

JOURNAL OF
DEMOCRACY
EM PORTUGUÊS

Volume 5, Número 2, Outubro de 2016

A Desconexão Democrática

Roberto Stefan Foa e Yascha Mounk

Devemos nos Preocupar?

Ronald F. Inglehart

**O Renascimento Maoísta
de Xi Jinping**

Suisheng Zhao

**O Ataque aos Tribunais
Pós-Comunistas**

Bojan Bugaric e Tom Ginsburg

**O Supremo, a Incerteza Judicial
e a Insegurança Jurídica**

Joaquim Falcão

**PLATAFORMA
DEMOCRÁTICA**
FUNDAÇÃO FHC
CENTRO EDELSTEIN



CONSELHO EDITORIAL

Bernardo Sorj

Sergio Fausto

Diego Abente Brun

Mirian Kornblith

CONSELHO ASSESSOR

Fernando Henrique Cardoso

Larry Diamond

Marc F. Plattner

Simon Schwartzman

TRADUÇÃO

Fabio Storino

REVISÃO TÉCNICA

Isadora Carvalho

Apresentação

Este número do Journal of Democracy em Português começa com dois artigos sobre o aumento do número de cidadãos insatisfeitos com a democracia nos países desenvolvidos. Este é um fenômeno que se tornou visível nos últimos anos nos Estados Unidos e na Europa, na esteira de candidaturas como a de Donald Trump e Marine Le Pen.

Em “A desconexão democrática”, Roberto Stefan Foa e Yascha Mounk utilizam dados do World Values Survey, entre 1995 e 2014, para destacar três tendências concomitantes e associadas: nesse período, cresce a avaliação negativa sobre a democracia, se eleva o ceticismo quanto a ser possível melhorá-la por meio da participação política e sobe a preferência por regimes não democráticos. Essas tendências são mais acentuadas entre os mais jovens. Nos Estados Unidos, em 1995, 16% das pessoas entre o final da adolescência e o início da vida adulta consideravam a democracia um regime “ruim” ou “muito ruim”. Em 2011, 24% dos jovens nessa faixa de idade tinham a mesma opinião. Na Europa, no mesmo período, esses percentuais variaram de 8% para 13%. A análise dos dados leva os autores a sustentar a hipótese de que poderia estar acontecendo uma “desconsolidação democrática” nos países em que as democracias há mais tempo e mais profundamente se enraizaram.

Em “Devemos nos Preocupar?”, Ronald Inglehart polemiza com Roberto Stefan Foa e Yascha Mounk. Utilizando a mesma base de dados, chega a conclusões menos pessimistas. Ele chama a atenção para o fato de que ao longo dos últimos anos se expande sistematicamente, nos países desenvolvidos e também em desenvolvimento, a opinião favorável à igualdade de direitos entre homens e mulheres, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, ao respeito aos direitos humanos. Segundo Inglehart, essa tendência apontaria para mudan-

ças mais profundas nas crenças e valores dos indivíduos. Seriam por isso mais duradouras do que a perda de apoio à democracia detectada no mesmo survey. O cenário mais sombrio apresentado por Roberto Stefan Foa e Yascha Mounk corresponderia antes a tendências observadas nos Estados Unidos do que na Europa. Não apenas o percentual de jovens europeus que considera essencial viver numa democracia é significativamente maior do que nos Estados Unidos, como também a diferença entre a opinião deles e a dos mais velhos a esse respeito é muito menor no velho continente, observa Inglehart. Ou seja, a adesão à democracia é mais alta e mais estável na Europa.

Nos Estados Unidos, a menor transmissão de valores democráticos da geração mais velha para a geração mais nova refletiria três fenômenos tipicamente americanos: o aumento drástico da desigualdade social e da influência dos mais ricos sobre a elite política de Washington e a dificuldade cada vez maior demonstrada por Democratas e Republicanos para estabelecer acordos e fazer o governo funcionar. Para o autor, a democracia, por ser um regime suscetível ao interesse da maioria, oferecerá ela própria o remédio para esses males: mais cedo ou mais tarde uma agenda favorável à redução das desigualdades sociais e da influência dos mais ricos sobre a elite política acabará por prevalecer eleitoralmente.

Dos Estados Unidos e da Europa, este número se desloca em seguida para a China. Ali se encontra um “líder forte que não precisa se preocupar com eleições e parlamentos”. Trata-se do presidente chinês Xi Jinping. Ao chegar ao poder em 2012, ele despertou a esperança dos liberais chineses: as reformas econômicas – desaceleradas sob Hu Jintao, entre 2003 e 2012 – ganhariam novo impulso e a liberalização política do regime avançaria. Nas palavras de Suisheng Zhao, autor de “O Renascimento Maoísta de Xi Jinping”, o terceiro artigo deste número, “o sonho dos liberais se mostrou uma ilusão”. As reformas não decolaram e a liberalização política – que evoluiu lenta e parcialmente sob Jiang Zeming, entre 1993 e 2003, e Hu Jintao - deu marcha à ré.

