



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)
FACULDADE DE DIREITO (FD)

Maria Leticia Sousa Borges

VOZES DISSONANTES NO STF:
deliberação, modelos decisórios e *ratio decidendi*

Brasília
2022

Maria Letícia Sousa Borges

**VOZES DISSONANTES NO STF:
deliberação, modelos decisórios e *ratio decidendi***

Monografia apresentada como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, elaborada sob a orientação da Prof.^a Dra Paula Pessoa Pereira.

Brasília

2022

MARIA LETÍCIA SOUSA BORGES

**VOZES DISSONANTES NO STF:
deliberação, modelos decisórios e *ratio decidendi***

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Brasília, 05 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Paula Pessoa Pereira
Orientadora

Prof. Dr^a. Cláudia Rosane Roesler
Examinadora

Prof. Dr. André Rufino do Vale
Examinador

Prof. Livia Gil Guimarães
Examinadora

AGRADECIMENTOS

Sou grata, primeiramente, à Universidade de Brasília, a minha Biblioteca de Babel.

Agradeço aos meus pais, Amparo e Ricardo, que são o início de tudo. Desde sempre confiaram que dentro daquela criança falante e ávida por leitura existia uma pesquisadora em potencial. Obrigada pelo apoio, pelos conselhos, pelo carinho e, sobretudo, por serem as pessoas que mais acreditam em mim. À minha irmã, Clarice, pela parceria incondicional. Vocês são minha melhor torcida.

À minha segunda família: meus amigos. Dedico esse trabalho a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, foram meu suporte e minha inspiração, tanto na vida acadêmica quanto pessoal.

Aos amigos que me acompanham desde a infância e me conhecem completamente: Adriano Magalhães, Amora Andrade, Bruna Maia, Camila Petersen, Maria Clara Meneses, Raquel Kader e Yuri Hidd. Aos amigos que tornaram Brasília a minha casa: Adda Luisa de Melo, Amanda Schirmbeck, Anna Correa, Ana Paula Manrique, Ana Luísa Chamon, Caio Borges, Carlos Sousa, Geovanna Guimarães, Guilherme Mazarello, Gustavo Lima, Elisa Boaventura, Kelle Cristina Pereira, Julia Maria Barreto, Maria Antônia Beraldo, Maria Clara Ferreira, Maria Fernanda Teixeira, Marina Amaral, Rayssa Cavalcante e Victor Frank. Não poderia deixar de citar Cristiane Guedes, minha amiga e revisora.

A Rafael Stadniki, pelo suporte contínuo ao longo de toda a escrita da monografia.

Aos grupos de pesquisa e projetos da faculdade que participei, os quais conduziram meu interesse pelo estudo acadêmico e pela escrita. Em especial, agradeço ao Centro de Estudos Constitucionais Comparados, ao Grupo Percursos, Narrativas e Fragmentos, e à Revista dos Estudantes de Direito – projetos aos quais me dediquei inteiramente e que moldaram a estudante que sou hoje.

Aos professores da FD/UnB, especialmente os professores Cristiano Paixão, Douglas Pinheiro e Juliano Zaiden, três personalidades importantíssimas ao longo da minha graduação, pois me fizeram ver o Direito com outros olhos.

Aos profissionais que marcaram minha trajetória: Andréa Magalhães, Manuellita Hermes e Rodrigo Canalli. Sou muito grata pelas trocas, pelos aprendizados e pela mentoria. Posso dizer, sem dúvida, que tentei absorver o máximo de conhecimento de cada interação. Agradeço também à equipe do Gabinete da Ministra Rosa Weber pelo acolhimento e pela generosidade. Sou grata à confiança depositada e às oportunidades concedidas ao longo dos dois anos de estágio na Suprema Corte.

À Paula Pessoa, minha mentora e professora, agradeço por todas as nossas conversas e brainstormings, seja online ou presencialmente durante um café. Seu senso crítico excepcional, disposição para ensinar e empenho em estar sempre estudando me inspiram. Tenho orgulho de ser sua orientanda.

Ainda, sou grata aos meus refúgios, a literatura, a música e o cinema – os quais me instigaram a estar constantemente buscando novos conhecimentos e ampliando minhas perspectivas. Durante meu percurso na Universidade de Brasília, aprendi o papel do Direito e da Arte como espaços de resistência, pelos quais se pode enxergar além de si.

Dedico, por último, meus agradecimentos ao leitor que porventura se interesse por esta monografia.

“Tudo é meio, o diálogo é o fim”.

Mikhail Bakhtin

RESUMO

A presente monografia busca evidenciar a importância da deliberação no processo decisório do Supremo Tribunal Federal no sentido de produzir uma voz institucional e uníssona da Corte. Cumpre explorar como o aperfeiçoamento da performance deliberativa do STF incentiva a institucionalidade de suas decisões e resulta em uma *ratio decidendi* mais inteligível. Para tanto, o Capítulo 1 expõe os conceitos de deliberação e de instituições deliberativas à luz do processo constitucional, associando a legitimidade das Cortes Constitucionais ao potencial deliberativo de suas regras e práticas decisórias. Em seguida, o Capítulo 2 examina os parâmetros em que a deliberação pode ser qualificada – interna ou externa – bem como as classificações do processo decisório de uma Corte em fases deliberativas e em modelos de decisão (*per curiam*, *seriatim* e opinião majoritária). Ademais, caracteriza-se as vantagens e desvantagens da publicação de voto dissidentes nas Cortes Constitucionais, à luz dos modelos descritos anteriormente. Por último, o Capítulo 3 propõe uma análise do processo decisório adotado pelo STF aplicando, com esse objetivo, os conceitos apresentados. Para investigar como se dá a deliberação na instituição e como esta se reflete no acórdão, o terceiro capítulo realiza o estudo da ADI nº 3.470 com ênfase nos principais fundamentos que embasaram os votos dos Ministros e na interação entre eles ao longo da tomada de decisão. Neste capítulo, pretende-se avaliar como as lacunas deliberativas do modelo *seriatim*, adotado pelo STF, dificultam a identificação da *ratio decidendi* na interpretação de uma decisão.

