

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

A SELETIVIDADE DO RELATOR NO EXAME DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE RAPPOREUR SELECTIVITY OVER THE DEFINITION OF GENERAL REPERCUSSIONS RESULT ON THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF)

Dameres Medina

Resumo

O presente trabalho analisa o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal, sob o específico crivo da repercussão geral da questão constitucional. O ponto de partida foi o debate acadêmico e inúmeros estudos empíricos acerca do processo de tomada de decisão judicial nas supremas cortes. A experiência brasileira foi analisada a partir de exaustiva pesquisa empírica que compreendeu o exame de todo o universo de temas de repercussão geral julgados pelo STF, até 31 de dezembro de 2013. Investigamos de que forma o tribunal vem aplicando o instituto da repercussão geral, para compreender os seus efeitos na jurisdição constitucional: restritivos ou ampliativos do acesso à jurisdição constitucional. Os resultados encontrados evidenciaram o poder do relator na definição do resultado da repercussão geral, bem como a sua seletividade da matéria, do processo a ser julgado e do órgão julgador.

Palavras-chave: Repercussão geral, Supremo tribunal federal, Processo de tomada de decisão, Seletividades do relator.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyses Brazilian Supreme Federal Courts (Supremo Tribunal Federal, STF) decision behavior, under the specific perspective of the general repercussion of the constitutional question. The starting point was the academic debate and several empiric studies regarding the judicial decision making process in the supreme courts. The Brazilian experience was analyzed using a comprehensive empiric research that comprised the examination of the whole universe of general repercussions topics judged by STF until December 31st 2013. We have investigated how STF has been applying the institute of general repercussion in order to understand general repercussion effects on the access to constitutional jurisdiction. The outcome evidenced the rapporteur power over the definition of general repercussions result, as well as his selectivity of the case, of the process to be judged and of the judging house.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General repercussion, Supreme federal court, Decision making process, Rapporteur selectivity.

Introdução

No exercício de sua política jurídica defensora da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF) seleciona os recursos extraordinários que vai julgar com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, mediante a análise da relevância econômica, política, social ou jurídica da questão constitucional controvertida. Trata-se de um filtro colegiado de admissão recursal que a Constituição chamou de repercussão geral¹.

Entre 2007 e 2013, o STF decidiu a preliminar de repercussão geral em 700 temas², sendo que 70% deles teve o requisito reconhecido. No mesmo período, foram distribuídos, no tribunal, 491.449 processos, dentre os quais 413.240 eram AI (Agravo de Instrumento), RE (Recurso Extraordinário) e ARE (Agravo em Recurso Extraordinário), representando 84% do total de processos distribuídos. No universo de AI, RE e ARE, os ministros do STF decidiram 335.080 recursos monocraticamente, representando 81%. Subtraídos os recursos decididos monocraticamente do universo de AI, RE e ARE, há um passivo de 78.160 de processos dentre os quais foram eleitos os 700 temas de repercussão geral, o que representa menos de 1%.

Passados seis anos de instituição do requisito da repercussão geral, já temos acúmulo o suficiente para investigar como o Supremo Tribunal Federal e seus ministros vêm aplicando esse filtro colegiado de admissão recursal.

Nosso universo é o conjunto de 700 temas de repercussão geral julgados desde julho de 2007 até 31 de dezembro de 2013. A ER n. 21, de 5 de maio de 2007, estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais da repercussão geral, marcando o início da vigência do instituto e de sua exigibilidade no âmbito do STF. No

¹ § 3º do art. 102 da Constituição e Lei n. 11418/06.

² Os temas 38, 97, 126 e 603 foram cancelados pelo STF (em virtude de duplicidade no sistema) e o tema 522 ainda não teve o exame de preliminar concluído (RE 650851, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 2.2.2010), o que perfaria um total de 695 temas. Como os temas 35 e 93 tiveram a repercussão geral analisada duas vezes, eles foram computados em dobro, totalizando 697 acórdãos. No tema 35 a repercussão geral foi reconhecida pelo plenário virtual (RE 567454, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 27.3.2008) e negada no plenário presencial (RE 567454, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 27.8.2009). No tema 93 a repercussão geral foi reconhecida no plenário virtual (RE 585702, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2008) e reafirmada no plenário presencial (RE 580108, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 18.12.2008).

entanto, os temas de repercussão geral apenas passaram a ser julgados no segundo semestre de 2007, o que sustenta o marco inicial de nossa pesquisa³.