O cientista político chinês, que dá aulas na Universidade de Denver, analisa a política de concentração de poder e a campanha ideológica promovidas por Xi Jinping, o primeiro líder chinês a enfeixar em suas mãos a Presidência da República, a Secretaria-geral do Partido Comunista e a chefia das Forças Armadas, desde Mao Tsé-tung. Ocupando essas três posições estratégicas, Xi lançou uma ampla iniciativa anticorrupção que já levou ao encarceramento ou demissão de milhares de dirigentes partidários. A iniciativa responde à insatisfação popular com a corrupção dentro do Partido Comunista. Para o todo-poderoso presidente chinês, serve também para conter, pela ameaça, qualquer tentativa de oposição à sua liderança nas fileiras do partido. Outro meio para conter dissidências dentro e fora do Partido Comunista é a censura sobre a imprensa, as mídias sociais e a universidade. O alvo é a disseminação de ideias “subversivas”, associadas ao Ocidente: a democracia constitucional, os direitos humanos, a independência da mídia e da sociedade civil, entre elas.

Segundo Zhao, a “China passa hoje por uma mini reprise da Revolução Cultural”, referência ao período de exacerbação ideológica e da repressão política que Mao Tsé-tung liderou entre 1966 e 1969, somente encerrado de fato com a sua morte em 1976. Mais do que uma demonstração de força, o renascimento maoísta de Xi Jinping é “uma confissão embaraçosa da fragilidade do regime neste século 21, em uma China marcada pelos temores da desaceleração econômica”, escreve Zhao.

Os artigos que completam este número dizem ambos respeito ao poder de tribunais constitucionais. Em “Ataque aos tribunais pós-comunistas”, Borjan Bungaric e Tom Ginsburg escrevem sobre as investidas de governos iliberais da antiga Europa do Leste contra esses órgãos do Poder Judiciário. Os ataques visam fazer dos Tribunais Constitucionais instituições decorativas, incapazes de impedir a execução de políticas antagônicas ao Estado de Direito. Coalizões de partidos populistas e xenófobos têm obtidos vitórias eleitorais na antiga

Europa do Leste, reavivando velhos fantasmas como o antissemitismo e o preconceito contra ciganos e homossexuais e insuflando novos, contra refugiados e imigrantes árabes. O mais preocupante, dizem os autores, é que os dois mais importantes países da região, Polônia e Hungria, têm hoje governos desse naipe (a Hungria, desde 2010). A dificuldade da União Europeia em influenciar os governos e os eleitorados dos países da antiga Europa do Leste poderá torná-los cada vez mais parecidos com a Rússia e diferentes do restante da Europa, concluem Bungaric e Ginsburg.

Se o poder dos tribunais constitucionais se esvazia na Polônia e na Hungria, no Brasil observa-se o oposto. É o que afirma Joaquim Falcão, diretor da Escola de Direito da FGV-RJ, em seu artigo “O Supremo, a incerteza judicial e a insegurança jurídica”, que inaugura a seção de autores brasileiros do Journal. O poder do STF, argumenta, emana não apenas dos dispositivos constitucionais, mas também da possibilidade de seus ministros escolherem quando e o que deve ser objeto de decisão final pelo tribunal. A Constituição dá amplo poder interpretativo ao STF ao dizer que deve ser declarada inconstitucional qualquer lei tendente a abolir as chamadas cláusulas pétreas, formuladas em termos vagos. Já o poder de decidir quando e o que julgar é magnificado pela quantidade de processos que chega ao STF, pela inexistência de controle sobre os prazos para decisão final sobre eles e, claro, pelo impacto das decisões e não decisões do Supremo sobre a vida econômica e política do país.

Um bom exemplo, escreve Falcão, são os mais de 957 mil casos referentes aos índices de correção das cadernetas de poupança, parados na primeira instância, aguardando decisão do Supremo. A causa remonta a planos econômicos editados há mais de trinta anos e os valores envolvidos somam R\$ 2,5 bilhões. Em suas palavras, “essa não decisão afeta o princípio da separação de poderes e se transfigura em verdadeira política econômica do Supremo”.

Falcão sustenta estar nas mãos do STF a competência para adotar medidas que desestimulem a litigância constitucional, em particular a apresentação de recursos, que representaram 80% dos novos processos ingressados no tribunal entre 2011 e 2015; limitem a duração dos pedidos de vistas e controlem o prazo para término da relatoria de processos (em média 231 dias, para casos no campo do direito tributário). Se adotadas, essas medidas tornariam o processo decisório mais previsível. Por que não o são? Porque, para o autor, elas diminuiriam o poder político do Supremo, um poder paralelo e informal, não previsto na Constituição.

Boa leitura.

Bernardo Sorj e Sergio Fausto
Diretores de Plataforma Democrática

O Supremo, a Incerteza Judicial e a Insegurança Jurídica

Joaquim Falcão

Joaquim Falcão é Diretor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: poder judiciário, internet, reformas, separação dos poderes e globalização.