Palavras-chave: deliberação; processo decisório; Supremo Tribunal Federal; opinião majoritária; *per curiam*; *seriatim*; *ratio decidendi*.

ABSTRACT

This research seeks to shed light on the importance of deliberation in the decision-making process of the Federal Supreme Court to produce an institutional and unified voice of the Court. It is worth exploring how the improvement of the Court's deliberative performance encourages the institutionality of its decisions and results in a more intelligible *ratio decidendi*. To this end, Chapter 1 exposes the concepts of deliberation and deliberative institutions in the light of the constitutional process, associating the Constitutional Court's legitimacy with its decision-making practices deliberative potential. Then, Chapter 2 examines the parameters in which deliberation can be qualified – internal or external – as well as the Constitutional Court's deliberative phases and decision models (*per curiam*, *seriatim*, and majority opinion). Furthermore, this research characterizes the advantages and disadvantages of publishing dissenting votes in the Constitutional Courts. Finally, Chapter 3 proposes an analysis of the decision-making process adopted by the STF, applying the concepts presented. To investigate how deliberation takes place in the institution and how it is reflected in the judgment, the third chapter carries out the study of ADI n° 3.470. In this chapter, we intend to assess how the deliberative gaps in the *seriatim* model, adopted by the STF, make it difficult to identify the *ratio decidendi* in a decision's interpretation.

Keywords: deliberation; decision-making process; Brazilian Supreme Court; majority opinion; *per curiam*; *seriatim*; *ratio decidendi*.

SUMÁRIO

Introdução	10
I. A importância da deliberação	12
I.1. Por que deliberar?	12
I.2. O que significa ser uma instituição deliberativa?	15
I.3. A deliberação é fonte de legitimidade?	18
I.4. Processo como garantia constitucional	20
II. Paradigmas adotados pelas Cortes Constitucionais	23
II.1. Deliberação interna e externa	23
II.2. Fases do processo	27
II.3. Modelos <i>per curiam</i> , <i>seriatim</i> e opinião majoritária	30
II.4. Argumentos contrários e favoráveis à publicação de votos dissidentes	36
III. O modelo do Supremo Tribunal Federal	39
III.1. O modelo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal	39
III.2. Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ	44
III.3. <i>Ratio decidendi</i>	52
Conclusão	61
Referências Bibliográficas	63

Introdução

Não há dúvida de que as decisões de uma Corte Constitucional devem ter unidade, clareza e consistência argumentativa. Para tanto, é fundamental que o órgão colegiado adote um processo decisório deliberativo que vise a um entendimento comum, dotado de racionalidade e institucionalidade. De modo a compreender os elementos que compõem a construção de uma voz institucional pelas Cortes Constitucionais, é primordial o estudo de “como” elas decidem, ou seja, dos mecanismos que orientam o “modo de produção”¹ de suas decisões.

A premissa investigativa a ser desenvolvida nesta monografia trata, em síntese, de como as lacunas na deliberação interna no processo decisório do Supremo Tribunal Federal afetam a elaboração de uma opinião institucional e, conseqüentemente, dificultam na extração da *ratio decidendi* de seus julgados. A averiguação dessas lacunas visa propor um debate acerca da necessidade de maximizar o desempenho deliberativo do STF e de incentivar uma voz uníssona da Corte.

Adota-se a teoria gradualista como enfoque metodológico, de modo que os conceitos teóricos apresentados devem ser mensurados em graus de realização não absolutos. Esse pressuposto analítico não busca fixar preceitos puros ou ideais, mas tem como objetivo averiguar em que nível são observados tais indicadores². Por exemplo, as ideias de deliberação ou de legitimidade não serão compreendidas de maneira absoluta, mas gradual, tendo em consideração em que medida a instituição colegiada é mais legítima ou mais deliberativa. Assim, a perspectiva gradualista implica que a análise será efetuada sob parâmetros qualitativos não binários.

Deve-se ressaltar que o recorte da pesquisa visa abranger somente as discussões realizadas em sessões de julgamento presenciais, sem sopesar as particularidades inerentes ao processo decisório do Plenário Virtual.

O Capítulo 1 pretende consolidar o conceito de deliberação e a vinculação deste com a legitimidade das instituições colegiadas, além de indicar a relevância do processo

¹ A expressão “modo de produção” é utilizada em: PASQUINO, Pasquale. *Cómo deciden las Cortes Constitucionales? How do the Constitutional Courts decide?* Precedente Revista Jurídica, vol. 9, jul-dec, 2016, p. 13.

² “Gradualista (...) é o raciocínio que nos permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. Não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas em que medida algo é ou não é, o quanto se aproxima ou se distancia desse ideal (da democracia, da esquerda e assim por diante). Não se acomoda, nesse sentido, à definição do modelo ideal, mas desenvolve parâmetros de mensuração e defende que pontos mais próximos do ideal são, obviamente, mais desejáveis”. In: MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 25.

deliberativo das Cortes Constitucionais para a sua performance deliberativa. Por sua vez, o Capítulo 2 visa examinar (i) como a deliberação pode ser qualificada, podendo ser classificada como interna ou externa; (ii) a progressão de fases deliberativas que integram a tomada de decisão em uma Corte; (iii) os diferentes modelos de apresentação institucional dos resultados da deliberação, sendo eles *per curiam*, *seriatim* e opinião majoritária, e; (iv) o papel do voto dissidente na adjudicação constitucional. Já o Capítulo 3 realiza uma análise do modelo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal, empregando os conceitos previamente descritos. Nele, há também a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ. Por fim, o Capítulo 3 descreve a definição de *ratio decidendi* e sua função na consolidação de uma cultura de precedentes, estando esta aplicada ao modelo do STF.

Destaca-se que o estudo de caso do Capítulo 3 não visa encerrar a discussão acerca da dispersão de fundamentos no STF, pois se trata de um exame pontual e exemplificativo da análise proposta, e não de um estudo empírico. No método de análise da ADI nº 3.470, primeiramente, serão expostas as questões de mérito, com ênfase nos principais fundamentos que integram o julgado, os quais podem concorrer, complementar-se ou se contrapor. Após a breve exposição do caso, cumpre contextualizá-lo consoante os conceitos apresentados nos demais capítulos. Para tanto, será analisado o processo decisório que permeou o julgado, tendo em perspectiva de que forma os Ministros deliberaram e como essa performance deliberativa se reflete no acórdão. Sob esse prisma, busca-se investigar se é possível extrair uma *ratio decidendi* clara e uníssona do caso.

