

A REPERCUSSÃO GERAL DIANTE DAS NOVIDADES DO RISTF: ELEMENTOS PARA UMA RECONSTRUÇÃO

THE WRIT OF CERTIORARI IN FRONT OF THE NOVELTIES OF THE RISTF: ELEMENTS FOR A RECONSTRUCTION

Luiz Guilherme Marinoni*

SUMÁRIO

1. A repercussão geral e o poder de não decidir do Supremo Tribunal Federal. 2. O problema da fundamentação. 3. A rejeição da repercussão geral. 3.1 A natureza essencialmente provisória da decisão que rejeita a repercussão geral. 3.2 Não decidir para quem? 3.3 Uma decisão que não decide pode ser um precedente vinculante? 4. A novidade inserta no art. 326 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: o relator pode negar a repercussão geral “com eficácia apenas para o caso concreto”. 5. Da possibilidade de negar eficácia vinculante à decisão que julga o recurso extraordinário. 5.1 Acerca da eventual preclusão da decisão que reconhece a repercussão geral. 5.2 A revisão da repercussão geral no art. 323-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5.3 A eficácia vinculante não é consequência necessária da repercussão geral. 5.4 Eficácia *inter partes* da decisão que julga o recurso extraordinário. 6. O problema da suspensão dos processos. 6.1 A estratégia. 6.2 O excesso: violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional. 6.3 O caso constitucional visto como um problema e não como a mola propulsora do desenvolvimento da Constituição. 6.4 A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal regular a suspensão dos processos de acordo com as particularidades da questão constitucional enfrentada. 6.5 A suspensão dos processos não é obstáculo para a Corte negar eficácia vinculante à sua decisão.

REFERÊNCIA: MARINONI, Luiz Guilherme. A repercussão geral diante das novidades do RISTF: elementos para uma reconstrução. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 1, Porto Alegre, p. 5-38, jun. 2021.

1 A REPERCUSSÃO GERAL E O PODER DE NÃO DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A repercussão geral confere ao Supremo Tribunal Federal poder para não decidir todos os casos que lhe são levados a partir de afirmação de violação da Constituição. Embora isso seja evidente, é oportuno sublinhar que a Corte não tem dever de analisar o mérito do recurso extraordinário, ainda que esse tenha obedecido os requisitos constitucionais do art. 102, III, da Constituição e os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal.

Há, portanto, verdadeiro poder de não decidir. Esse poder, como é óbvio, representa parcela do poder deferido à Corte para a tutela da Constituição. Torna-se evidente, assim, que a Corte não tem poder apenas para afirmar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, ou mesmo para resolver os casos constitucionais mediante outras formas de decisão, como as decisões aditivas ou substitutivas.

Não decidir, nessa dimensão, não pode ser visto apenas como o oposto de decidir, ou como algo que não tem qualquer valor positivo autônomo. Não decidir é algo relevante, não devendo ser confundido com a mera impossibilidade do uso do poder de decidir. Em outras

* Professor Titular da UFPR. Vice Presidente da International Association of Procedural Law.

palavras, a Corte também exerce um poder virtuoso quando não decide. Não decidir tem significado dotado de qualidade positiva, na medida em que é fundamental para que a Corte possa bem decidir o que importa para a tutela da Constituição e das pessoas e, especialmente, para que possa respeitar a vontade popular e as demais instituições, evitando a corrosão dos valores democráticos.

Decidir o que importa é, sem dúvida, deixar de decidir os casos cuja solução interessa somente às partes ou não tem relevo nas perspectivas econômica, política, social ou jurídica. Mas *bem* decidir o que importa é decidir os casos que podem dar à Corte condições de analisar e discutir a questão constitucional a partir de fatos ou de questões morais que tenham sido adequadamente debatidos e esclarecidos nos tribunais.

Note-se que, quando o caso não interessa apenas às partes, há fatos com dimensão econômica, política e social cujo esclarecimento obviamente não pode ficar restrito ao processo *inter partes*. Melhor explicando, a Corte, para poder bem decidir, deve necessariamente aguardar o esclarecimento dos fatos a partir das discussões travadas nos vários tribunais, e, se for o caso, no Superior Tribunal de Justiça, quando se pode decidir a partir das informações apresentadas pelos *amici curiae*. Ademais, há casos que envolvem questões morais cujo esclarecimento depende de debate adequado nos tribunais, sendo imprescindível ter em conta os argumentos acerca das situações concretas situadas nas diferentes partes do país.

Em termos mais claros, não basta decidir o que importa. É necessário bem decidir o que importa e, para tanto, não se pode ter pressa. Uma decisão prematura do Supremo Tribunal Federal, firmando precedente vinculante, tem efeitos deletérios não só à tutela da Constituição, mas também à legitimidade da Corte.

Não se diga que a repercussão geral se limita a autorizar a não decisão sobre casos que não preenchem os requisitos da relevância e da transcendência. Como é evidente, quem tem legitimidade para resolver apenas os casos que importam à afirmação da Constituição não pode ser obrigado a decidir a partir de casos que não lhe dão oportunidade de decidir adequadamente. Como chega a ser óbvio, se o caso é o motivo para se afirmar e desenvolver a Constituição, é contraditório supor que a Corte está presa e submetida ao primeiro recurso extraordinário que lhe chega nas mãos, ou seja, a *qualquer* caso constitucional concreto.

Nessa linha importa sublinhar que, como é necessário bem decidir os casos, é equivocado imaginar a possibilidade de se decidir caso que envolve a interpretação da lei antes de o

Superior Tribunal de Justiça ter firmado precedente, definindo a interpretação da lei federal.¹ Caso o Supremo Tribunal Federal pudesse julgar o recurso extraordinário interposto contra a decisão de tribunal que interpreta a lei, não há dúvida que o campo de atuação da Corte estaria comprometido, já que a decisão da questão constitucional teria que considerar apenas a interpretação de um tribunal. Ora, se a prioridade é permitir à Corte bem decidir, pouca coisa pode ser pior do que obrigá-la a decidir com base numa “interpretação minoritária”. Para bem decidir, e para que se respeite a ideia que está à base do próprio Superior Tribunal de Justiça – responsável pela unidade da interpretação da lei federal –, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso que lhe confere oportunidade de exercer adequadamente a sua função, considere a norma extraída da lei pela maioria dos intérpretes.²

Mas o que aqui realmente importa é que a repercussão geral permite não decidir em nome dos valores da democracia, para garantir a discussão popular e a deliberação parlamentar diante de lei que exige um “*second look*”³, seja porque está em desuso e se deseja aplicá-la diante de uma nova situação da vida, seja porque novos fatos e valores sociais estão a exigir a sua rediscussão – tanto pelas pessoas quanto pelo Parlamento.

Não decidir para favorecer a participação das pessoas e o processo democrático é algo bem diferente do que não decidir em virtude de os fatos e as questões morais exigirem maior discussão entre os Juízes e os Tribunais.⁴ Nessa última hipótese, deixa-se de decidir o recurso extraordinário porque se entende que os fatos e as questões morais devem ser melhor discutidos e esclarecidos no âmbito interno do Judiciário. Na primeira situação, defere-se à população e ao Parlamento oportunidade de discutir os fatos e as questões morais porque a Corte tem consciência de que a sua decisão carecerá de legitimidade democrática.⁵

Nas duas hipóteses, de certa forma, deixa-se a decisão para um posterior momento. Quando a Corte está na dependência de um caso que lhe permita bem decidir, aguarda-se apenas o momento certo para tanto. Porém, quando há deferência ao Parlamento, deixa-se apenas em aberto a *possibilidade* de decidir, uma vez que obviamente não se sabe qual será o teor do pronunciamento legislativo e, portanto, se haverá necessidade de decidir.

¹Ver Luiz Guilherme Marinoni, *A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

²Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, *Enciclopedia del diritto*, 1964, p. 207.

³Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 80-151.

⁴Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2a. ed., New Haven: Yale University Press, 1986, p. 113 e ss.

⁵Vittoria Barsotti, *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 278 e ss.

Numa situação, a Corte não decide para poder bem decidir. Na outra, ao deixar de decidir, a Corte sequer sabe se terá necessidade de vir a decidir. Não obstante, não há dúvida que a repercussão geral confere à Corte oportunidade de não decidir em ambas as situações. Se não se pode imaginar que a Corte possa ter poder para decidir sem ter condições adequadas para tanto, é também evidente que a Corte não pode ser obrigada a decidir quando está consciente da necessidade de discussão popular e deliberação parlamentar, ou mesmo que o Parlamento, tendo facilidade para chegar numa decisão compatível com a Constituição, poderá proferir decisão melhor aceita pelos grupos que estão em confronto.

Na verdade, ao se dar à Corte poder para não decidir, deixando de reconhecer a repercussão geral por falta de relevância e transcendência, deseja-se que ela decida apenas o que é necessário para a tutela da Constituição e o bem estar da população, sendo infrutíferas e inapropriadas as decisões que usurpam o poder decisório dos representantes eleitos pelo povo. Decidir além do que é necessário é sempre um mal para a democracia e um desrespeito à vontade popular⁶. Não decidir em deferência ao Parlamento, portanto, é o que não se pode deixar de esperar da Corte, diante do seu zelo aos valores da democracia. Ora, a existência de uma transcendência que faz ver a necessidade de discussão popular e deliberação parlamentar, ou seja, a falta de transcendência necessária para a atribuição de unidade ao direito constitucional, confere à Corte poder para rejeitar a repercussão geral e não decidir o caso.

2 O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO

Não decidir, a princípio, implica em não precisar apresentar uma fundamentação semelhante a necessária para decidir. Afinal, não decidir significa não ter que justificar a opção entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade. Porém, não decidir, ainda que possa exigir menor esforço, em termos de fundamentação, daquela que é imprescindível para decidir, exige uma explicação do porquê de não decidir. Ou seja, exige a demonstração da razão pela qual a repercussão geral não é reconhecida. No entanto, embora explicar a razão de não decidir seja mais importante do que explicar a razão de decidir, a Corte, diante da repercussão geral, não pode ser isenta do dever de apresentar razões para deixar de reconhecer ou para admitir a repercussão geral.

