

Soberania e Discricionariedade Judicial: a natureza política do STF a partir de um prognóstico de Victor Nunes Leal¹

Ana Luiza Almeida e Silva²

¹ Este artigo foi desenvolvido sob a orientação do Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense Doutor Rogério Dutra dos Santos.

² . Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. 9º período. Bolsista de Iniciação Científica pela FAPERJ – Fundação Carlos Chagas de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: anaizalu@hotmail.com

RESUMO

Partindo-se da construção argumentativa de Victor Nunes Leal, o presente trabalho pretende estabelecer uma digressão histórica dos institutos jurídicos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal que, ao longo das últimas cinco décadas, autorizaram o uso progressivamente mais freqüente dos critérios de decisão baseados na discricionariedade dessa instituição. Estabelecido como vértice central desse estudo, o Recurso Extraordinário, alterado pela Emenda Constitucional 45/2004, exporá uma acentuada tendência à adoção de institutos políticos estrangeiros para a consolidação da autonomia do STF no Brasil. Das análises de Lawrance Baun e Bernard Schwatz serão extraídos conceitos que, em um estudo comparado entre o STF e a *Supreme Court* dos Estados Unidos, demonstrarão, sob a ótica de Carl Schmitt, o teor político das decisões da Corte brasileira.

1. Introdução

Nestas duas décadas que nos distanciam da promulgação da Constituição de 1988, se assistiu, no Brasil, à progressiva consolidação de um Estado Democrático de Direito. Sob olhares atentos, o Supremo Tribunal Federal firmou, através de suas decisões, posicionamento para além de mero guardião da Constituição. Uma consideração apurada do tema reclama a observação das influências absorvidas por esta instituição. Em um primeiro momento, a adoção do paradigma norte-americano de um tribunal imperioso cujas decisões recaíam, em última análise, sobre os casos concretos. *A posteriori*, a influência do modelo europeu reforçou a função consultiva do STF através do exercício do controle concentrado de constitucionalidade. O período de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil acenou para uma retomada da Corte brasileira aos princípios basilares do sistema americano, baseado especialmente na autonomia e na discricionariedade daquela instituição. No entanto, sua função política esbarra nos ditames legalistas e em uma estrutura fisicamente limitada diante de uma sociedade exaustivamente judicializada.

Por um lado, buscam-se mecanismos de otimização da produção do STF, por outro, estabelecem-se critérios de contenção dos processos que chegam à Corte Suprema. Delineia-se, então, progressivamente, o seu âmbito de atuação através de seus próprios julgados. Os elevados números revelam fatos já prenunciados por Victor Nunes Leal quanto à necessidade de filtragem dos recursos que chegam ao Supremo.

Alvo da mídia e símbolo da plenitude de um Estado de Direito, o STF modera sua competência pautado na abrangência das proposições apresentadas. Trata-se de um Tribunal seletivo, incólume, soberano. Assim, as decisões proferidas pelo STF repercutem não apenas institucionalmente, como abarcam também mudanças constitucionais.

Logo, neste trabalho debruçar-nos-emos sobre uma questão que traz à tona julgados em série que resultariam em súmulas vinculantes e até em novos preceitos constitucionais. Trata-se da exigência de repercussão geral à propositura de recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal, estabelecida pelo parágrafo terceiro do artigo 102 da CRFB, alterado pela EC 45/2004:

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

A doutrina, uníssona quanto à atuação do STF em relação ao recurso extraordinário, hesita quanto aos critérios de admissibilidade adotados pelo tribunal. Embora se trate de processo subjetivo, sua admissibilidade também está ligada aos seguintes pressupostos: a existência de sentença definitiva no processo em questão, isto é, o esgotamento de recursos ordinários possíveis nas instâncias locais; outrossim, exige-se a ocorrência do pré-questionamento da questão constitucional, quer dizer, a questão levada à Corte suprema deve ter sido suscitada em estágio anterior do processo, sendo vedada sua invocação apenas diante do STF (Cf. THEODORO JÚNIOR, 2010).

O recurso extraordinário foi efetivamente instaurado pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891³ quando, além de instituir o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu-se a possibilidade de revisão de ações ordinárias tanto nos casos controversos em relação a leis federais, quanto em face da Constituição. Esclarece Pinto Ferreira que “esse recurso que foi criado pela lei de organização judiciária norte-americana, (...) foi transplantado por Rui Barbosa para a Constituição de 1891, proveniente do direito norte-americano onde tem o nome de recurso

³ Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

...

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 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.

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 05/01/2011.

contra o erro, *writ of error*” (FERREIRA, 1992, p. 293). Em 1934, assume a atual nomenclatura, e absorve em seu conteúdo os casos de dissensão interpretativa⁴. Aqui, a função do Supremo Tribunal Federal supera o papel de guardião da Constituição e do Ordenamento Jurídico Federal. Ele chama para si a função unificadora da jurisprudência. Em 1937 e 1946, observam-se poucas alterações quanto à competência do STF, reforçando-se, mormente, ações de eliminação de divergências entre tribunais de todo o país. Na Constituição de 1967, inaugurar-se-á o desenrolar de um processo de ampliação da autoridade dos Ministros do STF no seu âmbito de atuação. É dizer, a partir dessa Carta Constitucional, como se verificará mais adiante, ampliar-se-á o poder discricionário a partir do estabelecimento de conceitos abertos no texto constitucional.

Mudança capital para a compreensão deste estudo ocorreu em 1988, quando o surgimento o Superior Tribunal de Justiça redundou em bipartição do recurso extraordinário – surge a nova categoria de recurso: especial – revelando, assim, a sua verdadeira essência. Arruda Alvim, em sua análise sobre o fundamento desses recursos, alcança as origens norte-americanas e infere que o paralelismo ideado entre o STF e a *Supreme Court* não observou diversidades entre seus respectivos locais de atuação. Nos Estados Unidos, a Corte maior, diante de uma federação descentralizada, teria função unificadora do ordenamento jurídico, em outras palavras, diante da autonomia local para elaboração de considerável parte da legislação, teria aquela instituição judicial a missão de unificação jurídica a fim de evitar o colapso social. A função assecuratória da “inteireza do sistema jurídico” (ALVIN *in* WAMBIER, 1997, p. 18) assumiu outra roupagem quando transplantado para o ordenamento jurídico brasileiro. Delineou-se progressivamente a função do STF ao longo de cinco Constituições quando, em 1988, diante de uma crise institucional pela excessiva demanda judicial, parte da competência que se concentrava no STF foi transladada para o STJ.

⁴ Art. 76, 2, III, 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;

A recuperação deste debate se justifica, pois, para além de esclarecer questões hodiernas de direito processual civil e constitucional. O tema acima exposto esteve na ordem do dia nos anos 60, quando se verificou o apogeu da produção bibliográfica do Ministro Victor Nunes Leal relativa à atuação do Supremo. O olhar de Leal sobre a realidade brasileira revela uma crise anunciada que foi atenuada por medidas paliativas desde a Constituição de 1967. Pautado, sobretudo, na defesa da implementação das Súmulas no âmbito do STF, o Ministro, em sua construção argumentativa, defendia uma racionalização do sistema de decisão máximo. A súmula como “método de trabalho”, nas palavras de Leal, embora ainda desprovida de caráter vinculante, repercutiria diretamente sobre a avaliação das questões vindas ao STF por recurso extraordinário. Advogava ele o arquivamento automático de recursos extraordinários que versassem sobre questões já estabilizadas por meio de súmulas, pois, como já esclarecido, seriam apreciações genuinamente jurídicas.