Insegurança jurídica é diferente de incerteza judicial

Em 2005, instaurou-se discussão sobre o que é insegurança jurídica a partir do artigo intitulado “*Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil*” de Pêrsio Arida, Edmar Bacha e Andre Lara Resende¹.

Nesse artigo, os autores debitavam às decisões de juízes a criação de uma insegurança jurídica econômica.

Participamos deste debate publicando então, Luis Fernando Schuartz, Diego Werneck, e eu, artigo intitulado “Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito”².

1 Arida, P., Bacha, E., & Lara Resende, A. Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: Conjectures on the case of brazil. In *Inflation Targeting and Debt: The Case of Brazil*. MIT Press, 2005.

2 FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, D. W. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, p. 79-112, 2006.

Esse é um tema jurídico-político. Questão institucional decisiva para a democracia.

Distinguímos incerteza judicial, que diz respeito ao funcionamento do Poder Judiciário, de insegurança jurídica, que diz respeito ao resultado deste funcionamento. São conceitos e realidades distintas³.

Incerteza diz respeito ao processo decisório: escolha entre opções excludentes. Insegurança diz respeito ao impacto desta escolha na previsibilidade, seja econômica ou política, dos atores sociais.

Nosso argumento é de que no estado democrático de direito existe incerteza normal ou estrutural, que não provoca insegurança jurídica no mercado de créditos. Ou em qualquer outro. Trata-se de pressuposto ao próprio ato de escolher, de julgar. Em linguagem econômica, deve já estar precificada nos contratos, na expectativa dos atores. Por simples razão:

Não há decisão judicial se não houver antes:

- (a) incerteza social trazida pelas partes, governos, empresas, cidadãos, ou demais poderes, para ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal;
- (b) espaço de discricionariedade, liberdade, para que o intérprete da Constituição possa escolher entre as opções apresentadas.

Se a interpretação da Constituição fosse decisão mecânica, científica ou puramente técnica⁴, como pretendem alguns, – dado A, necessariamente ocorre B - ela seria dispensável⁵. O juiz, os tribunais, o

3 Neste artigo procuro detalhar ideias lançadas no artigo *Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito*. A responsabilidade, no entanto, é somente minha.

4 Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7.ed. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 392 -395.

5 Ver *História Oral do Supremo (1988-2013)*, v.15: Francisco Rezek / Fernando de Castro Fontainha, Rafael Mafei Rabelo Queiroz (orgs.) / Escola de Direito do Rio

Poder Judiciário, dispensáveis também.

Esta incerteza estrutural na democracia é regulada. Não se confunde com arbitrariedade. Obedece, por exemplo, ao devido processo legal. E à hierarquia das leis. Por mais estrita que seja, existirá sempre margem de liberdade para a escolha do juiz. Impossibilidade de prever com exatidão a opção escolhida. Qual será a “decisão/sentença final”?

Mas o processo decisório não é instantâneo. Tem múltiplas etapas pré-definidas, o contraditório, recursos, leva tempo. No Supremo, a média para julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) é de 6 anos, chegando a até mais de 20 anos em alguns casos⁶. É na gestão interna de seu processo decisório que mora o problema.

Pode levar décadas. O Supremo então, como quem não quer querendo, se transforma no gestor máximo, no CEO das incertezas nacionais. Diante de seu labirinto recursal, elimina umas incertezas e cria novas. Gestor de um moto-contínuo.

Como ocorreu, por exemplo, no julgamento do impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff. A cada decisão do Supremo sobre o rito processual, novas demandas lhe foram encaminhadas por partidos e políticos. Sobretudo, com o desmembramento da votação da pena do *impeachment* aplicado pelo Presidente Ricardo Lewandowski⁷. Ou seja: tragam-me sua incerteza que eu lhes devolverei outra.

de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016, p. 94.

6 FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, I.; CHAVES, V. P. III Relatório do Supremo em Números- O Supremo e o Tempo. 1. ed. Rio de Janeiro: , 2014. v. 1. 150p .

7 VER, FALCÃO, Joaquim. Lewandowski plantou a dúvida. Publicado no Jornal O globo, em 01.09.2016 e também ARGUELHES, Diego W. Nem juiz, nem senador: Lewandowski e a dupla votação no julgamento de Dilma. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/nem-juiz-nem-senador-lewandowski-e-dupla-votacao-no-julgamento-de-dilma>. Acesso em 05.09.2016.

Nosso argumento hoje, com base em diagnóstico empiricamente sustentado⁸, é que no Brasil a insegurança jurídica decorre da gestão desta incerteza judicial estrutural. Muito mais do que de suas decisões finais.

Incerteza material é diferente de incerteza procedimental

Para melhor compreender nosso argumento, temos que distinguir incerteza material e incerteza procedimental.

- (a) Incerteza material diz respeito à escolha do conteúdo da decisão, ao reconhecimento do que é, ou não, constitucional. Quem deve a quem, quanto, quando e por que?
- (b) Incerteza procedimental, diz respeito aos recursos, prazos e comportamentos dos ministros, no processo decisório. Quem decidirá? O plenário, a turma ou o ministro? Quando? Cabe recurso?