Os dados foram consolidados no decorrer desses sete anos, sendo oportuno ressaltar a transparência do tribunal na acessibilidade às suas informações, especialmente pelos seus canais oficiais de comunicação, dentre os quais destacamos o endereço eletrônico na rede mundial de computadores⁴, a Central do Cidadão⁵, a Assessoria de Gestão Estratégica e a Secretaria de Gestão de Pessoas⁶.

No período analisado, integraram o Supremo Tribunal Federal as Ministras Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Rosa Weber, e os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Dias Toffoli, Luiz Fux, Teori Zavascki e Roberto Barroso. Identificamos, abaixo, o tempo em dias de tribunal de cada ministro, períodos de afastamento, bem como o seu exercício na presidência, durante o período pesquisado (01/07/2007 a 31/12/2013).

A Participação do relator no exame da Repercussão Geral:

Nosso universo de pesquisa é bastante diversificado, já que analisamos o comportamento decisório de dezesseis ministros do tribunal, com diferentes tempos de ‘casa’, múltiplos perfis decisórios⁷ e distintas atuações na relatoria de temas de repercussão geral.

No tocante à participação dos ministros na relatoria de temas de repercussão geral, o exercício da presidência do tribunal impacta positivamente na quantidade de temas relatados pelos ministros do STF. À exceção do Min. Joaquim Barbosa (que não relatou nenhum tema

³ STF – disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=vigencia>, acesso em 21-12-2012). O entendimento do tribunal de que a repercussão geral somente seria exigida nos recursos interpostos após a entrada em vigor da ER n. 21/07 (QO-AI 664.567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 6.9.2007), foi revisto para admitir a aplicação da sistemática a recursos anteriores a 3.5.2007 (QO-AI 715.423, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 5.9.2008; QO-RE 540.410, Rel. Min. Cezar Peluso; 17.10.2008; QO-ARE 663637, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 6.5.2013).

⁴ STF – disponível em: www.stf.jus.br, acesso em 21-nov.-2013.

⁵ STF – Criada em maio de 2008, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacao>, acesso em 21-nov.-2013.

⁶ As informações acerca das licenças médicas dos ministros, disponibilizadas pela Secretaria de Gestão de Pessoas, foram de grande importância para contextualização das abstenções no plenário virtual.

⁷ Para um perfil dos ministros do Supremo: OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Supremo Tribunal Federal: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2012, p. 45-118.

de repercussão geral no seu primeiro ano como presidente do STF), a Min. Ellen Gracie e os Min. Cezar Peluso e Min. Gilmar Mendes relataram mais temas de repercussão geral no período em que exerceram a presidência do tribunal, em comparação com o tempo em que não foram presidentes⁸.

Para mensurar a participação de cada ministro na relatoria de temas de repercussão geral calculamos a média de dias que cada um leva para relatar um tema de repercussão geral. Nesse contexto, identificamos o tempo de tribunal em dias, o exercício da presidência, os dias de licença médica, os temas de repercussão geral relatados (virtual e presencialmente), durante o período pesquisado, classificados em ordem decrescente de celeridade:

MINISTRO	Tempo de Tribunal	Temas RG Vencedor	Temas RG Vencido	% Vencedor	RG - Dias por Processo
MIN. CELSO DE MELLO	2.375	0	0		0,0
MIN. CEZAR PELUSO	1.888	107	5	95,54%	16,9
MIN. LUIZ FUX	1.034	54	2	96,43%	18,5
MIN. ELLEN GRACIE	1.496	69	1	98,57%	21,4
MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	2.375	92	8	92,00%	23,8
MIN. MENEZES DIREITO	757	26	4	86,67%	25,2
MIN. MARCO AURÉLIO	2.375	90	3	96,77%	25,5
MIN. DIAS TOFFOLI	1.530	52	0	100,00%	29,4
MIN. GILMAR MENDES	2.375	74	0	100,00%	32,1
MIN. TEORI ZAVASCKI	397	7	0	100,00%	56,7
MIN. AYRES BRITTO	1.966	32	0	100,00%	61,4
MIN. JOAQUIM BARBOSA	2.375	29	1	96,67%	79,2
MIN. CÁRMEN LÚCIA	2.375	23	3	88,46%	91,3
MIN. EROS GRAU	1.125	11	0	100,00%	102,3
MIN. ROBERTO BARROSO	188	1	0	100,00%	188,0
MIN. ROSA WEBER	743	3	0	100,00%	247,7

Fonte: a autora, a partir de dados do STF

O Min. Celso de Mello (decano do tribunal) não relatou nenhum tema de repercussão geral, o que marca uma postura **NÃO ADESIVA** do ministro à relatoria de temas de repercussão geral⁹. Apesar dessa postura, o ministro participa do julgamento da

⁸ Como o mandato do Min. Ayres Britto durou apenas três meses, não foi identificado impacto significativo no número de temas relatados durante o exercício da presidência.

