

Observatório Constitucional: Possível empate no julgamento de expurgos acirra interesses

Spacca

Após o Carnaval, o Supremo Tribunal Federal deve retomar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165 e dos Recursos Extraordinários 626.307, 591.797, 631.363 e 632.212, todos afetados pelo rito da repercussão geral, nos quais se discute se os poupadores têm direito a receber expurgos inflacionários decorrentes da mudança na correção das cadernetas de poupança em razão dos planos econômicos Cruzado, Bresser, Verão, Collor 1 e Collor 2. O resultado do julgamento influenciará o destino de mais de 400 mil ações que tramitam nas instâncias judiciais inferiores e estima-se que as cifras em jogo ultrapassem a casa dos nove dígitos.



Para além da grandiosidade dos números envolvidos no caso — o que já seria motivo de apreensão tanto por parte dos poupadores, que estão aflitos com a possibilidade de verem seus direitos aniquilados por argumentos consequentialistas, como por parte dos bancos, que eventualmente pagarão a conta no caso de derrota — outra questão tem gerado inquietações aos envolvidos na causa: a possibilidade de ocorrer empate no julgamento. Com efeito, com os impedimentos dos ministros Luiz Fux, Roberto Barroso e Cármen Lúcia^[1], a Corte, que ordinariamente delibera com a participação de seus 11 integrantes, julgará o caso com o quórum em número par de magistrados, dando brecha para que o caso termine com quatro votos para cada lado.

A hipótese não é nova. Em razão de inevitáveis vacâncias no tribunal e de eventuais impedimentos de um ou de outro magistrado, a Corte sempre teve que lidar com a possibilidade de ocorrer empate em suas votações. No Mandado de Segurança 21.689, julgado em dezembro de 1993, por exemplo, em que se discutia a constitucionalidade do ato do Senado Federal que cassou os direitos políticos do ex-presidente Fernando Collor, mesmo tendo este renunciado ao mandato antes de finalizado o processo de *impeachment*, o STF viu-se diante de um impasse: em razão do impedimento dos ministros Marco Aurélio, Sidney Sanches e Francisco Rezek e tendo havido empate na votação do *writ*, tornou-se impossível a proclamação de um resultado definitivo. O tribunal resolveu, então, com base na antiga redação do artigo 40 de seu regimento interno^[2], convocar três juízes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para concluir a votação.

A solução de convocar magistrados exógenos para decidir causa de tamanha envergadura não passou imune a críticas, como bem deixou registrado o ministro William Patterson, convocado do STJ, em seu voto:

“Seria desnecessário dizer a satisfação e orgulho que temos nós, Juízes do Superior Tribunal de Justiça, de integrar, eventualmente, este Pretório Excelso, para colaborar em julgamento de tamanha magnitude. Todavia as críticas que se levantaram, algumas de compreensível aspecto jurídico, conduzem-me a prestar esclarecimento, para registros futuros. A convocação feita por Vossa Excelência, Senhor Presidente, com o apoio dos eminentes pares,

observou a normatividade regimental consagrada na tradição do sistema judiciário pátrio. A providência não tem o significado que alguns pretenderam dar. O Supremo Tribunal Federal não está transferindo a outro Tribunal a decisão que lhe cabia e cabe. Está, ao contrário, exercitando o direito de não permitir impasse no julgamento”[3].

Também o então presidente do STF, ministro Otávio Gallotti, veio a público justificar a medida tomada pela Corte, afirmando que “a convocação de Ministros, primeiramente do Tribunal Federal de Recursos, depois do Superior Tribunal de Justiça, é um velho e uniforme procedimento, assentado pelo Regimento em seu art. 40 e, pela praxe do Supremo Tribunal Federal”[4]. Comprovou sua afirmativa, citando oito casos em que teria havido convocação de magistrados de outros tribunais para compor o quórum do STF.