Nosso foco é pois a gestão da incerteza procedimental.

Tipo clássico de insegurança jurídica decorrente da incerteza procedimental é a decisão de não decidir. De adiar a decisão para além da “razoável duração do processo”⁹.

8 Nota metodológica: Todos os dados quantitativos utilizados foram retirados dos Projetos Supremo em números (Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>), História Oral do Supremo (Disponível em: <http://historiaoraldosupremo.fgv.br/sobre-o-projeto>), ambos da FGV Direito Rio e do Projeto Justiça em Números (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>), do Conselho Nacional de Justiça.

9 O art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal prevê: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) ”.

Um bom exemplo é o das ações sobre a constitucionalidade dos planos econômicos. Decorridos quase trinta anos, estima-se que mais de 957 mil¹⁰ casos permanecem parados nas instâncias inferiores, aguardando decisão do Supremo, que pode impactar o setor bancário em mais de 2,5 bilhões de reais¹¹.

Esta não-decisão afeta o princípio da separação dos poderes. Transfigura-se em verdadeira política econômica do Supremo. E não do Executivo. Beneficia ou prejudica investidores e bancos. Interfere na competição interbancária.

Somente contrapondo a realidade da gestão da incerteza procedimental ao ideal do equilíbrio de poderes podemos apreender esta, até agora desconhecida, fonte do poder do Supremo. Essa contraposição produz um constitucionalismo de realidade.

São dois os principais tipos da gestão geradores de insegurança jurídica: a gestão da incapacidade de produzir decisões finais e a gestão do descumprimento dos prazos processuais. Vejamos um a um.

A gestão da incapacidade de produzir decisões finais

Conforme evidencia o Quadro 1: As múltiplas vias de acesso ao Supremo, são cerca de 53 vias processuais estimulando a litigância. Dessas, 36 estão ativas nos últimos 5 anos¹². Três delas - Agravo em

10 Ver RECONDO, Felipe. Cármen Lúcia confirma que julgará planos econômicos. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/carmen-lucia-confirma-que-julgara-planos-economicos>. Acesso em 05.09.2016.

11 LEAL, Fernando. Os impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/os-impactos-dos-planos-economicos-e-encruzilhada-supremo>. Acesso em 19.08.2016. Acrescentar artigo contrário e também, em contrário, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Planos econômicos: não há divergência sobre os números da conta. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/planos-economicos-nao-ha-divergencia-sobre-os-numeros-da-conta>. Acesso em 05.09.2016.

12 FALCÃO, JOAQUIM; ARGUELHES, D. W. ; Pablo de Camargo Cerdeira . I Re-

Recurso Extraordinário, Recurso Extraordinário e Agravo de Instrumento – representam mais de 86,5% do acesso¹³.

Quadro 1: As múltiplas vias de acesso ao Supremo:

Ação Cautelar	Habeas Data
Ação Cível Ordinária	Inquérito
Ação Declaratória de Constitucionalidade	Intervenção Federal
Ação Direta de Inconstitucionalidade	Mandado de Injunção
Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	Mandado de Segurança
Ação Ordinária	Oposição em Ação Civil Ordinária
Ação Ordinária Especial	Petição
Ação Penal	Petição Avulsa
Ação Rescisória	Prisão Preventiva para Extradicação
Agravo de Instrumento	Processo Administrativo
Agravo em Recurso Extraordinário	Proposta de Súmula Vinculante
Apelação Cível	Queixa-Crime
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	Reclamação
Arguição de Impedimento	Recurso Crime
Arguição de Relevância	Recurso Extraordinário
Arguição de Suspeição	Recurso Ord. em Mandado de Segurança
Carta Rogatória	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
Comunicação	Recurso Ordinário em Habeas Data
Conflito de Atribuições	Recurso Ordinário em Mandado de Injunção

latório do Supremo em Números- O Múltiplo Supremo. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011. v. 1. 70p.

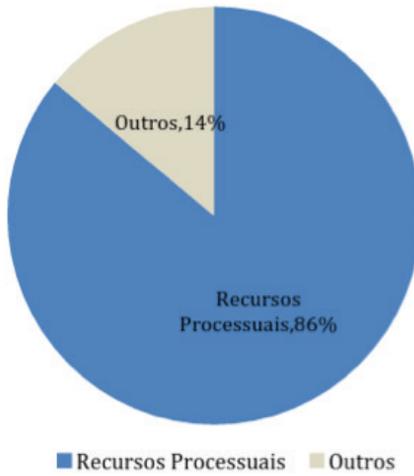
13 Fonte: Supremo em Números, FGV Direito Rio.

Conflito de Competência	Representação
Conflito de Jurisdição	Revisão Criminal
Exceção da Verdade	Sentença Estrangeira
Exceção de Incompetência	Sentença Estrangeira Contestada
Exceção de Litispendência	Suspensão de Liminar
Exceção de Suspeição	Suspensão de Segurança
Extradicação	Suspensão de Tutela Antecipada
Habeas Corpus	

O mais importante é que o evidencia o Quadro 2: Natureza dos processos novos no Supremo. Cerca de 86% das decisões são de natureza processual. Não decidem a constitucionalidade das demandas. Discutem etapas e prazos. O Supremo inunda-se a si próprio de decisões inconclusas¹⁴. Transforma-se em seu próprio labirinto. É um Supremo Recursal.

