

Entre o dito e o não dito: vontade política e conveniência jurídica no silêncio do legislativo e do judiciário

Karina Denari Gomes de Mattos

Resumo: O presente ensaio busca discutir o tratamento das omissões inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir de uma reflexão sobre o papel do silêncio estratégico na comunicação de atores estatais. Dois principais argumentos são apresentados: o primeiro decorre da demonstração empírica da ineficiência de decisões concretistas nos casos em que o ator político optou pela omissão inconstitucional de forma estratégica. O segundo argumento decorre da percepção que juízes, assim como os legisladores e órgãos administrativos, também se omitem de forma estratégica de diversas formas, na gestão da pauta, pelo uso de técnicas processuais de obstaculização do pedido, ou ainda por comandos imprecisos e vagos em situações de extrema incerteza e risco de descumprimento nas suas decisões. Conclui-se pela inevitabilidade do silêncio estratégico na comunicação política e institucional de atores estatais e demonstra-se que o silêncio normalmente é resultado dos desafios persistentes de implementação das decisões judiciais e da deficiência informacional destes mesmos tribunais.

Palavras-chave: Omissão Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal. Silêncio Estratégico. Imprecisão. Vagueza. Efetividade Decisória.

INTRODUÇÃO

O silêncio se faz presente em qualquer ato comunicativo humano, já que “o que possibilita ou impossibilita a comunicação é, em última instância, o silêncio” (CAÑIZAL, 2005: 18). Todavia, seja na teoria da comunicação, na psicanálise ou até no direito, o silêncio revestir-se-á de maior importância a partir do momento que extrapola seu papel como mero elemento fonético ou linguístico e adquire significado autônomo.¹

No campo jurídico, especificamente, pode-se classificar o silêncio a partir de dois paradigmas: pelo seu conteúdo (se constitucional ou infraconstitucional) ou pela autoridade estatal responsável (se legislativa, administrativa ou judiciária).

Quanto ao conteúdo, notadamente o silêncio que põe em risco a integridade das normas constitucionais é mais relevante, mas tampouco o direito se descuida das lacunas integrativas do ordenamento jurídico². Isso porque a Constituição de 1988, dado seu caráter programático, previu (art. 103, §2º) que na ausência de norma regulamentadora, cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) – desde que identificada essa exigência constitucional de ação na Constituição Federal – dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias³.

A segunda forma de classificação decorre do tipo de ator estatal responsável pelo silêncio – e, aqui, já não há qualquer hierarquia: todos são igualmente constrangidos pelas normas jurídicas que impelem à tomada de decisão na sua esfera de competência. Se o juiz não pode se omitir pela ausência de legislação, tampouco órgãos legislativos e administrativos possuem tratamento mais concessivo. Cumpre dizer ainda que mesmo a omissão inconstitucional prevista na Constituição Federal de 1988 é passível de ser atribuída tanto ao legislativo quanto ao órgão administrativo (art. 103, §2º). E essa constrição foi aperfeiçoando-se na legislação mais recente.

Em 2016, o silêncio do legislador passou a ter disciplina mais gravosa pela Lei do Mandado de Injunção (Lei n. 13.300/2016) que prevê (art. 8º) possibilidade do estabelecimento concreto, pelo juiz, das condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que

1 Revisitação do Capítulo 2.2.3 (“A decisão judicial e seu impacto sobre a vontade política: uma introdução à necessidade do diálogo entre os poderes”) de Karina Denari Gomes de Mattos (2015), apresentado no PósDebate aos 12/05/2015.

2 No Brasil, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) e o Código de Processo Civil (CPC) indicam que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto a partir de outras ferramentas que o direito proporciona (art. 4º, LINDB) – já que não poderá se eximir de julgar sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140, CPC).

3 Tal mandamento foi regulamentado pela Lei n. 9.868/1999 por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que contou com alterações legislativas relevantes pela Lei n. 12.063/2009 – e em alguma medida também se sobrepõe parcialmente às situações em que cabe o remédio constitucional do Mandado de Injunção, disciplinado na Lei n. 13.300/2016.

poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Em 2019, a nova Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019, art. 3º, IX) impõe a chamada “regra do silêncio positivo”. Por esta regra, apresentados os documentos e cientificado de prazo máximo, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita das solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica (efeitos equivalentes ao deferimento tácito)⁴. Até então, o silêncio administrativo não implicava em consequência jurídica mais gravosa – já que produzia efeitos equivalentes ao de uma decisão denegatória.

