

AS DECISÕES QUE NADA DECIDEM: ANÁLISE SOBRE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DE FORMAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA

Renato Manente Corrêa¹

SUMÁRIO 1. Introdução: expondo as bases do problema. 2. A regra da cláusula de reserva de plenário (*full bench*) e os efeitos decorrentes da declaração de (in)constitucionalidade em sede de controle concentrado. 3. As decisões que nada decidem: breve exposição das ADIs 4.066 e 4.167 e o problema de formação da maioria absoluta. 4. Análise: garantia da maioria absoluta e presunção de constitucionalidade das leis *versus* o princípio da vedação ao *non liquet*, o direito fundamental à prestação jurisdicional, a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição constitucional. 5. Alternativas possíveis para conclusão dos julgamentos em casos-limite de ausência de formação de maioria absoluta. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo pretende discutir, de forma crítica, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.066 e 4.167 que, diante da ausência de formação de quórum de maioria absoluta por redução do número de ministros votantes (atingindo-se situações de empates e maiorias relativas), deixou de aplicar a eficácia geral e os efeitos vinculantes próprios dessas ações. Indaga-se se essa postura seria admissível considerados o princípio de vedação ao *non liquet*, o direito à prestação jurisdicional, a segurança jurídica e o princípio de efetividade da jurisdição constitucional. Admitindo-se que o estado de indecisão originado por essas decisões da Corte é pernicioso e não pode subsistir, são apresentadas alternativas

1 Procurador do Estado de São Paulo. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

possíveis para a solução do julgamento em casos-limite de empates e maiorias não absolutas.

Palavras-chave: controle concentrado de constitucionalidade; maioria absoluta; problema de formação da maioria absoluta; vedação ao *non liquet*; alternativas.

ABSTRACT This paper intends to discuss, critically, the decisions made by the Brazilian Supreme Federal Court in the judgment of ADIs 4.066 and 4.167 which, given the absence of formation of an absolute majority quorum due to the reduction in the number of voting ministers (reaching situations of ties and relative majorities), refused to apply the general effectiveness and binding effects of these actions. It is questioned whether such a posture would be admissible considering the principle of prohibition against non liquet, the right to jurisdictional provision, legal certainty and the principle of effectiveness of constitutional jurisdiction. Admitting that the state of indecision caused by these Court decisions is harmful and should not exist, possible alternatives are presented for the solution of the judgment in limit cases of ties and non-absolute majorities.

Keywords: concentrated control of constitutionality; absolute majority; problem of formation of the absolute majority; prohibition against non liquet; alternatives.

1. INTRODUÇÃO: EXPONDO AS BASES DO PROBLEMA

Como regra, o controle concentrado de constitucionalidade, aqui delimitado ao espectro das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao provocar o exercício da jurisdição constitucional acerca da *validade jurídico-constitucional* de determinado ato normativo em tese, produz decisões com eficácia *erga omnes* (isto é, oponíveis a todos) e efeitos vinculantes (*enforcing power*). Sua finalidade, como tradicionalmente se concebe, é garantir a higidez e a consistência do ordenamento jurídico, seja reafirmando a constitucionalidade de determinada norma abstratamente questionada ou dele extirpando normas que desafiem, por incompatibilidade material e/ou formal, o vetor normativo que, em todos os casos, lhe é estruturante: a Constituição².

2 A jurisdição constitucional é aqui chamada para pacificar um conflito que, embora não se desenvolva entre partes determinadas – eis que é processo de natureza eminentemente objetiva –, surge entre a norma em tese, com reflexos diretos sobre os seus destinatários (mesmo porque a lei é concebida, geralmente, para regular situações concretas que, portanto, atingem pessoas e/ou interesses), e a Constituição que, repita-se, em todo o caso, deve prevalecer.

A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis de modo abstrato, mediante o qual *se atribuem* os efeitos acima mencionados, depende da observância de uma regra não invulgar no direito brasileiro: a cláusula de reserva de plenário, importada do sistema norte-americano de revisão judicial de leis, que expressa a obrigatoriedade de que a declaração de (in)constitucionalidade seja feita por voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal. No Supremo Tribunal Federal, a maioria absoluta traduz o voto de 6 dos 11 ministros que o compõem.