⁶Cass Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, *John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322*, University of Chicago, 2007; Cass Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996, p. 96 e ss.

Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

A Corte não só deve justificar o motivo pelo qual entende que uma questão é, ou não, relevante e transcendente, mas também deve apresentar razões para deixar de decidir um caso que, a princípio, pode ser visto como relevante e transcendente. A justificativa tem maior importância quando a repercussão geral não é reconhecida, especialmente quando isso ocorre em virtude da necessidade de esclarecimento dos fatos ou de maior debate sobre a questão nos tribunais e, sobretudo, da percepção de que a questão ainda deve ser discutida pela população e contar com decisão parlamentar.

De qualquer forma, pouca atenção vem sendo dada à fundamentação no plenário virtual. Como o plenário da repercussão geral foi obrigado a assumir a figura de banca destinada a cumprir papel burocrático e irrelevante, o de carimbar decisões para dar-lhes eficácia capaz de conter a multiplicidade de recursos repetitivos, o problema da fundamentação ficou encoberto.

Sem dúvida, o descaso com a fundamentação no plenário virtual é, acima de tudo, mera consequência do papel que esse assumiu. Note-se que, em regra, apenas o relator fundamenta os seus votos. Demonstrou-se que a posição do relator prevalece em mais de noventa e seis por cento dos casos⁷ – ou seja, praticamente na totalidade –, o que significa que não há preocupação em dissentir quanto à presença ou não de repercussão geral. Ainda mais curioso é que, nos raros casos em que o relator fica vencido, exatamente porque a dissensão não é fundamentada, a decisão do plenário resta destituída de qualquer fundamentação.

Ao julgar a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 559.994⁸, a Corte decidiu que, no plenário virtual, seria possível apenas aderir à posição do relator – sem qualquer fundamentação –, mas que o primeiro voto dissidente deveria apresentar suas razões, inclusive para que a decisão final pudesse ser justificada pelo relator. Não obstante, essa decisão do plenário físico deixou de ser observada pelos próprios Ministros⁹, como várias decisões (virtuais) posteriores permitem ver.¹⁰

Quando a dissidência tem de ser justificada, confere-se significado ao plenário virtual. Sem isso, o plenário, diante dos receptores das suas decisões, explicaria menos do que uma decisão monocrática. A partir do primeiro voto discordante, na verdade, todas as manifestações

⁷Dameres Medina, *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Saraiva, 2016, item 5.1.6.

⁸QO no RE 559.994, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10.06.2009.

⁹Dameres Medina, *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*, item 5.1.6.

¹⁰O novo parágrafo inserido no art. 324 do RISTF, proclamando a necessidade de, quando não presentes votos suficientes para o reconhecimento ou não da repercussão geral, convocar-se os Ministros ausentes para votar, pode estimular a fundamentação, não apenas porque os votos faltantes terão importância definidora do resultado, mas também porque atribuirá maior responsabilidade a todos os votos.

deveriam ser justificadas, uma vez que a prática de apenas concordar com uma posição tem lógica somente enquanto não instaurada a dissidência.

A justificativa, como não poderia deixar de ser, é tanto melhor quanto mais adequada é a deliberação. Lembre-se da importância da dissidência quanto ao não reconhecimento do *certiorari*, conhecida no direito estadunidense nas formas de “*dissent from denial*” e de “*opinion respecting from denial*.”¹¹ Não apenas a contrariedade em relação à denegação do *certiorari*, mas também as posições que lhe são favoráveis, podem ser justificadas, o que obviamente contribui para tornar a tarefa de seleção de casos mais transparente e passível de controle, inclusive pela sociedade.

A relação entre o uso do poder de não decidir e a justificativa é indispensável ao controle da Corte e, assim, para que o seu poder seja usado não apenas de modo virtuoso, mas também respeitoso ao povo e às demais instituições. Para que haja controle sobre a decisão que trata da repercussão geral, imprescindível para a legitimação da Corte, para o respeito às necessidades e às aspirações da sociedade e para uma saudável relação entre a Corte e as demais instituições, importa considerar as justificativas contrárias e favoráveis à posição do relator, qualquer que seja a decisão final que venha a prevalecer. Frise-se que a dissidência não só estimula e promove o diálogo entre os Ministros, mas também contribui ao esclarecimento da população e das outras instituições públicas.

Quando as decisões tomadas em sede de repercussão geral podem evidenciar o pensamento dos Ministros, torna-se possível conhecer as razões da Corte. Isso importa, sobretudo, quando a Corte não decide para aguardar a frutificação do debate popular e de melhor solução parlamentar, do esclarecimento dos fatos e do amadurecimento da discussão do caso perante os tribunais.

Na hipótese em que a Corte não decide em favor do diálogo constitucional, *a justificativa constitui canal para o diálogo entre a Corte, a população e as demais instituições*. Mesmo quando a Corte prefere decidir, eventual dissidência pode fornecer traços a respeito de quando e como a abertura à participação popular e ao diálogo poderão ocorrer em outras situações. *Indicativos de uma abertura ao diálogo são importantes numa sociedade marcada pelo pluralismo, pelos desacordos morais razoáveis persistentes e variados e pela necessidade da busca de consenso para a tomada das melhores decisões.*¹²

¹¹Ver Fabio Tiro, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 341 e ss.

¹²Cass Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, *John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322*, University of Chicago, 2007, p. 13 e ss.

Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

Porém, se o dissenso contra a admissão da repercussão geral tem importância para a demonstração de que a Corte pode estar disposta a discutir com a população e a dialogar com as demais instituições, o dissenso contra a não admissão da repercussão geral pode ser uma viva demonstração das razões da minoria da Corte diante de uma tentativa de não decidir caso relevante para a sociedade ou mesmo de revogar precedente.¹³

Na verdade, *a dissidência contra a admissão ou a denegação da repercussão geral constitui um instrumento ou uma defesa nas mãos das eventuais minorias da Corte para a afirmação das suas posições*¹⁴, comunicando-as à sociedade e às demais instituições, representando, por isso, um notável elemento em proveito do funcionamento adequado da Corte e da democratização da sua relação com a sociedade e com as instituições públicas. Isso para não falar que a dissensão se comunica com a academia, com os advogados e com os juízes, os últimos diretamente afetados pelo poder da Corte e a primeira, assim como os últimos, participante do debate público interessado na promoção do seu uso adequado, respeitoso aos direitos fundamentais e atento aos valores da teoria democrática.

A justificativa da dissidência é imprescindível, na medida em que, de outra forma, a decisão restaria sem qualquer fundamentação. Não há decisão que, formada a partir de um voto dissidente, possa não conter razões para evidenciar o motivo da dissidência ter prevalecido. Um voto dissidente, bem vistas as coisas, é suficiente para esperar que os votos posteriores, exatamente porque têm que optar entre uma das posições, sejam justificados.¹⁵

Desse modo, sempre que há resistência à posição do relator, institui-se diálogo entre os Ministros acerca da configuração da repercussão geral. Esse diálogo não apenas tem importância para a construção do entendimento da Corte a respeito da relevância de se analisar e julgar determinado caso constitucional, mas também para sinalizar, para a sociedade e para as demais instituições públicas, os motivos pelos quais um caso não decidido. Se é importante que a Corte deixe claro o motivo pelo qual resiste a julgar determinados casos ou a rever certos precedentes, especialmente quando esses já despertaram o interesse da população, é também

¹³O dissenso também é importante para propor soluções processuais alternativas, envolvendo, por exemplo, os métodos de decidir e de justificar.

¹⁴“... *il dissent from denial* è senza dubbio la voce dei ‘dimenticati dalla Corte’. Una sorta di ‘azione positiva’, a favore di tali soggetti e degli stessi giudici in costante minoranza, di strumento in grado di agevolare il raggiungimento di ‘pari opportunità’ nella partecipazione al discorso giuridico” (Fabio Tiro, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema*, p. 343).

¹⁵Depois de instaurada a dissidência, obviamente não basta apenas “concordar”, na medida em que é necessário demonstrar o motivo pelo qual a outra posição foi rejeitada. Na verdade, depois de instaurada a dissidência simplesmente não há como somente “concordar”, já que o aceite de uma posição implica na rejeição da outra. Eventual mera concordância, nessa situação, é ato que revela não fundamentação.

relevante que deixe transparecer as razões pelas quais julga casos que, ao contarem com o debate popular, poderiam ser bem resolvidos pelo Parlamento.

Lembre-se que, diante de casos que envolvem pretensões fundadas em direitos fundamentais ainda não considerados e balanceados pelo Parlamento, a Corte, a princípio, não tem motivo para decidir, editando precedente. A Corte só deve se sentir obrigada a decidir, numa situação dessa espécie, quando pode demonstrar que a “não decisão legislativa” constitui omissão parlamentar ou que há pretensão relevante e carente de proteção legislativa de grupo insular ou destituído de poder social.

O real problema da contenção da Corte surge quando há lei que, regulando desacordo moral razoável, é dita inconstitucional. É nessa ocasião que a Corte, tendo em conta a repercussão da lei sobre a sociedade, pode deixar de decidir para que as pessoas possam discutir e chegar a um consenso, sempre para que o Legislativo possa reformar a lei ou editar outra em seu lugar, de modo a que sejam apagados quaisquer sinais de prejuízo aos direitos e para que esses sejam integralmente tutelados nos termos da Constituição.