O fato é que a disciplina do silêncio – constitucional ou infraconstitucional, por parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário – cada vez mais reveste-se de intensa produção acadêmica e normativa, já que intrinsecamente relacionada com a efetividade e eficiência da atuação estatal em tempos de altas demandas e poucos recursos.

Em 2015 o tema despertou meu interesse na interface do silêncio legislativo (MATTOS, 2015). Dentre os diversos achados de pesquisa propiciados por aquela investigação de caráter dogmático e empírico⁵, pude notar que em uma parcela de casos levados ao STF o silêncio do legislador não decorreria da inércia, preguiça, ou mesmo descaso do legislador – como o senso comum sobre o tema induzia a acreditar – mas partia de liberalidade estratégica desses atores estatais.

Em termos mais concretos, antevi em dois casos (critérios de partilha do Fundo de Participação dos Estados – ADI n. 5.069; e critérios para criação de municípios – ADI n. 3.682) um jogo de estratégia política subjacente às decisões do STF. Argumentei, naquela ocasião, pela defesa do reconhecimento de uma “vontade política”, subsidiada pela defesa legítima de interesses federativos e orçamentários por parte do legislativo (MATTOS, 2015: 103-ss). Em razão dessa constatação e pela identificação de uma tendência concretista do STF na resolução das omissões inconstitucionais, defendi que o mecanismo do diálogo institucional (SILVA, 2008, LECLAIR, 2003,

4 Sobre a hipótese de o silêncio administrativo revestir-se de efeitos positivos já havia posicionamento neste sentido antes da aprovação da Lei da Liberdade Econômica por parte da literatura (HACHEM, 2014).

5 Pela análise estatística de 323 acórdãos entre os anos de 1988 e 2013 nota-se o uso estratégico do mecanismo por atores derrotados na arena política – conforme pesquisas anteriores já haviam identificados (RAMOS, 2010; TAYLOR, 2007). Também se verifica uma alta taxa de improcedência dos pedidos – 42% das ações, mais recorrente nas ações interpostas pelo instrumento do Mandado de Injunção – alcançando 52% de taxa de improcedência (MATTOS, 2015: 71-72). Aprofundando-se a análise dos acórdãos procedentes e pelo uso do estudo de caso em situações-paradigma, percebeu-se a ausência de uniformidade no tratamento do tema pelo STF (MATTOS, 2015, 74-ss), apesar da jurisprudência caminhar no sentido da posição mais concretista – aquela que permite ao Tribunal a substituição ao legislador sobre a medida a ser adotada na omissão (MATTOS, 2015: 86-ss).

LINARES, 2008) se apresentava como a solução mais adequada para o tratamento das omissões legislativas (MATTOS, 2015).

Dado o caráter híbrido – jurídico e político – na atuação do Tribunal nesses casos, propus um melhor uso para os mecanismos de constrangimento político. Seriam eles: o pedido de vista na sessão de julgamento, o próprio adiamento da sessão⁶ ou a possibilidade de convocação de audiências públicas com a participação de membros do Legislativo e Sociedade Civil para a construção de uma solução conjunta nos temas trazidos (MATTOS, 2015: 148). Na ineficácia destas soluções, haveria ainda a possibilidade de criação de uma nova hipótese de sobrestamento ou trancamento de pauta da Casa Legislativa⁷ até a resolução da omissão inconstitucional, ou eventual responsabilização⁸ em casos extremos – ambas sujeitas a reformas legislativas.

Ao revistar meus argumentos e propostas de 2015, vejo hoje que a postura concretista parece ter prevalecido tanto na regulamentação do tema quanto na prática do Tribunal. Todavia, apesar de constituir importante instrumento estratégico para o avanço de pautas sensíveis – como a criminalização da homotransfobia no ano de 2019 (ADO n. 26) – ainda vejo que as omissões relacionadas a temas de conflito federativo ou que possuam impacto orçamentário dificilmente adquirem pelas decisões do STF qualquer indício de efetividade – permanecendo ainda hoje sem qualquer definição.