“O arquivamento, no caso, é, apenas, um método de simplificação do serviço do Tribunal, para impedir que cinco juízes, na turma, ou onze juízes no Plenário, percam tempo com uma questão que eles já consideram, em tese, definitivamente resolvida. Esse arquivamento, aliviando as pautas do Tribunal, evitará que se acumulem processos sem julgamento, como em certa fase do Tribunal já ocorreu, deficiência que hoje está em grande parte sanada.” (LEAL *in* LEAL, 1997a, p. 55)

Na formulação de Victor Nunes Leal, essa restrição aos recursos cujo conteúdo houvera sido discutido previamente e pacificado através de súmula, tratava-se de um alargamento de competência, nos moldes americanos do *writ of certiorari*, submetido aos critérios discricionários dos magistrados (*discretionary jurisdiction*), baseados na relevância da matéria em questão. Através desse instrumento, autoriza-se o não conhecimento da questão pela Suprema Corte, não se traduzindo, no entanto, essa ação em reconhecimento da sentença realizada nas instâncias anteriores. Formalmente, a inadmissibilidade nem mesmo alcança o mérito da questão.

Com base nessa abordagem procuramos discutir, neste trabalho, a evolução do conceito de repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a influência do direito norte-americano na composição institucional e política do STF. Taxativamente institucionalizado através da Emenda Constitucional 45/2004, a repercussão geral no recurso extraordinário possibilitou o exercício da discricionariedade dos magistrados quanto a sua admissibilidade.

“Foi, sem dúvida, a necessidade de controlar e reduzir o sempre crescente e intolerável volume de recursos da espécie que passou a assoberbar o Supremo Tribunal a ponto de comprometer o bom desempenho de sua missão de Corte constitucional, que inspirou e justificou a Reforma operada pela EC não de Corte constitucional, que inspirou e justificou a Reforma operada pela EC nº 45/2004.” (THEODORO JÚNIOR., 2010, p. 650)

Como se percebe, a Reforma do Judiciário de 2004, assim como a de 1977, resulta de uma duradoura crise que assola o Poder Judiciário brasileiro. Diante desse quadro, surge o questionamento: seria razoável a adoção de institutos jurídicos estrangeiros baseados em uma cultura político-jurídica diversa? Partindo dessa inquição, serão verificadas as conseqüências da instituição do STF a partir da matriz anglo-saxônica e, portanto, serão expostas conjecturas em relação aos rumos que o Poder Judiciário brasileiro tem tomado nos últimos anos.

2. Victor Nunes Leal e um método de otimização do trabalho do STF

Bacharel em Direito, doutor em Ciências Sociais, Victor Nunes Leal atuou como professor de Ciências Políticas da Universidade do Brasil, hoje, Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde desenvolveu a fundo seus estudos sobre coronelismo que se tornariam uma das análises indispensáveis a apreciações político-sociais da historiografia brasileira, *Coronelismo, Voto e Enxada*.

Leal exerceu a advocacia e tornou-se Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1960, após experiência como Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Chefe do Gabinete Civil da Presidência no Governo de Juscelino Kubitschek. Contudo, sua contribuição indelével, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, voltou-se para a consagração das súmulas como sistema de catalogação dos votos daquela entidade. Leal teve sua carreira como Ministro do STF interrompida em 1969, quando foi aposentado compulsoriamente pelo Governo Militar com amparo do Ato Institucional nº. 5 (Cf. Rodrigues, 2002).

Ponto que merece destaque no magistério de Leal é a defesa da discricionariedade do Supremo Tribunal Federal quanto à admissibilidade de ações judi-

ciais. Ora, à época em que fora ministro, a média de 7.000 processos por ano distribuídos ao STF já predizia uma crise iminente que viria a se acentuar nas últimas duas décadas, em virtude do movimento de ampliação do acesso à justiça e da judicialização dos conflitos intersubjetivos. O súbito inchaço do judiciário reclamou medidas enérgicas que levaram à restrição gradativa do alcance à Corte quando se verificaram 160.453 processos ao ano em 2002.⁵

A abstinência constitucional em 1946 quanto ao não conhecimento de recurso extraordinário já causava inquietação ao então Ministro Victor Nunes Leal. Defendia ele a discricionariedade, nos moldes norte-americanos, para que o Supremo admitisse ou não os processos a serem julgados. Na ausência de parâmetros precisos no texto constitucional, a súmula surgiu como parâmetro de admissibilidade “nos casos em que a jurisprudência do Tribunal já estivesse tranqüilizada num sentido, embora houvesse divergência com decisões judiciais anteriores, não se conheceria do recurso extraordinário” (LEAL *in* LEAL, 1997a, p. 49).

“Este Tribunal – improvisei como pude – é de opinião, já manifestada em documento oficial, que devíamos ter, como a Corte Suprema, competência para selecionar, pela importância ou relevância pública, os casos em devêssemos julgar com ampla discussão.” (LEAL *in* LEAL: 1997, 296c)

Fato superveniente, no entanto, que se relaciona com a Reforma do Judiciário de 2004, foi a reforma introduzida pela Emenda Constitucional nº. 7 de 1977, alterando o texto da Constituição de 1967. Dentre as inovações, aquela que dialoga com o tema da repercussão geral, observa-se no seguinte trecho:

“Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

...

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

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

...

⁵ Segundo os Relatórios Anuais do Supremo Tribunal Federal, em 1950 registraram-se 3.091 processos recebidos. Já em 1962, ano em que Leal fizera suas análises, 7.705 processos chegaram ao STF. Em 2002, registrou-se um pico de 160.453. Desde então, esse número tem decrescido, chegando a 38.086 em 2010. *Dados de 2010 atualizados até 30 de novembro. Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

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

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm Acesso em: 05/01/2011.

No Regimento Interno do STF, artigo 327, a questão relevante foi definida da seguinte forma: “entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal” (FERREIRA, 1992, p. 84).

Ora, observa-se na Constituição de 1967 o estabelecimento de um rol taxativo de questões recepcionadas pelas regras de competência, no entanto, não cumpridos aqueles requisitos, o recurso deveria passar sobre o crivo da relevância temática. É dizer, a regra era a admissibilidade apenas àqueles casos que se enquadrassem nas hipóteses elencadas na Constituição. A relevância temática era, portanto, critério utilizado excepcional e inclusivamente.