Sucedo que nem sempre, como seria de se esperar em termos ideais, o Tribunal, no julgamento dessas ações, funciona com os 11 ministros, e tal se dá por razões variadas: afastamentos por licenças, impedimentos ou mesmo vacâncias decorrentes de aposentadoria.

Conquanto não se vede que o julgamento se inicie ainda que não presentes os 11 ministros³, o cenário pode levar a situações em que não se atinge a maioria absoluta de votos nem no sentido da inconstitucionalidade da norma tampouco de sua constitucionalidade⁴, como é o caso de *empates* ou de placares em que, não obstante haja a formação de maioria, essa não é a absoluta (por exemplo, julgamento com 9 ministros, com 5 votando em um sentido e 4, em outro).

Nesses casos-limite é que se coloca o problema: como, então, proceder? No Supremo, ao menos no julgamento de duas ações em que esses quadros se desenharam – e que são objeto deste trabalho –, optou-se por simplesmente proclamar o resultado, com as declarações dos votos dados em um sentido e outro, sem atribuir à decisão eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

O que se pretende discutir, delineado esse panorama, é se à Corte é possível a adoção da referida postura sem desnaturar a essência das ações de controle concentrado, e em que medida ou grau, uma vez adotada, ela representa (ou não) a solução mais adequada a pacificar um conflito eminentemente jurídico que se estabelece acerca da *validade jurídico-consti-*

3 Adiante, no tratamento da cláusula de reserva de plenário, far-se-á a necessária distinção entre quórum de sessão e quórum de julgamento.

4 Desde logo se adianta que, conforme comunga a doutrina majoritária, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade são dúplices, isto é: são ações de sinal trocado, de modo que a procedência de uma representa a improcedência da outra. De toda forma, para a declaração com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, é preciso, como regra geral, o atingimento da maioria absoluta.

tucional de determinado ato normativo em tese. Finalmente, pensa-se se existem alternativas possíveis – excluída, evidentemente, a adotada pelo Supremo – que melhor sirvam à concretização do *standard* neoconstitucional de efetividade da jurisdição constitucional.

2. A REGRA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (FULL BENCH) E OS EFEITOS DECORRENTES DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO

Conhecida como *full bench* (ou, ainda, *full cort* ou *in banc*), a cláusula de reserva de plenário tem sua origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos que, sobretudo a partir do século 19, “condicionou o julgamento das questões constitucionais à presença de todos os seus membros”⁵. A regra naquele país não está prevista na Constituição, como ocorre no Brasil, e sim no regimento interno da Corte. É que, conforme aponta Leal, “os juristas americanos entendem que inserir na Constituição dispositivos relativos ao quórum necessário para deliberação da Suprema Corte poderia resultar em um engessamento para os trabalhos judiciais”. Dessa forma, completa, “coube à jurisprudência norte-americana construir raciocínio segundo o qual somente se deveria decidir se uma lei é inconstitucional pela maioria dos integrantes da Corte. Essa orientação ganhou o nome de *full bench*”⁶⁻⁷.

São subjacentes à criação da cláusula as ideias de presunção de constitucionalidade de leis, bem como de segurança jurídica (a evitar oscilações

5 CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>. Acesso em: 10/06/2020.

6 LEAL, Saul Tourinho. *A polêmica do quórum nas decisões do STF*. *Revista Consultor Jurídico*, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em 15/06/2020.

7 Também naquela corte estrangeira, à semelhança do que ocorreu no Brasil nas ações que serão comentadas a seguir, houve casos em que não se atingiu o quórum de julgamento da maioria absoluta para deliberação acerca da matéria constitucional discutida. A título de exemplo, recorda-se que, “ao apreciar o caso *Hepburn v. Griswold*, (1870) e *Illinois Cent. R. Co. v. State of Illinois* (1892) a Corte estava desfalcada”, isso, pois, “o Chief Justice Edward Douglass White havia participado do julgamento na instância ordinária e o Justice Samuel Blatchford tivera ligações profissionais com a companhia autora da ação”. Diante disso, mais uma vez aponta Leal, “o jeito foi declarar a inconstitucionalidade do ato questionado valendo-se do voto de somente quatro *justices*, dentre os nove que compunham a Corte”. “Vejam”, alerta Leal, “que não houve maioria formada e mesmo assim o ato foi declarado inconstitucional”.

acerca da validade e eficácia de norma infraconstitucional a partir de maiorias escassas ou inexpressivas) e de autocontenção judicial (*judicial restraint*).