Reforço, no presente ensaio, o argumento que o silêncio pode constituir manifestação de um posicionamento por parte dos atores estatais. Existe um cálculo estratégico que orienta as ações e o comportamento de atores no campo político; sendo, portanto, inevitável que, em algumas situações, o silêncio faça parte desse catálogo – especialmente em casos com questões de implementação ou déficit informacional.

6 Mecanismo utilizado no Mandado de Injunção n. 943 pelo Ministro Gilmar Mendes: “Eu indicaria adiamento, tendo em vista razões várias, para que nós tentemos também produzir uma forma de consenso e busquemos até informações em relação a tantos projetos hoje existentes no Congresso, para que possamos apanhar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MI n. 943: 34).

7 A suspensão temporária de deliberação de matéria constante da pauta, em virtude da ocorrência de fato motivador, atualmente é utilizada nos casos de apreciação de medida provisória com prazo vencido (art. 62, § 6º da CF) ou projeto que tramita em regime de urgência (art. 64, § 2º da CF). No art. 66, § 6º a CF prevê o trancamento da pauta para apreciação do veto do Presidente da República. Também é chamada de sobrestamento de pauta, e gera a interrupção até que se remova o obstáculo que a colocou.

8 A sugestão foi proposta por Ferraz (1986) nos debates da Constituinte. A partir do item 12 de seu artigo intitulado “Como constranger o legislador a legislar?”, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986) desconsidera a mera utilização de prazos como constrangimento eficaz e coloca como alternativa a utilização de sanções políticas ou de outra natureza, como a tipificação de inércia como “crime de responsabilidade”, a destituição da competência para emanção do ato normativo, assim como a edição do ato *ad referendum* do poder competente para revê-lo ou mesmo de transferência da competência para o Poder Executivo via regulamento com força de lei, dentre outras sugestões.

A literatura recente aponta argumentos jurídico-processuais que o STF maneja no “não dizer” tais como adiamentos de julgamento ou retirada de pauta (LIMA, GOMES NETO, 2018). Além destes, a literatura estrangeira vai tratar sobre um mecanismo muito mais sutil e ainda pouco explorado no campo da *judicial politics* brasileira que é o uso da imprecisão ou da vagueza (*vagueness*) como estratégia decisória (STATON, VANBERG, 2008), como se verá a seguir.

De forma breve, atualizo os casos tratados em 2015, deixando mais evidente o jogo político e orçamentário por detrás dos temas que ainda são alvo de discussões. Na sequência, diálogo com a literatura brasileira e introduzo a literatura estrangeira sobre imprecisão judicial a partir de exemplos de decisões “intencionalmente imprecisas” do STF no calor de crises político-institucionais. Por fim, faço um balanço sobre a importância de uma melhor compreensão sobre o “dito” e o “não dito” diante dos desafios de implementação decisória e tomada de posicionamento em contextos políticos delicados.

1. A VONTADE POLÍTICA E O SILÊNCIO DO LEGISLADOR

Criados em 1988, os mecanismos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão e do Mandado de Injunção (MI) passaram por verdadeiras revoluções em termos de cobertura, alcance e eficácia ao longo das três últimas décadas.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tivesse delimitado expressamente qual a eficácia pretendida pela ADI por omissão (a de – meramente – dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias) o STF, ao interpretar o mecanismo, progressivamente revestiu de nova roupagem o instituto, tanto nas decisões em ADI por omissão como no sucedâneo Mandado de Injunção, em movimento de mutação constitucional que doutrinariamente convencionou-se chamar de “concretismo” das decisões (MORAES, 2009).

Além das sucessivas ampliações na eficácia do mecanismo e das alterações legislativas em 2009 que permitiram o uso da medida cautelar em sede de ADO (Lei n. 12.063/2009), auxiliando o STF neste movimento; foi no ano de 2016 que a aprovação da Lei do Mandado de Injunção (Lei n. 13.300/2016) normatizou o entendimento concretista ao prever expressamente, em seu art. 8º, a hipótese de determinação de prazo razoável para edição da norma e, no descumprimento deste prazo, a possibilidade do estabelecimento concreto das condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados. Segundo classificação de Alexandre de Moraes (2009, p. 180) a determinação de prazo constituiria uma “postura concretista individual intermediária” enquanto a hipótese do estabelecimento concreto da solução constituiria “postura concretista individual direta”, se entre as partes; ou “posição concretista geral”, se *erga omnes* (MORAES, 2009: 177-179).