Os critérios regimentais estabelecidos em caráter de complementaridade, no entanto, persistiram em regulamentações subjetivas e conceitos abstratos, como admitiu o Ministro Moreira Alves em Conferência no Instituto dos Advogados Brasileiros:

“o julgamento em tese da relevância, ou não, da questão federal é antes ato político do que propriamente ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência, ou não, de um interesse que não é do recorrente, mas que é superior a ele.” (ALVES *in* ANDRIGHI: 2000, 02)

Victor Nunes Leal admitia a existência de conteúdo político nas decisões do Poder Judiciário. Era inclusive um defensor do uso da discricionariedade no âmbito das decisões judiciais. Dizia ele que “o subjetivismo (...) na jurisdição do Supremo Tribunal seria infinitamente menor do que a imensa discricção dos outros poderes, normalmente, por considerações políticas, de oportunidade e conveniência” (LEAL *in* LEAL, 1997, p. 89c).

Embora houvesse proferido opinião apenas na defesa da arguição de relevância temática como critério de admissibilidade recursal, sua argumentação revela a defesa da ampla atuação do STF nos moldes americanos da *Supreme Court*. Leal defendia o uso do “discernimento e tirocínio dos juizes” (LEAL, 1997) para a resolução de tais questões, o que, diante da arguição de relevância não seria tão ameaçador à legalidade, tendo em vista que representava um critério de inserção. Já no que concerne à repercussão geral, há de se observar a distinção fundamental de que se investe. Na Constituição de 1988, o critério de admissibilidade representa, na verdade, um pressuposto de exclusão: todo recurso extraordinário que satisfaça os requisitos legais será admitido, a menos que 2/3 dos ministros entendam que as questões levantadas pelo recorrente não têm repercussão geral. Portanto, a decisão baseada no mero discernimento do juiz pode ser prejudicial quando exclui, de imediato, de apreciação determinado processo.

“o julgamento de relevância de uma questão federal não é atividade jurisdicional, é ato político, no sentido mais nobre do termo. Por ele se deve chegar à conclusão sobre se uma causa, mesmo não se encaixando em qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a X do art. 325 do RISTF, deve, apesar disso, ser examinada pelo STF, em recurso extraordinário.” (SANCHES, 1988)

A tradição do *Common Law* é essencialmente discricionária. Precipua-mente os juizes “produzem” o Direito através dos precedentes que tem força vinculativa segundo o primado do *stare decidis*. O poder discricionário da Suprema Corte, portanto, não representa fato novo naquele sistema. Quando o Brasil instaurava o instituto do *writ o error*, em 1891, os Estados Unidos iniciavam o *writ of certiorari*. Subsiste, portanto, um lapso temporal de mais de um século que se tenta contornar através da jurisprudência (Cf. FERREIRA, p. 1992).

Leal, defensor da adoção de ferramentas jurídicas americanas pelo STF, ignora a composição amorfa do sistema judicial brasileiro. José Afonso da Silva aponta para o sistema heterogêneo desenvolvido no Brasil como uma das razões impeditivas do bom desempenho do STF. Segundo ele, a mescla de um sistema de controle difuso com a influência constitucional européia seria fator gerador tanto da ineficiência quanto à demanda, quanto em relação a decisões insatisfatórias. Afirma ele que “o norte-americano gerou um sistema, fundado no critério difuso, de nature-

za técnico-jurídica (...) o sistema europeu desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição” (SILVA, 2006, p. 559).

Convém ainda destacar aspectos estruturais que ressaltam o contraste entre esses dois modelos. Nos Estados Unidos, diante de um arrojado sistema federativo, a centralização política destaca-se da centralização administrativa, pois, enquanto a primeira é uma constante na democracia norte-americana, identificada na figura do poder presidencial, cujo símbolo máximo de estabilidade é a constituição nacional, a segunda inexistente, sendo suprida por administrações locais munidas de ampla liberdade na tomada de decisões (Cf. TOCQUEVILLE, 1998).

Analisadas essas características, mostram-se incongruentes a cultura política de origem européia e um arranjo constitucional norte-americano. Enquanto aqui se tomava parte das decisões oriundas de uma democracia antiga, voltada para a coletividade, lá, “o objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições” (CONSTANT *in* BOBBIO, 1998, p. 38).

A seguir, veremos como a composição da Suprema Corte americana difere essencialmente do procedimento brasileiro. Desde a prescrição constitucional restrita, até o controle dos juízes, observa-se que, no sistema federalista dos Estados Unidos, diante do desenvolvimento político-social das comunas, o juiz constituiu-se, desde os primórdios, como parte da Administração Pública, diferentemente do que se deu no Brasil (Cf. FERREIRA, 1992). Logo, reconhece-se a sua função política nesse sistema e, portanto, justificam-se suas decisões discricionárias.

3. Uma análise sociológica para um estudo comparado

O jurista e sociólogo Aléxis de Tocqueville, em meados do século XIX, foi enviado aos Estados Unidos, pelo governo da França, onde se deparou com um regime que, para ele, seria um caminho natural de todos os Estados democráticos. Debruçou-se então sobre os costumes e as leis daquela recém-criada nação, buscando compreender a lógica liberal norte-americana diante da democracia. Esse

exame da sociedade norte-americana e de seu arranjo político resultou em um texto clássico das ciências sociais, *A Democracia na América*.

Sua análise não busca uma compreensão histórica da sociedade norte-americana, mas sim, um exame situacional e comparativo, já que sua experiência até aquele momento voltava-se para a efervescente nação francesa em vias de construção de um regime democrático pós-revolução. A análise do autor leva-nos a uma reflexão acerca do antagonismo entre o interesse privado liberal e a coisa pública democrática, pois, em um ambiente de igualdade hierárquica de condições sociais, os direitos de liberdade tendem a corrigir falhas inerentes a esse meio homogêneo característico do regime democrático.

A obra de Tocqueville conecta-se com esta análise à medida que expõe fatos e argumentos de caráter político-social hábeis a justificar instrumentos jurídicos. Em primeiro lugar, o autor observa a preponderância do Judiciário em detrimento dos outros poderes. Essa relação de controle da Justiça sobre os Poderes Executivo e Legislativo, sob a justificativa de guarda da Constituição, é dosada pelos remédios democráticos resultantes de um perfil social ímpar. O cidadão norte-americano é apresentado como consequência de um estado igualitário pleno especialmente em função de um desenvolvimento histórico desprendido de práticas absolutistas. O Estado autônomo surge em função de uma condição comum, as perseguições religiosas.

Na formulação do sociólogo francês o único resquício aristocrático remanescente na realidade americana descansa sobre o Poder Judiciário. Assim, por pertencerem à classe política superior e à parte mais intelectual da sociedade justifica-se o poder supremo que se observa nas decisões dos magistrados. Infere-se assim, que o poder político atribuído ao Poder Judiciário, vedado categoricamente na maioria dos Estados europeus, na América, é realizado com escassos recursos institucionais. Embora desprovidos de reconhecimento eleitoral, o controle popular deriva das práticas de representatividade presentes em todos os outros níveis de poder na sociedade. O sociólogo identifica uma função pedagógica da instituição do júri naquela democracia judiciária:

“a instituição do júri eleva o povo, ou pelo menos uma classe dos cidadãos, ao banco dos juízes (...) serve para comunicar o espírito dos juízes ao espírito dos cidadãos

(...) infunde, em todas as classes, o respeito pela coisa julgada e a noção de direito (...) ensina os homens a praticarem a eqüidade; todos os homens aprendem a julgar seus vizinhos como eles próprios seriam julgados (...) ensina todos os homens a não recuarem diante da responsabilidade de suas próprias ações e dá-lhes aquela confiança viril sem qual não pode haver virtudes políticas (...) faz sentir, a todos, os deveres que têm de prestar à sociedade e a parte que tomam no governo. Obrigando o homem a voltar a atenção para os negócios estranhos aos seus, elimina o egoísmo privado que é a ferrugem da sociedade.” (TOCQUEVILLE, 1998, p. 169)

A participação popular, tanto nas comunas e condados, quanto nos níveis superiores de poder, seriam mecanismos de combate ao individualismo fatal de que seriam acometidos os cidadãos. Essa, assim como outras manifestações representativas políticas, atrairia o indivíduo para esfera pública, ofertando-lhes mecanismos de fiscalização e controle das práticas políticas. Logo, a apreensão observada nas democracias européias não se cumpre no quadro americano. O caráter político do Judiciário e de qualquer outra instituição é amparado pelo controle popular.