⁹ Até 31.12.2013, no portal da repercussão geral na página do STF, o Ministro Celso de Mello aparece como relator de oito temas, entretanto, todos os temas foram distribuídos a ele após o exame da preliminar de repercussão geral no plenário virtual. Tratam-se dos temas 118, 167, 441, 457, 465, 496, 556 e 628.

repercussão geral no plenário virtual, votando regularmente nos temas relatados por seus colegas, com um percentual de abstenções inferior a 10%.

Em média, o tribunal relatou um tema a cada 64 dias, no período estudado. Enquanto o Min. Cezar Peluso foi o mais célere, relatando um tema a cada dezessete dias, a Min. Rosa Weber levou 248 dias na relatoria de cada tema de repercussão geral. Quando investigamos a relatoria de temas no plenário virtual, ao longo do tempo, temos o seguinte quadro:

Ano	MIN. CELSO DE MELLO	MIN. MARCO AURÉLIO	MIN. ELLEN GRACIE	MIN. GILMAR MENDES	MIN. CEZAR PELUSO	MIN. AYRES BRITTO	MIN. JOAQUIM BARBOSA	MIN. EROS GRAU	MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	MIN. CÁRMEN LÚCIA	MIN. MENEZES DIRETO	MIN. DIAS TOFFOLI	MIN. LUIZ FUX	MIN. ROSA WEBER	MIN. TEORI ZAVASCKI	MIN. ROBERTO BARROSO
2007	0	6	0	1	0	0	0	2	1	5	2	0	0	0	0	0
2008	0	19	8	2	3	2	4	3	39	15	21	0	0	0	0	0
2009	0	8	8	0	26	1	4	5	21	1	7	1	0	0	0	0
2010	0	12	43	20	4	7	5	1	1	3	0	17	0	0	0	0
2011	0	22	3	19	59	10	9	0	8	0	0	16	5	0	0	0
2012	0	7	0	11	14	10	7	0	12	0	0	12	38	0	0	0
2013	0	17	0	11	0	0	0	0	14	2	0	5	13	3	7	1
TOTAL	0	91	62	64	106	30	29	11	96	26	30	51	56	3	7	1

Fonte: a autora a partir de dados do STF.

Verifica-se que a falta de uniformidade na quantidade de temas analisados anualmente pelo tribunal reflete, sobretudo, o desempenho de cada ministro na relatoria dos temas. Esse quadro indica que os temas não são incluídos no plenário virtual por sorteio aleatório, ficando no campo da discricionariedade do ministro a escolha acerca da quantidade e do tema ou processo que terá a sua repercussão geral analisada.

Nesse sentido, podemos concluir que a relatoria de temas de repercussão geral é uma faculdade e não um dever; o que nos leva a digressões acerca do sentido da jurisdição como poder-dever e da justiça como serviço público essencial, que deve tributo ao princípio da continuidade.

A ausência de uniformidade também é perceptível quando consideramos o comportamento de um mesmo ministro na relatoria dos temas de repercussão geral, ano a ano, conforme tabela supra.

Assim como é certo afirmar que nenhum ministro tem o dever de relatar muitos ou poucos temas de repercussão geral, é, também, correto esperar uma homogeneidade de

trabalho entre os ‘pares’ que integram uma corte colegiada. Essa equanimidade na distribuição dos processos (ou do trabalho) é o sentido teleológico que inspira a compensação do art. 67 e §§ do Regimento Interno do STF¹⁰.

A distribuição de processos para um ministro é interrompida logo após a vacância do cargo e é retomada com a posse do ministro que ocupará sua vaga. Após a posse do novo ministro, inicia-se um procedimento de compensação do quantitativo de processos que deixou de receber durante o período da vacância do cargo, salvo se o dispensar o Tribunal (art. 67, § 1º do Regimento Interno do STF).

A exemplo do que ocorre com a distribuição aleatória de processos, seria salutar que a relatoria de temas de repercussão geral seguisse uma lógica homogênea favorecedora da transparência na escolha e eleição dos temas que terão sua repercussão geral julgada.

Adotando como parâmetro a média do tribunal na relatoria de temas de repercussão geral, podemos identificar um **PERFIL PARTICIPATIVO** (caracterizado pela grande atividade como relator de temas de repercussão geral), que se contrapõe ao perfil **NÃO PARTICIPATIVO** (caracterizado por uma média individual de relatoria inferior à média do tribunal).