Se por um lado o movimento simbolizou mais um passo na ampliação da concretude do texto constitucional, por outro lado nota-se que, nos casos em que a omissão decorre de impasse político, a posição concretista fatalmente se mostrará ineficiente. Os casos trazidos naquele trabalho (MATTOS, 2015) e que simbolizam bem o impasse do ponto de vista federativo e orçamentário mostram que o movimento concretista não é a panaceia do problema de efetividade do texto constitucional.

Na ADI n. 875 (critérios de rateio dos Fundos de Participação de Estados e Municípios – FPE e FPM) o STF declarou em fevereiro de 2010 a omissão de Lei Complementar para disciplina do art. 161, II da Constituição Federal, e declarou a inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade do art. 2º, I e II, §§ 1º a 3º e Anexo Único da LC n. 62/1989 – todavia, assegurada sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

Na ADI n. 3682 (criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios) o STF declarou em maio de 2007 o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional quanto à regulamentação via Lei Complementar do art. 18, § 4º da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional n. 15/1996, e determinou que, em prazo razoável de 18 meses, adotasse as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional.

O fato é que essas decisões não foram as primeiras nem as últimas a tratar dessas omissões e não há sinais de resolução do imbróglio. Inclusive, ambos os temas parecem estar intrinsecamente ligados – já que conforme alguns estudos o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) é um importante fator de incentivo à criação de pequenos municípios ampliando o processo de fragmentação pós-1988 (BRANDT, 2008).

Ainda, pouco foi feito em resposta às decisões do STF. No primeiro caso, o Congresso Nacional voltou a se movimentar com um projeto em 2014 (Projeto de Lei Complementar n. 397/2014) que depois foi vetado; e no segundo caso, aprovou-se uma Emenda Constitucional em 2008 (EC n. 57/2008), mas que tratou de anistiar municípios já criados. Na prática, portanto, desde 1996 a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios no Brasil está suspensa.

Desde a mais recente aprovação em 2018 do Projeto de Lei Complementar n. 137/2015⁹ do Senado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o documento aguarda a votação em plenário. Em sentido oposto ao pleito, em 2019 o governo propôs a extinção de pequenos municípios sem autonomia financeira – abaixo de 5.000 habitantes e com arrecadação própria inferior a 10% da receita total – pela Proposta de Emenda Constitucional n. 188/2019 (PEC “Pacto Federativo”)¹⁰.

9 O documento replica o Projeto de Lei Complementar n. 397/2014 que havia sido vetado em 2014 pela então presidente Dilma Rousseff pelo desequilíbrio orçamentário que poderia causar no país (arquivado).

10 A medida foi fomentada pelo estudo da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan) que mostra que 75% das cidades brasileiras está em situação fiscal difícil ou crítica, e 1 em cada 3 municípios

Sobre o caso do Fundo de Participação, verifica-se que novas ações buscaram revisar a forma de distribuição dos valores por outras vias que não a da omissão inconstitucional. Em 2018 foi proposta a Ação Cível Originária (ACO) n. 3.150, movida pelos Estados de Minas Gerais, Piauí, Acre, Maranhão, Paraíba, Rondônia, Bahia, Pará, Rio Grande do Norte, Amapá, Ceará e Distrito Federal contra a União; que requer que seja confirmado o dever da União de franquear o acesso aos seus sistemas informatizados de controle dos Fundo de Participações dos Estados e Municípios (FPE e FPM). O STF confirma, com base nas informações do Tribunal de Contas da União (TCU), falta de transparência quanto aos critérios de repasse. O valor do repasse também segue alvo de discussão na atual discussão sobre a reforma tributária. Estudos preliminares sugerem perda expressiva no rateio via Fundo para Estados e Municípios em razão da queda na arrecadação do imposto de renda das empresas e aumento de faixa de isenção para pessoas física (JOTA, 2021).

