



Voto de qualidade do presidente é solução para empate do STF

06/05/2011

Na semana passada, em que o noticiário sobre o Supremo Tribunal Federal foi dominado pelo julgamento da pertença da vaga de mandato pelo partido ou coligação, chama também atenção decisão do STF, proferida na ADI 4.167, em que o impedimento do ministro Dias Toffoli assumiu relevo ímpar, julgando a Corte em composição par.

O tema também remete ao Recurso Extraordinário 631.102, sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa, em que nossa Corte Constitucional, então integrada por dez ministros^[1], ante o irremissível empate, manteve, após muita discussão, decisão da Corte anterior (TSE).

Pois bem, no recente julgamento, pelo impedimento do ministro Dias Toffoli, a Corte se viu manietada, no controle concentrado de constitucionalidade, frente ao empate no Plenário de cinco votos favoráveis e cinco contrários à constitucionalidade de determinado preceptivo, do provimento jurisdicional vinculante (ADI 4.167^[2]).

Precisamente, na questão referente à jornada dos profissionais de educação, o Supremo, na contingência do empate, proferiu decisão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que ficou no meio do caminho. A ação direta foi julgada improcedente, mas, pelo empate na votação, como não alcançada a ilustrada maioria (Constituição, artigo 97 — lei 9.868/99, artigo 23), o pronunciamento jurisdicional ficou destituído de sua congênita eficácia vinculante.

Seria escusado dizer, no controle objetivo de constitucionalidade, concentrado e abstrato, os provimentos são dotados de *enforcing power*, com eficácia *erga omnes*, ainda na hipótese de improcedência, visando, em última análise, manter a supremacia da Constituição.

Não é demais rememorar, a partir da construção que seguiu a Emenda Constitucional 3 e da decisão prolatada na ADC 1-QO, assentou-se que a ADI e ADC produziriam decisões idênticas, sendo esta designada como ADI de sinal trocado. Essa similitude foi reforçada pela Emenda Constitucional 45, tudo a demonstrar que o conhecimento pelo Supremo daquelas ações diretas sempre implica num pronunciamento vinculante sobre (in)constitucionalidade.

Posta assim a questão, a perplexidade decorrente da decisão da ADI 4.167 é manifesta. Pronunciamento em controle de constitucionalidade que redundou em improcedência de ADI sem eficácia vinculante, haja vista a ausência de uma solução para superação do impasse verificado no julgamento realizado.

O problema está posto. A situação tem o potencial de se repetir. Inúmeras são as hipóteses em que ministro não possa compor determinado julgamento — apreciando a Corte em composição par —, o que é catalisado pela evidente e acentuada divisão ideológica que impera na nossa Suprema Corte.

Portanto, imprescindível que se construa uma alternativa para tais impasses, sob pena de se repetirem julgamentos em que, por assim dizer, jura-se pela obscuridade da causa (*sibi non liquere*)[3], alheando-se de definir, definitivamente (a redundância é propositada), temas que estão na agenda do Judiciário, para não dizer do país.

A par disso, penso que a melhor solução é o voto de qualidade do presidente, sendo a suscitação do artigo 97 da Constituição, como contra-argumento, uma falsa questão.

Para mim, o referido dispositivo constitucional não é malferido pela circunstância de que o voto de qualidade seja considerado para composição da maioria absoluta no jorramento de (in)constitucionalidade de ato normativo.

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 — ressalvadas indevidas artificializações.

Até porque, noutras hipóteses, esta maioria é igualmente extraída por disposições infraconstitucionais, não sendo claramente aferível pelos votos proferidos, como ocorre, por exemplo, no prevalecimento do dito voto médio — ótica pela qual quem placita o mais acorda com o menor.

De mais a mais, bom que se lembre, o voto de qualidade é atribuído ao presidente da Corte, ungido democraticamente pelos seus pares, para lhes representar e, inclusive, penso eu, no período de sua investidura, assumir maiores responsabilidades, entre elas, dirimir as divergências.

Não vejo como o voto de qualidade possa ser considerado antidemocrático. O ministro presidente é eleito pelos seus pares, para lhes representar, nada mais justo que possa desempatar, em prestígio, inclusive, a função constitucionalmente atribuída ao Supremo de velar pela Constituição.

Alguém dirá que isso envolve o perigo do domínio do ponto de vista do presidente. Não vejo assim. Nada impede que, em julgamento posterior, a Corte chegue à maioria prescindido do voto de qualidade.

Perigoso mesmo é esse estado de indecisão. Cogite-se, de que adiantou propor a ADI quanto ao parágrafo 4º do artigo 2º da Lei 11.738/2008. A decisão de nada vale, não tem eficácia prática, nem muito menos resolve questão *inter partes*.

A manutenção do empate é ainda algo de mais grave. Os votos dos ministros podem ser utilizados isoladamente por quem pretenda (des)cumprir o ato normativo excogitado, dando azo a todo tipo de tergiversações. Pode-se sustentar, a título de exemplo, que o ato normativo é inconstitucional, como já reconhecido por cinco ministros do Supremo.

De toda sorte, ainda que não seja através do voto de qualidade, urge que o Supremo apresente solução para a questão do empate. O vácuo do poder é sempre preenchido[4], pelo que se afigura pernicioso, nesses temas, nada decidir, para a matéria ser resolvida, talvez, num jogo



de par ou ímpar.

[1] De todos conhecido o recente celeuma na nomeação para a vaga aberta com a aposentadoria do ministro Eros Grau no Supremo Tribunal Federal.

[2] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178016>
Acesso em 01-maio-2011.

[3] A expressão *non liquet*, ou melhor suas iniciais N.L. eram usadas pelos juízes romanos ao tempo da República (449-31 a. C.), quando do julgamento da questão manifestavam-se não suficientemente esclarecidos. Ao votarem nessa hipótese, apunham-nas em pequenas tábuas que traziam essas siglas, ou as letras A (absolvo) C (condeno). No caso de pronunciamento pelo *non liquet*, procediam-se a novos debates várias vezes seguidas. Era maneira de mostrar falta de convencimento necessária para o julgamento, como resultado da prova levada a efeito.

[4] “é preenchido, quase sempre pela atuação de uma outra (veja-se o exemplo do vácuo deixado pelo Poder Judiciário no tratamento dos conflitos de interesses de pequena expressão econômica. Programas de rádio e de televisão, atuação de ‘justiceiros’, e outras manifestações que procuram dar ao povo, com aplauso deste, um arremedo de solução de conflitos, satisfazendo o ideal de justiça que existe na mente do povo, constituem exemplos desse fenômeno de ocupação do vácuo político-social” (WATANABE, *Ajuris*, vol. 34).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-mai-06/voto-qualidade-presidente-solucao-empate-stf/>