No Brasil, a cláusula, que é verdadeira regra de julgamento, foi introduzida no ordenamento brasileiro na Constituição de 1934⁸. Segundo José Afonso da Silva⁹, a regra se incorporou de forma consistente no direito brasileiro doravante, e, hoje, é prevista no artigo 97 da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A regra constitucional é reproduzida na Lei federal nº 9.898/99, que regulamenta o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. A lei, contudo, não apenas reafirma a necessidade do quórum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, como, também, e indo além, prevê a necessidade desse mesmo quórum para declaração de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. É daí que a doutrina constitucionalista¹⁰ desenvolveu a compreensão, hoje majoritária, de que essas ações possuem caráter dúplice (são ambivalentes), de modo que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à improcedência da ação declaratória de constitucionalidade e vice-versa.

Os efeitos dessas declarações tomadas pela maioria absoluta dos membros da Corte Suprema são, do mesmo modo, previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional acima mencionada. Na Constituição, a previsão fica a cargo da redação do artigo 102, § 2º, no seguinte sentido:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias

8 Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 53.

10 Por todos, Gustavo Binbenojm: “(...) *assumiu-se, de uma vez por todas, que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade são ações dúplíceis. Demais disto, ficou claro que os efeitos das decisões em uma e outra ação são rigorosamente simétricos. Isto significa que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à improcedência da ação declaratória (proclamação da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo) e que a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à procedência da ação declaratória de constitucionalidade (proclamação a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo)*” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p.199).

de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Pode-se dizer que a atribuição da eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes a essas ações é sua característica marcante, senão ontológica, sobretudo porque se desenvolvem em processos objetivos, sem partes definidas antagonizando pretensões subjetivas. Assim, como não se prestam a resolver conflitos interpartes, sua finalidade última é pacificar, de forma ampla e vinculante – daí porque é deflagrado o processo concentrado e abstrato pelos legitimados – a controvérsia (jurídica, isto é, de *validade jurídico-constitucional*) existente sobre determinada norma infraconstitucional, abstratamente considerada.

Além da regra de julgamento acima exposta, que leva, naturalmente, à prolação de decisões gerais e vinculantes, a Lei nº 9.898/99 acima mencionada também previu o que a doutrina chama de quórum de sessão, que fixa a quantidade mínima de ministros que devem estar presentes para o início do julgamento. Nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade esse número é de oito ministros.

Como consectário lógico, é possível que determinado julgamento ocorra com menos do que os 11 ministros que compõem a corte e justamente nessas situações que problemas na formação da maioria absoluta podem surgir, seja pelo empate nas decisões (5x5 ou 4x4) ou por maiorias que não são rigorosamente absolutas (5x4; 5x3), conforme se demonstrará a seguir.

As situações levam a questionamentos sobre os limites da cláusula de reserva de plenário, bem como das interpretações que lhe devem ser atribuídas no contexto dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

3. AS DECISÕES QUE NADA DECIDEM: BREVE EXPOSIÇÃO DAS ADIS 4.066 E 4.167 E O PROBLEMA DE FORMAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA

As ações diretas a seguir comentadas, embora cuidem de objetos distintos, guardam entre si um inusitado ponto de contato: o julgamento de ambas não atingiu a maioria absoluta de seis votos nem pela constitucionalidade nem pela inconstitucionalidade do ato normativo apreciado. Em

outras palavras, não foi possível, pelo quórum de ministros votantes, atingir o mínimo para procedência ou improcedência da demanda, nesse último caso, com a ambivalência própria da declaração de constitucionalidade.

No caso da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.066, de relatoria da ministra Rosa Weber, a discussão de fundo era a (in)constitucionalidade da permissão para extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte de uma das variedades do amianto no Brasil, a crisotila ou o asbesto branco. O ato normativo questionado era a Lei federal nº 9.055/1995, especificamente seu artigo 2º, *caput* e parágrafo único, que veiculava referida permissão.

Sem adentrar aos argumentos que militavam em um ou outro sentido para procedência ou improcedência da demanda, o fato é que o quórum da sessão foi constituído por nove ministros, considerados dois impedimentos declarados. Por sua vez, o seu resultado de julgamento foi de cinco votos pela procedência da demanda, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, e quatro votos pela improcedência da demanda.