Tais movimentações e deliberações em torno dos dois temas evidencia que mesmo após mais de 10 anos das chamadas “decisões concretistas” do STF nos casos de omissão legislativa – não houve a supressão da “vontade política” pela “vontade jurídica”. Mostra, ainda, que a paralisia legislativa não decorre de inércia, mas de opção política nestes casos e sugere impasses mais complexos que as soluções propostas pelo STF.

Por fim, cumpre destacar que o próprio conceito de “omissão” pode ser questionado se considerada a intensa movimentação e deliberação sobre o tema. Se, de fato, ainda inexistia disciplina legislativa que resolva o impasse, diversos grupos têm se movimentado nos bastidores dentre os quais os “emancipacionistas” – que defendem a possibilidade de desmembramento de municípios – em oposição ao Executivo Federal; e, no outro caso, Estados e Municípios lutando por melhores repasses em oposição à Receita Federal.

2. A CONVENIÊNCIA JURÍDICA E O SILÊNCIO DO JUDICIÁRIO

Staton e Vanberg (2008) ao se deparar com a existência de decisões vagas e imprecisas emitidas por juízes propõem-se a questionar o que estaria por detrás desse perfil decisório – especialmente quando não vinculados a um problema de qualidade deliberativa em órgãos colegiados. Intuitivamente, a decisão vaga ou imprecisa, por não fornecer ao executor claramente os pressupostos para sua concretização, gera um risco

não possui arrecadação suficiente para bancar sua estrutura administrativa (FIRJAN, 2019). Em resposta ao estudo da FIRJAN, a Confederação Nacional de Municípios (CNM, 2019) aponta outros efeitos negativos da PEC, destacando elementos que complexificam a análise de sustentabilidade fiscal dos municípios para além da arrecadação e consequências tanto para o subfinanciamento de serviços públicos em alguns países quanto uma reconfiguração no interior do país com mudança de dinâmicas econômicas, sociais e culturais.

de descumprimento e de perda de reputação. Por que então juízes se ocupariam de decisões dessa natureza?

Os autores chegaram à conclusão que juízes se utilizam estrategicamente de decisões vagas e imprecisas à medida em que o contexto de implementação da decisão seja incerto e suas habilidades de *policymaking* limitadas (STATON, VANBERG, 2008: 505). A imprecisão pode servir a propósitos políticos importantes nas relações entre os tribunais e outros formuladores de políticas, por isso processos externos podem induzir imprecisão nas decisões mesmo em casos que não há deliberação – e um único juiz decide o caso (STATON, VANBERG, 2008: 505).

Classificam dois desafios que juízes driblam com o uso dessa ferramenta linguística: ao mesmo tempo que a decisão vaga e imprecisa permite lidar com habilidades limitadas de formulação de políticas em um mundo incerto, ela pode ajudar os juízes a construir e manter prestígio institucional em face de oposição potencial.

Os autores dão como exemplo a clássica decisão *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954). Sabendo-se da resistência especialmente nos estados do Sul, a Suprema Corte dos Estados Unidos pede aos procuradores dos estados que conduzam planos de dessegregação escolar e já em 1955, após intensa pressão para que a Suprema Corte defina quais seriam os planos, ela indica que as ações deveriam prosseguir com “toda a velocidade deliberada”¹¹ em “*Brown II*” (1955). No artigo, os autores criam um modelo estatístico para testar empiricamente a hipótese e indicam que o uso desses elementos linguísticos pode indicar exposição ou escudo frente à opinião pública conforme o grau de reputação conquistado pela corte, mostrando que o risco de descumprimento parece ser um paradigma importante para os estudos no modelo principal-agente da ciência política (STATON, VANBERG, 2008: 516).

Também testando empiricamente a hipótese dos autores, Sebastian Sternberg (2018) promove estudo comparativo das cortes constitucionais da Alemanha e França e confirma que o cálculo sobre imprecisão e vagueza das decisões de Staton e Vanberg (2008) possui um forte componente calcado na opinião pública sobre as decisões das cortes. Neste sentido, o Tribunal Constitucional da Alemanha – que detém boa reputação – usa a vagueza para tirar vantagem da expertise técnica de outros *policymakers* e pressionar o legislativo. De outro modo, o Conselho Constitucional da França – com baixo prestígio popular – usa a vagueza como um mecanismo defensivo para esconder o não cumprimento de suas decisões da opinião pública.