A partir dos paradigmas indicados, reflete-se sobre a necessidade de o STF aperfeiçoar seu desenho institucional, de forma a aprimorar a qualidade de sua performance deliberativa e consolidar uma cultura de precedentes.

I. A importância da deliberação

Neste capítulo, serão firmados pressupostos teóricos que amparam a argumentação a qual se desenvolverá nos próximos capítulos, como o conceito de deliberação e de instituição deliberativa. Também será apresentada a ideia de deliberação como fonte de legitimidade e a sua importância em uma instituição colegiada que possui como função a salvaguarda da Constituição. Destaca-se, nesse contexto, a importância de conhecer o processo decisório de uma instituição, pois a análise da organização interna e das regras que a orientam é primordial para compreender o fundamento de legitimidade de suas decisões.

I.1. Por que deliberar?

O que significa deliberação como método de tomada de decisão coletiva? Particularmente, quais os limites e as razões pela adoção deste método na arena jurisdicional? Na literatura jurídica, com maior ênfase na área da ciência política, diversos foram os debates e teorias desenvolvidas para responder essas perguntas. Conforme definição adotada por Conrado Hübner Mendes em *Constitutional courts and deliberative democracy*³, a deliberação consiste na prática de raciocinar em conjunto, buscando continuamente soluções para demandas decisórias. Os participantes da deliberação expõem seus pontos de vista ao grupo e estão abertos a transformar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos, dando e recebendo razões na busca do consenso sobre o bem comum⁴. Para Godoy, a “deliberação consiste na apresentação e troca de razões e argumentos”⁵, ao passo que o desempenho deliberativo representa o alcance e a profundidade de enfrentamento dessas razões e argumentos. Esse processo vai além da mera conjunção de pessoas com fins de tomar uma decisão, pois tem a intenção de desencadear um engajamento interativo no qual os deliberadores tentam persuadir uns aos outros, cada qual manifestando seus motivos em torno de determinada posição.

A persuasão, de acordo com Conrado Hübner Mendes⁶, pressupõe (i) que seus participantes estejam dispostos ou pelo menos abertos a ouvir e a revisar seus pontos de vista iniciais; (ii) que há uma ética de consenso subjacente à conversa; (iii) a ausência de

³ MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford University Press, 2013, p. 14.

⁴ A concepção de bem comum pode ser diferente para cada um, e por isso não se deve buscar a melhor decisão na deliberação, e sim a mais razoável conforme a situação dada. In: MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford University Press, 2013, p. 24.

⁵ GODOY, Miguel Gualano de. *STF e Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 41.

⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 16.

coerção. Cabe ressaltar que, em tese, não deverá haver hierarquia entre os participantes⁷, para que todos tenham uma voz com o mesmo peso ao longo da discussão. Esse esforço coletivo de persuasão valida-se na crença compartilhada quanto à existência potencial de resposta mais adequada⁸, a qual é possível ser alcançada por meio desse processo dialógico.

Para que a deliberação tenha eficácia, é necessário que os agentes decisórios estejam sujeitos a formar e transformar suas posições políticas no debate, além de estarem dispostos a persuadir e serem persuadidos. Suas decisões, portanto, são construídas em conjunto com os outros, não sendo imutáveis, “prontas e acabadas”⁹ desde antes do processo deliberativo. Antes de se tomar uma decisão, é vantajoso discutir em conjunto para:

“1. Revelar informações privadas; 2. Diminuir ou superar o impacto da racionalidade limitada; 3. Forçar ou encorajar um modo particular de justificar demandas ou reivindicações; 4. Ajudar a tornar a escolha final legítima aos olhos do grupo (...); 5. Melhorar as qualidades morais ou intelectuais dos participantes; 6. Fazer a ‘coisa certa’, independente das consequências da discussão”¹⁰.

Assim, ao longo do debate, os participantes podem ter acesso a informações fundamentais de que não tinham conhecimento, ou reconhecer uma hipótese que não haviam considerado, e mudar de percepção quanto a determinada questão. Na deliberação, “a ética do consenso é o impulso motivacional que alimenta o compromisso deliberativo”¹¹. O consenso, entretanto, é dispensável, uma vez que os deliberadores podem reconhecer que alguns pontos da discussão podem permanecer irreconciliáveis quando esgotadas as possibilidades argumentativas. Em uma sociedade plural, o consenso pode ser até implausível em face de questões controversas ou de difícil conciliação. Ele é visto, então, como “objetivo aspiracional que regula a conduta, não um fim compulsório”¹². O propósito final da deliberação é, então, atingir um entendimento comum ou o mínimo dissenso em

⁷ MENDES, 2013. Apesar do exposto, vale ressaltar que essa ausência de hierarquia entre os Ministros da Corte é um pressuposto teórico que, por vezes, não se cumpre na prática, vide a discussão apresentada no livro: KARPOWITZ, Christopher F.; MENDELBERG, Tali. *The Silent Sex: Gender, Deliberation, and Institutions*. In: *The Silent Sex*. Princeton University Press, 2014.

⁸ O que Conrado Hubner Mendes (2013, p. 16) denomina de “*better answer*”, o que não necessariamente implica em uma resposta ideal, mas sim na solução mais adequada possível.

⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF*. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 344.

¹⁰ No original, em inglês: “1. Reveal private information; 2. Lessen or overcome the impact of bounded rationality; 3. Force or encourage a particular mode of justifying demands or claims; 4. Help render the ultimate choice legitimate in the eyes of the group ...; 5. Improve the moral or intellectual qualities of the participants; 6. Do the “right thing,” independent of the consequences of discussion”. FEARON, James D. *Deliberation as Discussion*. In: MACKIE, Gerry et al. *Deliberative democracy*. Cambridge University Press, 1998, p. 45.

¹¹ MENDES, 2013, p. 16.

¹² *Ibid*, p. 16.

relação à questão debatida, de modo que o diálogo resulte na articulação de uma resposta compartilhada.