Diante da situação, em 24 de agosto de 2017, o tribunal não declarou a procedência nem a improcedência do feito e, sem ampliar a discussão, entendeu por proclamar o resultado nos seguintes termos, conforme itens 14 e 15 da longa ementa de julgamento:

(...)

14. Quórum de julgamento constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado.

15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995.

Veja-se que a Corte optou, diante do resultado, por realizar uma proclamação do resultado destituindo a decisão de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante por não se ter atingido a maioria absoluta em nenhum dos dois sentidos. Em outras palavras, a ausência dos efeitos gerais e vinculantes implica a possibilidade de que, pela via do controle difuso, a questão continue a ser debatida nas instâncias ordinárias.

De modo similar, no julgamento da ADI 4.167, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, que discutia a constitucionalidade da Lei federal nº 11.738/2008, a qual instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, houve empate, de cinco a cinco, quanto à (in)constitucionalidade do dispositivo que cuidava da jornada de trabalho desses profissionais (§ 4º do art. 2º).

Nesse julgamento, participaram dez ministros, diante do impedimento do ministro Dias Toffoli. A solução encontrada pela Corte foi, mais uma vez, destituir de eficácia vinculante e geral o julgamento acerca da matéria, possibilitando que a norma continuasse no ordenamento jurídico, conforme trecho da ementa a seguir transcrito – que espelha julgamento ocorrido em 27/4/2011:

“(...) Em seguida, após o voto do senhor ministro Joaquim Barbosa (relator), que julgava improcedente a ação quanto ao § 4º do artigo 2º da lei impugnada, no que foi acompanhado pelos senhores ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Ayres Britto, e os votos dos senhores ministros Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, foi o julgamento suspenso para aguardar o voto do senhor ministro Cezar Peluso (presidente), nos termos do parágrafo único do artigo 23 da Lei nº 9.868/99. Em 27/4/2011, foi colhido o voto do presidente, ministro Cezar Peluso, que julgou procedente a ação relativamente ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, assim, o Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos senhores ministros Joaquim Barbosa (relator) e Ricardo Lewandowski”.

Os julgamentos, nos dois casos, foram tidos por encerrados. E aqui reside a discussão que a seguir se pretende enfrentar: se o objeto de uma ação de controle concentrado é fixar, de forma definitiva, geral e vincu-

lante, a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo, como é possível encerrar seu julgamento sem atribuir-lhe os efeitos que lhe são próprios em um ou outro sentido? Não sendo a ação destinada a resolver conflito interpartes, se ela não ostenta os efeitos que, repita-se, lhe são inerentes, de que vale o julgamento? Quer-se, ainda, indagar: uma vez provocada a jurisdição constitucional pela regular deflagração de processo de controle concentrado de constitucionalidade, pode o Tribunal chegar a resultado que, na prática, equivalha a um não julgamento? Os argumentos de não formação de maioria absoluta e da presunção de constitucionalidade das leis podem ser usados para usurpar, assim, os efeitos próprios dessas ações?

Essas questões serão adiante analisadas, sobretudo à luz do princípio de vedação ao *non liquet*, ao direito fundamental à prestação jurisdicional, à segurança jurídica, bem como da efetividade da jurisdição constitucional, adiantando-se, para o início da discussão, a provocação lançada pelo professor Celso de Barros Correia Neto: “*deliberar sem efeitos vinculantes, em ADI, é não decidir e, na prática, postergar a decisão para outra oportunidade, aguardando um novo julgamento sobre o mesmo tema. Até lá, a dúvida jurídica remanesce: de que vale uma decisão sem efeitos jurídicos?*”¹¹.

4. ANÁLISE: GARANTIA DA MAIORIA ABSOLUTA E PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS VERSUS O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO NON LIQUET, O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Considerada a finalidade precípua de uma ação de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, aliada à análise das características próprias de um processo de natureza objetiva, não é difícil que a solução adotada pela Suprema Corte, nos casos acima expostos, cause perplexidade ou, no mínimo, estranheza.

11 NETO, Celso de Barros Neto. *Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional?* Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo publicado em 9 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional>>. Acesso em 20/6/2020.