O perfil participativo é encabeçado pelo Min. Cezar Peluso, o mais ativo na relatoria de temas de repercussão geral, seguido pelos ministros Min. Luiz Fux, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Ayres Britto. Enquadram-se no perfil não participativo os ministros: Rosa Webber, Roberto Barroso, Eros Grau e Carmén Lúcia.

A disparidade no número de temas relatados por cada ministro (e consequentemente julgados) sugere que a participação na relatoria de temas de repercussão geral está subscrita ao âmbito da discricionariedade do relator.

¹⁰ RISTF - Art. 67. Far-se-á a distribuição entre todos os Ministros, inclusive os ausentes ou licenciados por até trinta dias, excetuando o Presidente.

§ 1º Não haverá distribuição a cargo vago e a Ministro licenciado ou em missão oficial por mais de trinta dias, impondo-se a compensação dos feitos livremente distribuídos ao Ministro que vier assumir o cargo ou retornar da licença ou missão oficial, salvo se o Tribunal dispensar a compensação.

§ 2º Será compensada a distribuição que deixar de ser feita ao Vice-Presidente quando substituir o Presidente.

§ 3º Em caso de impedimento do Relator, será feito novo sorteio, compensando-se a distribuição.

§ 4º Haverá também compensação quando o processo tiver de ser distribuído por prevenção a determinado Ministro.”

O perfil não-participativo, por sua vez, reduz o espectro de incidência da repercussão geral (diminuindo as chances de efetivo julgamento e de êxito do recurso), produzindo um efeito restritivo do acesso à jurisdição constitucional.

A função do relator no julgamento da repercussão geral no STF:

A literatura tem se dedicado ao papel que os ministros exercem no jogo colegial das supremas cortes. Alguns estudos demonstram que a escolha de nomes para a Suprema Corte dos EUA está relacionada com a vaga a ser ocupada e com o papel a ser desempenhado por esse ‘novo’ juiz na configuração do tribunal (à direita ou à esquerda do ponto mediano de preferências da corte)¹¹.

A função *pivotal* foi identificada na capacidade desses ministros definirem blocos majoritários de coalizão, a partir do reequilíbrio dos vetores decorrentes das preferências políticas do tribunal (KREHBIEL, 2007, v. 51, n. 2, p. 231-240). Como na Suprema Corte o redator da decisão é definido pela composição do bloco majoritário (MURPHY, 1964), o voto médio acaba tendo um papel fundamental na definição de quem redigirá a opinião final da Corte e, conseqüentemente, o precedente a ser fixado e seguido¹².

O debate acadêmico nacional já destaca o papel fundamental que o relator desempenha no processo de tomada de decisão no STF (CARVALHO, 2008; OLIVEIRA, 2012, ARAÚJO, 2007).

OLIVEIRA (2011, p. 92) identificou um percentual de 99% de votos vencedores do relator quando o STF julga o mérito de ADI, o que demonstra o seu papel central no processo decisório, não fazendo sentido associar a corte brasileira ao seu presidente (como ocorre nos modelos de análise do comportamento judicial estadunidenses).

¹¹ No modelo estadunidense, o presidente indica o ministro para uma vaga específica da Suprema Corte. Quando a vaga a ser preenchida é do *chief justice*, o presidente pode indicar ambos: um *sitting justice* para a posição e um novo *associate justice*; ou ele pode escolher um novo *chief justice* fora do tribunal. William Rehnquist era um *associate justice* quando foi indicado e confirmado para a posição de *chief justice*. Seu antecessor, Warren Burger, não integrava a corte quando foi indicado e confirmado *chief justice* (MORASKI e SHIPAN, 1999, v. 43, n. 4, p. 1069-1095).

¹² Sandra Day O'Connor e Anthony Kennedy, dois tradicionais votos médios na Suprema Corte, integravam a lista dos mais importantes atores políticos em Washington DC, feita por atentos observadores da corte, ao contrário de Rehnquist e Scalia (The Washington 100, *National Journal*, 14.6.1997).

Em sentido contrário, entendemos que o inquestionável protagonismo do relator no processo decisório, não autoriza a minimização da função e do poder do presidente do STF no controle de constitucionalidade, e para além dele.