Staton e Romero (2019) retomam o tema desta vez no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) para entender em que medida a clareza das decisões vai impactar no cumprimento destas e, mais especificamente, como o próprio

11 The Brown I decision shall be implemented “with all deliberate speed.” (1955).

sistema vai usar a flexibilidade na linguagem das decisões para manejar estrategicamente ações dos Estados e a expertise local no cumprimento das determinações de direitos humanos. O *trade-off* proposto é o de que as perdas informacionais seriam recompensadas aos juízes diminuindo as chances de não cumprimento – já que o comando é menos específico nestes casos. Para os autores, a questão do cumprimento decisório vai ser um elemento ainda mais forte no sistema internacional, já que existe uma resistência ainda maior à implementação das ordens de juízes em cortes internacionais (STATON, ROMERO, 2019: 477).

O argumento da literatura estrangeira citada segue na linha do que se poderia chamar de silêncio estratégico, ou melhor, do uso do “não dito” intencional por parte de juízes, de forma a se esquivar do risco de ver suas ordens não cumpridas, perder apoio popular ou mesmo ser desafiado na arena política. Muito próximo do silêncio estratégico do legislativo, indicado na seção anterior.

Outras formas de omissão estratégica que não a da imprecisão têm sido também exploradas pela literatura nacional. Ao tratar da “autocontenção à brasileira”, Lima e Gomes Neto (2018) apresentam um inventário das ferramentas que o STF usa para não exercer a jurisdição constitucional sobre determinados assuntos. A primeira ferramenta é o uso da doutrina das *political questions* e “reserva da Administração” como argumento de não intervenção (autorrestrrição material expressa); a segunda é o uso de instrumentos processuais como reconhecimento de ilegitimidade ativa, pertinência temática, competência e requisito de subsidiariedade como justificativas (autorrestrrição formal expressa). Por fim, os autores sugerem também a autorrestrrição tática (o silêncio) como resposta da corte – para isso, o STF maneja de forma hábil o instrumento da pauta – mantendo percentual expressivo de casos aguardando julgamento – quando não induzem o caso à perda superveniente de objeto ou ilegitimidade ativa superveniente pelo decurso do tempo (LIMA, GOMES NETO, 2018: 240-ss).

Além das operações citadas pelos autores, soma-se o sutil uso da imprecisão ou vagueza proveniente da literatura estrangeira. Isso implica dizer que os juízes estão mais atentos ao ambiente político de uma decisão do que se pensava anteriormente: dependendo do seu grau de apoio público, eles adaptam ativamente a linguagem e o conteúdo de suas decisões em função de o risco de descumprimento e seu respaldo institucional. Exemplos são inúmeros na jurisprudência do STF.

O primeiro exemplo é a concessão da liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 519/DF, na qual o presidente da República Michel Temer solicitou a uniformização do posicionamento do Judiciário sobre o tema e a determinação de medidas que viabilizem a liberação do tráfego e a suspensão da “greve dos caminhoneiros” – movimento que paralisou o país por dez dias em 2018, provocando crise de abastecimento e no funcionamento de setores públicos essenciais.

A decisão do Ministro Alexandre de Moraes em maio de 2018, que ordenou o encerramento da greve, estrategicamente, abre a seção dos dispositivos da sentença com a seguinte fórmula:

AUTORIZO que sejam tomadas as medidas necessárias e suficientes, a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais, ao resguardo da ordem no entorno e, principalmente, à segurança dos pedestres, motoristas, passageiros e dos próprios participantes do movimento que porventura venham a se posicionar em locais inapropriados nas rodovias do país; bem como, para impedir, inclusive nos acostamentos, a ocupação, a obstrução ou a imposição de dificuldade à passagem de veículos em quaisquer trechos das rodovias; ou o desfazimento de tais providências quando já concretizadas, garantindo-se, assim, a trafegabilidade; inclusive com auxílio, se entenderem imprescindível, das forças de segurança pública, conforme pleiteado (Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Força Nacional). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 519/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 25/05/2018, Publicação DJE: 28/05/2018, p. 15. Grifou-se).