Posta a questão em termos práticos, como se admitir, com naturalidade, que ações que levaram anos para serem julgadas definitivamente (no caso da ADI 4.066, proposta em 2/4/2008, com julgamento definitivo somente 15/3/2018 – quase dez anos depois; no caso da ADI 4.167, foi proposta em 29/10/2008, com julgamento definitivo em 14/10/2013 – quase cinco anos depois) desagüem na prolação de decisões que, na prática, de nada valeram? E de nada valeram mesmo: ora, se não foi pronunciada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de forma geral e vinculante, significa que o ato normativo questionado permanece no ordenamento jurídico, produzindo seus regulares efeitos, exatamente da mesma forma quando foi editado e passou a vigor, **como se ação nenhuma tivesse sido proposta**.

Os argumentos principais que militam a favor da solução adotada pela Corte não são desconhecidos: não se atingiu a maioria absoluta (regra da cláusula de reserva de plenário) e, assim, deve vigorar a presunção de constitucionalidade das leis, como uma espécie de autocontenção do Poder Judiciário. Esses argumentos, contudo, se ponderados a outros de igual ou superior relevância, parecem não ser suficientes para sustentar o cenário de (in)decisão judicial.

Criação do direito romano, a expressão latina *non liquet*, nas lições de George Marmelstein, “é uma abreviatura da frase *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*, que significa mais ou menos isso: jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Dessa forma, completa, “ao declarar o *non liquet*, o juiz romano eximia-se da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida”¹².

Com a evolução do direito, e aqui restringe-se ao direito brasileiro¹³, desenvolveu-se a proibição ao *non liquet*, de modo que ao julgador é proscrito eximir-se de julgar – ou, em termos mais rebuscados,

12 MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. Disponível em: <<http://direitos.fundamentais.net/2009/01/07/o-asnode-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 14/6/2020.

13 A proibição, no direito brasileiro, decorre do princípio constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição), bem como de previsões expressas constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º) e do Código de Processo Civil vigente (art. 140).

dar uma resposta jurisdicional satisfativa e adequada a determinado conflito que lhe seja submetido – sob o argumento de que não há resposta jurídica para o caso. Como afirma Marmelstein, “a utilidade prática da proibição do *non liquet* é inegável. Se o juiz se eximisse de proferir uma decisão toda vez que estivesse em dúvida, haveria grande probabilidade de o sistema entrar em colapso, pois são muitas as situações em que isso ocorre”.

À proibição ao *non liquet* liga-se a ideia de inafastabilidade do controle jurisdicional e, ainda, de um direito fundamental à prestação jurisdicional. Embora sejam direitos normalmente relacionados aos processos de natureza subjetiva, que veiculam pretensões e resistências de partes determinadas, entende-se que não se pode subtrair do processo objetivo de controle concentrado o mínimo de uma pretensão – ao menos coletiva, deflagrada pelo legitimado – de que haja pacificação a respeito de determinada norma jurídica que, potencialmente, desafie o texto constitucional (mesmo porque a norma é produzida para ter efeitos e efeitos que, a evidência, se dirigem sobre algum interesse ou alguém). Em medida ainda que reduzida, existe um anseio – de todo resguardável – de que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, dê sua palavra, com os efeitos que lhe são constitucionalmente inerentes, a respeito da norma que lhe é posta à análise.

Analizadas sob essa ótica, as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações acima mencionadas e em todos os eventuais e futuros casos em que não haja formação da maioria absoluta em nenhum sentido por redução do quórum de ministros votantes, parecem incorrer no próprio *non liquet* e em uma negação ao direito à prestação jurisdicional (com os temperamentos próprios de um processo objetivo). É que se o desiderato último de uma ação de controle concentrado é produzir uma decisão que ateste ou rejeite a constitucionalidade de determinado ato normativo de forma geral e vinculante, ao deixar de atribuir seus efeitos característicos age a Corte Suprema como se julgamento não tivesse realizado. Deixa de dar a resposta constitucional e juridicamente esperada. Deixa de julgar. Veja-se que aqui não se está a tratar a respeito de qual resposta deva ser dada às situações-limite para a formação de maioria absoluta, mas sim de que, mesmo nesses casos, haja uma resposta (seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade), e que ela produza os efeitos tais como dela se esperam em condições normais.

