuições do Presidente, dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”. Logo, não haveria nada que o Plenário pudesse fazer.

Mas, existe mesmo um poder exclusivo e discricionário de agenda do Presidente do STF? É essa a interpretação mais adequada do art. 13, III, do Regimento Interno do STF?



Os poderes de agenda no Supremo são fragmentados e distribuídos em níveis individuais e distintos entre si. Há poderes individuais dos relatores e que influem sobre a agenda do Tribunal – a liberação de um caso para inclusão em pauta de julgamento, por exemplo. Há outros poderes individuais de que todos dispõem e que, assim, também definem a agenda do Tribunal – o pedido de vista, por exemplo, pode vetar um debate e decisão sobre um caso. E há ainda o poder de agenda do Presidente do STF.

Essa tipologia de poderes individuais foi mapeada nos trabalhos antes referenciados (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b). É necessário verificar o fundamento normativo desse poder individual de agenda dos ministros. Para o caso da EC 73 e da ADI 5.017 interessa a análise do poder de agenda do Presidente do STF e seu efeito sobre o Plenário.

Quando um caso é distribuído para um ministro relator, ele ordena e dirige o processo até que esteja pronto para julgamento. Quando o caso já cumpriu o *iter* procedimental necessário e o ministro relator entende que o processo já está pronto para julgamento, ele libera o caso para inclusão em pauta. Uma vez liberado para julgamento, o caso entra na pauta do Plenário do STF. Mas, quem organiza essa pauta e define quais casos prontos para julgamento serão julgados nas sessões plenárias do Tribunal é o Presidente do STF.

Esse poder exclusivo e discricionário sobre a pauta e o calendário de julgamento do Presidente do STF é que precisa ser colocado em xeque.

O art. 13, II, RISTF atribui ao Presidente dirigir os trabalhos e presidir as sessões plenárias, e não definir a pauta e o calendário de julgamento. Vale dizer, o art. 13, II, RISTF não dispôs que *“são atribuições do Presidente definir com exclusividade a pauta de julgamento das sessões plenárias, dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhes as sessões plenárias”*. Ou seja, não está óbvio no art. 13, II, RISTF que é o Presidente do Supremo quem define a pauta de julgamento do Plenário. E mesmo que assim estivesse literalmente previsto, tal texto ainda estaria sujeito à tarefa interpretativa (DWORKIN, 2007, p. 60; GRAU, 2010, p. 160; CARVALHO NETO; SCOTTI, 2011, p. 76). Tal entendimento decorre, portanto, da interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem dado ao art. 13, II, de seu Regimento. De todo modo, a conclusão a que os ministros do STF têm chegado sobre a atribuição do Presidente do Tribunal prevista no art. 13, II, não é, portanto, lógica ou automaticamente aferida do texto do RISTF. É sim produto da



interpretação que se tem dado a essa previsão e, conseqüentemente, o resultado de como eles compreendem o significado de “*dirigir os trabalhos*” das sessões plenárias.

Por outro lado, realmente é possível interpretar “dirigir” como definir com exclusividade, já que quem dirige algo, comanda, chefia algo. Essa é, portanto, uma interpretação possível do que se pode compreender por “*dirigir-lhes os trabalhos*”. Além disso, quem define a interpretação do Regimento Interno do STF é o próprio STF.

No entanto, existiria outra interpretação possível, que não representasse um *judicial review* individual, nem um poder monocrático tão grande que deixasse o Plenário enfraquecido ou mudo?

A resposta parece ser positiva.

Parece ser possível interpretar o art. 13, II, RISTF e compreender a tarefa de dirigir os trabalhos da sessão plenária não apenas como comandar, chefiar, mas sim como liderar, coordenar, o que permitiria, assim, uma definição conjunta da pauta e calendário de julgamento do Tribunal. Essa tarefa, ainda que possa ser entendida e mantida como atribuição específica do Presidente, poderia ser compartilhada com os demais ministros, através de uma discussão prévia e coletiva sobre a Pauta e o calendário de julgamento das sessões plenárias do Supremo. E isso não significa transformar o Presidente, sua atribuição de direção do Tribunal e das sessões plenárias, em refém das escolhas dos outros 10 ministros. Ao contrário, entre uma definição discricionária e exclusiva da pauta pelo Presidente do STF e uma definição apenas coletiva existe uma gama de possibilidades na definição do calendário de julgamento do Plenário do STF.