As questões constitucionais que envolvem desacordos morais razoáveis, exatamente porque extrapolam os limites do Judiciário, interessando de modo direto às pessoas e, por conta disso, ao Parlamento, recomendam contenção quando a discussão popular pode estimular decisões legislativas capazes de resolvê-las mediante compromisso com as posições conflitantes, chegando-se a uma solução compartilhada ou, ao menos, aceitável ou compreensível aos grupos sociais vencidos. Sabe-se, por exemplo, que a decisão do Parlamento britânico que autorizou o aborto, ao contrário da decisão com a mesma relevância moral proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe v. Wade*, foi muito melhor assimilada pelos grupos religiosos e pró-vida do Reino Unido do que pelos grupos estadunidenses de igual natureza. Isso ocorreu, segundo Waldron, em razão de todos os grupos terem discutido a questão e, especialmente, por terem se sentido participantes da deliberação do Parlamento, falando, ouvindo e, sobretudo, conhecendo as justificativas contrárias aos seus interesses.¹⁶

Nessas hipóteses, decidir não julgar o caso constitucional nada mais é do que decidir em desfavor do reconhecimento da repercussão geral. Ora, quando a questão deve ser discutida pela população e abrir oportunidade ao diálogo institucional não há transcendência para o efeito de imediato julgamento do caso e formação de precedente.

A intenção da Corte, quando não reconhecida a repercussão geral, pode ser evidenciada apenas pelo relator ou, em caso de dissidência, pelas justificativas dos votos que seguiram

¹⁶Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, *Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 1.384-1385.
Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

ao do relator. Entretanto, mesmo quando a repercussão geral é reconhecida, a dissidência pode contribuir para demonstrar como a minoria da Corte vê os motivos que se contrapõem à análise imediata de um caso e, sobretudo, as questões que envolvem os desacordos morais razoáveis no quadro do diálogo institucional.

Se a fundamentação tem grande relevância quando a repercussão geral é negada, é certo que ela também possui importância quando a repercussão é reconhecida. Não só porque evidenciar que caso com determinada substância deve ser resolvido é parâmetro para casos semelhantes, mas também porque justificar o que tem relevância e transcendência, além de pôr às claras critérios importantes para a população e às instituições, torna possível o controle do que se decide no plenário virtual.

No entanto, isso tudo somente assume real relevância quando, conforme se disse no início do presente item, a repercussão geral não é vista como técnica de solução de casos repetitivos e a função do plenário virtual não se limita a cancelar decisões destinadas a excluí-los do espaço da Corte.

3 A REJEIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

3.1 A natureza essencialmente provisória da decisão que rejeita a repercussão geral

A negação da repercussão geral, ao se associar aos recursos repetitivos, torna-se um instrumento destinado a obstar a subida dos recursos à Corte. Esse efeito da decisão que nega a repercussão geral, afirmado no § 8º do art. 1.035 do Código de Processo Civil, obviamente não é um efeito de precedente constitucional, mas um simples efeito anexo ou consequente à decisão, de natureza processual. Em outras palavras, é um efeito, instituído pela lei processual, que automaticamente decorre de uma decisão que nega a repercussão geral. Está longe de ser um efeito particular a uma decisão que, vindo de uma Corte Suprema, atribui sentido a um dispositivo, constituindo a norma que passa a regular a vida em sociedade e, por consequência, os casos futuros.

Entretanto, essa norma, feita para os casos múltiplos, é certamente incompatível com a repercussão geral no que ela tem de mais importante e verdadeiro. Uma decisão que decide não decidir é, muitas vezes, não só uma decisão que espelha estado de fato que vigora em certo instante, porém, mais do que isso, uma decisão que, implícita e necessariamente, raciocina a partir da possibilidade da alteração dos fatos e, portanto, admite que o porvir pode contradizê-

la, tornando necessário decisão em sentido diametralmente oposto. Em suma, a decisão que nega a repercussão geral, quando diante de questão constitucional que tem potencialidade para ser conhecida pela Corte, é uma decisão essencialmente provisória, destinada a ser substituída por outra.

Quando uma questão, em determinado momento, não tem relevância ou transcendência, isso não significa que esta não possa vir a ter a qualquer momento. É certo que a eficácia própria a um precedente não se submete ao rigor da eficácia da coisa julgada material, na medida em que o primeiro pode ser revogado e deixar de ter eficácia em virtude de *nova compreensão* dos fatos e do direito, ao passo que a *eficácia* da coisa julgada pode paralisar apenas diante da *modificação* dos fatos e do direito – sem que isso negue a própria coisa julgada, formada para a situação de fato e de direito (anterior) que a espelha. Ocorre que a decisão com efeito consequente, criada pela lei para afastar da Corte os recursos repetitivos, em nada se assemelha a um precedente, cuja vocação de outorgar estabilidade ao direito e às situações que dele dependem não se realiza mediante tal decisão. A decisão que objetiva dar conta dos recursos repetitivos, evitando sua remessa à Corte, regula situação substancial específica, tendo intenção de resolvê-la pontualmente, sem qualquer preocupação com a estabilidade do direito. Frise-se que outorgar estabilidade ao direito mediante precedente está muito longe de significar impor uma mesma decisão para casos idênticos.

De qualquer forma, o que mais importa é que a decisão que exclui os recursos repetitivos contradiz a natureza, inevitável e essencialmente provisória, da rejeição da oportunidade de julgamento de um caso constitucional. Se tal decisão impede que os casos repetitivos sejam submetidos à Corte, a verdadeira decisão que expressa o poder de não decidir de modo virtuoso, mais do que afastar da Corte os casos irrelevantes, define o momento adequado de a Corte decidir, evitando decisões precipitadas, seja porque os fatos ainda devem ser esclarecidos e as questões melhor debatidas, seja porque há de se dar, à população e ao Parlamento, oportunidade para deliberar.

3.2 Não decidir para quem?

Quem adentra no sistema da repercussão geral-recursos repetitivos e se depara com o efeito atribuído à decisão que nega a repercussão geral, sequer se pergunta para quem a Corte decide quando nega a repercussão geral. Imagina-se, de pronto, que essa decisão se destina a

evitar a subida de múltiplos recursos e, portanto, que a decisão igualmente se presta aos terceiros, que discutem questão idêntica.

Porém, essa decisão não interessa aos terceiros como a coisa julgada sobre questão ou um precedente, uma vez que não garante uma decisão já tomada ou a aplicação de um entendimento firmado pela Corte, ambos importantes para a construção da decisão capaz de outorgar a tutela do direito material. Mesmo quando se vê, na referida decisão, um benefício aos terceiros, certamente se admite que a decisão que lhes favorece *nada decide sobre o que lhes pertence ou diz respeito, mas, ao contrário, decide que não pode decidir a questão que lhes interessa*. Isso significa que tal modelo de decisão apenas obriga a não deixar o recurso ser encaminhado à Corte, conferindo essa garantia ao terceiro em detrimento da parte que restou vencida.

Admitir que essa decisão nada decide para os terceiros é o primeiro passo para compreender que a decisão que nega o julgamento de um caso é, em essência, uma decisão que apenas pode dizer respeito às partes. Isso se torna mais claro quando se olha para as decisões que, não decidindo, permitem à Corte exercer a sua função de modo adequado, deixando de decidir o caso que pode vir a ter relevância e transcendência, ou também o caso que, embora relevante, não está maduro para que a Corte possa decidir, ou que não pode ser desde logo decidido em virtude da necessidade de diálogo com o Parlamento.

Nessas últimas hipóteses, como é evidente, a Corte decide apenas para as partes. Como a decisão da Corte afirma que está à espera do esclarecimento dos fatos, de melhor discussão da questão ou de deliberação do Parlamento, a negação do reconhecimento da repercussão geral não proíbe os terceiros de levar a questão ao julgamento da Corte, mas, ao contrário, lhes indica quando isso poderá ocorrer.

3.3 Uma decisão que não decide pode ser um precedente vinculante?

Na linha do que se disse, a decisão que nega a repercussão geral só tem motivo para assumir a condição de “precedente vinculante (à brasileira)” quando associada aos casos múltiplos e aos recursos repetitivos. Quando a decisão, ao negar a repercussão geral, parte da premissa de que o caso, para ser julgado, deve aguardar a ocorrência de determinadas circunstâncias, é evidente que a decisão não tem motivo para assumir a configuração de um precedente obstativo de uma nova decisão da questão não resolvida.

Afinal, decide-se sob o fundamento de que a própria situação que está a determinar a negação da repercussão geral é transitória, estando à espera de modificação. Nessa perspectiva

se percebe que a decisão que nega a repercussão geral é essencialmente provisória, já que afirma expressamente que está à espera de algo para ser *substituída* por outra. Ora, uma decisão que assume sua condição provisória, partindo do pressuposto de será substituída, tem uma natureza claramente oposta à de um precedente vinculante, de quem se exige capacidade para garantir estabilidade.

4 A NOVIDADE INSERTA NO ART. 326 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O RELATOR PODE NEGAR A REPERCUSSÃO GERAL “COM EFICÁCIA APENAS PARA O CASO CONCRETO”

A emenda regimental n. 54/2020 inseriu § 1º ao art. 326 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal com o seguinte teor: “Poderá o relator negar repercussão geral *com eficácia apenas para o caso concreto*.” O objetivo dessa regra é colaborar para a reconstrução da repercussão geral, eliminando-se a sua viciada relação com os recursos repetitivos. Lembre-se que o RISTF, no seu art. 326 – na redação que lhe foi dada pela emenda regimental n. 21/2007 –, afirma que toda decisão de inexistência de repercussão geral vale “*para todos os recursos sobre questão idêntica*”, devendo ser “*comunicada pelo Relator à Presidência do Tribunal ...*”

Ao se afirmar que o relator pode atribuir à repercussão geral “*eficácia apenas para o caso concreto*”, pretende-se não eliminar a possibilidade de a Corte voltar a aferir a oportunidade de julgar o caso constitucional. Ora, quando se admite que a negação da repercussão geral impede a subida do recurso extraordinário, torna-se à Corte impossível decidir de forma adequada.