Da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai-se a abrangência da vedação ao *non liquet*, consoante voto proferido pelo ministro Carlos Ayres Britto em um dos precedentes julgados pela corte, e cujo trecho adiante transcreve-se:

se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. **É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.**¹⁴

Há quem defenda, deve-se registrar, que o princípio de vedação ao *non liquet* não seria de todo absoluto e poderia ser excepcionado em processos objetivos como forma de ampliar o diálogo institucional entre poderes e com a própria sociedade civil. Sustenta-se que “(...) os instrumentos processuais de controle objetivo e abstrato de constitucionalidade voltam-se, antes de tudo, à defesa da higidez da ordem jurídica e, apenas indiretamente, à proteção de direitos específicos de pessoas determinadas. E a ordem jurídica precisa reconhecer a possibilidade de suas instituições dialogarem”. Dessa forma, “reconhecer a possibilidade de *non liquet* permite que o STF compartilhe com os outros poderes e com a própria sociedade o papel de intérprete da Constituição”¹⁵.

De fato, se não se chega a uma resposta pela formação da maioria absoluta constitucionalmente exigida, há indicativos de que ou o debate precisa ser ampliado ou não há razões suficientes para afastar a presunção de que o ato questionado é constitucional (isso se não se criarem alternativas para a definição dessa maioria). Mas tal – e é aqui o ponto de discordância com o argumento acima descrito – não afastaria o dever de a corte dar uma resposta efetiva ao caso, ainda que para reafirmar (se for o caso), de forma ampla e vinculante, a própria constitucionalidade da norma.

14 Cf. STF, HC nº 91.352, rel. min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 28/2/2008, DJe-070; grifou-se.

15 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. RDA. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015, p. 198.

Para além de um julgamento de verdadeiro *non liquet*, decisões que, ao fim e ao cabo, após anos de espera para solucionar o conflito jurídico-constitucional de forma definitiva, ampla e vinculante, não projetam os seus efeitos regulares servem, em outra perspectiva, para incrementar a insegurança jurídica e multiplicar as discussões nas instâncias ordinárias. E para fugir de mera elucubração teórica, o próprio caso da ADI 4.167 acima descrito ilustra a hipótese.

É que, como se mencionou, houve empate a respeito do dispositivo da Lei nº 11.738/2008 (art. 2º, § 4º) que dispunha sobre a jornada de trabalho dos profissionais do magistério da educação básica, de modo que a ação não contou com seus regulares efeitos nem pela constitucionalidade nem pela inconstitucionalidade da norma, isso no ano de 2011. Após a (in)decisão, a discussão se intensificou nas instâncias ordinárias, levando o mesmo Supremo a, em março de 2017, ter de afetar recurso extraordinário representativo da controvérsia¹⁶, que, somente em 29 de maio de 2020, desaguou na definição da tese, no Tema 958 de Repercussão Geral, de que “é constitucional a norma geral federal que reserva fração mínima de um terço da carga horário dos professores da educação básica para dedicação às atividades extraclasse”.

Veja-se, assim, que a insegurança jurídica se agravou não somente pelo tempo que se levou para definição de constitucionalidade de norma controvertida (12 anos desde a propositura da ação direta de inconstitucionalidade em 2008), como também pelos inúmeros feitos que, inevitavelmente, podem ter tido desfechos distintos e transitaram em julgado.

É curioso, nessas decisões, a rigidez com que a Corte interpretou a regra da maioria absoluta, algo que não fizera – e não faz –, a título de exemplo, no controle concreto e difuso de constitucionalidade realizado por seus órgãos fracionários (turmas), aos quais é afastado o dever de submeter a questão constitucional analisada à apreciação do pleno e podem, inclusive, declarar a inconstitucionalidade de norma sem observância da reserva de plenário. De acordo com o Supremo, “o STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência

16 *Leading Case*: RE 936.790.

regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal”¹⁷. Considerado atualmente o alcance do controle difuso realizado pelo Supremo, a interpretação excepcional chama atenção e evidencia uma aleatoriedade no formalismo e rigidez com que a Corte trata uns casos e outros.

De todo modo, afora os argumentos já alinhavados, fato é que também essas decisões parecem não se sustentar diante do postulado de efetividade da jurisdição constitucional, produto do neoconstitucionalismo, que, segundo defende Luís Roberto Barroso, citado por Lynch e Mendonça, obriga “os intérpretes da constituição a produzir sua efetividade no mundo da vida”¹⁸.