Se tal prática era relativamente bem aceita até então, o que se percebe é que, desde o julgamento do referido caso, que envolvia questões políticas delicadas, o STF evitou adotar essa solução. É de se registrar, contudo, que nos 17 anos subsequentes ao caso, não houve maiores discussões sobre o tema, visto não ter ocorrido qualquer situação de empate mais relevante[5].

Com a edição da Emenda Regimental 35, de 2009, extirpou-se de vez a possibilidade legal de convocação de juízes do STJ para compor o quórum do tribunal[6]. A partir de então, verificada uma situação de empate no Plenário, concedeu-se ao voto do presidente maior peso na deliberação, criando-se a figura do “voto de Minerva” no âmbito do STF[7], excepcionando-se duas situações previstas no artigo 146: a) havendo a necessidade de votação por maioria absoluta e ocorrendo empate na votação, considera-se julgada a questão, proclamando-se a solução contrária à pretendida pelo requerente; e b) no julgamento de *Habeas Corpus*, deverá prevalecer a decisão mais favorável ao paciente no caso de empate [8].

Coincidência ou não, foi a partir dessa alteração regimental que ocorreram as situações mais dramáticas de empate desde o caso Collor. Foi no julgamento da Ação Penal 433, em 11 de março de 2010, que se cogitou pela primeira vez do uso do voto de qualidade da então presidente Ellen Gracie. Após empate em 5 a 5 na votação quanto à condenação do réu e ausente na sessão o ministro Eros Grau, percebeu-se que não haveria tempo hábil para aguardar o voto de desempate, pois o crime prescreveria no dia seguinte à sessão plenária. A Corte, todavia, entendeu não se tratar de caso urgente a autorizar o voto de Minerva da presidente, deliberando aguardar o voto faltante, ainda que tal ato acabasse por fulminar a pretensão punitiva do Estado.

Já na presidência do ministro Cezar Peluso, alguns impasses marcantes impuseram várias releituras do regimento interno da Corte. Às vésperas das eleições gerais de 2010, chegaram ao STF dois Recursos Extraordinários, dos candidatos Joaquim Roriz e Jader Barbalho, que discutiam a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa no ano de sua edição, tendo em vista o princípio da anualidade eleitoral prevista no artigo 16 da Constituição da República[9]. Ao apreciar a matéria, a Corte chegou a um inusitado empate na votação, tendo em vista a vacância da cadeira do ministro Eros Grau, que se havia aposentado alguns meses antes. Considerando a proximidade do pleito, não havia dúvida de que a questão demandava uma solução urgente. O ministro Peluso, contudo, recusou-se a proferir o voto de qualidade, deixando a questão para ser definida pelo Plenário. Ocorreu um novo impasse quanto ao critério de desempate a ser adotado: cinco ministros defendiam que a orientação do presidente deveria prevalecer, enquanto outros cinco votavam pela manutenção do acórdão recorrido[10].

Coube ao decano da Corte encontrar uma solução para o caso. Abrindo mão do ponto de vista externado no julgamento dos recursos, o ministro Celso de Mello propôs que a Corte aplicasse, por analogia, o artigo 205, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[11], no sentido de que, em caso de empate, deveria ser mantida a decisão impugnada, proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral[12].

Este entendimento, contudo, logo foi superado. Com a nomeação, em 2011, do ministro Luiz Fux para a vaga deixada pelo ministro Eros Grau, a questão da aplicação da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010 foi desempatada em sentido contrário ao entendimento do TSE[13]. Com base nesse precedente, o candidato Jader Barbalho opôs embargos de declaração contra o acórdão que lhe fora desfavorável. O julgamento do recurso, realizado em 14 de novembro de 2011, terminou novamente empatado em razão da vacância da cadeira deixada pela ministra Ellen Gracie. Neste caso, entretanto, o presidente Cezar Peluso decidiu proclamar o resultado favoravelmente ao candidato, utilizando-se de sua prerrogativa de prolatar o voto de qualidade. Assim, o acórdão do TSE foi reformado pelo STF[14].