A compreensão do parágrafo inserido (§ 1º) no art. 326 do RISTF, portanto, exige a prévia percepção de que um filtro destinado a dar à Corte poder para frutuosamente exercer a sua função, ao permitir-lhe não decidir, não objetiva negar-lhe a possibilidade de vir a decidir. Um Corte Suprema sabe que, ao se negar a decidir, não abre mão da possibilidade de decidir. Afinal, o poder de não decidir é ligado a fatores transitórios.

Portanto, a eficácia obstativa da decisão denegatória de repercussão geral, bem vistas as coisas, é uma contradição em termos. Tem utilidade instrumental ou procedimental quando se tem em conta casos múltiplos e recursos em massa – os quais, aliás, podem ser resolvidos e afastados mediante a técnica adequada –, porém ignora frontalmente não só a função da Corte, como também a razão de ser do uso dos filtros recursais em toda e qualquer Corte voltada a tutelar a Constituição a partir da análise dos casos concretos.

De qualquer forma, a nova regra obviamente não elimina, de vez por todas, o uso da eficácia obstativa da denegação da repercussão para conter os recursos repetitivos. Ela apenas ressalva a possibilidade de o relator – leia-se a Corte – afirmar que a sua decisão está limitada ao caso concreto ou às partes, o que é fundamental para a Corte não decidir um caso que poderá ser resolvido em breve.

5 DA POSSIBILIDADE DE NEGAR EFICÁCIA VINCULANTE À DECISÃO QUE JULGA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

5.1 Acerca da eventual preclusão da decisão que reconhece a repercussão geral

Não há motivo para supor que o reconhecimento da repercussão geral, no plenário virtual, impede a Corte de negá-la quando do julgamento no plenário físico. Afinal, a repercussão geral é um requisito para o julgamento do recurso, e, como todo pressuposto, pode deixar de aparentar higidez ao se entrar na fase do julgamento do mérito. Isso quer dizer que a Corte sempre pode, antes da proclamação do julgamento do recurso extraordinário, perceber e declarar a ausência de repercussão geral.

Um Tribunal não pode ser obrigado a julgar um recurso por tê-lo admitido, o que se mostra ainda mais evidente no caso de uma Corte Suprema. Isso teria algum sentido se a decisão de admissibilidade da repercussão geral gerasse ao recorrente uma garantia ao julgamento do recurso. Porém, o reconhecimento da repercussão geral obviamente não institui um direito ao recorrente, representando, no máximo, um indicativo de que a Corte encontrou os pressupostos para o julgamento do recurso extraordinário. Esse indicativo, aliás, é apenas reflexo da verdadeira razão do reconhecimento da repercussão geral, que é dar à Corte oportunidade de decidir caso constitucional que lhe permita atribuir sentido à Constituição e desenvolver o direito constitucional. A afirmação da repercussão geral nada mais é do que o anúncio de que a Corte entendeu que o caso lhe serve para o exercício da sua função e, portanto, não pode voltar-se contra ela mesma, impedindo-a de se liberar do julgamento de um recurso ou caso que, posteriormente, percebeu ser impróprio.

Isso não significa dizer, como é evidente, que a Corte possa variar as suas decisões sem qualquer cautela e necessária fundamentação. Embora a Corte não fique presa ao que já decidiu, nem mesmo submetida, para poder decidir, à necessidade da variação das condições de fato e de direito presentes no instante em que decidiu – o que, em última análise, obviamente

não lhe proibiria redecidir, mas apenas viabilizaria outra decisão a partir de outra situação –, a Corte deve evidenciar, com clareza, os motivos que descaracterizam a repercussão geral.

Frise-se que a Corte não fica circunscrita apenas a novos motivos ou circunstâncias de fato, podendo afirmar motivos já existentes à época em que decidiu. Entretanto, exatamente porque deve explicação não apenas às partes do recurso, mas também à população – que pode estar no aguardo da solução do caso – e, por conta da descabida regra da suspensão dos processos que versam idêntica questão, também aos terceiros que ficaram à espera, a Corte fica obrigada a demonstrar o porquê de rejeitar a repercussão geral após ter visto o recurso e o caso como idôneos a propiciar-lhe o exercício da sua função.

Isso tudo quer dizer, em outras palavras, que se o motivo que justifica a não admissão do julgamento do caso é posteriormente reconhecido presente, a razão que poderia obstaculizar o não julgamento seria uma espécie de preclusão, completamente descabida quando se tem em conta a natureza do processo constitucional e a função que deve ser desempenhada pela Corte. Impedir a Corte de voltar a decidir sobre se deve decidir é pouco mais do que equivocado, na medida em que não se pode privá-la de usar de modo adequado o seu poder decisório – que engloba o de decidir não decidir.

Não é por outro motivo, aliás, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que pode não admitir o recurso por falta de repercussão geral depois de tê-la reconhecido no plenário virtual. No RE n. 584.247, o Ministro Roberto Barroso, depois de reconhecida a repercussão geral no plenário virtual, submeteu questão de ordem ao plenário físico para que não fosse conhecido o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral. Diante disso, a Corte decidiu, assentando em ementa a locução “*revisão de repercussão geral*”, que, “*embora reconhecida a repercussão geral da matéria em exame no plenário virtual, nada impede a rediscussão do assunto em deliberação presencial.*”¹⁷

Nessa ocasião, o Ministro Teori Zavaski advertiu que, muito embora a repercussão geral possa ocasionar a suspensão de todas as causas no território nacional, não há qualquer “*dificuldade processual*” para a Corte “*reconsiderar decisões sobre repercussão geral.*” Acrescentou que existem

vários precedentes no sentido de que o julgamento em plenário virtual não opera a preclusão do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, tanto que, algumas vezes, reconheceu-se a repercussão geral e, por outras razões, aqui, o recurso acabou não sendo conhecido. Isso demonstra que o julgamento do plenário virtual é apenas o início do julgamento do recurso. E, enquanto não houver a conclusão do julgamento,

¹⁷QO no RE n. 584.247, Plenário, Rel. Ministro Roberto Barroso, julg. em 27.10.16. Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

nada impede que qualquer juiz reconsidere o voto anteriormente dado, mesmo que em plenário virtual.¹⁸

5.2 A revisão da repercussão geral no art. 323-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

O art. 323-B, instituído no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal mediante a emenda regimental n. 54/2020, atribuiu ao relator da repercussão geral o poder de propor, por meio eletrônico, a revisão do reconhecimento da repercussão quando o recurso ainda não tiver sido julgado.

Essa regra evidencia que a decisão que reconhece a repercussão geral pode ser revista, ou seja, que a repercussão geral pode ser redecidida. Note-se que não se faz nenhuma exigência – como, por exemplo, alteração das circunstâncias ou não decisão expressa de determinado fundamento – para que a revisão da repercussão geral se torne possível.

O meio encontrado para viabilizar a revisão do reconhecimento da repercussão geral foi o de dar ao relator a possibilidade de assim propor, por meio eletrônico. Depois de reconhecida a repercussão geral, e não iniciada a deliberação em plenário presencial, dificilmente um outro Ministro, que não o relator, teria condições de propor a revisão da decisão. Isso não significa, no entanto que a regra tenha proibido outro Ministro, que não o relator, de propor a revisão do reconhecimento da repercussão geral.

Como é evidente, se a revisão da decisão que reconheceu a repercussão é possível por meio eletrônico, nada a impede no plenário físico, seja pelo próprio relator, seja por qualquer um dos Ministros. Dar ao relator tal possibilidade, por meio eletrônico, tem muito mais o objetivo de deixar claro que a preclusão não impede a revisão da decisão, do que apontar para a forma como tal revisão deve ser realizada.

De qualquer modo, há uma perceptível vantagem, em termos de economia de tempo e de energia, em realizar a revisão desde logo, na forma eletrônica, evitando-se a assentada em sessão plenária.

O mais importante, na revisão eletrônica, é não esquecer da relevância da fundamentação. Essa tem uma particularidade, exatamente por se contrapor a um prévio reconhecimento. A revisão da decisão que reconhece a repercussão, para adquirir legitimidade, é obrigada a oferecer razões que façam ver que houve equívoco na admissão da repercussão geral ou que

¹⁸Assim, concluiu o Ministro Zavascki: “de modo que essa iniciativa do Ministro Barroso é perfeitamente compatível com o sistema, ou seja, do ponto de vista formal não vejo nenhuma dificuldade”. (QO no RE n. 584.247, Plenário, Rel. Ministro Roberto Barroso, jul. em 27.10.16).

novas circunstâncias ou fundamentos não previamente considerados são bastantes para evidenciar que o caso não deve ser imediatamente decidido

5.3 A eficácia vinculante não é uma consequência necessária da repercussão geral

Ao se admitir que um filtro recursal, como a repercussão geral, objetiva permitir à Corte exercer a sua função de atribuir sentido à Constituição, admite-se implicitamente que os precedentes constitucionais são imprescindíveis a tanto. Isso porque de nada adiantaria à Corte afirmar o sentido da Constituição, mediante recurso extraordinário – ou seja, num sistema em que o controle de constitucionalidade é difuso –, caso a sua decisão não tivesse autoridade capaz de obstar os Juízes e Tribunais a decidirem de modo contrário.

Se os Tribunais pudessem negar o sentido que a Corte atribui à Constituição, muito pouco lhe adiantaria decidir. Na verdade, a sua função estaria cumprida pela metade, pois lhe é necessário, também, tornar as suas decisões observadas pelos Juízes e Tribunais. Não é por outra razão que os precedentes – obrigatórios ou vinculantes – nada mais são do que uma consequência da função atribuída à Corte.

Porém, ainda que a repercussão geral objetive abrir oportunidade para a formação de precedentes, não é exato concluir que esses constituam uma consequência necessária do julgamento do recurso extraordinário. Ou seja, da admissão da repercussão geral e do julgamento do recurso nem sempre deriva um precedente vinculante.