De fato, na Suprema Corte dos EUA, além de definir a 'relatoria dos casos', o presidente (*chief justice*) tem a prerrogativa de *assigns the case* sempre que vota com a maioria; quando o presidente compõe a minoria, a decisão é redigida pelo ministro mais antigo do bloco majoritário (STERN, GRESSMAN, SHAPIRO e GELLER, 2002). O poder dessa ferramenta vai além de afetar o resultado do julgamento (quem ganha e quem perde): ao redigir a opinião majoritária da corte, o presidente define os contornos nos quais a controvérsia será definida nos casos futuros, fixando os limites e alcances do precedente firmado. Trata-se de uma prerrogativa que coloca o presidente em uma posição ímpar de moldar a jurisprudência do tribunal (KNIGHT, 1992).

No STF, a relatoria dos processos é definida por sorteio aleatório e pelo relator que escolhe os temas de repercussão geral que quer analisar. Os acórdãos, por sua vez, são redigidos pelo relator do processo (quando sua posição é vencedora) ou pelo ministro que inaugurar a divergência (quando o relator é vencido), cabendo ao presidente tão somente a proclamação do resultado do julgamento¹³.

Em que pese a diferença dos papéis exercidos pelo presidente na Suprema Corte e no Supremo Tribunal, parece apressado concluir que não faz sentido associar a corte ao seu presidente no Brasil, uma vez que é expressivo o traço personalista que alguns presidentes imprimiram à sua gestão na condução da pauta do plenário presencial, o órgão máximo do STF.

Cite-se como exemplo a conjugação dos cenários político e institucional do Supremo no biênio presidido pelo Min. Nelson Jobim, ex-Ministro da Justiça do então presidente da República, que o nomeou ministro do STF, Fernando Henrique Cardoso. Por ocasião da saída antecipada do ministro do STF, previa-se o retorno à pauta do plenário presencial de processos importantes que estavam retidos em seu gabinete, alguns há oito anos¹⁴. O número de pedidos de vista do então presidente do Supremo ocasionou, até mesmo,

¹³ STF - §§ 2º e 4º do art. 135 do RISTF.

¹⁴ Consultor Jurídico: Gaveta do Supremo: Presidente do STF demora até oito anos para analisar ações, por Alexandre Machado, em 3.3.2006.

interpelação por suposto crime de responsabilidade (Pet 3606, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 15.2.2006).

Se não há consenso acadêmico acerca dos limites e importância da influência exercida pelo presidente do STF, o mesmo não se pode dizer do relator: é indene de dúvidas que ele exerce um importante e decisivo papel na condução do processo decisório ao escolher o órgão julgador da preliminar de repercussão geral e, especialmente, quando essa escolha recai no plenário virtual do STF.

A principal função exercida pelo relator do processo é informacional e condutora da marcha processual.

O ministro relator é quem estuda a fundo o processo e quem mais sabe acerca das circunstâncias subjacentes à decisão que será tomada, incumbindo, a ele, a distribuição dessas informações aos demais ministros que integrarão o colégio decisório.

Procedimentalmente, o relator distribui as informações acerca do processo a ser julgado por intermédio da elaboração do relatório, que consiste no resumo de sua visão do tema e das circunstâncias a ele subjacentes, antecedente ao seu voto.

Esse detido e pormenorizado exame processual feito pelo ministro relator é o responsável pela fidúcia que os demais pares depositam nas informações que ele oferece, bem como na posição que ele defende. Circunstância que é constatada pelo alto índice de adesão dos demais ministros ao entendimento do relator (percentual de vitórias do relator).

Nos julgamentos presenciais, os demais ministros podem suscitar dúvidas e questionamentos que não tenham sido sanados pelo relatório ou que surjam do próprio relatório elaborado pelo relator. A função informacional do relator é complementada pela interação entre os ministros (inclusive com questionamentos dirigidos ao relator do processo), e pela participação das partes do processo, que oferecem subsídios para o deslinde da controvérsia com sustentações orais, podendo responder diretamente aos questionamentos dos ministros.

No plenário virtual não há espaço para essa complementação do processo informacional, haja vista a ausência da interação entre os ministros (que votam consecutivamente), bem como a ausência de participação das partes do processo durante as sessões de julgamento.

De outro turno, no plenário virtual do STF, a questão constitucional aumenta a relevância do papel do relator, já que dá a ele o poder de definir como as abstenções dos outros ministros serão computadas no resultado final da repercussão geral. Como vimos, as abstenções operam como um voto tácito pelo reconhecimento da repercussão geral e admissão do recurso. No entanto, se o relator votar pela ausência de matéria constitucional, as abstenções mudam de signo e passam a valer como voto tácito contra a admissão do recurso, por ausência de repercussão geral.

O computo do voto tácito é decisivo para o reconhecimento da repercussão geral, fazendo até que, em alguns temas, a soma das abstenções prevaleça sobre o voto expresso dos ministros. Ao poder definir o sentido da abstenção, no limite, o relator pode decidir como a repercussão geral será julgada no plenário virtual.