No caso dos expurgos inflacionários, a questão torna-se ainda mais delicada. Com efeito, na ADPF 165, os bancos requereram a declaração da constitucionalidade das leis que criaram os planos econômicos. Como se sabe, o art. 97 da Constituição Federal de 1988 estabelece a regra do *full bench*, preceituando que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei”. Assim, uma das conclusões possíveis é a de que, não havendo seis votos pela inconstitucionalidade das leis questionadas, devem elas ser consideradas constitucionais, interpretação esta benéfica aos bancos. Por outro lado, havendo empate na votação dos Recursos Extraordinários, uma das soluções já aplicada pela Corte é a de que, não resultando maioria para reforma do acórdão atacado, mantém-se a conclusão do tribunal *a quo*, o que ensejaria ganho de causa aos poupadores. Ou seja, caso adotadas as soluções mais ortodoxas, haveria uma contradição entre os resultados obtidos no âmbito dos controles difuso e concentrado.

Nenhuma das decisões, todavia, teria efeito vinculante. Como se sabe, os acórdãos proferidos em ADPF, bem como em Recursos Extraordinários afetados ao rito da repercussão geral, vinculam, ordinariamente, os demais casos que tramitam nas instâncias inferiores. O mesmo não ocorre, contudo, quando não se obtém o mínimo de seis votos a favor de uma das orientações. É o que restou decidido, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167, julgada em 27 de abril de 2011, em que se discutia a constitucionalidade de lei federal que fixou piso nacional para os professores da educação básica[15]. Na ocasião, o ministro Dias Toffoli declarou-se impedido, o que resultou em empate na votação. A rigor, como não houve seis votos para declarar a inconstitucionalidade da norma, concluiu-se pela improcedência da ação. No entanto, o STF deliberou que, não atingido o quórum de maioria absoluta para qualquer dos lados, aquela decisão não produziria efeitos vinculantes, o que, na prática, permite que os tribunais inferiores decidam de modo diferente[16].

De modo semelhante, no julgamento do Recurso Extraordinário 596.152, decidido em 13 de abril de 2011, a Corte defrontou-se com outro empate decorrente da vacância da cadeira da ministra Ellen Gracie. Discutia-se a possibilidade de retroação da Lei 11.343/2006, que trouxe nova causa de diminuição da pena para aqueles considerados “pequenos traficantes”. Reconhecida a repercussão geral do tema e tendo havido empate na votação, o Plenário deliberou que, no caso concreto, deveria prevalecer a interpretação mais benéfica ao réu, mas que a decisão não teria eficácia vinculante. Foi

exatamente esta a observação da ministra Cármen Lúcia ao fim do julgamento, de que “em que pese a repercussão geral ter sido reconhecida, vai ser necessário que se retorne [o tema] para que se consolide o entendimento que passará a vincular”^[17]. É relevante notar que se estava diante de uma das duas hipóteses de não aplicação do voto de qualidade do Presidente, já que se tratava de recurso em *Habeas Corpus*.

Percebe-se que não há uma solução pronta para o caso de empate no julgamento dos expurgos inflacionários. Contudo, algumas constatações são possíveis. Em primeiro lugar, dificilmente a questão poderá ser decidida no âmbito da ADPF, pois se aplica subsidiariamente a esta ação de controle concentrado a regra contida no parágrafo único do artigo 23 da Lei 9.868/99^[18], que exige maioria absoluta para qualquer juízo quanto à constitucionalidade de ato normativo impugnado. Assim, empatada a votação, não haverá alternativa legal senão aguardar a mudança de composição da Corte para que se conclua o julgamento. Caso a Corte decida encerrar o julgamento, deverá aplicar o artigo 146 do regimento interno, segundo o qual na ocorrência de empate em votação que exige maioria absoluta, conclui-se o julgamento em sentido contrário ao requerido, o que resultaria na rejeição da ADPF.