Seria possível pensar, por exemplo, uma discussão coletiva sobre quais temas precisam ser julgados tão logo seja possível. Ou então, a definição por cada ministro das ações que reputam mais urgentes para apreciação do Plenário e o Presidente ordenar-lhes então o julgamento num calendário organizado de datas.

As possibilidades de aperfeiçoamento na definição da pauta, e que fujam de uma escolha individual e exclusiva, e que favoreçam a colegialidade e a deliberação não devem ser subestimadas. E os ministros são os atores mais aptos a propor ou escolher formas variadas de interação que favoreçam essa atuação coletiva e institucional, e que ainda assim mantenham a atribuição e autoridade do Presidente na direção e presidência das sessões do Plenário.



Com isso quer-se demonstrar como outra interpretação é possível na atribuição de direção do Presidente do STF (art. 13, II, RISTF) e como essa outra interpretação pode também apontar maneira diversa de se definir a pauta do STF, de forma a favorecer uma atuação coletiva e colegiada dos ministros do Supremo e, assim, fortalecer o Plenário do Tribunal.

Se a ministrocracia é individual e individualizada, o Plenário deve(ria) ser coletivo e colegiado. Na medida em que a ministrocracia se mostra ativa e voluntarista, o Plenário tem sido silenciado, passivo e mudo. Daí se poder enxergar o Plenário do STF como a outra face da ministrocracia. O retrato do Plenário que se desvela exhibe uma feição de abandono: primeiro o abandono por cada ministro, em sua atuação monocrática em descompasso com as regras do processo constitucional; e, depois, o abandono de todos, na condescendência ou omissão pelo esvaziamento e ausência de um contrapeso que nunca ocorre.

A responsabilidade não é só individual, é também coletiva, pois o Plenário em seu silenciamento, e também em sua mudez, coaduna com essa ministrocracia, o *judicial review* individual, o “*loop*” nos outros Poderes e na Constituição. Afinal, é preciso sempre lembrar: todos são um só.

4. O processo constitucional importa: a democracia deliberativa como fundamento

Cada um dos casos aqui analisados evidencia violações das regras constitucionais e legais do processo constitucional. Essas violações não são apenas violações a regras formais, mas colocam abaixo o que se espera de uma Suprema Corte – uma atuação colegiada e deliberativa (MENDES, 2013, p. 105).

A importância do processo constitucional é regular o exercício da jurisdição constitucional, de modo a garantir a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, colocando-os em suspenso apenas em situações excepcionais e diante de exigências com critérios prévios e nítidos. Assim, o processo constitucional define a atuação do STF no exercício da jurisdição, e na interação com os outros Poderes também garante deferência à política democrática como representação popular e respeita os seus resultados como anseios do povo nas decisões que movem o país.



No âmbito de regulação da atuação do STF, o processo constitucional tem fundamento constitucional e legal para promover uma atuação jurisdicional colegiada e uma atuação institucional una. A atuação jurisdicional colegiada se dá através da participação e contribuição individual de cada ministro, bem como por meio da discussão e deliberação realizadas a partir dessa participação e contribuição. A atuação institucional é una porque todos são um só – o Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a decisão do Plenário é a decisão do Supremo. O processo constitucional se funda, portanto, como um processo colegiado e deliberativo.

A atuação individual e a decisão monocrática até são possíveis, mas sempre como exceções. A regra deve ser a atuação colegiada e a decisão coletiva. Colegiado e coletividade não são dados, mas construídos na troca de argumentos, por meio da deliberação entre os ministros. Daí a exigência de que o processo constitucional seja respeitado e obedecido. Respeitar e seguir o processo constitucional, suas regras procedimentais, corrige as condutas erradas e reorienta as futuras.

Mas, mais do que isso, é possível reorientar a atuação individual dos ministros e qualificar esse processo e as regras procedimentais quando fundamentados sob uma concepção deliberativa de democracia (NINO, 2003; GARGARELLA, 1996; MENDES, 2013; GODOY, 2012)¹⁹.