Ponderados os argumentos do resguardo à maioria absoluta, bem como à presunção de constitucionalidade das leis com os argumentos, de igual ou superior estatura constitucional, relativos ao direito à prestação jurisdicional, à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição constitucional, parece que se deve dar prevalência a esses últimos. Deve-se, assim, buscar soluções – efetivas – para os impasses havidos nos empates ou nos julgamentos sem formação de maioria rigorosamente absoluta, já que, como bem lembra Zulmar Junior, “o vácuo do poder é sempre preenchido, pelo que se afigura pernicioso, nesses temas, nada decidir, para a matéria ser resolvida, talvez, num jogo de par ou ímpar”¹⁹.

5. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS PARA CONCLUSÃO DOS JULGAMENTOS EM CASOS-LIMITE DE AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE MAIORIA ABSOLUTA

Não se encontra na doutrina especializada tratamento sobre o assunto, de modo que as propostas aqui veiculadas pretendem ser pontos de partida para que, chegadas as situações-limite acima descritas, se ob-

17 STF, EDcl no RE nº 361.829/RJ, rel. min. Ellen Gracie, julg. 02/03/2010, DJe 19/3/2010.

18 LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, junho, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 jul. 2020.

19 OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Voto de qualidade é solução para empate*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo publicado em 6 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-06/voto-qualidade-presidente-solucao-empate-stf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

tenha uma solução razoável, capaz de dar concretude ao exercício da jurisdição constitucional no julgamento de ações de controle concentrado.

De início, parece importante distinguir a natureza dos afastamentos que culminam em um quórum de ministros votantes inferior aos 11. Em se tratando de afastamento temporários, o próprio regimento da Corte e a Lei nº 9.868/99 trazem solução para a questão, que é a suspensão do julgamento até o retorno do ministro afastado.

Por outro lado, caso se trate, por exemplo, de afastamentos sem previsão de retorno a curto ou médio prazo (como ocorrência com licenças médicas superiores a 30 dias ou vacâncias decorrentes de aposentadoria ou morte) ou, ainda, de impedimentos, que tornam a composição da corte inevitavelmente reduzida, então abrem-se algumas alternativas.

A primeira delas possível para o caso de empates seria a atribuição do voto de qualidade ao presidente da Corte, que teria o condão de resolver, sobretudo, os casos em que as votações ocorrem com dez ministros (surgindo empate 5x5). Nesse caso, o voto de qualidade do presidente serviria para se atingir o quórum de maioria absoluta, sendo possível encerrar o julgamento com a regular produção de seus efeitos.

Aqui, poder-se-ia sustentar, como contra-argumento ao voto de qualidade, que a regra da maioria absoluta prevista no artigo 97 da Constituição Federal e na Lei nº 9.898/99 estaria sendo malferida, porquanto, na prática, estar-se-ia utilizando de um artifício para atingi-la. Esse argumento, contudo, guarda em si uma fragilidade, porque, como bem aponta Zulmar Junior, “o que o preceptivo exige é a composição de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de disposição normativa, independentemente da forma como se chegou a tal maioria, matéria normalmente relegada aos regimentos internos das Cortes”. Completa afirmando que, nesses casos, “o voto de qualidade é atribuído ao presidente da Corte, ungido democraticamente pelos seus pares, para lhes representar e, inclusive, penso seu, no período de sua investidura, assumir maiores responsabilidades, entre elas, dirimir as divergências”²⁰.

Mesmo o voto de qualidade, confessa-se, não resolveria todos as possibilidades de conformação de votos. Isso pois só teria efetivo im-

20 *Op. cit.*

pacto para a formação de maioria absoluta nos casos de empates *five to five*. Para os empates quatro a quatro, quando a Corte se reunir em oito ministros votantes, a situação ficaria sem o atingimento de maioria absoluta. Por outro lado, também não se poderia cogitar de voto de qualidade em situações em que não há empate, mas maioria formada por 5x4 ou 5x3.