Waldron¹³ estabelece como premissa que o consenso geralmente não é esperado na democracia plural, visto que a pluralidade pressupõe a diversidade de opiniões e a controvérsia. Não se pode supor que todos os integrantes de um grupo, cada qual com diferentes origens, experiências e perspectivas, cheguem à mesma conclusão sobre uma questão, ainda que haja um debate. É plausível que permaneça um desacordo razoável após a deliberação, não sendo improvável que determinadas divergências sobrevivam aos maiores esforços deliberativos¹⁴.

Apresentado o conceito, nota-se que o método deliberativo de tomada de decisão, embora apresente características coerentes com o engajamento e a qualidade pública do debate em uma democracia, exige um esforço coletivo em torno da deliberação, visto que a argumentação e a persuasão demandam tempo. A criação de uma cultura dialógica na tomada de decisões, portanto, é uma tarefa que requer o empenho de todos os integrantes de um grupo. Vale o questionamento: por que deliberar? Quais as vantagens de uma prática decisória deliberativa?

De acordo com o exposto, ao deliberar, os membros de um grupo são capazes de reconhecer razões de decidir que podem não ter compreendido anteriormente, por meio da argumentação e persuasão entre eles. Isso, pois “a necessidade de que todos os agentes apresentem publicamente razões que sejam minimamente aceitáveis para todos os outros, mesmo que discordem, impõe um limite ao que pode ser decidido, um constrangimento da razão”¹⁵. A deliberação, nesse sentido, aumenta o escopo de pontos de vista, causa a contraposição analítica de perspectivas distintas de maneira a desencadear novas ideias, saneia mal-entendidos ao evidenciar novas informações¹⁶, minimiza o desacordo, tem uma maior probabilidade de gerar justificativas racionais para os questionamentos propostos e, por conseguinte, maiores chances de alcançar a resposta mais razoável à vista da situação apresentada¹⁷.

¹³ WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*. In: KOH, Harold; SLYE, Ronald (org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa, pp. 249-268, 2004.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ MENDES, 2011, p. 344.

¹⁶ “The act of displaying, from multiple perspectives, the reasons that underlie each conception of the common good, of unfolding premises and subjecting them to critical challenge, would have the manifest virtue of debunking myths, deconstructing prejudices, sanitizing misunderstandings, triggering new ideas and, above all, structuring arguments in a clearer order”. In: MENDES, 2013, p. 23.

¹⁷ “In the same sense, it is through the revelation of the points of view of every participant that this process maximizes the information that might be helpful to decide. Mute amalgamation of preferences formed at home, then, would be a much inferior alternative to pursue the epistemic tasks of (i) premise-unveiling and (ii)

Como contraponto, a deliberação não garante que se alcance o consenso, pois, conforme exposto, algumas discordâncias são de difícil resolução em uma sociedade plural, e nem sempre os integrantes de um grupo irão chegar à mesma resposta. O processo deliberativo, que busca esclarecer e revelar novos ângulos sobre um tema, pode também confundir ou obscurecer a questão. Isso, caso os deliberadores se utilizem da demagogia e de argumentações meramente retóricas e superficiais, o que reduz a possibilidade de realização dos objetivos da deliberação¹⁸.

Apesar de tais considerações, após o exame de seus aspectos negativos e positivos, a escolha pelo método decisório deliberativo mostra-se como a mais coerente com a ideia de democracia deliberativa, conforme apresentada por André Rufino do Vale¹⁹. Isso, pois a deliberação tem o condão de reduzir o desacordo, assegurando que todos tenham acesso às mesmas informações e às diferentes análises em relação à mesma questão, de modo a tomar a decisão mais adequada. Assim, os propósitos da deliberação aqui expostos se alinham aos princípios democráticos que amparam o papel das instituições colegiadas, conforme será abordado em tópico a seguir.

1.2. O que significa ser uma instituição deliberativa?

O tópico em questão visa discorrer sobre a função da deliberação em órgãos colegiados, em específico sob o recorte da natureza deliberativa nas Cortes Constitucionais.

Em instituições colegiadas, deve-se criar uma decisão compartilhada e chegar a um consenso mínimo em relação ao seu resultado e a sua fundamentação. Segundo Lewis A. Kornhauser²⁰, decisões coletivas normalmente são institucionais, feitas dentro de uma

information-gathering. Some stop here and consider this to be enough. But others go farther. Deliberation would still fuel the ability of the group to come up with solutions not envisioned by any individual alone. It would be, therefore, a (iii) creativity-sparkling exercise”. In: MENDES, 2013, p. 24

¹⁸ MENDES, 2013.

¹⁹ “(...) uma democracia plena deve ser fundada na possibilidade de que as decisões políticas possam ser o resultado de um processo público e transparente de deliberação que envolva a participação argumentativa, comprometida com os ideais de igualdade, imparcialidade e racionalidade, de todos os possíveis interessados e afetados. Em suma, todas concordam que há um núcleo conceitual de democracia deliberativa que exige: (1) a tomada coletiva de decisões com a participação, direta ou por meio de representantes, de todos que possam ser afetados pela decisão (esta é a parte democrática), (2) por meio de um processo de deliberação pública guiado pelo ideal do discurso ou da argumentação racional (esta é a parte deliberativa)”. In: VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

²⁰ “In a well-designed, well-functioning institution, the decision-making body will optimally advance the institution’s interest. (...). The optimal individual decision protocol depends on the aims of the institution. Significantly, in some institutional settings, the individual decision-maker should not do what she would do if she were deciding alone. (...). This decision-making protocol undermines any institution that seeks to develop consistent and coherent decisions across time”. In: KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37, October, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

organização formal e de acordo com regras e com procedimentos que guiam essa instituição. Desse modo, a decisão deve visar a objetivos institucionais, amparando-se em um padrão de racionalidade decisória²¹. Em uma democracia, são exemplos de instituições colegiadas o Parlamento e as Cortes Constitucionais.