O voto do relator formou maioria em 96% das vezes em que a repercussão geral foi julgada, tanto no plenário virtual¹⁵ quanto no plenário presencial¹⁶, especialmente quando reconhece a existência da preliminar¹⁷. Quando está em foco o julgamento do mérito do tema com repercussão geral, a posição defendida pelo relator foi vencedora em mais de 92% dos julgamentos. A posição do relator foi vencedora em 95% de todos os acórdãos pesquisados (preliminar e mérito de repercussão geral).

Podemos concluir que o relator do tema de repercussão geral tem o poder de influenciar a decisão dos demais ministros do tribunal, formando a maioria no resultado do julgamento. Essa grande influência no resultado do julgamento leva-nos a por em relevo o fato de que ele escolhe discricionariamente o tema que quer relatar (ainda que no universo de processos distribuídos, a ele, por sorteio), seletividade que pode comprometer a integridade do controle incidental de constitucionalidade que se desenvolve por intermédio da repercussão geral.

¹⁵ Das 663 decisões do plenário virtual, em apenas 26 os relatores ficaram vencidos, sobretudo quando entenderam ausente a preliminar de repercussão geral, representando menos que 4% das decisões, o que será mais detalhadamente analisado no perfil decisório de cada ministro.

¹⁶ Das 34 decisões presenciais sobre a repercussão geral, cinco foram tomadas unanimemente (temas 172, 237, 240, 338 e 339). Nas decisões presenciais, apenas a Ministra Ellen Gracie foi vencida na relatoria do tema 172, por ter considerado ausente a repercussão geral, em percentual inferior a 3%.

¹⁷ Tanto no plenário virtual quanto no presencial, os relatores foram vencidos quando negaram a existência da repercussão geral. A única exceção é o Ministro Marco Aurélio, que foi vencido em três temas em que reconheceu a repercussão geral. No entanto, como o Ministro Marco Aurélio apenas submete ao plenário virtual os temas nos quais ele reconhece a existência da repercussão geral, não há uma infirmação direta da regra. Aqui também pode operar um reflexo do quórum qualificado para a recusa do recurso, bem como das abstenções.

Quais os critérios que orientaram os ministros do STF na escolha dos 700 temas de repercussão geral, em um universo de mais de 78 mil processos?

Ao ser autuado no STF, o primeiro filtro recursal pelo qual o processo passa é a Secretaria Judiciária da Presidência. Ultrapassado esse primeiro crivo, o recurso é distribuído aleatoriamente (por sorteio) a um dos ministros, o relator, que exerce um segundo filtro monocrático¹⁸.

O sistema aleatório de distribuição garante a isonomia, impessoalidade e imparcialidade do julgador.

Vencido o exame monocrático do relator, o recurso tem sua repercussão geral analisada, junto com a questão constitucional da matéria. Logo, o exame da preliminar de repercussão geral é o **terceiro filtro** de admissão recursal no STF.

No STF, o plenário virtual é o órgão responsável pelo julgamento da preliminar de repercussão geral. Apesar de ter sido concebido exclusivamente para o julgamento da repercussão geral, o plenário virtual teve sua competência paulatinamente ampliada para apreciar a preliminar da índole constitucional da controvérsia¹⁹ e, posteriormente, para o julgamento do mérito de temas que reafirmam a jurisprudência da Corte²⁰. Trata-se de uma forma colegiada de reunião virtual de todos os ministros que integram o STF.

O ministro relator do recurso é competente para eleger o processo e incluí-lo no plenário virtual, como tema de repercussão geral. Nessa ocasião, o relator apresenta a sua manifestação sobre a índole constitucional da controvérsia e sobre a existência ou não da repercussão geral, bem como a proposta de reafirmação ou não da jurisprudência (se for o caso).

A partir da inclusão do tema no plenário virtual, os demais ministros do STF possuem 20 dias corridos para se manifestar. Essa manifestação pode se dar a qualquer hora

¹⁸ Dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF e dos Relatórios de Atividades do STF indicam que 80% os processos distribuídos no STF entre 2007 e 2013 foram decididos monocraticamente. Esse cenário sugere outra realidade, subjacente ao modelo normativo da jurisdição constitucional brasileira, na qual o Supremo teria uma ampla discricionariedade na escolha daquilo que efetivamente julga (decisão colegiada e dialógica). O diagnóstico de que o STF não tem o controle de sua pauta e de que seria relativamente fácil acessar o tribunal merece ser revisitado, especialmente porque ancorado exclusivamente em análises quantitativas dos recursos autuados no tribunal, sem investigar os rumos e destinos efetivamente dados a essa massa recursal (fulcrado no dogma de que o juiz não pode deixar de decidir).