Tocqueville previra esse processo como consequência de um sistema Democrático altamente desenvolvido que deveria arquitetar seus próprios mecanismos de defesa contra uma possível tirania. O alto teor de representatividade na sociedade norte-americana culminaria em decisões políticas voltadas para a vontade do maior número de cidadãos. A manifestação democrática “escravizaria” os atores políticos e marginalizaria ainda mais os marginalizados, isto é, as minorias, provocando o que ele definiu como tirania da maioria (TOCQUEVILLE, 1998, p. 295). Essas falhas do sistema democrático seriam combatidas por remédios de caráter liberal, como o associativismo e a liberdade de imprensa. A extensão da liberdade em uma dimensão em que o associativismo pudesse se manifestar amplamente na sociedade civil e as idéias pudessem ser difundidas por meio da imprensa aumentaria a fiscalização sobre as ações governamentais e estenderia a representatividade das minorias.

Com efeito, a ameaça democrática suscitada por Tocqueville, a tirania da maioria, seria regulada por um aspecto proveniente do corpo social e fomentado por uma permissão institucional. A cultura de discussão pública representa instrumento

fundamental à sustentação de uma Corte autônoma. Por outro lado, as práticas de discussão e participação política figurariam como um hábito inerente à cultura do cidadão estadunidense, o que culminaria em um método de controle das ações públicas. Assim, como se verificará adiante, a vontade soberana do corpo social delimitará as ações políticas de toda ordem.

4. A Suprema Corte norte-americana e sua influência sobre o modelo brasileiro

Um exame histórico da dinâmica da Suprema Corte americana e, em particular, do teor político de sua atuação no cenário público demanda a consideração de particularidades daquele Estado e de sua formação. Para tanto, lançaremos mão da análise da produção bibliográfica de dois autores indispensáveis à abordagem do Direito Constitucional norte-americano: Lawrence Baun e Bernard Schwartz.

Um ponto comum observado nas análises de ambos os autores sobre a realidade política dos Estados Unidos é a conjugação de aspectos jurídicos e sociais, tendo como ponto de partida elementos do Poder Judiciário. Baun terá a Suprema Corte como proposição e, a partir da observação de seus julgados e do perfil de seus magistrados, revelará o caráter indissociável do Direito à Política no quadro americano. Amparado no pressuposto de uma democracia material reconhecedora de um corpo social heterogêneo e, sobretudo, em um resgate dos mecanismos toquevillianos de equilíbrio político, ele reconhece a legitimidade daquela instituição, ainda que não sustentada por uma ratificação eleitoral popular. Por outro lado, Bernard Schwartz, em *Direito Constitucional Americano*, ao desenvolver um ensaio destinado ao público britânico, estabelece traços comparativos entre os modelos norte-americano e europeu, destacando os pontos em que o Direito americano se distingue daquele sistema. Ponto relevante da obra de Schwartz é a progressiva aproximação verificada por ele entre os modelos inglês e francês e a conseqüente distinção do quadro norte-americano e de seu substrato social. Em Schwartz, há que se estabelecer o vértice do insucesso europeu: a supremacia do parlamento teria conduzido o Judiciário a uma atuação meramente moral, quiçá simbólica. Em contrapar-

tida, nos Estados Unidos, o Poder Judiciário, materializado na Suprema Corte, assume e exerce sua função essencial à convergência social.

A partir da análise de *A Suprema Corte Americana*, três aspectos devem ser ressaltados para um estudo comparativos entre as cortes americana e brasileira: a forma de ingresso dos juízes naquele Tribunal, a relação da Suprema Corte com outros Poderes e a forma de afastamento por *impeachment* admitida naquele sistema.

Em primeiro lugar, Baun aponta para uma característica comum entre os magistrados daquela corte: a militância política em sua vida pregressa. Esse fator, inclusive, é visto pelo autor como um ponto favorável na escolha entre os candidatos à nomeação. O autor classifica a nomeação como uma espécie de prêmio ou até mesmo retribuição de favores políticos. Outra função política dessa nomeação é utilizada pelo presidente ao escolher perfis de juízes que satisfaçam um anseio popular, isto é, os magistrados da Suprema Corte são, de certa forma, representantes do povo, seja por simbolizarem parcelas da sociedade, especialmente grupos minoritários, seja por dependerem de aprovação do Senado para o exercício da função.

Para efetiva ocupação do cargo, após a nomeação pelo Chefe do Poder Executivo, exige-se a aprovação pela maioria simples do Senado, isto significa o consentimento popular indireto, tendo em vista que a ratificação da nomeação é feita por representantes legitimados pelo povo.

Por outro lado, o elemento político também se manifesta no afastamento dos juízes. “Assim como outras autoridades federais, podem ser afastados por meio de processo de *impeachment*” (BAUN, 1987, p. 104). Este parece ser o ponto de maior relevância para o embate entre os sistemas americano e brasileiro, pois, o quadro acima exposto, de defesa da discricionariedade dos magistrados, defendido por Leal, aqui é sopesado por um mecanismo de controle dessas ações. Os casos que autorizam a abertura de processo de *impeachment* estão estabelecidos na Constituição – traição, suborno e outros crimes e contravenções sérios. Como se percebe, o dispositivo apresenta um conceito amplo que pode abarcar diversos tipos de infrações, sendo, a corrupção a causa mais recorrente de *impeachment* (Cf. BAUM, 1987).

Diante desse quadro, parece-nos inegável a compreensão da Suprema Corte como uma instituição essencialmente política, que manifesta ao máximo a disputa

partidária, lá existente, moderada pelo sistema de freios e contrapesos. Sob uma ótica estritamente jurídica, justifica-se esse fenômeno como resultado da estrutura legislativa em torno desse Tribunal. A limitação textual em nível constitucional produz efeitos sobre esse comportamento, mas não representa uma causa isolada. O Poder Constituinte norte-americano optou por estabelecer constitucionalmente apenas a existência de uma Corte Suprema, sem, no entanto, estabelecer número de juízes, tampouco critérios de competência. Schwartz parte dessa omissão constitucional para negar a onipotência da Corte Suprema nos Estados Unidos. Ao analisar a atuação desse Poder quanto às outras duas esferas deduz que, em relação a ambas as órbitas de poder, Executivo e Legislativo, há subterfúgios políticos que possibilitam o controle da Corte maior através de dois aspectos: o número de magistrados e a competência judiciária. Para o autor, a ausência de prescrição constitucional quanto ao número de magistrados revela um perigo iminente.