O estudo irrefletido do direito constitucional estadunidense pode contribuir para a indevida associação entre precedente e *stare decisis* – ou eficácia vinculante. Quando se pensa numa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, não se imagina, é certo, decisão que tenha importância apenas para as partes que discutem o caso. A Suprema Corte não só decide para formar precedente, como, quando decide, não supõe a possibilidade de não ter formado um precedente. Faz parte do senso comum a ideia de que, ao julgar um caso que traz nova e importante questão jurídica, a Corte deve firmar precedente.

Lembre-se, para ilustrar e evidenciar o que se está a dizer, que um grande problema teórico que vem sendo enfrentado diante do modo de ser das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos é relacionado às decisões cujo resultado é obtido a partir de fundamentos diferentes, compartilhados pela minoria dos *Justices*. Se o resultado exige uma decisão por maioria, nem sempre a maioria afirma a mesma coisa em termos de direito. Há casos em que cinco *Justices* (a maioria na Suprema Corte dos Estados Unidos) podem concordar com o provimento

do recurso, três declarando que o recurso deve ser provido por um fundamento e dois por outro fundamento. Lembre-se, por exemplo, que diante do caso *Furman v. Georgia*¹⁹ cinco *Justices* entenderam que a pena de morte era inconstitucional, mas enquanto dois declararam que a pena de morte era, em si mesma, inconstitucional, três afirmaram a inconstitucionalidade dos procedimentos legais reguladores da aplicação da pena.

As Cortes inferiores e a comunidade jurídica, quando se deparam com decisões plurais da Suprema Corte, obsessivamente procuram extrair um precedente da decisão majoritária dotada de fundamentos diversos²⁰, como se a Suprema Corte não pudesse decidir sem fixá-lo. Nesse sentido, criam testes e teorias como o do “*narrowest grounds*”²¹ e das decisões paradoxais, chegando a propor novas técnicas decisórias, como a que exige decisão em separado em relação a cada um dos fundamentos.²²

Tudo isso, no entanto, nada mais é do que o resultado da dificuldade em admitir que a Suprema Corte pode decidir sem formar precedente. Essa dificuldade descende não apenas da falta de percepção de que as Cortes que podem decidir por maioria ganham com a oportunidade da dissidência, mas também de uma completa falta de atenção à circunstância de que, quando uma Corte está habilitada a decidir por maioria, simplesmente não pode formar precedente em todo e qualquer caso que repute relevante para o desenvolvimento do direito. A aceitação da dissidência, ao gerar resultado por maioria, por mera consequência admite que o resultado majoritário seja determinado por dois ou mais fundamentos compartilhados por grupos minoritários, o que inviabiliza a possibilidade de se ter, em todo e qualquer caso, uma *ratio decidendi* compartilhada pela maioria dos membros da Corte.

Não há dúvida que o real problema das decisões plurais no direito estadunidense está na resistência em admitir que a Suprema Corte pode decidir um caso sem formar precedente. Nos Estados Unidos isso tem relação com o valor simbólico da decisão da Suprema Corte. Lembre-se que, antes do período em que a Corte foi presidida por Marshall, cada *Justice* apresentava sua *opinion* separadamente, nos moldes da tradição das cortes inglesas. Um dos legados de Marshall foi a introdução da prática do anúncio da *opinion* da Corte pelo *Chief Justice*. O

¹⁹408 U.S. 238 (1972).

²⁰John F. Davis e William L. Reynolds, *Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court*, *Duke Law Journal*, 1974.

²¹Linda Novak, *The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions*, *Columbia Law Review*, v. 80, 1980; Adam S. Hochschild, *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective*, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4.

²²William V. Gehrlein e Dominique Lepelley, *Voting Paradoxes and Group Coherence*, Heidelberg: Springer, 2011; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, *California Law Review*, v. 81, 1993; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, *The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases*, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004.

que impulsionou essa forma de proclamação do resultado do julgamento, como é sabido, foi a necessidade política de outorgar voz à Corte para a conquista da confiança da população, algo indispensável para garantir as políticas federalistas.²³

Contudo, se o propósito de Marshall não era propiciar decisões majoritárias fragmentadas por fundamentos diferentes, passados entre cento e cinquenta e duzentos anos passaram a ser frequentes *opinions* majoritárias que não apenas têm dentro de si *opinions* concorrentes, mas que contêm *opinions* concorrentes baseadas em fundamentos completamente distintos, constituindo *opinions* minoritárias quanto à essência do julgamento ou à *ratio decidendi*.

Insistir em que toda decisão da Corte é um precedente obrigou as Cortes inferiores a relacionar as *opinions* concorrentes que formaram a decisão majoritária para tentar extrair o que essas têm, apesar de divergentes, em comum. Essa é a base do teste que foi denominado de “*narrowest grounds*”, que a própria experiência das Cortes evidenciou ser irrelevante, concluindo-se que, em casos importantes, a busca de consenso entre minorias acabaria por traduzir aquilo que nenhuma delas admitiu como mais importante.²⁴

Portanto, não apenas seria mais honesto, mas também mais adequado aceitar que a Suprema Corte pode, em alguns casos, não formar precedente, deixando, por conta disso, o caso em aberto para futura decisão. Ao se admitir a realidade das decisões que podem ser tomadas pela Suprema Corte, inexistente qualquer motivo para insistir em vê-las como precedentes, pois a Corte não precisa nem pode ser vista como um templo de produção de decisões perfeitas para a orientação da sociedade. Ao abordar exatamente esse ponto, Adam Hochschild adverte que se deve exigir modéstia da Suprema Corte, uma vez que apenas assim a comunidade e as Cortes inferiores deixarão de ser forçados a aceitar precedentes fragmentados e confusos.²⁵

Pois bem, se ponderações históricas e voltadas ao sistema decisório da Suprema Corte claramente indicam que um dos seus pontos fracos está na resistência em admitir que nem sempre é possível estabelecer um precedente, surge o motivo que impede às Cortes estadunidenses admitir que a Suprema Corte não conseguiu formar um precedente, mesmo que essa possa optar

²³Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation In Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, p. 268.

²⁴Para o teste “*narrowest*”, a aceitação dos mesmos pontos poderia dar unidade à decisão plural – à decisão formada a partir de *opinions* que afirmam diferentes fundamentos –, tornando as *opinions* concorrentes garantidoras de um único entendimento. Acontece que os pontos que podem ser objeto de acordo nem sempre revelam a essência das *opinions* concorrentes ou mesmo a essência de alguma premissa efetivamente compartilhada por essas *opinions*. Uma mera concordância está longe de poder configurar, em termos lógicos, o compartilhamento de uma ideia ou de uma premissa essencial em termos de revelação do direito. Ver Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, v. 80, 1980, p. 761 e ss,

²⁵Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation In Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, p. 285-286.

por não decidir ao rejeitar o *certiorari*. Esclareça-se, aliás, que a Suprema Corte tem reconhecido que algumas das suas decisões plurais não configuram precedente para determinados efeitos específicos – inclusive de natureza constitucional –, ainda que mediante a aplicação do falho teste “*narrowest*”, que serve para garantir algum efeito precedental à decisão plural. Foi o que aconteceu, para se utilizar do mesmo exemplo do caso *Furman v. Georgia*, quando se declarou, em *Gregg v. Georgia*²⁶, que a *ratio* do precedente firmado em *Furman* estaria na admissão de que o procedimento para a imposição da pena de morte era inconstitucional, já que apenas isso teria sido compartilhado por todos aqueles que concorreram ao resultado majoritário.²⁷

Não é possível ignorar que não formar precedente ou não atribuir eficácia vinculante à decisão é uma forma de não decidir para todos e, portanto, genuíno modo de não decidir, igualmente capaz de servir à realização dos fundamentos que estão por detrás das virtudes passivas de Bickel.²⁸ Portanto, decidir sem formar precedente, em alguns casos, seria extremamente salutar e importante para a própria Suprema Corte. Isso apenas não é reconhecido com clareza, como demonstrado, em virtude do significado simbólico que as decisões da Suprema Corte assumiram no contexto da sociedade estadunidense.

Tudo isso permite ver que, mesmo quando se pensa numa Corte cuja função é associada à formação de precedentes, como o Supremo Tribunal Federal, não há como imaginar que toda e qualquer decisão por ela proferida, ainda que diante de um recurso ou caso eleito como relevante, constitui um precedente. Basta que a Corte decida em composição não plena e, assim, decida o recurso extraordinário mediante uma maioria de menos de seis votos, ou seja, por uma maioria insuficiente para se atribuir eficácia vinculante à decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (art. 23, Lei n. 9.868/99). Do mesmo modo, ainda que a Corte dê provimento ao recurso por maioria de seis ou mais votos, não existirá precedente se, dentro dessa maioria, estiverem presentes dois fundamentos compartilhados por minorias. Assim, mesmo que o recurso seja provido por maioria de seis votos, não haverá precedente se a decisão for composta por três votos que fundamentam a (in)constitucionalidade com base em uma razão de direito e três votos que a fundamentam com base em outra razão de direito. Em qualquer uma dessas situações, a questão constitucional, apesar de decidida, não dá origem a uma *ratio decidendi*, na medida em que só há *ratio decidendi* quando o fundamento é compartilhado pela maioria.

²⁶428 U.S. 153 (1976).

²⁷Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 69-71.

²⁸Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, p. 113 e ss; Alexander Bickel, Foreword: The passive virtues, *Harvard Law Review*, 1961.

Portanto, é indiscutível que nem toda decisão final, resultante de um julgamento concluído pelo Supremo Tribunal Federal, tem potencialidade para constituir precedente constitucional ou se revestir de eficácia vinculante ou obrigatória. Nem toda decisão proferida pelo plenário da Corte, em recurso extraordinário dotado de repercussão geral, tem como consequência necessária um precedente constitucional, ou seja, um precedente vinculante a ser observado pelos Juízes e Tribunais nos casos futuros.