A mesma fórmula é usada em diversas decisões com implicações político-financeiras, não apenas na árida decisão sobre a greve dos caminhoneiros de 2018. Mais recentemente, por exemplo, consta da decisão do Plenário que determina que o governo federal implemente, a partir de 2022, o pagamento do programa de renda básica de cidadania para os brasileiros em situação de extrema pobreza e pobreza (STF, MI n. 7.300).

No voto do Min. Gilmar Mendes, a fórmula usada é a de que o Poder Executivo federal deverá adotar todas as medidas legais cabíveis para a implementação do benefício, inclusive mediante alteração do Plano Plurianual (PPA) e da previsão da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2022. Além disso faz:

[...] 8. Apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as *medidas administrativas e/ou legislativas necessárias* à atualização dos valores dos benefícios básicos e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível. 9. Concessão parcial da ordem injuncional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 7.300*. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 27/04/2021. Publicação DJE: 23/08/2021. Ementa, Grifou-se)

Estes são alguns exemplos presentes na jurisprudência do STF que denotam o uso estratégico da imprecisão e vagueza de linguagem em determinações judiciais que ocorrem em contextos políticos delicados ou em situações que impliquem alocação orçamentária pelo Governo para implementação da ordem; o que também sugere um déficit informacional para melhor alocação dos recursos. Tais cenários evidenciam a pertinência da hipótese da literatura: quando há insegurança com relação ao cumprimento decisório e, partindo de um cálculo estratégico, juízes também se utilizam do minimalismo decisório para evitar potenciais atritos ou resistência política.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões propostas neste ensaio visam à complexificação do tratamento das omissões inconstitucionais pelo STF, e ao cabo, convocam o leitor a uma reflexão mais profunda sobre a inevitabilidade do silêncio estratégico na comunicação política e institucional de atores estatais.

A primeira conclusão parte da compreensão de que o concretismo das decisões nem sempre será uma ferramenta útil ou que evidencie aprimoramento da deliberação pelo tribunal em prol da efetividade constitucional. Partindo da hipótese desenvolvida em 2015, retomo os casos em que houve a decisão concretista do STF em 2007 e 2010 e demonstro a ineficácia das medidas. Demonstro que tais casos constituem situações fáticas em que o silêncio do legislador dificilmente será suplantado pela vontade judicial, já que os impasses subjacentes são mais profundos e dependem de acordos políticos mais complexos do que é possível a partir da expertise e do procedimento dos tribunais.

Em adição ao argumento da insuficiência do tratamento concretista no STF, conclui-se também que o próprio judiciário se utiliza do silêncio estratégico quando conveniente. Isso se dá, procedimentalmente, ao manejar sua pauta ou pelo uso de técnicas processuais de obstaculização do pedido (LIMA, GOMES NETO, 2018). Além desses casos, o STF maneja o silêncio nas suas decisões aportando comandos imprecisos e vagos em situações de extrema incerteza e risco de descumprimento (STATON, VANBERG, 2008). Também as técnicas de imprecisão podem ser usadas, como visto em dois exemplos, para suplementar a deficiência técnica ou informacional sobre determinado tema. Nesses casos, o direcionamento poderá ser suprido pelo executor da medida, o que fica mais evidente nas situações de imprecisão de decisões por cortes internacionais.

REFERÊNCIAS

BRANDT, C. T., 2008. Impacto da criação de pequenos municípios após a Constituição de 1988 sobre a repartição de recursos do FPM. In: DANTAS, B. et. al. (Org.). *Constituição de*

- 1988: *o Brasil de 20 anos depois – Estado e economia em vinte anos de mudanças* (v. IV). Imprenta: Brasília, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial*, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. *Diário Oficial*, 28 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. *Diário Oficial da União*, 20 set. 2019 – Edição extra-B. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial*, 9 set. 1942, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Lei Complementar n. 62, de 28 de dezembro de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 29 dez. 1989, p. 24777. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp62.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 397/2014. Dispõe sobre o procedimento para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos do § 4º do art. 18 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615815>>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 137/2015. Dispõe sobre o procedimento para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos do § 4º