“Um Presidente sem escrúpulos, cujo partido seja dominante no Congresso, cujas medidas são declaradas inconstitucionais pelo Tribunal, tem o caminho aberto para alcançar os seus fins se conseguir a aprovação da legislação que aumente o número de membros da Corte e depois “recompôr” o tribunal com seus próprios nomeados.” (SCHWARTZ, 1966, p. 184)

A afirmação de Schwartz, todavia, tratava-se somente de uma constatação quando observado que, em 1936, diante de uma Corte extremamente conservadora, Roosevelt pretendeu renovar a Corte através do aumento do número de juízes. A reação popular, no entanto, constituiu um controle automático e espontâneo à iminente tirania. Schwartz, assim como Tocqueville, aponta para a participação popular como o instrumento mais eficaz de controle da atuação desse Judiciário autônomo. Da mesma forma, embora a existência da Corte esteja amparada por uma previsão constitucional, a sua competência recursal demanda legislação infraconstitucional. ⁶ “O resultado é que a competência do Judiciário

⁶ A Constituição norte-americana no art. 3º, seção I:

“O Poder Judicial dos Estados Unidos incumbirá a um supremo tribunal e a diversos tribunais inferiores a instituir oportunamente pelo Congresso. Os juízes, quer do Supremo quer dos tribunais inferiores, conservar-se-ão nos seus cargos de acordo com o seu mérito (*during good behaviour*) e perceberão regularmente um subsídio pelos seus serviços, o qual não poderá ser diminuído enquanto se mantiverem em exercício.” (SCHWARTZ, 1966, p. 415)

Federal, com exceção à originária da Corte Suprema, está sujeita ao controle legislativo” (SCHWARTZ, 1966, p. 178).

Schwartz pretende explicitar um equívoco doutrinário recorrente que sugere a existência de uma ditadura do Poder Judiciário nos Estados Unidos. Em sua construção teórica, o caráter político daquele instituto reveste-se de natureza formal, especialmente no que tange à opinião pública. O Tribunal preserva uma relação de anuência com o corpo social e justificam-se, portanto, suas escolhas e abstinências na missão de julgar. Zela-se, sobretudo, pela imagem da Corte e busca-se a confiança popular. Já quanto à atuação política efetiva, isso não se confirma. O Tribunal Maior preserva o princípio da intervenção mínima nas políticas administrativas e legislativas.

“A recusa judicial nos Estados Unidos de permitir que os tribunais funcionem como órgão consultivo se origina do fato de se considerar inconveniente que os juízes, cuja autoridade outorgada pela Constituição tem um impacto significativo sobre o trabalho dos departamentos políticos do Governo, exercessem essa exceto quando fosse absolutamente imperativo para as decisões de um caso entre partes adversárias, apresentado ao seu julgamento.” (SCHWARTZ, 1966, p. 189)

Sob esta argumentação, Bernard Schwartz justifica a posição indeclinável da Corte ao sistema de controle abstrato de constitucionalidade. O autor observa na atuação do Conselho Constitucional francês uma interferência política que revela forte teor de imperiosidade daquela instituição quando comparada à Corte americana. Seja na declaração de constitucionalidade ou mesmo na inabilitação do ato normativo no ordenamento jurídico, as decisões do órgão francês reclamam a subserviência das outras esferas de poder. Nos Estados Unidos, rejeita-se uma atuação consultiva para então debruçar-se sobre os casos concretos. Dessa forma, acredita Schwartz, o judiciário americano firma seu posicionamento público especialmente perante a coletividade, preservando a integridade da área atuação do Legislativo e do Executivo. Assim, a escolha dos casos de interesse incide sobre o corpo social e não sobre as instituições públicas.

O instrumento normativo em que se baseia a Suprema Corte para a seleção dos casos mais relevantes é a Norma 17 da Corte Suprema que, em seu conteúdo,

apresenta grande similitude com o texto dado à Constituição do Brasil de 1988 após a Emenda Constitucional 45/2004:

“1. Uma revisão com carta requisitória não é matéria de direito, mas de discricção judicial, e só será concedida quando houver razões especiais e importantes para isto. O seguinte, embora não controlando nem medindo plenamente a discricção da Corte, indica o caráter das razões que serão consideradas.

(a) Quando uma corte federal de apelação emitiu uma decisão em conflito com a decisão de outra corte federal de apelação a respeito da mesma matéria; ou decidiu uma questão federal de maneira em conflito com um tribunal federal de último recurso; ou se afastou do curso aceito e habitual dos processos judiciais ou sancionou tal afastamento por parte de um tribunal inferior, de modo a requerer o exercício do poder de supervisão desta Corte.

(b) Quando um tribunal estadual de último recurso decidiu uma questão federal de maneira em conflito com a decisão de outro tribunal estadual de último recurso ou de uma corte federal de apelação.

(c) Quando uma corte estadual ou uma corte federal de apelação decidiu uma questão importante de Lei federal que não foi, mas podia ser, resolvida por esta Corte ou decidiu uma questão federal de maneira em conflito com decisões aplicáveis desta Corte.” (BAUN, 1987, p. 149)

Importante ressaltar dois aspectos desse trecho: a discricionariedade como princípio absoluto de que lança mão aquela Corte e o poder de decisão inconteste. Note que, a norma sugere que a competência enumerada a seguir poderá ser estendida ou restringida conforme a conveniência daquela casa. Nesse ponto, compreende-se com clareza o entendimento do norte-americano a respeito dos tribunais como parte da Administração, aqui, cabendo uma analogia com a discricionariedade administrativa baseada na conveniência e na oportunidade. "Denomina-se discricção a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica" (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 52).

A fim de firmar sua categoria teórica, Baun, sem descartar as preferências políticas dos juizes, esclarece que “o maior meio de a Corte aumentar ao máximo seu impacto é decidir os casos que afetam a maioria das pessoas e incluem questões de políticas mais significativas”. Isso, na prática, significa a possibilidade de acolhimento de recursos por serem casos levados por “grupos de interesses em

cujo trabalho (os juízes) criaram confiança”, assim como, a abstinência judicial em questões “controversas ou delicadas” (BAUN, 1987, p. 149-155).

A otimização do trabalho dos juízes, defendida por Leal, leva à escolha dos “melhores casos’ sobre uma questão para depois rejeitarem grande número de casos afins” (BAUN, 1987, p. 158). O risco dessa assertiva, no entanto, é a subalternização de determinados casos e direitos, isto é, diante de ampla discricionariedade do Poder Judiciário, criar-se-iam direitos de segunda categoria que, por gerarem excessiva ou nenhuma repercussão, seriam excluídos da análise daquela Corte.