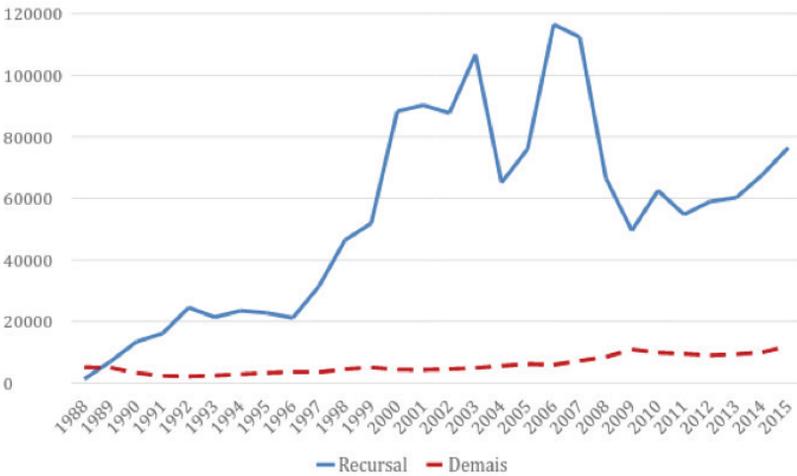
14 História oral do Supremo (1988-2013), v.14: Ilmar Galvão / Fernando de Castro Fontainha, Fábio Ferraz de Almeida (orgs.) / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

Quadro 2: Natureza dos processos novos no Supremo (2011 – 2015)



Fonte: Supremo em Números, FGV Direito Rio

Quadro 3: Volume e natureza de processos novos no Supremo (1988-2015)



Fonte: Supremo em Números, FGV Direito Rio.

O Quadro 3: Volume e natureza de processos novos no Supremo, evidencia que o crescimento de processos de natureza recursal ocorreu depois de 1988. Por contraste o número de processos não recursais – Demais - (como ADINs, ADPFs, ADCs, ADOs Mandados de Injunção, por exemplo) permanece quase o mesmo.

Esse crescimento recursal resulta das escolhas que o Supremo fez estimulado por uma cultura de processualismos. A tentativa do Congresso de diminuir as demandas com a Emenda 45, em 2004 – com a repercussão geral e súmula vinculante - não foi suficiente para reverter esta cultura¹⁵.

O Quadro 4: Acervo do Supremo, recebimento e baixa de processos, revela estoque de ações a decidir. Apesar da redução verificada entre 2013 a 2015, constata-se uma linha de resistência em torno de 50 mil demandas não decididas. Dificilmente o Supremo conseguirá reduzir agora cerca de 90 mil, em 2014 e 2015¹⁶.

Quadro 4: Acervo do Supremo, recebimento e baixa de processos

	2011	2012	2013	2014	2015
Recebimentos	63.427	73.464	72.066	79.943	93.476
Baixa	86.327	73.860	71.917	90.164	95.816
Acervo Final	67.395	66.831	67.052	56.217	53.890

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal em 31/12/2015

15 História oral do Supremo (1988-2013), v.13: Moreira Alves / Fernando de Castro Fontainha, Christiane Jalles de Paula, Fábio Ferraz de Almeida (orgs.) / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

16 Dados retirados do Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal do ano de 2015, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorioAtividade/anexo/Relat_Ativ_STF2015.pdf. Acesso em 29.08.2016.

A incapacidade de decidir não resulta da improdutividade dos ministros. Um ministro do Supremo recebe por ano mais processos do que um juiz de primeira instância. O juiz de primeira instância recebeu, em média, pouco mais de 1.500 casos no ano de 2014¹⁷. No mesmo ano, cada ministro do Supremo recebeu em média 5.780 casos. Em 2015, ultrapassou a casa dos 6 mil casos¹⁸.

Essa incapacidade é endogenamente originada. O Ministro Luís Roberto Barroso¹⁹ aponta como o Supremo deturpou a repercussão geral da Emenda Constitucional 45. Primeiro criou 330 repercussões gerais. Mas só julga, em média por ano, apenas 27 destes processos. Levaria mais de 12 anos para zerar somente as já reconhecidas²⁰. Ou seja, o Congresso tentou diminuir as demandas. A gestão de processualismos do Supremo não permitiu.

Propõe então Barroso que os processos sem repercussão geral reconhecida, transitem em julgado. Pois já passaram por duas instâncias.

Como em qualquer lugar do mundo, o devido processo legal e o acesso à justiça acontece em duas instâncias, então não há um

17 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 29.08.2016.

18 Dados retirados do Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal do ano de 2015, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorioAtividade/anexo/Relat_Ativ_STF2015.pdf. Acesso em 29.08.2016.