5.4 Eficácia *inter partes* da decisão que julga o recurso extraordinário

Como a decisão do recurso não possui necessariamente eficácia vinculante, a Corte obviamente não precisa negar a repercussão geral para que a sua decisão não tenha esta eficácia. Na verdade, a dificuldade que aí aparece não diz respeito à possibilidade de se deixar de atribuir eficácia vinculante à decisão do recurso, mas à razão para se decidir um recurso extraordinário cuja decisão não pode servir a todos.

Há realmente um salto entre a admissão de que a eficácia vinculante não é consequência necessária da decisão proferida no recurso extraordinário e a admissão da repercussão geral para o julgamento de recurso que não deve viabilizar a formação de precedente vinculante. Por que julgar um recurso, ou mesmo proclamar decisão de (in)constitucionalidade, quando a decisão não pode servir para todos?

É certamente possível que, apenas quando da deliberação em plenário, mediante o diálogo entre os Ministros, torne-se possível concluir que a Corte deve se portar de modo minimalista. Ora, ser minimalista é sobretudo deixar a questão em aberto, para o que a não atribuição de eficácia obrigatória à decisão é imprescindível ou tão importante do que evitar um acordo teórico completo.

Parece intuitivo que, caso outra fosse a história constitucional dos Estados Unidos, entre as técnicas de Bickel e Sunstein poderia estar a da não atribuição de eficácia de stare decisis às decisões da Suprema Corte. Afinal, deixar de decidir com eficácia obrigatória é muito mais prudente e proveitoso do que deixar de decidir ou decidir limitadamente. Quando se decide sem eficácia obrigatória, como é evidente, decide-se. Em primeiro lugar decide-se o caso concreto, prestando-se integral tutela jurisdicional aos litigantes. Mas, além disso, decide-se com força persuasiva para todos, especialmente para os Juízes e para os Tribunais, que não poderão, a partir daí, deixar de considerar as razões da Corte ao decidir, sob pena de nulidade. É importante perceber que a decisão da Corte, ainda que sem se revestir de eficácia vinculante, tem

indiscutível eficácia panprocessual, afetando os demais casos em andamento ou que estão por vir.

Quando a Corte conclui que, além de ser adequado deixar a questão em aberto em nome dos valores democráticos, é conveniente iluminar a discussão popular e o diálogo institucional, a decisão do recurso extraordinário, sem eficácia vinculante, simplesmente é a melhor decisão que se pode tomar. Ao assim decidir, além de responder aos litigantes, a Corte fala não apenas para os Juízes e Tribunais, mas também com as pessoas e as demais instituições, apresentando razões que devem ser consideradas nas futuras deliberações popular e parlamentar. Ao decidir o caso com eficácia inter partes, a Corte também delinea o seu modo de pensar, apresentando a sua versão ou as razões que reputa adequadas à solução da questão constitucional, ficando à espera do pronunciamento parlamentar para, se for o caso, novamente decidir.

O caso a respeito do porte de maconha para uso pessoal, atualmente em discussão no plenário do Supremo Tribunal Federal, é um perfeito exemplo de discussão a respeito de constitucionalidade de lei que, além de trazer questão constitucional que deve melhor discutida pela população e pelo Parlamento, exige nova decisão parlamentar. Lembre-se que os votos já proferidos no recurso extraordinário²⁹ que diz respeito à constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (lei de drogas), além de terem afirmado um direito de usar maconha, derivado do direito fundamental à privacidade, delinearam de que modo o uso da maconha poderia ser confrontado diante do tráfico da droga.

Recorde-se que o relator, Ministro Gilmar Mendes, declarou que “*a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde*”³⁰, ao passo que os votos dos Ministros Fachin e Barroso, igualmente incidindo no equívoco de tentar um “acordo teórico aprofundado” sem qualquer necessidade e adequação aos valores democráticos, insistiram em reafirmar a existência de um direito ao uso de drogas ancorado no direito fundamental à privacidade e na autonomia individual. Quando a discussão constitucional se limita à desproporcionalidade da sanção penal como contrapartida ao porte para uso pessoal de maconha, é completamente desnecessário e inadequado declarar que o direito fundamental à privacidade garante a todos o direito de livremente usar drogas, avançando-se desnecessariamente sobre um tema delicado e que ainda tem que ser muito discutido pelas pessoas e pelo Parlamento.

²⁹RE 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁰RE 635.659/SP, voto do Min. Gilmar Mendes.

Além dessa desnecessária e imprópria incursão no tema da liberdade de usar drogas, obviamente capaz de ensejar a liberalização das drogas ou da maconha, o voto do Ministro Barroso legisla abertamente, propondo um “*critério quantitativo de maconha*” para a delimitação das fronteiras entre o uso e o tráfico, em total desprezo aos limites da Corte perante o Legislativo. Após alertar que determinados especialistas, cujas conclusões sequer foram submetidas a uma discussão adequada em local próprio, propõem “*uma quantidade de referência fixa entre 40 gramas e 100 gramas*”, e advertir que 40 gramas é o critério adotado pelo Uruguai, 100 gramas o adotado pela Espanha e 25 gramas por Portugal, afirma textualmente que a sua “[minha] preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições.”³¹ Trata-se, com o devido respeito, de argumentação adequada a um Legislador, mas completamente descabida a um Juiz. A Corte não deve se basear em conclusões de especialistas e de sistemas estrangeiros que devem ser necessariamente discutidos no *locus* da discussão popular, assim como os seus Juízes não podem tentar justificar posições jurídico-constitucionais com base em “preferências pessoais” e, pior ainda, negociá-las com os demais membros da Corte, transformando o seu cenário naquele que é próprio ao debate parlamentar.

Como é evidente, definir a quantia de maconha que pode descaracterizar o tráfico é incumbência do Legislativo. Isso, aliás, foi reconhecido no voto do Ministro Fachin.³² Num momento em que o Parlamento está discutindo o tema (Projeto de Lei da Câmara n. 37), e sobretudo diante de uma decisão que apenas pode ser tomada pelos legisladores, decidir para estimular o debate e uma decisão parlamentar é a melhor saída para a Corte.

Deixe-se claro que, embora não seja necessário e adequado, em termos democráticos, afirmar um direito ao uso de drogas com base na Constituição quando se discute apenas a proporcionalidade do uso da sanção penal para punir o porte de maconha para uso pessoal, e também não seja possível definir, no lugar do Legislativo, o critério que distingue uso e tráfico, é indiscutivelmente possível e necessário à Corte investigar se o uso da sanção penal para combater o uso de maconha está de acordo com a proporcionalidade. Portanto, é possível à Corte declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sem aludir a direito

³¹RE 635.659/SP, voto do Min. Barroso.

³²“a distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga” (...) “não parece inserir-se na atribuição do Poder Judiciário, entretanto, a definição desses parâmetros. Se o legislador já editou lei para tipificar como crime o tráfico de drogas, compete ao Poder Legislativo o exercício de suas atribuições, no qual defina, assim, os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que devem ser levados em conta para diferenciação, *a priori*, entre uso e tráfico de drogas. (RE 635.659/SP, voto do Min. Fachin).

Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

constitucional ao uso de drogas ou de maconha, e ainda declarar, que um novo critério deve passar a ser observado, até pronunciamento do legislador, para distinguir uso de tráfico.

Note-se que apenas a admissão de um novo critério para distinguir uso de tráfico não deve revestir-se de eficácia vinculante.³³ Lembre-se que se a decisão destituída de eficácia vinculante não obriga os Tribunais, ela é certamente suficiente para obrigá-los a bem refletir sobre a questão, na medida em que nenhum Juiz pode negar pronunciamento da Corte dotado de eficácia persuasiva sem justificativa adequada, sob pena de nulidade.

Do mesmo modo, a Corte, ao decidir sem eficácia vinculante, apresenta as suas razões para a população e para o Parlamento, iniciando o diálogo e colaborando para a tomada de uma decisão parlamentar refletida, obviamente podendo voltar a decidir depois do pronunciamento legislativo, se for o caso mediante declaração de inconstitucionalidade. Portanto, se a Corte tem condições ou técnicas processuais que lhe permitem devidamente respeitar os valores democráticos, decidir com eficácia restrita ao caso é certamente uma das mais relevantes, não podendo ser ignorada.

De outra parte, é importante perceber que o Supremo Tribunal Federal pode reconhecer repercussão geral para decidir caso que, de antemão, sabe que não pode culminar na edição de precedente. Assim, por exemplo, a Corte pode resolver decidir recurso extraordinário que traz questão constitucional relacionada com desacordo moral razoável ainda não decidido pelo Parlamento, não apenas para estimular o debate popular e uma decisão parlamentar, mas também para desde logo estabelecer um diálogo sobre a questão constitucional.

A decisão com eficácia inter partes tem o peso e a medida exatos para que a discussão prossiga, sem que se possa imaginar que o plenário firmou uma decisão destituída de relevância para o próprio sistema judicial e para a sociedade. Embora os Juízes e Tribunais não sejam obrigados a aderir às razões do Supremo Tribunal Federal, eles têm que justificar porque pensam de modo diferente e decidem em sentido contrário, o que não apenas é um ônus que tem

³³Aliás, bem vistas as coisas, a questão do critério que delimita uso e tráfico sequer poderia ser tratado pela Corte em nível de *ratio decidendi*, na medida em que não é fundamento necessário para se concluir a respeito da proporcionalidade da sanção penal diante do uso de maconha. Tal questão poderia ser tratada como *obiter dictum*, mas nessa hipótese gozando de forte eficácia persuasiva. Sabe-se que a *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte. A particularidade de algumas *obiter dictum* levou a doutrina do *common law* a falar em *judicial dictum* e em *gratis dictum*. Atribui-se tais denominações ao *obiter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas. Sobre isso, ver Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 82 e ss; Karl Llewellyn, *The case law system in America*, Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 14 e ss; Robert G. Scofield, The distinction between judicial dicta and obiter dicta, *Los Angeles Lawyer*, vol. 25, 2002; Thomas W. Merrill, Judicial opinions as binding law and as explanations for judgments, *Cardozo Law Review*, vol. 15, 1993; Eric Rasmusen, Judicial legitimacy as a repeated game, *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, 1994, p. 63-83.

que ser superado, mas claramente um caminho para a frutificação de razões e para o estabelecimento de um diálogo interno ao Judiciário, relevante à construção democrática dos precedentes constitucionais.