Em uma análise comparativa entre os modelo norte-americano e o inglês, Schwartz destaca que o instituto do *stare decisis* no direito inglês, levado ao extremo no que diz respeito à sua força vinculante, gera eventualmente prejuízo das partes. Ele confronta “justiça abstrata” e a “desastrosa inconveniência de que cada questão esteja sujeita a ser reargumentada e as relações da humanidade se tornem duvidosas em virtude de decisões diferentes” (SCHWARTZ, 1966, p. 199). É dizer, em nome da segurança jurídica, injustiças estão autorizadas, desde que, em um prisma quantitativo, os casos sejam decididos.

Schwartz, em 1955, data da primeira edição de *Direito Constitucional Americano*, pretendia evidenciar as vantagens da relativização dos precedentes nos Estados Unidos quando comparados com a rigidez provocada pela vinculatividade dos precedentes britânicos. No entanto, o que o autor não poderia prever seria a aproximação progressiva desses sistemas. Nos Estados Unidos, a fim de se “otimizar o trabalho da Corte”, a tendência vinculativa dos precedentes tornou-se uma pretensão imperiosa. A revogação de um posicionamento do tribunal, na cultura americana, tornou-se evento cada vez mais raro. Aos moldes dos tribunais britânicos, evita-se a anulação de uma decisão, ainda que eivada de erro, desde que apresente uma motivação, especialmente política. “O seu exercício legítimo (da competência da Suprema Corte) somente se justifica em último recurso e como uma necessidade para a solução de uma controvérsia real, calorosa e vital entre os indivíduos” (SCHWARTZ, 1966, p. 190).

Leal investigava nas tradições jurídicas estrangeiras medidas que aliviassem o excesso de processos que recaía sobre o Supremo. Tornou-se, logo, defensor ferrenho das súmulas, ainda que sem efeito vinculante. A súmula que idealiz-

zava representava uma ponderação entre a rigidez de origem lusitana e a ineficácia dos prejudgados, resultado da influência norte-americana, que timidamente se desenvolviam à época. Os assentos portugueses eram “interpretações da lei formalmente enunciadas pela Casa da Suplicação com força obrigatória para todos os tribunais inferiores” (LEAL *in* LEAL, 1997a, p. 50), já os prejudgados constituíam espécie de diretivas internas de tribunais a fim de pacificar divergências jurisprudenciais institucionais. Sob essa perspectiva, a súmula não seria dotada de obrigatoriedade e, sim, constituiria um “método de divulgação oficial da jurisprudência” (LEAL *in* LEAL, 1997a, p. 51) A peculiaridade de que era dotada a súmula idealizada por Leal seria seu caráter inovador e a sua não obrigatoriedade. Ora, a reversibilidade estaria garantida, desde que sob sólida fundamentação que superasse o entendimento até então corrente.

Victor Nunes Leal defendia a vinculatividade dos precedentes internamente em cada tribunal, como uma espécie de catalogação das decisões. Assim como Schwartz, Leal não previra o radicalismo de que se revestiram as súmulas no sistema brasileiro. A vinculatividade atualmente vigente retoma ao instituto dos assentos lusitanos. Embora a legislação infraconstitucional reserve a possibilidade de contestação das súmulas com fundamentação na existência de repercussão geral ⁷, diante da concepção de “justiça abstrata” verificada em Schwartz, infere-se o desenvolvimento de justiça numérica. Nessa perspectiva, o interesse público confunde-se com as majorias e a repercussão geral alia-se a manifestações midiáticas.

A seguir veremos como o STF tem se posicionado diante das questões levantadas por Victor Nunes Leal e que se perpetuaram ao longo dos anos no Estado Brasileiro. Como visto, essa se mostra uma tendência democrática irresistível. Logo, diante do indissociável binômio política-Direito, verificaremos de que modo a Corte brasileira tenta compatibilizar uma cultura jurídico-social essencialmente européia com institutos do Direito anglo-saxão.

5. O Supremo Tribunal Federal na CRFB de 1988

⁷ Art. 543-A § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Traçado esse panorama histórico pautado na construção teórica de Leal, observa-se, na defesa daquele jurista, a adoção moderada de instrumentos jurisdicionais observados na experiência norte-americana, sobretudo pela dissonância capital disposta sobre as origens do *Common Law* e da tradição romano-germânica. A proeminência dos precedentes, naquele modelo, justificaria a ampla margem de discricionariedade concedida à Suprema Corte americana. No Brasil, o tímido desenvolvimento de uma corte jurisdicional mais ativa colide diretamente com institutos jurídicos de origem romano-germânica que não atribuem ao Poder Judiciário força política.

Entre as hipóteses em que se confere a capacidade do Supremo para julgar, distinguem-se as naturezas originária e recursal. Para este estudo, no entanto, nos concentraremos sobre a análise na competência recursal extraordinária, isto é, aquela que, pela natureza da matéria constitucional, admite a revisão da sentença emitida por tribunal estadual.

Nesse contexto, a Reforma do Judiciário de 2004, introduzida primordialmente pela Emenda Constitucional nº. 45, estabelece, para além dos critérios jurídicos de competência do STF, a exigência da repercussão geral como critério de admissibilidade de recursos extraordinários, consagrada no inciso III do referido artigo:

“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 decisão recorrida:

- a. Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal;
- b. Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição;
- c. Julgar válida lei local contestada em face de lei federal;

...

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988.” Disponível em:

Ao estabelecer-se uma digressão histórica, verifica-se que a implementação desta Reforma foi precedida de atos normativos que gradualmente confrontaram a decisão política dos ministros do STF com um quadro de sobrecarga daquela instituição.

Em 2003, ano anterior à Reforma, foram contabilizados 109.965 processos distribuídos ao Supremo, dentre os quais, 40.04% eram recursos extraordinários, o que representava mais de quarenta mil recursos. Desde 2004, esses números vêm decrescendo – com algumas variações por questões temáticas pontuais. Fato é que, em 2010, os recursos extraordinários representaram apenas 16.6% dos processos distribuídos no Supremo, o que significou aproximadamente seis mil recursos.⁸

Oportuno ressaltar, que tal transfiguração já se operava antes mesmo da EC 45/2004. O jurista e atual Ministro do STF, Gilmar Mendes, aponta para três marcos normativos que instauraram essa etapa de politização do Supremo no Brasil: a primeira, de 1990, a Lei 8.038; em 1998, a Lei 9.756 e, finalmente, em 2001, a Lei 10.259. A primeira, “previu a possibilidade de o relator inadmitir o recurso, se a matéria já estivesse pacificada pelo Tribunal”; a segunda, “acolheu modificação para deferir ao relator, no caso de matéria pacificada, o poder de prover ou desprover o recurso extraordinário por decisão monocrática, cabendo, nessa hipótese, a interposição de agravo”⁹, já nesta última, “autoriza-se o relator a conceder liminar para suspender, de ofício ou a requerimento do interessado, a tramitação dos processos que versem sobre idêntica controvérsia constitucional (art. 14, § 5º)” (MENDES, 2006, p. 79-83).