19 “Enquanto os processos com repercussão geral não forem julgados, os processos atinentes aquelas matérias ficam sobrestados. Portanto, precisamos ter mecanismo célere de julgamento de repercussões gerais e não podemos dar mais repercussões gerais do que podemos julgar em um ano” (Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>. Acesso em 31.08.2016).

20 BARROSO, Luís Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 29.08.2016.

direito subjetivo de ter o caso julgado pelo Supremo. Todas as cortes constitucionais selecionam com critério e transparência os casos que vão julgar e fazem a sua própria agenda. Nós temos que fazer isso também²¹.

Esta incapacidade deriva, dentre outros fatores, da importação seletiva do modelo de *judicial review* dos Estados Unidos. Importaram o *judicial review*, estimularam a litigância constitucional, mas não importaram o filtro das demandas, o *writ of certiorari*.²² “Ideias fora do lugar”, diria Roberto Schwarz²³.

A inexistente política de autodefesa

Poderia o Supremo implementar uma política desestimuladora de demandas? De autodefesa? Acredito que sim.

Poderia, por exemplo, usar a jurisprudência para criar filtros de não admissibilidade do processo.

Entre 2011 e 2015, apenas 3,04% dos recursos - recurso extraordinário, agravo em recurso extraordinário e agravo de instrumento - foram providos. Já nos casos de mandado de segurança e recurso em mandado de segurança, a taxa é de 5,6%. Nos casos de habeas corpus e recurso em habeas corpus, a taxa de reversão é de 9,6%.

O Min Luiz Fux diz que em seu caso metade deles diz respeito a

21 SCOCUGLIA, Livia. Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>. Acesso em 29.08.2016.

22 Sobre a questão da importação de ideias constitucionais, ver FALCÃO, Joaquim. A razão sem voto e um constitucionalismo de realidade (2017, no prelo). LEAL, Fernando. “O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. Revista Direito GV, v. 10, n. 1, p. 245-268, jan. 2014.

23 Ver SCHWARZ, Roberto, “Ao Vencedor As Batatas”, 4. ed. São Paulo: Duas Cidades, 1992.

questões sobre drogas²⁴.

Daí o dilema apontado por Aloísio Araújo:

O segundo argumento (a favor da Emenda Peluso que visava reduzir os recursos ao Supremo) vem dos estatísticos, que através dos conceitos de “erro do tipo um” e “erro do tipo 2” ajudam a esclarecer a situação. O erro do tipo 1 é o que rejeita uma hipótese verdadeira como falsa e o erro de tipo 2 é o que aceita uma hipótese falsa como verdadeira, na teoria de testes estatísticos.

Para os economistas e estatísticos é utópico, senão impossível se perseguir a justiça plena. Ao se tentar buscar mais e mais evidências para que não cometamos erro do tipo 1, ou seja, punir um inocente acabamos por incorrer no tipo 2, ou seja, não punimos o culpado²⁵.

Poderia o Supremo também construir política para desestimular demandas protelatórias e de litigância de má-fé.

Mas, são excepcionais os momentos como o do voto do Ministro Marco Aurélio ao levar a julgamento na 1ª Turma do Supremo listas com imposição de multa a agravos inadmissíveis e infundados²⁶.

Decisão de primeiro grau desfavorável. Decisão de segundo grau desfavorável. Interposto o recurso foi negado seguimento a este

24 História oral do Supremo (1988-2013), v.12: Luiz Fux / Fernando de Castro Fontainha, Marco Aurélio Vannucchi Leme de Mattos, Izabel Saenger Nuñez (orgs.). – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

25 Ver ARAUJO, Aloísio. A impunidade, os economistas e a PEC do Ministro Peluso. Publicado no jornal Valor Econômico, em 13. 06.2011.

26 O Ministro aplicou parágrafo 2º do art. 557 do CPC de 1973: Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

recurso. Protocolado agravo de instrumento julgado por integrante do Supremo, portanto, pelo Supremo. E ainda me vem com agravo interno (...). Penso que é hora de atinarmos para a litigância de má-fé, no que ela vem inviabilizando a própria jurisdição. (...) nesses casos vou adotar como regra invariável a imposição da multa²⁷.

A gestão da incapacidade de produzir decisões finais transforma o Supremo em instância certificadora de decisões de instâncias inferiores mais do que de defensor de direitos violados. Atua como quarta ou quinta instância. Com imensos custos econômicos e políticos para o Brasil.