¹⁹ Em que pese a democracia deliberativa seja objeto de diversos estudos, optou-se, neste artigo, em delimitá-la preponderantemente segundo a proposta de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. A escolha de Nino e Gargarella não é casual. Ambos são não apenas referenciais teóricos da democracia deliberativa, mas também do direito constitucional. Nino e Gargarella são juristas latino-americanos, argentinos, e provêm, portanto, de uma prática jurisdicional que guarda semelhanças e comparações relevantes com a que vivemos. Nesse sentido, tanto Nino quanto Gargarella buscam repensar os fundamentos do direito e da democracia para mostrar como uma concepção deliberativa de democracia, comprometida com um debate público, robusto, que trate a todos como iguais, implica um papel renovado para o exercício da jurisdição constitucional. Para uma leitura mais ampla e aprofundada sobre a democracia deliberativa, vide: BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.) *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular/Esfere Pública, 2007. CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.) *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro, 2003. COHEN, Joshua. Deliberation and democracy deliberative. In: PETTIT, Philip; HANLIN, Alan (Orgs.). *The good polity: normative analysis of the state*. London: Blackwell, 1989. COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Orgs.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge-Mass, London: MIT Press, 1997. COHEN, Joshua. Democracy and liberty. In: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007. ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular/Esfere Pública, 2007. ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. HABERMAS,



A democracia deliberativa parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade (GARGARELLA, 1996, p. 157). A democracia deliberativa busca, dessa maneira, promover um sistema político que atue de maneira a evitar e rechaçar decisões que sejam resultado de manipulações em favor de uma pessoa ou grupo para, ao contrário, privilegiar decisões coletivas e imparciais. A democracia deliberativa se funda, assim, no seu poder de transformar, por meio da discussão pública, os interesses dos sujeitos de um modo moralmente aceitável (GARGARELLA, 1996, p. 158).

Dessa forma, a democracia deliberativa como discurso e fruto do debate público, adquire um valor epistêmico. Esse valor epistêmico surge do efeito positivo que a discussão tem para detectar falhas na construção do conhecimento e da própria racionalidade. O valor epistêmico da democracia deliberativa surge, também, do fato de que por meio do debate público se pode presumir que o resultado do discurso se aproxima da solução mais imparcial. A discussão, assim, se mostra como um bom método, ainda que passível de falhas para se chegar à melhor solução (NINO, 2003, p. 390).

A democracia deliberativa tem também a função prática de possibilitar a superação de conflitos e buscar a cooperação de atitudes e condutas. A sua função cognitiva está relacionada a essa sua função prática. A troca de argumentos, seja ela simples ou complexa, breve ou demorada, conduz a uma cooperação social em busca de decisões e soluções de conflitos (NINO, 2003, p. 103). A discussão assume um papel central para a democracia deliberativa porque por meio dela se eliminam possíveis erros fáticos e lógicos que se apresentam nos argumentos. Ou seja, por meio da deliberação os sujeitos apresentam suas convicções perante os outros, os quais atuarão não como meros receptores daquela informação/opinião, mas como verdadeiros filtros. Essa dinâmica permite, ainda, que, além da identificação de possíveis equívocos, se incremente o argumento que até então estava sendo exposto com a adição de novas informações e opções, que eram ignoradas ou desconhecidas. Por isso a discussão é tão importante, pois é por meio dela que não apenas se retifica ou refina o argumento, mas

Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jimenez Rendondo. Madrid: Taurus, 1987.
SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.



também se conhecem os pontos de vista e interesses dos demais (GARGARELLA, 1996, p. 159).

São essas as razões pelas quais se pode dizer que a democracia deliberativa não se resume à decisão e ao voto. Pois ela, fundamentalmente, valoriza todo o processo que antecede o voto, o debate, a discussão pública, enfim, a reflexão coletiva que se produz e é levada a cabo antes do momento estritamente relacionado à decisão e ao voto (GARGARELLA, 1996, p. 158).

A concepção epistêmica e deliberativa de democracia aqui exposta indica o caminho e a direção a serem seguidos para também se pensar outra prática jurisdicional, que reconheça e busque um balanço entre o respeito pelos procedimentos democráticos e o respeito por direitos substantivos (NINO, 2003, p. 254). A democracia deliberativa se mostra, então, como excelente fundamento e práxis porque favorece a tomada de decisões coletivas e imparciais melhor que outros sistemas e modelos, como as atuações individuais vêm caracterizando o STF e foram objeto de análise nos itens 1, 2 e 3.

É preciso destacar ainda que a democracia deliberativa tal qual aqui apresentada ganha um contorno particular quando pensada e aplicada ao exercício da jurisdição constitucional em razão do caráter contramajoritário da atuação de juízes e cortes, especialmente das Cortes Constitucionais. Vale dizer, se a democracia deliberativa possibilita a construção de decisões coletivas e imparciais, no âmbito da jurisdição constitucional, na tomada de decisões por Cortes Constitucionais, essa deliberação entre ministros assume uma natureza contramajoritária na proteção do núcleo duro da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais. Essa atuação de natureza contramajoritária das Cortes Constitucionais, e pensemos aqui na atuação do STF, todavia, não impede uma atuação coletiva, colegiada e também deliberativa (NINO, 2003, p. 258; GARGARELLA, 1996, p. 262; SUNSTEIN, 2009, p. 186; LINARES, 2008, p. 241; MENDES, 2013, p. 101; CRUZ, 2014, p. 200; SOUZA NETO, 2006, p. 258; GODOY, 2012, p. 133).