- do art. 18 da Constituição Federal, altera a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=1594899>>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional n. 188/2019 (PEC do Pacto Federativo). Altera arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal e os arts. 35, 107, 109 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A; acrescenta ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os arts. 91-A, 115, 116 e 117; revoga dispositivos constitucionais e legais e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139704>>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5069*. Relator(a): Min. Dias Toffoli. j. em 6 dez. 2013. DJe-246 13/12/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.682*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em 9 maio 2007. DJe-096 06/09/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 875*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em 24 fev. 2010. DJe-076 30/04/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 23*. Relator: Min. Dias Toffoli, j. em 11 abr. 2014. DJe-079 28/04/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 26*. Relator: Min. Celso de Mello, j. em 13 jun. 2019. DJe 06/10/2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 519/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 25/05/2018. DJe-105 28/05/2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 943*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em 6 dez. 2013. DJe-081 02/05/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 7.300*. Relator: Min. Marco Aurélio, j. em 27 abr. 2021. DJe 23/08/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 3.150*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. em 14 nov. 2018. DJe-244 19/11/2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2021.

- CANIZAL, Eduardo Peñuela, 2005. O silêncio nos entremeios da cultura e da linguagem. In: BAITELLO, N., CONTRERA, M.; MENEZES, J. (Org.). *Os meios da incomunicação*. São Paulo: Annablume.
- CNM – Confederação Nacional de Municípios, 2019. *Análise das consequências da nova distribuição do FPM [Nota Técnica]*. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/ESTUDO%20As_consequencias_extincao_de_municipios.pdf.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, 1986. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181667>>. Acesso em: 27 set. 2014.
- FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, 2019. *Índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF)*. Índice Firjan de Gestão Fiscal 2019/Firjan – Rio de Janeiro: Firjan. Disponível em: https://www.firjan.com.br/data/files/8F/50/19/81/B2E1E610B71B21E6A8A809C2/IFGF-2019_estudo-completo.pdf.
- HACHEM, Daniel Wunder, 2014. Processos administrativos reinvidicatórios de direitos sociais – dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, ano 14, n. 56. p. 147-175, Belo Horizonte: abr./jun. 2014.
- JOTA, 2021. *Estados e municípios devem perder até R\$ 27,4 bilhões com reforma tributária*. Data de Publicação: 06/08/2021 14:51. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-e-municipios-devem-perder-ate-r-274-bilhoes-com-reforma-tributaria-06082021>.
- LECLAIR, Jean, 2003. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau du Québec* (no spécial sur les 20 ans de la Charte canadienne des droits et libertés), p. 377-420, Avril 2003.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley, 2018. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990.
- LINARES, Sebastián (2008). El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, v. 70, n. 3, p. 487-539, Julio-Septiembre, 2008.
- MATTOS, Karina Denari Gomes de, 2015. *Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi: 10.11606/D.2.2015.tde-23042015-183453. Acesso em: 29 ago. 2021.
- MORAES, Alexandre de, 2009. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas.
- RAMOS, Luciana de Oliveira, 2010. O controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: análise dos casos de omissão legislativa nos vinte e um anos da Constituição. São Paulo, 2010. 135 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

- SILVA, Virgílio Afonso, 2008. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-599.
- STATON, Jeffrey K.; VANBERG, Georg, 2008. The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions. *American Journal of Political Science*, 52(3), 504-519. Retrieved August 31, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/25193830>.
- STATON, Jeffrey K.; ROMERO, Alexia, 2019. Rational Remedies: The Role of Opinion Clarity in the Inter-American Human Rights System, *International Studies Quarterly*, v. 63, Issue 3, September 2019, p. 477-491, <https://doi.org/10.1093/isq/sqz031>.
- STERNBERG, Sebastian, 2018. Why Do Courts Craft Vague Decisions? Evidence From a Comparative Study of Court Rulings in Germany and France. *EPSA Vienna*, 2018. Disponível em: https://sebastiansternberg.github.io/pdf/Sternberg_Value_of_Vagueness_CEL-SE18.pdf.
- TAYLOR, Matthew, 2007. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, IUPERJ. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257.
- UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 490 (1954).
- UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka* ["Brown II"], 349 U.S. 294 (1955).