A gestão do descumprimento dos prazos legais

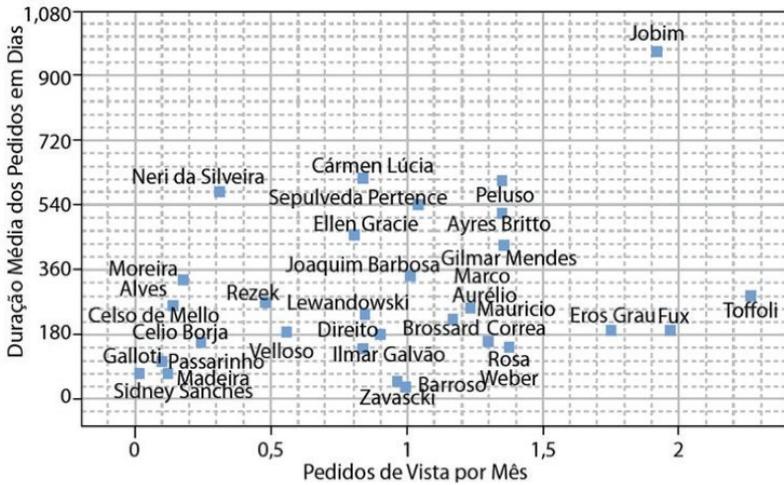
A insegurança jurídica é também provocada pela inexistência de responsabilização dos ministros quando não cumprem o próprio regimento do Supremo. Por exemplo.

Criado inicialmente como mecanismo que permitiria ao ministro conhecer melhor o processo em julgamento, refletir sobre seu voto, o pedido de vista acabou por servir a objetivos outros.

Pelo regimento do Supremo, o prazo de devolução de pedido de vista nunca foi maior do que 30 dias²⁸. No entanto, conforme o Quadro 5 abaixo, sobre pedidos de vista de ministros do Supremo, este prazo é rotineiramente desrespeitado. A média é de 346 dias, quase 1 ano.

27 Ver FALCÃO, Joaquim. O Supremo contra-ataca. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-supremo-contra-ataca>. Acesso em 29.08.2016.

28 Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003, RESOLVE: Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de dez dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta. §1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por dez dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo.

Quadro 5: Pedidos de vista de ministros do Supremo (1988-2013)

Fonte: Supremo em Números, FGV Direito Rio

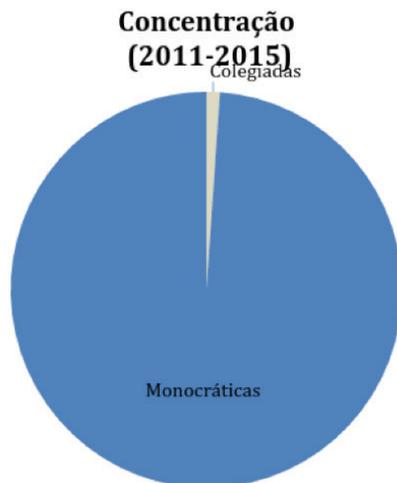
A banalização do descumprimento de prazos legais acaba transformando o pedido de vista em verdadeiro e antidemocrático poder individual de veto do ministro do Supremo²⁹.

Os onze Supremos

Esse descumprimento dos prazos legais é agravado pelo fato de o Supremo se comportar cada vez menos como corte, colegiado ou tribunal. E mais como conjunto disperso de individualidades independentes.

O Quadro 6, o Supremo monocrático, evidencia que a imensa maioria das decisões do Supremo são tomadas por ministros individualmente.

29 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar. “Timing Control Without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court’s agenda.” *Journal of Law & Courts*, 2017 (no prelo). ARGUELHES, Diego W. RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de influência direta dos Ministros sobre o processo político*. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 46, p. 121-155, 2015.

Quadro 6: O Supremo monocrático (2011 – 2015)

Fonte: Supremo em Números, FGV Direito Rio.

Nas decisões liminares, que não julgam o mérito mas podem paralisar o processo, os ministros podem manter sua decisão a salvo do crivo do plenário.

Exercem um poder de veto sobre a federação e sobre seus legislativos. Quando concedem liminar monocraticamente em ações constitucionais, os ministros suspendem a decisão do legislador federal ou estadual. O tempo médio até que seus pares possam avaliar a decisão unilateralmente retida é de 747 dias.

O Quadro 7: Tempo de conclusão ao relator em dias no Supremo, corrobora a evidencia dos onze supremos. O poder individual do relator de apresentar ou não sua manifestação. Pode levar à prescrição ou à perda do objeto. Transforma a decisão individual do ministro, em decisão do Supremo.

Quadro 7: Tempo de conclusão ao relator em dias no Supremo (2011-2015)



Fonte: Supremo em Números, FGV Direito Rio

Esses indicadores e outros multiplicam o Supremo em onze Supremos³⁰.

Essa individualização não tem sido contida nem pela presidência, nem pelo plenário. Inexiste Corregedor ou sistemas gerenciais automáticos. O Supremo limitou a competência administrativa do Conselho Nacional de Justiça sobre seus ministros, o que o Congresso não tinha feito.

O Supremo tem confundido “livre convencimento do juiz”, indispensável ao exercício da jurisdição no estado democrático de direito, com “livre comportamento”. Aponta para um governo de juízes e não um governo com juízes.

Esta situação é irreversível?

30 FALCÃO, JOAQUIM; ARGUELHES, D. W. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-invisivel-teori-zavascki-e-a-fragmentacao-do-supremo>. Acesso em 05.09.2016. Para um diagnóstico do individualismo nas deliberações colegiadas do tribunal, ver MENDES, Conrado H. “Onze Ilhas”, Folha de São Paulo, 1 de fevereiro de 2010.