Uma decisão colegiada dá-se por meio de três procedimentos: barganha, votação (ou agregação) e deliberação. Estes raramente ocorrem sozinhos, sendo comum observar a combinação entre dois ou três elementos. A deliberação, conceituada em tópico anterior, pode ser verificada quando a decisão é construída conjuntamente, havendo consenso ou mínimo dissenso após o debate de ideias e de posicionamentos divergentes. Já a barganha consiste em uma negociação na qual as partes colocam abertamente os interesses que representam na mesa e negociam concessões mútuas para chegar a um acordo que otimize seus respectivos desejos²². Há votação ou agregação quando a decisão é efetuada por meio de um somatório das posições dos integrantes do grupo, sem haver necessidade de interação e acomodação de posicionamentos entre eles²³. Ou seja, a decisão final pode ser considerada o produto da soma dos posicionamentos individuais, vencendo a maioria – de forma que, não visando ao consenso, o procedimento tende a preservar a polarização de entendimentos²⁴. Quando combinadas votação e deliberação, a primeira pode surgir como método razoável para complementar a segunda, na hipótese do consenso não ser mais possível.

Para John Rawls²⁵, as Cortes Constitucionais são instituições deliberativas exemplares, pois são fóruns em que razões e justificativas são esperadas e oferecidas na

²¹ Um órgão colegiado que adota o mesmo critério ao decidir possui maior legitimidade do que aquele que varia sua racionalidade decisória por decisão, conforme será apresentado em tópico a seguir.

²² MENDES, 2013, p. 18.

²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set.-dez., 2019.

²⁴ “Quando os casos são decididos por agregação, há menor interação e acomodação de entendimentos entre os membros do colegiado. Em lugar de se construir conjuntamente uma decisão, o desfecho do caso é decidido pelo somatório dos votos dos julgadores em um ou em outro sentido. As decisões proferidas por agregação tendem a ser, por isso, menos moderadas. Podem mesmo gerar polarização de entendimentos, quer por conta da baixa interação entre membros que pensam diferentemente, quer por conta de um baixo esforço de acomodar diferentes perspectivas de um mesmo problema”. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set.-dez., 2019, p. 450.

²⁵ Cumpre ressaltar que a ideia das Cortes como fóruns da razão pública, conforme defendida por Rawls, é um modelo ideal, que serve como referência para a atividade deliberativa dos tribunais constitucionais. Dessa forma, de acordo com André Rufino do Vale, esse pressuposto teórico não deve ser levado às últimas consequências “quando exige que a deliberação entre os juizes se restrinja absolutamente a razões públicas, no estrito conceito rawlsiano que delimita seu conteúdo à noção de concepções políticas da justiça (...)”. Sustenta que “a ideia regulativa de um tribunal constitucional como foro da razão pública deve ser entendida em um sentido mais pragmático, que o entenda como um espaço qualificado de deliberação pública sobre questões fundamentais (...) que, ao invés de limitar seu discurso a determinados tipos de razões, permanece aberto aos diversos argumentos fundados em diferentes concepções do mundo que podem razoavelmente expressar os distintos indivíduos e grupos sociais”. In: VALE, 2015, pp. 337-339.

tomada de decisão. Assim, as Cortes diferem de outras instituições de resolução de disputas em grande parte porque fundamentam a resolução que alcançam²⁶. São, portanto, fóruns em que há uma expectativa de publicação de uma fundamentação racional além da decisão, pois, como guardiões da Constituição, são competentes para utilizar as normas jurídicas como parâmetro de justificação e interpretá-las em suas decisões.

Seriam o espaço ideal para a persuasão e para a contraposição de argumentos, visto que todos os participantes estão em posição de igualdade, possuem igual oportunidade de participar do processo decisório e visam a solucionar problemas por meio das normas jurídicas, mesmo que diverjam quanto aos meios para alcançá-lo. Dessa maneira, as Cortes são fóruns deliberativos singulares, nos quais há uma expectativa de justificação pública baseada em princípios constitucionais²⁷.

Para que se cumpra essa expectativa, de maneira a emergir o máximo de racionalidade na argumentação jurisdicional, é essencial que haja a deliberação entre membros do órgão colegiado²⁸, seja buscando uma opinião consensual ou majoritária. A interação colegiada é a aspiração de uma Corte deliberativa, o parâmetro apropriado para disciplinar e avaliar o processo decisório colegiado, possuindo três facetas: “o esforço de levar em conta todas as posições que a corte foi capaz de coletar; a busca da melhor resposta jurídica; a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso”²⁹.

As características intrínsecas ao processo deliberativo são, assim, altamente vantajosas para o processo decisório das Cortes, uma vez que, por não serem instituições representativas baseadas no pré-compromisso partidário; para legitimar sua autoridade, devem produzir a melhor decisão jurídica possível, dotada de racionalidade e razoabilidade. A deliberação, nesse contexto normativo, ofereceu respostas coerentes com a democracia constitucional para justificar a função jurisdicional das cortes, no exercício do controle dos

²⁶ KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37, October, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa*. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 6.

²⁸ “Por último, a corte é também retratada como um deliberador. Essa imagem captaria um aspecto interno das cortes que as outras, e mesmo a anterior, ignoram: cortes são compostas por um grupo pequeno de juízes que interagem entre si por meio do argumento e da persuasão até alcançar uma decisão final. Esse processo interno constituiria uma vantagem comparativa das cortes em relação a instituições estruturadas de maneira diversa (como, por exemplo, a simples agregação de votos segundo a regra de maioria). Cortes beneficiar-se-iam da deliberação colegiada e, graças às suas peculiares condições decisórias, teriam maior probabilidade de alcançar boas respostas na interpretação constitucional. Por isso, (...) cortes também promoveriam uma boa deliberação intra-institucional”. In: MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa*. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 5.

²⁹ MENDES, 2012, p. 11.

atos normativos dos poderes públicos e privados, bem como na exigibilidade dos direitos fundamentais, conforme demonstra parcela da literatura constitucional. Mas para além da resposta positiva da legitimidade democrática das cortes enquanto instituição deliberativa, há que se investigar a correlação necessária entre a justificação normativa e a real performance deliberativa dos tribunais.