¹⁹ ER n. 31/2009, do STF.

²⁰ ER n. 42/2010, do STF.

do dia ou da noite, em qualquer dia da semana e em qualquer lugar. As abstenções dos demais ministros são devidamente computadas como voto tácito pela admissão ou recusa do recurso, sendo necessários 8 votos para que o recurso seja recusado por ausência de repercussão geral. O prazo para conclusão do julgamento no plenário virtual não está sujeito à suspensão ou interrupção e a decisão de repercussão geral é irrecorrível.

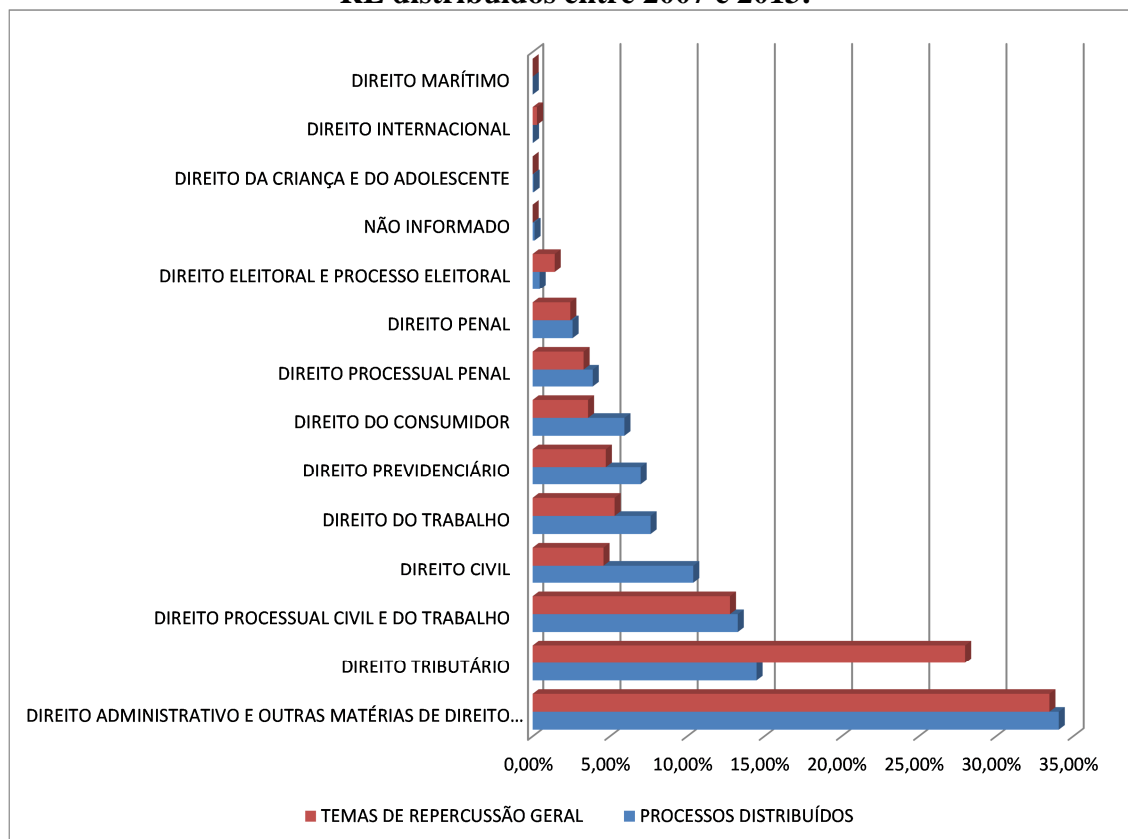
O mesmo ocorre nos processos repetitivos que, via de regra, são distribuídos para vários ministros do STF. Também nesse caso, fica no âmbito da discricionariedade do relator a escolha do processo *leading case* que representará o tema no plenário virtual, inexistindo regra de precedência para a apreciação da preliminar de repercussão geral (o primeiro processo distribuído sobre o tema seria, necessariamente, incluído no plenário virtual).

Esse quadro indica que os temas não são incluídos no plenário virtual por sorteio aleatório, ficando no campo da discricionariedade do ministro a escolha da quantidade de temas relatados, bem como do *leading case* que terá a sua repercussão geral analisada.