Verifica-se, portanto, nesta sucessão legislativa, a progressiva concessão ao Relator de ampla margem de decisão, sem mesmo exigir-se a consulta aos outros membros do Pleno. Verificam-se conceitos abertos, de difícil definição, estrategicamente utilizados para possibilitar a negativa ao recurso quando critérios objeti-

⁸ Dados de 2010 atualizados até 30 de novembro.
Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

⁹ Em seu artigo 557, autoriza-se que “negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com a Jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

vos não mostrarem-se cabíveis. Outrossim, a admissibilidade de decisões democráticas prejudica, em especial, os critérios de justiça. Nas palavras de Rodolfo Mancuso, os riscos do combate ao excesso através do simples uso de mecanismos de filtragem gera mazelas que afligem a Justiça: “o ‘*potramento*’ indefinido dos feitos, contrariando a garantia da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII); massificação da resposta judiciária, em detrimento do exame cuidadoso de cada caso e da consistente fundamentação jurídica da decisão” (MANCUSO, 2007, p. 81).

Diante disso, nota-se que a EC 45/2004 representou, especialmente, a ratificação de um fenômeno resultante da nova realidade constitucional verificada no Estado Brasileiro. Esse impulso reformista pôde ser observado, de forma singular, nas alterações introduzidas no Código de Processo Civil. O legislador ordinário, de antemão, através da Lei 11.418 de 2006, introduziu os dispositivos 543-A e 543-B a fim de firmar o novo instituto abarcado pela Constituição de 1988, a repercussão geral.¹⁰

¹⁰ Art. 543-A. 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, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 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.

§ 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.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Inspirado na experiência norte-americana e introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004, a exigência da repercussão geral tem origem no instituto do *stare decision* extraído do sistema da *Common Law*. A questão apresenta uma dupla dimensão na jurisprudência brasileira: assume a concepção de transcendência, quer dizer, nesta concepção, o caso concreto assume função pública, devendo prover à coletividade uma justificativa para o julgamento de caráter excepcional. Por outro lado, em relação à pacificação jurisprudencial em forma de súmula, veda-se a proposição de recursos que colidam com seu conteúdo. Isto é, a execução do caráter vinculante da súmula. Verifica-se aqui, portanto, que a função precípua deste instituto, ideada por Victor Nunes Leal, a partir da Reforma do Poder Judiciário em 2004, assume nova compreensão.

Ao confrontarem-se os conceitos de relevância temática e repercussão geral, a doutrina se esforça para estabelecer distinções claras. Fato evidente, no entanto, é que elas se conectam à medida em que são propostas no ordenamento jurídico brasileiro em momentos pontuais de crise no Poder Judiciário. No descompasso entre proposições judiciais e capacidade física do Supremo, propõem-se instrumentos de aplicabilidade, principalmente, do poder político daquela Corte, ainda que se considere a primeira como um critério inclusivo, e a segunda como critério de exclusão (Cf. LAMY in WAMBIER, 2005).

Luis Roberto Barroso considera que esses dois institutos se distinguem essencialmente pelo conteúdo político da relevância temática, afirma o autor:

“Sob a Constituição anterior, prevaleceu a tese de que a arguição de relevância não ostentava natureza tipicamente jurisdicional, sendo antes questão política. Disso

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006.

BRASIL. Lei 5.869 de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 05/01/2011

decorria a apreciação em sessão administrativa secreta e a ausência de fundamentação.” (BARROSO, 2011, p. 137)

Para Barroso, o conteúdo político que se verificava na arguição de relevância seria inadmissível diante do atual sistema constitucional baseado especialmente no artigo 93 da CRFB ¹¹. No entanto, a doutrina e, até mesmo a jurisprudência, têm demonstrado que “a Corte não terá que demonstrar detalhadamente por que entende não haver repercussão geral, inclusive à vista de não caber qualquer tipo de controle sobre tal deliberação” (DINO, 2005, p. 76).

Essa confrontação, portanto, para observadores atentos, pode significar uma orientação temerária. A determinação pela lei das situações ordinárias estaria claramente delimitada pelo rol taxativo de hipóteses de admissibilidade, assim, restaria ao Supremo, a hipótese excepcional, que em sua delimitação apresenta, nas palavras de Negrão, “critérios ilógicos de admissibilidade” (NEGRÃO, 2004).

Na construção norte-americana, para decisões políticas, são oferecidos remédios políticos, como o *impeachment*, por exemplo. No Brasil, como já ressaltado, recaem sobre a Carta constitucional efeitos ideológicos de uma remanescente influência européia. Vedam-se as atividades político-partidárias para que se crie o mito de decisões imparciais, neutras. ¹²

¹¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 05/01/2011

¹² Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias

...

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

Schwartz já assinalava, em um quadro comparativo entre EUA e França, a questão da supremacia do Parlamento como um dos mais profundos impeditivos à autonomia do Judiciário naquele sistema. O sistema brasileiro, portanto, herdeiro do modelo europeu, suporta as conseqüências de uma Constituição analítica – diferentemente do sistema americano - cujas controvérsias, inevitavelmente serão conduzidas à Suprema Corte. Nesse sentido, a “crise do judiciário” que fora prenunciada há pelo menos cinqüenta anos por Victor Nunes Leal ultrapassa questões quantitativas e revela uma origem estrutural.

6. Considerações Finais

A compreensão do conceito do político torna-se indispensável à análise hodierna do Poder Judiciário quando questionado o efetivo exercício de seu poder intrínseco de decisão. Para tanto, o exame dessa concepção é feita sob o desígnio de Carl Schmitt. Suplantado em uma agenda antiliberal, o arcabouço teórico desse jurista apresenta como ponto fulcral a relação entre discriminações de naturezas diversas que legitimam a composição da decisão excepcional caracterizadora do conceito do político. O exame do autor alemão aponta ainda para a instituição do parlamento como um corpo estéril, incapaz de suprir demandas provenientes de uma sociedade dinâmica através de discussões de caráter racional. Schmitt teve contribuição indelével no último século para áreas do conhecimento como Teoria da Constituição e Ciência Política quando desenvolveu princípios jurídicos capazes de sustentar teoricamente o regime ditatorial alemão.

A crítica de Schmitt volta-se basicamente para um desvio de finalidade estabelecido pelo romantismo alemão do século XIX. Segundo ele, o Parlamento em

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 05/01/2011

si não configuraria uma instituição falida. O fracasso iminente se coloca sobre a exacerbada crença no racionalismo das decisões, em outras palavras, o órgão da discussão passa a significar o órgão da discordância. Dois fatores aqui orientam a análise: a competência parlamentar para discussão de questões que demandam soluções absolutas e a crença na vontade geral como a união das decisões racionais de cada cidadão.

A fé na discussão representa, na defesa do teórico alemão, o mau êxito do sistema parlamentarista. A completa identificação do legislativo com o parlamento resulta em uma equivocada fusão entre debate político e verdade. Frise-se que a argumentação schmittiana não rechaça os pluralismos de opinião e partidário. Esses são fatores tidos como condições à democracia, no entanto, o sobejo desses fatores e, principalmente, a atribuição exclusiva da lei à produção parlamentar dotada de generalidade e atemporalidade é que configurariam um desacerto de caráter liberal.