Em se tratando de Recurso Extraordinário, a situação é diferente. Há soluções previstas no próprio regimento interno. Empatada a votação, a Corte poderá considerar mantido o acórdão impugnado (utilizando-se por analogia do art. 205, parágrafo único, I) ou acatar o voto de qualidade do Ministro Joaquim Barbosa (aplicando-se o art. 13, IX). Note-se que o resultado no controle difuso não dependeria de decisão por maioria absoluta para o reconhecimento dos direitos dos poupadores. Isto porque já há jurisprudência pacífica do STF nesse sentido, o que viabiliza a dispensa do requisito do *full bench*, na forma do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil^[19].

Diante das hipóteses vislumbradas, pode-se concluir que, em caso de empate, os poupadores serão beneficiados em dois dos três cenários possíveis (rejeição da ADPF ou manutenção do acórdão recorrido) e dependerão do voto do ministro Joaquim Barbosa no terceiro (aplicação do voto de Minerva). Isso não significa que o Pretório Excelso não possa vir a construir uma solução totalmente nova para uma questão tão complexa, como, conforme visto acima, já ocorreu anteriormente.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

^[1] Cf. sobre o assunto a seguinte matéria publicada no sítio eletrônico da **ConJur** no dia 28 de novembro de 2008: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/supremo-julgara-processos-planos-economicos-quorum-minimo>.

^[2] A antiga redação do art. 40 preceituava que “Para completar *quorum* no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a três meses, o Presidente do tribunal convocará Ministro licenciado, ou, se impossível, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, que não participará, todavia, da discussão e votação das matérias indicadas nos arts. 7º, I e II, e 151, II”.

^[3] Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº. 21.689, Min. Rel. Carlos Velloso, DJ de 07/04/95, p. 442.

^[4] Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº. 21.689, Min. Rel. Carlos Velloso, DJ de 07/04/95, p. 440.

^[5] Em situações ordinárias, em que o empate ocorre em razão da ausência de algum magistrado,

aguarda-se o retorno do ministro faltante ou a nomeação de um juiz para o cargo vago. É o que ocorreu, por exemplo, no Mandado de Segurança nº. 24.875, em que, após empate na votação, se decidiu aguardar pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que sequer havia tomado posse.

[6] O art. 40, que permitia a convocação dos ministros do STJ, passou a ter a seguinte redação: “Para completar quorum no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a trinta dias, o Presidente do Tribunal convocará o Ministro licenciado”.

[7] “Art. 13. São atribuições do Presidente: (...)

IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para os quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra da ausência de Ministro em virtude de:

a) impedimento ou suspeição;

b) vaga ou licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar Ministro licenciado”.

[8] “Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta.

Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente”.

[9] Supremo Tribunal Federal, Recursos Extraordinários nºs. 630.147 e 631.102, de relatoria dos Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa, respectivamente.

[10] Cf. a seguinte notícia no sítio eletrônico da **ConJur**, do dia 23 de setembro de 2010:

<http://www.conjur.com.br/2010-set-23/supremo-retoma-julgamento-aplicacao-lei-ficha-limpa>.

[11] “Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do tribunal, julgará o pedido.

Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do *Supremo Tribunal Federal* ou do *Conselho Nacional da Magistratura* será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão. Se lhe couber votar, nos termos do art. 146, I a III, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte:

(...)

II – Havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado”

[12] Cf. o que foi noticiado pela **ConJur**, no dia 7 de outubro de 2010: <http://www.conjur.com.br/2010-out-27/empate-faz-supremo-manter-decisao-tse-ficha-limpa>

[13] Veja entrevista dada por Luiz Fux sobre seu voto no caso da Ficha Limpa em

<http://www.conjur.com.br/2011-mar-28/fux-nao-encontrou-argumentos-juridicos-manter-ficha-limpa>.

[14] Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº. 631.102, Min. Rel. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Dje de 02/05/2012.

[15] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje de 27/04/11.

[16] Tal conclusão partiu da interpretação do parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868/99 que exige, para o controle concentrado, o quórum de maioria absoluta tanto para a declaração de inconstitucionalidade quanto para o juízo de constitucionalidade.

[17] Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 596.152, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ acórdão Min. Ayres Britto, Dje de 10/02/12.

[18] “Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis

Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido”.

[19] “Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Date Created

01/03/2014