1.3. A deliberação é fonte de legitimidade?

No caso das Cortes Constitucionais, por que a performance deliberativa é um elemento importante? Segundo exposto no tópico anterior, a deliberação possui um papel importante em estabelecer os limites constitucionais e identificar os princípios democráticos no caso concreto³⁰, sendo vantajosa para o processo deliberativo das Cortes Constitucionais. Virgílio Afonso da Silva reconhece a deliberação interna como fonte de legitimidade da revisão judicial, uma vez que o compartilhamento de informações e o esclarecimento recíproco incentivam a colegialidade³¹ e tendem a resultar em melhores decisões. Esse pressuposto teórico será adotado nesta monografia.

Ferejohn e Pasquino³² afirmam que sob as instituições recaem diferentes expectativas de deliberação: se esta for representativa, como os Poderes Executivo e Legislativo, sua legitimidade advém do voto democrático; no caso de instituições não-representativas, como as Cortes, a legitimidade advém da persuasão e da argumentação. Especialmente em um cenário no qual a Corte vai de encontro à opinião pública e às vontades de uma maioria política, a eficácia do sistema jurídico e a aplicabilidade de suas decisões residem no respaldo da racionalidade de suas razões de decidir³³.

³⁰ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West: Introduction*. Constitutional Justice, East and West, p. 1-36, 2002;

³¹ “Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to being convinced by good arguments of other judges); (iv) a cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation)” In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013, p. 562-563.

³² FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, *op cit*.

³³ A justificativa, também vista como explicação, é indispensável quando se tem em conta que o Judiciário tem poder para decidir em razão da população e apenas para servi-la, e que essa obviamente não lhe alienou a sua autoridade. A Corte, quando decide, sabe que a população tem o incontestável direito de acompanhar os seus passos e argumentos para checar se a sua decisão está de acordo com os princípios constitucionais, afigurando-se como uma resposta legítima diante da confiança que lhe foi depositada. (...). O que impõe a obrigação de a Corte se justificar para o povo e para as demais instituições públicas, apresentando razões

De acordo com Virgílio Afonso da Silva³⁴, a legitimidade da revisão judicial depende do potencial da Corte em ser o *locus* da deliberação racional. Para o autor, a qualidade da performance deliberativa da revisão judicial de uma Corte, ou seja, as condições em que o máximo potencial do debate pode ser alcançado, é medida de aferição de sua legitimidade.

Parte-se do pressuposto de que instituições que buscam maximizar seu desempenho deliberativo se beneficiam de maior legitimidade. Precisamente por conta disso, a deliberação é considerada também uma medida de aferição de qualidade das democracias. Por estar amparado em princípios democráticos e constitucionais, o desempenho deliberativo é “ferramenta necessária de avaliação e aperfeiçoamento da adjudicação constitucional em torno de uma decisão colegiada”³⁵. Mas como caracterizar uma decisão racionalmente justificada?

A intenção desta monografia não é se aprofundar no conceito de racionalidade sob a perspectiva da filosofia jurídica, mas apenas introduzir algumas hipóteses teóricas de forma a demonstrar a vinculação da legitimidade das Cortes com a justificação racional de suas decisões.

Para alcançar uma racionalidade argumentativa mínima, deverá haver o mínimo de troca de argumentos entre os integrantes da Corte ao longo da construção coletiva da decisão³⁶. Assim, o alcance da melhor resposta jurídica possível em um órgão colegiado seria obtida por meio da deliberação, por ser ao mesmo tempo qualificador da interação no processo decisório e medida para avaliar a legitimidade de suas decisões³⁷. Uma Corte que se ampara na razão pública, portanto, visa a uma decisão racionalmente justificada, produzida de modo mais eficaz por meio do processo deliberativo. Sob esse ponto de vista, a Corte Constitucional possui legitimidade amparada no seu potencial deliberativo. Essa legitimidade dependerá da qualidade da atuação do tribunal, visto que está vinculada ao processo deliberativo de tomada de decisões e da fundamentação dessas.

capazes de convencê-los, é a chamada *accountability*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021, 145.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 3, 2013.

³⁵ MENDES, 2011, p. 347.

³⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional/From Supreme Solipsism to Rational Deliberation*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 50, 2017, p. 157.

³⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <doi:10.11606/T.8.2008.tde-05122008-1>.

Ressalta-se que o ponto importante a ser analisado nesta monografia não é necessariamente como as Cortes devem decidir ou qual a razão pública correta a ser adotada na tomada de decisão, mas, sim, questionar quais os desenhos institucionais adequados para aprimorar a deliberação colegiada, a qual possa promover a racionalidade das decisões. Assim, uma Corte será legítima quando suas regras de organização interna e suas práticas incentivem a deliberação racional.

1.4. Processo como garantia constitucional

Apresentado o conceito de deliberação, bem como sua função em instituições colegiadas e como a qualidade da performance deliberativa está vinculada à legitimidade dessas instituições, vale ressaltar a relevância do estudo do processo em tal cenário, ou seja, como o modo de decidir afeta a deliberação entre os juízes membros de um tribunal. Como os tribunais decidem deve ser considerado como um elemento importante no estudo de Cortes Constitucionais deliberativas, pois traduz os meios e os modos comunicativos vinculados ao processo decisório dessa instituição³⁸. Urge, então, neste tópico, analisar os processos regulamentados pelo sistema jurídico, com o recorte do processo constitucional no direito brasileiro.

A palavra processo é oriunda do latim *procedere* e significa transcurso, desenvolvimento³⁹. Designa uma construção teórica, sendo utilizada para se referir a vários tipos de processos que são fundamentalmente diferentes entre si⁴⁰, a exemplo dos processos administrativo, legislativo ou eleitoral. Traduz-se como o caminho ou os caminhos pré-estabelecidos necessários para alcançar um determinado fim. Por exemplo, em uma partida de futebol, o resultado final apenas será válido caso os jogadores, a comissão técnica e a arbitragem respeitem o procedimento conferido pelas regras do jogo previamente fixadas. De maneira análoga, no sistema jurídico, “as possibilidades de atuação processual dependem dos elementos predeterminados por regras jurídicas que compõem o direito processual”⁴¹.

Assim, no âmbito do direito, o processo consiste em “uma sequência de atos que permite produzir normas jurídicas, aplicando normas que já existem”⁴² com a finalidade de garantir a segurança jurídica. Por sua vez, o processo constitucional é o “conjunto de atos

³⁸ MENDES, 2012, p. 70.