Nesses casos é que se ousa propor uma releitura da regra da maioria absoluta, definindo-a, em cada caso, **conforme a composição máxima possível da Corte no momento do julgamento**. Explica-se: desconsideradas as situações de mero afastamento temporário (rapidamente supríveis, a justificar a suspensão dos julgamentos), deve-se ter em conta uma noção de composição máxima possível conforme a natureza de definitividade do afastamento (como impedimentos) ou vacâncias sem previsão mínima de suprimento. Assim, se há dois ministros impedidos, por exemplo (que poderia levar ao resultado 5x4, como ocorreu na ADI 4.066), porque já atuaram como AGU no feito, a composição máxima possível da Corte, por uma situação de natureza não transitória (que é o impedimento), é de 9 ministros. Assim, a maioria absoluta, aqui, de forma excepcional, deve ser tomada como 5. Pode parecer, na realidade, que estar-se-ia falando em uma maioria relativa, considerados os ministros presentes. Mas não: a interpretação é mais sensível, porque considera situações não temporárias, que, para cada julgamento, tornam a composição da Corte inevitavelmente reduzida.

A flexibilização na interpretação da regra da maioria absoluta não parece ser de todo estranha à Corte, que, como se mencionou acima, permite que seus órgãos fracionários realizem o controle difuso de constitucionalidade, apesar da regra do artigo 97 da Constituição Federal (se tomada na literalidade).

Uma solução menos efetiva, contudo, porém possível, evitando o encerramento do julgamento sem resposta jurisdicional, é a suspensão do julgamento, com retomadas periódicas, visando colher dos votantes seus posicionamentos, que podem, como se sabe, sofrer alteração ao longo do tempo. Assim, mantendo a questão *sub judice*, aguardar-se-ia eventual mudança de posicionamento ou composição da Corte para solução da questão.

Como bem pondera Zulmar Junior, o que parece não ser concebível é esse estado de indecisão, por meio do qual a Corte, por uma regra

constitucional que visa a tutelar a higidez do ordenamento jurídico (art. 97), tomada de forma cegamente literal, fica engessada justamente para exercer o seu papel, igualmente constitucional, de guardar a Lei Maior. Daí porque se revela urgente o debate acerca dos casos-limite para pacificação das controvérsias de natureza jurídico-constitucional, sobretudo porque cuidam-se de situações com alta probabilidade de se repetir e, hora ou outra, podem veicular temas de enorme impacto social, em relação aos quais, certamente, não poderia o Poder Judiciário furtar-se de entregar a prestação jurisdicional que lhe é confiada.

CONCLUSÃO

O papel atribuído à jurisdição constitucional é de vital importância para o funcionamento adequado das instituições, do sistema jurídico e da própria sociedade. Dessa forma, decisões proferidas em ADI/ADC sem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, por ausência de quórum de maioria absoluta, representam um verdadeiro não julgamento, um enfraquecimento, portanto, do papel institucional que se atribui ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal. Mas não somente enfraquecem o papel da Corte, como também parecem malferir direitos constitucionais basilares, como o direito à prestação jurisdicional, à segurança jurídica, bem como à efetividade da jurisdição constitucional.

Nesse particular contexto, não parece que a regra constitucional da maioria absoluta tenha sido pensada pelo legislador constitucional como uma barreira para impedir o próprio exercício da jurisdição constitucional (no controle concentrado) em situações-limite como as narradas nas linhas acima (de empates e maiorias não absolutas por impossibilidade efetiva de quórum de ministros votantes). Aqui, em um *jogo* de ponderação, a busca por alternativas que não desnaturem a essência das ações de controle concentrado e tenham o condão de pacificar a controvérsia que surge sobre a validade/legitimidade jurídico constitucional de determinado ato normativo é o caminho que deve ser prestigiado.

Daí porque se propuseram, ao final, alternativas para solucionar os impasses, como a adoção do voto de qualidade nas ações de controle concentrado ou mesmo uma interpretação flexível da regra da maioria absoluta em casos cuja excepcionalidade de quórum a exija.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>. Acesso em: 10/6/2020.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. RDA. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

LEAL, Saul Tourinho. *A polêmica do quórum nas decisões do STF*. *Revista Consultor Jurídico*, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em 15/6/2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, junho, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 jul. 2020.

MARMELSTEIN, George. *O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 14/6/2020.

NETO, Celso de Barros Neto. *Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional?* *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo publicado em 9 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional>>. Acesso em 20/6/2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Voto de qualidade é solução para empate*. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo publicado em 6 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-06/voto-qualidade-presidente-solucao-empate-stf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36^a. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 53.