Para testar essa hipótese, comparamos a classificação das matérias versadas nos temas de repercussão geral com a classificação de todos os AI, ARE e RE distribuídos no tribunal²¹ entre 2007 e 2013, conforme gráfico abaixo:

²¹ STF - Dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>, acesso em 23-jan-2014.

Relação entre as matérias dos temas de repercussão geral analisados e dos AI, ARE e RE distribuídos entre 2007 e 2013:



Fonte: a autora, a partir de dados do STF.

Verifica-se uma relativa correspondência entre as matérias dos recursos distribuídos e dos temas na análise de repercussão geral.

No entanto, apesar de direito tributário figurar como o segundo tema mais recorrente na distribuição de recursos e nos temas de repercussão geral, proporcionalmente, há 13,51% mais processos de direito tributário nos temas de repercussão (28,01%) que no total de recursos distribuídos (14,50%).

Situação semelhante pode ser constatada em direito eleitoral e processual eleitoral, que correspondem a 1,43% dos temas de repercussão geral e 0,45% dos recursos distribuídos. A relação se inverte nos demais temas, especialmente em direito civil (4,59%) e do consumidor (3,59%), onde há menos temas de repercussão geral que AI, ARE e RE distribuídos (10,40% e 5,94%, respectivamente).

Uma das explicações possíveis para essa diferença é a distribuição aleatória do processo por sorteio do relator, que ocorre apenas na autuação do recurso. Já os temas de

repercussão geral são de livre escolha do relator, dentre os processos a ele distribuídos aleatoriamente.

Na análise do conjunto de temas, essa escolha sugere uma **seletividade positiva** dos temas de **direito tributário e eleitoral e processual eleitoral**, e uma **seletividade negativa** nos temas dos demais ramos do direito, especialmente em **direito civil e do consumidor**. Os dados indicam um viés restritivo (direito civil e consumidor) ou ampliativo (direito tributário) do tribunal, no que diz respeito ao acesso, a depender da matéria de direito versada no processo.

Quais as consequências dessa seletividade e da discricionariedade do relator do processo na escolha do tema de repercussão geral?

A primeira e mais óbvia consequência indica que os AI, RE e ARE distribuídos ao Min. Celso de Mello e que não foram monocraticamente decididos não terão a sua repercussão geral analisada e, conseqüentemente, não serão julgados. Uma clara obstaculização ao acesso ao STF.

De outro giro, o fato de o ministro relator decidir monocraticamente 81% dos AI, RE e ARE somado à constatação de que o seu voto foi condutor da maioria em 92% de todos os acórdãos de repercussão geral (tabela supra) evidenciam a enorme influência do relator no resultado do processo decisório no controle concentrado de constitucionalidade no STF.

Essa grande influência no resultado do julgamento leva-nos a pôr em relevo a discricionariedade do relator na escolha do tema que quer relatar (ainda que no universo de processos distribuídos, a ele, por sorteio).

Já que o relator decide quem tem acesso ao STF (decisão monocrática e escolha discricionária dos temas de repercussão geral) e exerce uma influência decisiva resultado do processo decisório (voto vencedor em 92% dos temas de repercussão geral), há de se publicizar os critérios que o levam a escolher o *leading case* de repercussão geral, especialmente, repita-se, quando tratamos de 700 temas eleitos em um universo de 78 mil processos (muitos deles repetitivos).

Com efeito, a não relatoria e a falta de uniformidade na quantidade de temas relatados por cada ministro é agravada pela ausência de justificativas explícitas para tamanha heterogeneidade nessa atividade jurisdicional, indicando um grave déficit de transparência.

Bibliografia

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos tribunais locais. *Revista de Processo*, v. 152, p. 181, out. 2007.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator*. São Paulo: Saraiva, 2008.

KNIGHT, Jack. *Institutions and Social Conflict*. New York: Cambridge University Press, 1992.

KREHBIEL, Keith. Supreme Court Appointments as a Move-the-Median Game. *American Journal of Political Science*, v. 51, n. 2, p. 231-240, 2007.

MORASKI, Bryon J.; SHIPAN, Charles R. The Politics of Supreme Court Nominations: A Theory of Institutional Constraints and Choices. *American Journal of Political Science*, v. 43, n. 4, p. 1069-1095, 1999.

MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1964.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justiça, *Profissionalismo e Política: O STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 92.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo Relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *RBCS*, v. 27, n. 80, p. 89-115, out-2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Supremo Tribunal Federal: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2012, p. 45-118.

STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, Stephen M.; GELLER, Kenneth S. *Supreme Court Practice*. 8ª ed. Washington D. C.: The Bureau of National Affairs, 2002, p. 14-37.