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. Rev., atual. e ampl. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 27.

⁴² *Ibid.*, p. 30.

mediante os quais o órgão jurisdicional atua conforme a vontade das normas constitucionais⁴³, bem como visa assegurar os direitos fundamentais protegidos pela Constituição⁴⁴ por meio da adoção de um modelo de julgamento – ou seja, de técnicas de discussão, decisão, proclamação do resultado e justificação – que confira legitimidade às Cortes Constitucionais.

Vê-se que o processo constitucional possui a função de garantia da força normativa da Constituição. Sua importância reside na regulação do “exercício da jurisdição constitucional, de modo a garantir a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, colocando-os em suspenso apenas em situações excepcionais e diante de exigências com critérios prévios e nítidos⁴⁵. Para tanto, é essencial buscar desenhos institucionais adequados para constringer práticas indesejadas, para que seja alcançado o propósito institucional do órgão colegiado.

Nesse sentido, as Cortes devem visar à adoção de um modelo decisório que fomente a atuação colegiada e a decisão coletiva, as quais são construídas pela “troca de argumentos, por meio da deliberação entre os ministros⁴⁶. Isso, pois a discussão e a deliberação no espaço institucional permite que se reorienta a atuação individual dos ministros e que se qualifique esse processo e as regras procedimentais quando fundamentados sob uma concepção deliberativa de democracia⁴⁷.

O confronto de razões e de princípios implicados em um caso possibilita que, por meio da apresentação de novas informações e da identificação de eventuais equívocos, sejam reconhecidos diferentes pontos de vista, refinando a justificação de uma decisão⁴⁸. A atuação jurisdicional colegiada, portanto, dá-se por meio da participação e da contribuição individual

⁴³ *Ibid*, p. 33.

⁴⁴ “Os direitos fundamentais relacionados à atuação processual e procedimental fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana (...)”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MENDES, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva Educação SA. Série IDP, 16ª Edição, 2021, p. 386.

⁴⁵ GODOY, Miguel Gualano de. *STF e Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 37.

⁴⁶ *Ibid*, p. 38.

⁴⁷ *Ibid*.

⁴⁸ A troca de argumentos, seja ela simples ou complexa, breve ou demorada, conduz a uma cooperação social em busca de decisões e soluções de conflitos. A discussão assume um papel central para a democracia deliberativa, porque por meio dela se eliminam possíveis erros fáticos e lógicos que se apresentam nos argumentos. Ou seja, por meio da deliberação os sujeitos apresentam suas convicções perante os outros, os quais atuarão não como meros receptores daquela informação/opinião, mas como verdadeiros filtros. Essa dinâmica permite, ainda, que, além da identificação de possíveis equívocos, se incremente o argumento que até então estava sendo exposto com a adição de novas informações e opções, que eram ignoradas ou desconhecidas. Por isso a discussão é tão importante, pois é por meio dela que não apenas se retifica ou refina o argumento, mas também se conhece os pontos de vista e interesses dos demais. In: GODOY, Miguel Gualano de. *STF e Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 39.

dos ministros em torno de uma decisão coletiva que seja institucional e una – uma vez que a resposta da Corte Constitucional para uma questão jurídica deverá ser unívoca para resolver o caso e constituir critério para o julgamento dos casos futuros⁴⁹.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021.

II. Paradigmas adotados pelas Cortes Constitucionais

Cumprido examinar, neste capítulo, como as Cortes Constitucionais decidem e quais paradigmas adotam em seu processo decisório. Para tanto, é necessário ressaltar como a deliberação pode ser qualificada nas instituições colegiadas, possuindo dois tipos: interna ou externa. Outro parâmetro de classificação é a divisão do processo deliberativo em fases, cada qual identificando os momentos em que a deliberação se revela uma instituição colegiada. Serão apresentados também os modelos decisórios distintos que uma Corte Constitucional pode adotar, sendo eles *per curiam*, *seriatim* e opinião majoritária, bem como o papel da deliberação nesses modelos. Mostra-se necessário apresentar tais classificações de momentos decisórios na deliberação da Corte, com o objetivo de caracterizar as Cortes Constitucionais como instituições deliberativas.

II.1. Deliberação interna e externa

Como ponto de partida para a abordagem proposta, é necessário apresentar os conceitos de deliberação interna e externa, e serão utilizadas as definições de Ferejohn e Pasquino:

“(...) internal deliberation by a group is the effort to use persuasion and reasoning to get the group to decide on some common course of action. External deliberation is the effort to use persuasion and reasoning to affect actions taken outside the group. Internal deliberation involves giving and listening to reasons from others inside the group. External deliberation involves the group, or its members, giving and listening to reasons coming from outside the group”⁵⁰.

A deliberação interna equivale ao esforço de persuasão e de argumentação para que o grupo decida uma ação em comum e envolve ouvir os outros membros de dentro do grupo; ao passo que deliberação externa consiste no esforço de persuasão e de argumentação para afetar ações de fora do grupo, a fim de provocá-lo, bem como a seus membros, a escutar argumentações de origem externa. Na primeira hipótese, cada membro do grupo deverá oferecer e ouvir razões em busca de uma solução para determinado

⁵⁰ Tradução livre: “(...) a deliberação interna de um grupo é o esforço para usar a persuasão e o raciocínio para fazer com que o grupo decida sobre algum curso de ação comum. A deliberação externa é o esforço para usar a persuasão e o raciocínio para afetar as ações tomadas fora do grupo. A deliberação interna envolve dar e ouvir as razões de outros dentro do grupo. A deliberação externa envolve o grupo, ou seus membros, dando e ouvindo razões vindas de fora do grupo”. In: FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. Tex. L. Rev., v. 82, p. 1692, 2003.

problema⁵¹. Assim, “quando for interno, o debate, o julgamento e a produção da decisão ocorrerão exclusivamente na presença dos membros da corte”⁵², tendo como interlocutores exclusivamente seus colegas. Internamente, os integrantes desse grupo possuem o mesmo *status* e estão em posição de igualdade, de forma que estariam mais abertos a escutar o ponto de vista de seus colegas e a mudar de opinião, não havendo interferência do juízo externo.