Assim, a democracia deliberativa pode servir de fundamento e qualificar as condutas de ministros orientando-as ao colegiado, notadamente ao Plenário. Da mesma maneira, ela também pode fundamentar e orientar as decisões colegiadas do Tribunal, de forma a exigir que os acórdãos sejam o produto de uma troca de argumentos entre



os ministros, que reflitam o conjunto de argumentos centrais que fundamentam as decisões tomadas, e não a iniciativa de um único ministro.

Essa fundamentação e reorientação a partir da democracia deliberativa envolve a abertura e eficácia dos espaços institucionais do STF, especialmente o Plenário, mas também Turmas, Plenário Virtual, Sessões Administrativas, em propiciar deliberação e desempenho deliberativo dos ministros no processo decisório.

O processo constitucional se verifica no seguimento do conjunto de regras e procedimentos, existentes e orientados para espaços institucionais e possibilidades de atuação técnico-jurídica dos ministros. A deliberação consiste na apresentação e troca de razões e argumentos. O desempenho deliberativo no alcance e profundidade de enfrentamento dessas razões e argumentos.

Os espaços institucionais do STF e o trabalho judicante dos ministros devem, assim, ser aproveitados e exercidos de modo que sigam estritamente as regras do processo constitucional e possibilitem a deliberação no espaço institucional e um desempenho deliberativo que apresente e confronte as razões e os argumentos implicados no caso.

Dessa forma, o processo constitucional deixa de ser um procedimentalismo formalista, vazio ou pobre, para se configurar em um processo democrático e deliberativo. Abandona-se, assim, um processo calcado em procedimentos vazios que permitem, em seu oco, discricionariedades individuais – como a concessão de medidas cautelares monocráticas em ADI, a transação da constitucionalidade ou o silenciamento do Plenário – ou usurpações de competências dos outros Poderes para então se configurar um processo rico em razões depuradas, com precípua atuação colegiada.

Considerações finais: rota de saída e caminhos possíveis

Existem razões democráticas e funcionais para que o STF seja um órgão colegiado. Existem razões democráticas e institucionais para que a atuação dos ministros deva ser majoritariamente colegiada, e apenas excepcionalmente monocrática. Há ainda imperativos legais de quando tais atuações individuais estão autorizadas.

A não observância desses imperativos processuais do controle de constitucionalidade e da dinâmica interna do STF faz com que cada vez mais os ministros



se sintam autorizados a procederem da forma como creem correta, independentemente de seus pares ou do colegiado. É a ministrocrazia de que nos falam Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro. Não à toa o STF vem sendo caracterizado como 11 ilhas (MENDES, 2010)²⁰, 11 Supremos (FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2016) ou como 11 estados soberanos (RECONDO, 2018). O STF, órgão colegiado por natureza, torna-se, assim, o palco de “solistas” (MENDES, 2012), no qual cada ministro toca sua música, ou seu processo.

Se o poder individual existe (e deve existir), seu alargamento tem se convertido em usos que não encontram fundamentos na Constituição e demais regras do processo constitucional. Esse poder exacerbado de um e cada um cala a todos e silencia o Plenário. Quanto maior o poder individual dos ministros, mais vazio o Plenário, menor o Supremo.

Esse modo de ser dos ministros e de existência do STF corrói sua autoridade e legitimidade do Supremo, fragiliza a Constituição e coloca em risco a própria democracia. Essas afirmações, apesar de fortes, não são exageradas. Os três casos aqui analisados (medidas cautelares monocráticas em ADI; conciliação em ADI e o silêncio do Plenário) colocam em evidência esse cenário, que não pode ser naturalizado. E por isso, em soma às pesquisas sobre o STF, é preciso mostrar as violações normativas e o que essas violações desvelam sobre os ministros do Supremo, o Plenário e próprio STF.

A ministrocrazia, o *judicial review* individual, o Supremo como tribunal de solistas colocam abaixo as qualidades e benefícios de um órgão colegiado e que deve(ria) deliberar – trocar razões, desafiar argumentos, construir consensos. Esse modo de atuar viola as normas do processo constitucional, desnatura o STF ao violar a colegialidade e a regra da maioria que deveria o reger e, por fim, socava a própria democracia que deveria proteger.