Portanto, não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode deixar de atribuir eficácia vinculante à sua decisão quando tem em mãos caso importante para o exercício do seu poder.³⁴ É um engano deixar de ver que essa forma de decisão, mesmo que dotada de eficácia inter partes, tem relevância para os partícipes dos casos que ainda devem ser julgados, para o sistema de distribuição de justiça e, especialmente, para a adequada relação entre a Corte, a população e o Parlamento.³⁵

Uma Corte que sabe que tem que dosar as suas decisões está plenamente consciente de que a prudência é elemento indissociável do uso virtuoso do poder. Limitar a decisão às partes para estimular e direcionar o debate sobre questão que ainda não está madura para ser resolvida mediante precedente vinculante, constitui verdadeiro exemplo de que o uso limitado do poder é, muitas vezes, a única opção adequada à jurisdição constitucional.

6 O PROBLEMA DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS

6.1 A estratégia

Esclareça-se, antes de tudo, que o sistema de recursos repetitivos, inserido no Código de Processo Civil, constitui uma das mais lamentáveis regulamentações processuais da história do direito brasileiro. Além de interferir sobre um espaço que, certamente, era complementemente desconhecido por quem convenceu o legislador, possui regras inadequadas e impróprias mesmo ao propósito desvirtuado de transformar o filtro de uma Corte constitucional em técnica de otimização do trabalho dos tribunais incumbidos da resolução dos casos.

Deixando-se de lado as risíveis regras que falam em seleção de recursos pelos tribunais, até porque um tribunal obviamente não pode selecionar o que deve ser decidido por uma

³⁴Se nada impede que um Ministro reconsidere o seu voto antes da conclusão do julgamento e, portanto, nada lhe impede de negar a repercussão geral antes da proclamação do resultado – como disse o Ministro Teori Zavascki na QO no RE n. 584.247 –, por muito mais razão há de se admitir que a Corte pode deixar de atribuir eficácia obrigatória à decisão, o que nada mais é do que não reconhecer a decisão como precedente constitucional, mas como decisão do caso concreto ou do específico recurso extraordinário em discussão.

³⁵Admitir a repercussão geral e, ao mesmo tempo, deixar a questão em aberto tem sentido quando se tem claro que isso ocorre para que a Corte possa exercer adequadamente a sua função, e não para que possa corrigir a decisão do tribunal ou em nome do *jus litigatoris*. A transcendência aí se mostra presente, apesar de a questão ainda dever ser discutida pelo Parlamento, porque a decisão, com eficácia persuasiva, é altamente importante para favorecer o diálogo constitucional.

Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

Corte Constitucional, é importante considerar as regras relativas à suspensão dos processos. Note-se que o art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973 não falava em suspensão de processos. Essa ideia aparecia, no Código revogado, apenas no artigo 543-C, que tratava especificamente do recurso especial.

A suposição de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm funções substancialmente semelhantes, ou capazes de ser reguladas pelas mesmas regras, constitui invenção e equívoco do Código de Processo Civil de 2015. Esse Código instituiu uma subseção sob a curiosa rubrica “*do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos*”, frisando e estimulando a falsa suposição de que o problema dos recursos seria exatamente o mesmo nas duas Cortes Supremas. Ora, isso é tão equivocado quanto não perceber que, enquanto no Supremo Tribunal Federal há a repercussão geral – instituída na Constituição Federal –, no Superior Tribunal de Justiça não há nada semelhante. Em outras palavras, tal aproximação forçada de regimes, sob uma rubrica única, é tão errado quanto editar um Código processual sem ler o que está escrito na Constituição.

De acordo com o § 5º do art. 1.035 do Código de 2015,

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

Na mesma linha, afirma o § 1º do art. 1.036 que

o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite *de todos os processos pendentes*, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso,

enquanto o art. 1.037 diz que,

selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...] ii - determinará a suspensão do processamento *de todos os processos pendentes*, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional [...].

Como está claro, indevidamente equiparando o que deve acontecer no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e, assim, desconsiderando a diversidade de função entre as Cortes, bem como a previsão constitucional que institui a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, tenta-se construir um sistema processual *único e neutro* para ambas as Cortes, caracterizado pela suspensão de “*todos os processos pendentes*.”

Como já demonstrado, isso ignora que a existência de recursos repetitivos e múltiplos está longe de significar recurso ou caso constitucional idôneo a ser decidido pela Corte para permitir-lhe a atribuição de sentido à Constituição e o desenvolvimento do direito constitucional. Isso realmente parte da equivocada premissa – já enterrada, em parte, quando da revogação do também precipitado inciso II do § 3º do art. 1.035 do Código de Processo Civil – de que o Supremo Tribunal Federal se destina a resolver um exemplo de caso que pode enterrar a necessidade de resolução de recursos que se reproduzem em grande escala.

Na realidade, a existência de recursos versando uma questão constitucional reconhecida como *relevante e transcendente* pode, no máximo, aconselhar a reter o processamento dos recursos extraordinários. E não porque tal forma de proceder pode contribuir para a otimização da resolução de demandas repetitivas, mas sim porque, quando um caso constitucional foi eleito para julgamento, não há motivo para processamento de recursos com idêntica finalidade.

6.2 O excesso: violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional

Porém, ainda que o Supremo Tribunal Federal, decidindo, obstaculize a rediscussão da mesma questão constitucional, isso não significa que o anúncio da possibilidade da instituição de um precedente possa impedir o litigante de continuar a exercer o seu direito à tutela jurisdicional. Ou seja, há de se ter como clara a diferença entre um precedente constitucional, capaz de inibir nova decisão a respeito da questão decidida, e anúncio de que um recurso ou caso deve ser julgado e, assim, que um precedente pode vir a ser formado.

Se o reconhecimento da repercussão geral racionalmente justifica a paralização do processamento dos recursos extraordinários, ela pode obstaculizar o exercício do direito de ação enquanto não se chegou à fase de recurso extraordinário. Perceba-se que a razão de impedir o prosseguimento dos processos, em primeiro e segundo graus de jurisdição, estaria em impedir o Juiz e o Tribunal de decidir apenas por ter a Corte anunciado que pode vir a formar precedente.

É importante lembrar que decidir não é necessariamente formar precedente. Isso pode ou não ocorrer, ainda que decidindo-se. Basta que não tenha sido alcançada maioria absoluta para o resultado ou, mesmo que assim tenha ocorrido, o resultado majoritário tenha sido obtido a partir de fundamentos diferentes, firmados por minorias. O problema é que a indevida associação entre repercussão geral e técnica de resolução de recursos repetitivos transforma, ainda que não se perceba, a decisão do recurso selecionado numa decisão qualquer, ou seja, numa decisão que pode simplesmente resolver o recurso sem se revestir de *ratio decidendi*. Uma mera

decisão por quatro a dois, ainda que resultando de fundamentos compartilhados por dois Ministros, resolve um recurso repetitivo. Mas isso, na realidade, nada mais é do que uma das claras evidências de que não se pode confundir repercussão geral e precedente com recurso repetitivo e decisão de recurso.³⁶ *Essa decisão é apta para resolver demandas repetitivas, mas nunca para desenvolver o direito e orientar a sociedade.*

De qualquer forma, o que realmente importa é que, enquanto não há precedente, os Juízes e Tribunais não podem deixar de resolver os casos conflitivos e, inclusive, continuar a debater a questão. É completamente fora de lógica imaginar que os Juízes e Tribunais podem perder as suas funções apenas e tão somente porque a Corte Suprema decide que tem um caso que lhe pode permitir formar um precedente.

O equívoco de suspender os processos é ainda mais visível quando se olha ao problema na perspectiva do litigante, a quem a Constituição confere direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CRFB) e direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB). Ora, nada pode retirar da parte o direito de exigir do Juiz ou do Tribunal uma solução da ação ou do recurso.

É certo que, suspendendo-se os processos, é possível impedir que esses sejam resolvidos mediante uma decisão que contradiga o precedente a ser formado. Ocorre que a suspensão dos processos também pode desequilibrar as posições das partes no processo, na medida em que o tempo de demora do processo sempre prejudica o litigante que está em busca da realização de um direito e beneficia, na mesma proporção, o seu adversário.

A suspensão dos processos é uma excelente estratégia para o litigante habitual – que litiga contra centenas ou milhares de pessoas –, interessado em procrastinar o alcance da tutela do direito material ou mesmo em obter um “bom acordo” em troca da demora processual. A suspensão do processo, porque consome tempo, inevitavelmente beneficia quem pode esperar ou tem o bem em disputa na sua esfera jurídica e prejudica aquele que, esperando, tem muito a perder ou está em busca do direito litigioso. As ações em que a União Federal litiga contra milhares de pessoas constituem bom exemplo de como a suspensão dos processos pode não só comprometer a igualdade, como estimular a tentativa da sua violação.

Não fosse isso, a suspensão dos processos retira do jurisdicionado o direito de obter tutela independentemente de um precedente do Supremo Tribunal Federal. Se o litigante necessita da tutela jurisdicional, pouco lhe interessa se essa é concedida mediante decisão referendada

³⁶O meu livro “Julgamento nas Cortes Supremas”, aqui já mencionado, possui o subtítulo “*precedente e decisão do recurso*”.

por precedente. Diante do tempo decorrente da suspensão do processo, o litigante que necessita da realização tempestiva do seu direito obviamente correria o risco de obter uma decisão contrária a futuro precedente.