A neutralização da mudança

Além do próprio Supremo, o Congresso poderia propor emendas constitucionais ou novas leis para controlar estes comportamentos. Difícil. O Congresso está neutralizado. A Constituição é feita de dispositivos de força política e jurisdicional desiguais. Uma tentativa do Congresso poderia causar crise institucional.

Em 1988, os constituintes estruturaram a Constituição como se de duas classes fosse. Uma classe, de cláusulas imutáveis, as cláusulas pétreas, do artigo 60, §4º, da Constituição:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A outra classe, é de cláusulas mutáveis. São todas as demais.

As mutáveis ficam sob guarda do Congresso. As imutáveis, do Supremo. Com decisiva hierarquia entre elas. As imutáveis podem impedir a mudança das mutáveis. Declará-las inconstitucionais, mesmo já estando constitucionalizadas.

Mesmo que o Congresso aprove uma emenda constitucional, a Presidência a sancione, seja publicada, entre em vigor, o Supremo pode considerar inconstitucional a mudança já constitucionalizada. Aliás, o Supremo pode até suspender a deliberação da proposta de emenda argumentando que é “tendente a abolir” cláusulas do §4º do art. 60, da Constituição.

O poder hierárquico do Supremo sobre os demais poderes reside na discricionariedade de determinar o significado de cláusulas pétreas

vazias. Inclusive o que quer dizer “tendente a abolir”.

Quanto mais vagas as cláusulas pétreas, maior o poder interpretativo, incontrolado pelo “*checks and balances*”, do Supremo sobre o Congresso e o Executivo.

No caso da criação do IPMF, no governo Fernando Henrique em 1993, o Supremo considerou cobrar tributos no mesmo ano de sua criação -, era uma cláusula pétrea. Feria “os direitos e garantias individuais” do contribuinte. Inconstitucionalizou o IPMF.

O Supremo, é verdade, tem exercido parcimoniosamente este poder sobre Congresso. Mesmo porque, em alguma medida, é poder que nem precisa ser exercido para gerar consequências políticas. Sua existência é por si só força. Dissuasória se diz na arte da guerra.

No acordão em que reconheceu a união homoafetiva, o relator Ministro Carlos Ayres Britto, usou dessa força. Alertou desde logo no Congresso. Se tentar reverter o acordão através de emenda constitucional, violará cláusula pétrea³¹.

Ou seja: “Não tente mudar minha palavra final”. Ela é cláusula pétrea e seria considerada contrária à cláusula pétrea de separação dos poderes.

31 “PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. (...) **DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica.** Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. (...). O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. **Autonomia da vontade. Cláusula pétrea**” STF, ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. Julg. 05.05.2011.

Trata-se, pois, de uma gestão antidemocrática da incerteza procedimental, porque sem nenhum controle. Não há poder sem controle na democracia.

Mas desestimular a litigância constitucional, diminuir o número de processos, descentralizar para as instâncias inferiores a “palavra final”, controlar o comportamento dos ministros, tornar o processo decisório previsível, tudo impacta e diminui o poder político do Supremo. É um poder paralelo e informal não previsto na Constituição.

O fato é que o saldo de demandas não decididas e o incontrolado dos prazos decisórios, como alerta Ivar A. Hartmann, permite ao Supremo, como colegiado, e aos ministros individualmente, escolherem o que julgar, quem, quando e como. Estamos, portanto, no terreno onde incertezas decisórias estruturais transformam-se em inseguranças jurídicas prováveis.

Plataforma Democrática (www.plataformademocratica.org) é uma iniciativa da Fundação iFHC e do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais dedicada a fortalecer a cultura e as instituições democráticas na América Latina, por meio da produção de conhecimento e da promoção do debate pluralista de ideias sobre as transformações da sociedade e da política na região e no mundo. Conjuntamente com vinte e um centros de pesquisas associados, localizados em onze países da América Latina, realiza pesquisas e seminários para estimular o diálogo entre os produtores de conhecimentos e os diferentes atores sociais e políticos sobre temas da atualidade.

Plataforma Democrática oferece uma infraestrutura virtual com uma biblioteca de livre acesso que inclui milhares de textos sobre temas relacionados à democracia na América Latina e um banco de dados sobre instituições de pesquisa na região

As principais áreas de trabalho da Plataforma Democrática são:

Relações Internacionais:

<http://plataformademocratica.org/portugues/relacoes-internacionais>

Meios de Comunicação:

<http://plataformademocratica.org/portugues/meios-de-comunicacao>

Sociedade Civil:

<http://plataformademocratica.org/portugues/sociedade-civil>

América Latina:

<http://plataformademocratica.org/portugues/america-latina>

Bibliotecas virtuais:

Democracia

<http://plataformademocratica.org/portugues/biblioteca>

Sociedade de Informação

<http://plataformademocratica.org/portugues/biblioteca-sociedade>

Coleção Recursos de Pesquisa na Internet:

<http://plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#RecursosPesquisa>