A análise de casos com o apontamento das violações normativas do processo constitucional, sua relação com investigações específicas sobre as disfuncionalidades do STF e de seus ministros, e a fundamentação do processo constitucional na democracia deliberativa parecem ser bons modos de se abrir caminhos e possibilidades para uma reorientação da atuação individual dos ministros e uma qualificação do desempenho colegiado, deliberativo e decisório do STF.

²⁰ A metáfora do STF como 11 ilhas foi cunhada pelo ministro Sepúlveda Pertence, e ganhou projeção com o profícuo artigo de Conrado Hübner Mendes na Folha de São Paulo, Caderno Opinião, em 01 de fevereiro de 2010.



Já temos 11 ilhas, 11 estados soberanos, 11 solistas, 11 votos. Não podemos ter 11 processos. Mudar é possível. E necessário.

Referências bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck; SUSSEKIND, E. P. Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case. *In.: REVISTA URUGUAYA DE CIENCIA POLÍTICA*, v. 1, p. 175-197, 2018c.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Courts as the first and only legislative chambers? The Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. *In.: VERFASSUNG UND RECHT IN UBERSEE*, v. 50, p. 260-278, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 405-440, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *In.: NOVOS ESTUDOS CEBRAP (ONLINE)*, v. 37, p. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *In.: Daniel Sarmiento (org.). Jurisdição Constitucional e Política*, 2015, p. 211-242.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. `The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *In.: GLOBAL CONSTITUTIONALISM*, v. 7, p. 236-262, 2018b.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, I. A. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda? *In.: Journal of Law and Courts*, v. 5, p. 105-140, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. *In: Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas*. São Paulo: RT, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*, 2ªed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. FGV Direito-Rio, 2015.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. São Paulo: FGV Direito-Rio, 2015.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. São Paulo: FGV Direito-Rio, 2016.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, Estados Unidos, Novembro 2013, n. 47, Issue 1, p. 189-260.

LANDAU, David. Constitution-Making gone Wrong. *Alabama Law Review*, Estados Unidos, Abril 2012, n. 64, Issue 5, p. 923-980.

LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidade democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008.



MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. A ingovernabilidade do STF. Jota 17 set 2014.

MENDES, Conrado Hübner. A pacificadora. Época, 07 jun. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Constitutional Courts and Deliberative Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. Direito e democracia – um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. In: Jornal Folha de São Paulo. Caderno Opinião. São Paulo, 01 de fevereiro de 2010.

MENDES, Conrado Hübner. O dono da bola. Folha de São Paulo, 03 fev. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. O Inimigo do Supremo. Jota, Brasília, 06 jun. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). Jurisdição Constitucional no Brasil. Malheiros, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. Por quem Gilmar Mendes se dobra? Folha de São Paulo, 31 ago. 2017. MENDES, Conrado Hübner. Populispudência. Época, 27 abr. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Reformar-se ou ser reformado: o dilema do STF. Época, 26 de jul. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Um juiz de princípios. Época, 17 maio 2018.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 2003.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. STF: miopia e desgoverno. In: Folha de São Paulo. São Paulo, 03 out. 2018.

RECONDO, Felipe. Das 11 ilhas aos 11 soberanos. Jota, 28 jun. 2018.



- RECONDO, Felipe. STF: árbitro ou protagonista da crise em 2016? JOTA: Brasília, 2016.
- RECONDO, Felipe. O Supremo em 2017. JOTA: Brasília, 2017.
- SILVA, Denival Francisco da Silva. De guardião a vilão: a contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil. EMais: Florianópolis, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Do We Deliberate? If So, How? *European Journal of Legal Studies*, v. 9, p. 209-240, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. 'UM VOTO QUALQUER'? O PAPEL DO MINISTRO RELATOR NA DELIBERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, v. 1, p. 180-200, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, p. 205-225, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Toeria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, Estados Unidos, 2014-2015, n. 100, p. 1673-1742.

Sobre o autor

Miguel Gualano de Godoy

Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR, com estudos e pesquisas realizados na Harvard Law School e na Universidad de Buenos Aires. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP. Ex-assessor de Ministro do STF. Autor dos livros: *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais* (Ed. Fórum, 2017); *Marbury v. Madison: uma leitura crítica* (Juruá, 2017); *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella* (Ed. Saraiva, 2012). E-mail: miguelgody@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3532-6468>.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