Note-se que, se o problema é de uniformidade de decisões, cabe sempre ao litigante optar ou não por uma decisão do tribunal, ainda que essa possa transitar em julgado em desconformidade com o futuro precedente da Corte. Se ambas as partes estão de acordo em aguardar a decisão da Corte, basta-lhes assim estabelecer em acordo processual. Pensar de outro modo é pretender obrigar o litigante a esperar a decisão, negando-se os seus direitos fundamentais processuais a partir da desconsideração da própria liberdade da pessoa escolher entre a tutela imediata e a tutela da Corte incumbida de definir a questão. Aliás, ainda que se argumente que a decisão do tribunal também poderá ser impugnada mediante recurso extraordinário, isso serve apenas para evidenciar ainda mais que não há motivo algum para bloquear o desenvolvimento do processo em primeiro e segundo grau de jurisdição.

6.3 O caso constitucional visto como um problema e não como a mola propulsora do desenvolvimento da Constituição

A falta de percepção de que um caso constitucional relevante não se repete às centenas também colaborou para o surgimento da ideia de “*recurso extraordinário repetitivo*” – que, bem vistas as coisas, é uma contradição em termos –, bem como de suspensão dos processos em virtude do reconhecimento da repercussão geral. Quando se pensa em precedente constitucional, ao contrário do que ocorre quando se tem a ânsia de resolver uma questão que se repete em centenas de processos, *os casos não são vistos como um problema ou como um obstáculo para a administração da justiça*.

Diante de questões constitucionais relevantes e complexas, quanto maior a discussão popular e o debate entre os Juízes e Tribunais maior é a possibilidade de se encontrar uma solução que reflita a consideração de várias posições sobre os fatos e sobre o direito e, portanto, um resultado democrático e justo. Para que não se misture o que está por detrás de um precedente constitucional e das decisões de questões idênticas e repetitivas, cabe novamente lembrar das *opinions* minimalistas proferidas na Suprema Corte dos Estados Unidos em *Vacco v. Quill*³⁷, quando se fez coro não apenas à necessidade de discussão popular e decisões

³⁷*Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 2d Cir. 1996.
Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 5-38, jun. 2021

parlamentares para o esclarecimento dos fatos e posições morais, mas também à importância de se considerar as razões das várias Cortes.

É nesse sentido que se diz que o caso não é visto como um “problema” – que se quer evitar, suspender ou encerrar mediante uma “única decisão” –, mas como um espaço em que argumentos sobre fatos e direito são debatidos e testados, com o que, além de se qualificar democraticamente o precedente, confere-se à Corte a possibilidade de decidir a partir de um amplo leque de informações e interpretações. Enquanto casos decididos expõem razões de vários intérpretes da Constituição, situados em diversos locais do país, a suspensão dos processos impede qualquer discussão ou esclarecimento, restringindo o campo de atuação da jurisdição constitucional.

A repercussão geral não pode ser vista como uma técnica que se presta a impor de cima para baixo uma decisão igual para todos, mas um instrumento que dá à Corte condições adequadas para que possa bem tratar de uma questão relevante para o desenvolvimento da Constituição e da própria sociedade. Por isso, um precedente constitucional não pode deixar de levar em conta o pensamento dos intérpretes da Constituição cuja função é considerá-la à luz dos casos concretos que se apresentam nos diversos estados e regiões. Ainda que se possa pretender resolver os casos de todos a partir de uma única decisão para se evitar tratamento desigual, isso apenas é viável quando a Corte, para impor uma “decisão definitiva”, ou seja, um precedente, não tem necessidade de ouvir os vários tribunais acerca da questão constitucional e, assim, deixar para reconhecer a repercussão geral apenas após amplo debate entre os Juízes.

Se a Corte deve esperar o tempo adequado à fluência da discussão entre os tribunais para reconhecer a repercussão geral, a decisão do recurso extraordinário obviamente *não pode ser vista como tábua de salvação da uniformidade das decisões judiciais, mas como o resultado do amadurecimento do debate e da devida deliberação entre os partícipes da construção democrática do precedente constitucional*. Quando não se supõe, de forma apressada e indevida, que o objetivo dos precedentes é apenas permitir o gerenciamento de múltiplos casos, surge com maior clareza o equívoco de se associar suspensão dos processos com repercussão geral.

6.4 A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal regular a suspensão dos processos de acordo com as particularidades da questão constitucional enfrentada

Se a repercussão geral é pressuposto para o julgamento do recurso extraordinário, o recurso extraordinário repetitivo dela obviamente não pode se isentar. O problema é que, como

já amplamente demonstrado, houve uma indevida assimilação entre repercussão geral e recurso repetitivo. Entretanto, se o Código tratou da repercussão geral, prevendo a suspensão de ‘todos os processos pendentes’, no art. 1.035, e regulamentou os recursos especial e extraordinário repetitivos, igualmente prevendo a suspensão de “todos os processos pendentes”, no art. 1.036 e seguintes, é possível afirmar que se pretendeu distinguir as consequências do reconhecimento da repercussão geral e da afetação de um recurso extraordinário repetitivo.

Como não poderia ser de outra forma, o Supremo Tribunal Federal passou a usar a sistemática da repercussão geral para enfrentar os recursos múltiplos, os quais foram primitivamente regulados no art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação que lhe foi dada pela emenda regimental n. 21/2007. Mediante a emenda regimental n. 54/2020, introduziu-se no Regimento Interno o art. 326-A, reafirmando-se a subordinação dos recursos repetitivos ao plenário virtual da repercussão geral. Porém, ainda que os recursos repetitivos obviamente dependam da repercussão geral, isso certamente não quer dizer que a repercussão geral sempre deva ter as consequências do reconhecimento da repercussão geral em face de um recurso extraordinário do tipo repetitivo.

Ou melhor, ainda que se possa entender que o reconhecimento da repercussão geral, diante de um recurso que reproduz questão constitucional versada em outros *múltiplos* recursos extraordinários, possa ter a consequência eventual de suspender todos os recursos extraordinários pendentes – nunca obviamente todos os processos –, isso não quer dizer que, diante de repercussão geral reconhecida em recurso extraordinário que enfrenta questão constitucional que não caracteriza uma litigância repetitiva, exista naturalidade ou lógica na suspensão dos processos que versem a mesma questão.

Na verdade, o poder decisório do Supremo Tribunal Federal, diante da natureza e relevância particulares das questões constitucionais e da necessidade da sua discussão com a população e com as demais instituições, não pode ser engessado por regras processuais, devendo sempre ficar em aberto para que a Corte possa tutelar a Constituição à luz das necessidades que ressaem das circunstâncias concretas que marcam a particular questão constitucional em análise. Isso não quer dizer, evidentemente, que o poder decisório da Corte seja isento de controle, mas somente que esse controle é muito mais complexo e sofisticado, não dependendo apenas de submissão a um critério normativo, mas de justificativa capaz de demonstrar a racionalidade da decisão à luz da substância da questão constitucional e das circunstâncias concretas que a envolvem.

Assim, não é possível atribuir ao § 5º do art. 1035 do Código de Processo Civil a condição de requisito a ser obrigatoriamente observado quando do reconhecimento da repercussão geral. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 966.177, contornou essa dificuldade ao declarar que

*a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no ‘caput’ do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la.*³⁸

6.5 A suspensão dos processos não é obstáculo para a Corte negar eficácia vinculante à sua decisão

Quando a Corte percebe, desde logo, que o reconhecimento da repercussão geral não se destina a permitir a formação de precedente, certamente não há motivo para a suspensão dos processos. Porém, a previsão relativa à suspensão dos processos obviamente não pode ser vista como um obstáculo para a Corte exercer o seu poder e, assim, deixar de atribuir, quando isso for importante ao diálogo constitucional, eficácia vinculante à sua decisão.

Seria um grande equívoco retirar da Corte, por antes ter determinado a “suspensão dos processos pendentes”, a possibilidade de deixar de firmar precedente quando, apenas diante da deliberação em plenário, teve condições de perceber que deve deixar a questão em aberto. Isso seria o mesmo do que negar os valores democráticos em nome das consequências de uma técnica processual que, como todas aquelas dessa natureza, pode trazer resultados involuntários que sempre devem ser corrigidos quando há um valor substantivo maior em jogo.

Perceba-se que, não obstante a decisão não constitua precedente obrigatório, ela terá firmado precedente persuasivo de grande importância, particularmente por advir de decisão da Corte preocupada em apresentar um caminho ao Judiciário e especialmente à discussão popular e à deliberação parlamentar. Não é preciso dizer que qualquer pronunciamento de tribunal em sentido contrário, além de ter que estar fundamentado de modo a evidenciar que a decisão tomada deveria ser outra, terá enorme importância para fomentar o diálogo constitucional, reconhecido como necessário pela própria Corte.

REFERÊNCIAS

BARSOTTI, Vittoria. *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1999.

³⁸QO no RE 966.177, Plenário, Rel. Ministro Luiz Fux, julg. em 07.06.2017.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, 2a. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Foreword: The passive virtues. *Harvard Law Review*, 1961.

CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 80-151.

CRISAFULLI, Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma)*. Enciclopedia del diritto, 1964.

CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DAVIS, John F. REYNOLDS, William L. Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, 1974.

GEHRLEIN, William V. LEPELLEY, Dominique. *Voting Paradoxes and Group Coherence*. Heidelberg: Springer, 2011.

HOCSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4.

KORNHAUSER, Lewis A. SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, 1993.

LLEWELLYN, Karl. *The case law system in America*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, Damares. *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MERRIL, Thomas W. Judicial opinions as binding law and as explanations for judgments. *Cardozo Law Review*, vol. 15, 1993.

NOVAK, Linda. The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions. *Columbia Law Review*, v. 80, 1980.

RASMUSEN, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, 1994.

SCOFIELD, Robert G. The distinction between judicial dicta and obiter dicta. *Los Angeles Lawyer*, vol. 25, 2002.

SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, v. 110, 1996.

_____. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *John M. Olin Law & Economics*, Working Paper n. 322, University of Chicago, 2007

TIRO, Fabio. *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema*. Milano: Giuffrè, 2000.

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