Enquanto a discussão é apontada como cume simbólico do irracionalismo, a publicidade é tida como escusa máxima de compatibilidade entre democracia e liberalismo. O jurista alemão posiciona-se em total oposição. Em suas palavras, as ferramentas liberais utilizadas sob um disfarce democrático são responsáveis pela desagregação. Sob a alegação de supremacia da opinião pública, a publicidade, que teve como função originária o combate ao absolutismo, passa a instrumento de dominação. Por outro lado, o princípio da separação dos poderes representa essa pulverização do poder entre dois pólos diametralmente opostos, Legislativo e Executivo. Sob esta prática justifica-se o que se designou “la plenitud del poder estatal” (SCHMITT, 1932, p. 87).

A função parlamentar precípua baseada na liberdade de expressão e no debate público, diante da arquitetura política moderna, foi transfigurada em um modelo em que a publicidade e os debates parlamentares são meros instrumentos de dominação ao seduzirem o maior número de votantes por critérios puramente passionais. A primeira conduz a opinião pública, os segundos, sob a égide de imunidades e privilégios, fomenta o sigilo e o destacamento da esfera pública.

Essa argumentação conduz, portanto, à subalternização das Casas Legislativas quando visto que o poder concreto de decisão culmina em soberania de fato.

“todo direito, todas as normas e leis, todas as interpretações de leis, todas as ordens são para ele essencialmente decisões do soberano, e o soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas o soberano é exatamente aquele que decide soberanamente. Direito é lei e lei é o comando que decide uma disputa jurídica: *Auctoritas, non veritas facit legem.*” (SCHMITT, 1996, p.29)

Abstrai-se, nesta construção a seguinte dedução, “a Corte Suprema é política. Os Tribunais são parte integrante do Governo e, assim, são instituições políticas por definição” (BAUN, 1987, p. 12). O caráter político a que se refere Schmitt supera partidarismos ou questões ideológicas. A decisão em *ultima ratio*, principalmente quanto a casos não esclarecidos pela lei, aqui, compõe o conceito de soberania. A decisão final, portanto, restaria ao convencimento da Corte de sua importância diante da coletividade. Logo, o conceito de decisão política conduz ao caráter soberano do decisor, como define:

“De cualquier modo que sea, un agrupamiento orientado al caso decisivo es siempre político. Por ello es que constituye el agrupamiento orientado al caso decisivo y, consecuentemente, la unidad política – cuando existe en absoluto – constituye la unidad decisiva, siendo ‘soberana’. En el sentido de que, por necesidad conceptual, el poder de decisión sobre del caso decisivo debe residir en ella, aún si el caso es excepcional.”(SCHMITT, 1932, p. 24)

A leitura de Carl Schmidt conduz-nos à seguinte assertiva: o caráter político de uma decisão não está vinculada necessariamente a conexões político-partidárias. O conceito do político está ligado aos diversos tipos de distinções: religiosa, moral, jurídico, científico. O caráter político recai sobre a decisão quando essa representa o estado excepcional. Transportando-se esse conceito para o Poder Judiciário, confirma-se essa concepção quando são autorizadas decisões discricionária pelos juízes.

Os temas acima abordados se relacionam com o discurso do ex-ministro Victor Nunes Leal quando confrontados com os requisitos por ele estabelecidos para o êxito de uma federação. Em sua construção, o jurista estabelece: rigidez do texto constitucional, repartição de competências federais e estaduais no texto constitucional e “a existência de uma autoridade suprema como vigia máximo das prescrições da Constituição” (Cf. LEAL, 1997d, p. 110-111).

Leal, tomado pela inspiração do federalismo norte-americano ratifica que “a essência da descentralização administrativa e política consiste em estar a extensão dessa descentralização fora do alcance do poder legislativo central” (LEAL, 1997d, p. 111), o que, portanto, sanciona o que neste trabalho foi exposto. A preponderância do parlamento deve ser convertida em uma atuação ampla da corte suprema.

Embora dotadas de fundamentações diversas, os exames de Leal e Schmitt apresentam diagnoses comuns. O jurista mineiro, tomado por uma sensibilidade sociológica ímpar, admitiu um defeito de origem.

“Não se poderia pretender no Brasil, onde partimos do unitarismo para o federalismo, ficassem os Estados com tão amplos poderes como na federação norte-americana, que proveio de uma confederação, representativa, em si mesma, de uma etapa centralizadora, em confronto com a situação anterior.” (LEAL, 1997d, p. 115)

O alcance dessa incompatibilidade manifestou-se, por exemplo, na não concessão de autonomia legislativa quanto a matérias de direito subjetivo (civil, comercial e criminal), o que manifestamente demonstra uma desconfiança quanto ao sistema federativo aqui aplicado, sobretudo em função da ausência de uma opinião pública esclarecida e organizada. (Cf. LEAL, 1997d). Victor Nunes Leal insistia no uso de recursos pelo corpo social para o controle das ações do Judiciário, como o *referendum* e a iniciativa popular. A infertilidade dessas ferramentas no sistema brasileiro insta em tentar contornar as origens corrompidas pelo domínio, no âmbito público, dos interesses particulares.

Na ausência desse fenômeno que, como verificado anteriormente, é capaz de regular os excessos do poder supremo do Poder Judiciário, os mecanismos aplicados à realidade brasileira perpetuam seus vícios ainda hoje. Diante da irracionalidade de um corpo social dissociado, a harmonia inerente a uma agenda federativa não se corrompeu. A progressiva centralização política que paira sobre o STF apenas retifica a dissonância entre corpo social e modelo institucional historicamente executada no projeto político brasileiro.

7. Referências Bibliográficas

- ALVIM, Arruda. **A argüição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988.
- ANDRIGHI, FATIMA NANCY. **Argüição de Relevância**. Discurso proferido no Superior Tribunal de Justiça com Arruda Alvim em 16.10.2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br> Acesso em 05.01.2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº. 45/04**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **O "Desvio de Poder" na Administração Pública**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINO, Flávio. MELO FILHO, Hugo, BARBOSA, Leonardo, DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário - Comentários à Emenda n. 45/2004**. Niterói: Impetus, 2005.
- FERREIRA, Pinto. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: a volta da argüição de relevância? In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.
- LEAL, Victor Nunes de (1914-1985). A renovação de Métodos do Supremo Tribunal e a Súmula de sua jurisprudência predominante. In **Problemas de Direito Público e Outros Problemas**. V.2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997a.
- _____. A aspectos da Reforma Judiciária. In **Problemas de Direito Público e Outros Problemas**. V.2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997b.
- _____. Passado e Futuro da Súmula no STF. In **Problemas de Direito Público e Outros Problemas**. V.2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997c.
- _____. Leis Federais e Leis Estaduais. In **Problemas de Direito Público e Outros Problemas**. V.1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997d.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MENDES, Gilmar. **Caderno de Direito Constitucional**. Brasília: Escola Da Magistratura Do Tribunal Regional Federal Da 4ª Região, 2006.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008.
- NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Boechat Lêda. **História do Supremo Tribunal Federal: 1930-1963.** Tomo IV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SCHMITT, Carl. **El Concepto del Politico.** Madrid, 1932.

_____. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.** Estúdio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SANCHES, Sydney. **Argüição de relevância da questão federal.** *Brasília:* Instituto Tancredo Neves, 1988.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano.** Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 45ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOCQUEVILLE, Aléxis de, 1805-1859. **A democracia na América: leis e costumes.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.