Por sua vez, a deliberação externa é aberta ao público e, por isso, os membros passam a preocupar-se não apenas com a opinião de seus colegas, mas também com a da audiência que os acompanha, a qual se torna interlocutora do processo deliberativo⁵³. Na aplicação prática, é possível identificar ambos os tipos de deliberação em todas as instituições colegiadas⁵⁴. Apesar disso, o conceito de deliberação externa está mais vinculado ao processo legislativo, enquanto a deliberação interna alinha-se ao processo decisório das Cortes Constitucionais do perfil continental-europeu.

No Legislativo, por ser uma instituição representativa, seus membros devem considerar a opinião do eleitorado que os elegeu na tomada de decisões. A deliberação externa é, portanto, inerente ao processo decisório do Legislativo, uma vez que é necessário ouvir e também persuadir um público externo ao grupo que toma as decisões. A barganha e a votação, que compõem o método agregativo de decisão, são mecanismos essenciais para a função legislativa, pois vale a opinião da maioria dos parlamentares quando não é possível chegar ao consenso. Nessa instituição adversarial, a agregação pode se associar à deliberação, buscando o convencimento entre os parlamentares, embora nem sempre o consenso seja possível em face de questões controversas, que envolvem desacordos morais razoáveis. Ou seja, a deliberação interna não é imprescindível ao processo legislativo e pode ser observada em menor grau.

As Cortes Constitucionais, por sua vez, não são instituições representativas. Diante da ausência de controles derivados de mecanismos eleitorais, as Cortes devem apresentar certas qualidades: imparcialidade e independência⁵⁵. Isso significa que os juízes

⁵¹ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

⁵² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 2009, p. 450.

⁵³ *Ibid*, p. 451.

⁵⁴ Cabe ressaltar que há diferentes tipos de Legislativos e Cortes Constitucionais no mundo, e que apresentam processos decisórios distintos, conforme apresentado por Ferejohn e Pasquino em *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. Entretanto, o que se propõe é realizar uma análise de características compartilhadas pelas instituições, isso com enfoque na perspectiva brasileira.

⁵⁵ PASQUINO, Pasquale. *Cómo deciden las Cortes Constitucionales? How do the Constitutional Courts decide?* Precedente Revista Jurídica, vol. 9, jul-dec, 2016, p. 37.

constitucionais, por não terem um mandato definido e não serem eleitos, não devem depender dos interesses das partes interessadas nos conflitos constitucionais que devem resolver. Imparcialidade e independência são características essenciais para a qualidade de decisões, amparada pelo compromisso com posições diferentes e balanceadas. Essas qualidades não são necessárias para atores eleitos, pois seu controle advém de seu eleitorado e sistema de mandatos. Entretanto, de acordo com Pasquale Pasquino⁵⁶, qualquer decisão da Corte Constitucional tem efeitos políticos, uma vez que o exercício do controle jurisdicional é essencial para o controle da política, participando do processo democrático e eleitoral, da repartição de competências e da proteção dos direitos fundamentais⁵⁷.

Na Corte, há deliberação interna quando os juízes do órgão colegiado buscam persuadir uns aos outros com a finalidade de decidir em conjunto. Nota-se que a deliberação interna se adequa melhor ao propósito de proteger os princípios constitucionais, pois o processo de persuasão e argumentação entre os juízes permite que se alcance um compromisso comum entre diferentes posições. Neste tipo de deliberação, a informação é compartilhada livremente e os participantes estão abertos a novos argumentos e dispostos a mudar de pensamento, se confrontados com argumentos consistentes⁵⁸. Assim, os integrantes de um grupo que deliberam entre si teriam uma menor influência de fatores externos e uma maior abertura para mudar de posição, incentivando a colegialidade. O objetivo da deliberação interna é, então, alcançar a melhor decisão possível por meio de um compromisso realizado pelos membros de um grupo, preferivelmente realizado em consenso.

De certa forma, também é desejável deliberação externa no âmbito das Cortes Constitucionais, uma vez que tanto o Executivo e o Legislativo quanto os cidadãos e os

⁵⁶ PASQUINO, 2016, p. 39.

⁵⁷ Alexander Bickel, afirma que a Corte é um animal político. Para o autor, a decisão política possui duas dimensões: princípio e *expediency*, termo que se traduz como conveniência e oportunidade. Enquanto o conceito de princípio representa a rigidez de um valor moral, a *expediency* consiste na demanda por flexibilidade e na avaliação do que é possível, considerando os fatores conveniência e oportunidade. A tensão entre ambas as dimensões, para Bickel, é a essência do governo. Partindo desse pressuposto, a missão das Cortes Constitucionais é proteger a dimensão do princípio em sua tomada de decisão, mas sem deixar de ponderar acerca da conveniência e oportunidade. In: BICKEL, Alexander. *Foreword: The Passive Virtues*. Harvard Law Review, v. 75, 1961.

⁵⁸ “As has been stressed above, if the goal of deliberation is, among other things, sharing information and attenuating the effects of bounded rationality in order to create ideal conditions for deciding cases in the best possible manner, and if, therefore, participants of deliberation should, among other things, be able to work as a team, be willing to listen and take seriously arguments advanced by the other participants, and be open to being convinced by good arguments, to be cooperative in the decision-making process, and want to achieve, whenever possible, a consensual decision (...)”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 3, 2013, p. 564.

demais grupos da sociedade civil devem tomar parte de um debate mais amplo em relação às questões constitucionais⁵⁹.

Vê-se o exemplo da discussão em torno da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias realizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3510, em que “a inquestionável atenção dada ao caso, tanto pelas comunidades jurídica e médica, quanto pela própria mídia e sociedade civil organizada, foram responsáveis por uma grande mobilização do Tribunal para a solução final do caso”⁶⁰. André Rufino do Vale⁶¹ ressalta a importância de identificar os principais auditórios, isto é, os principais entes sociais e políticos para os quais a Corte primordialmente direciona sua argumentação, e que, “num processo de influência recíproca, acabam exercendo algum impacto na deliberação interna entre os magistrados”⁶².

Atores políticos e sociais da sociedade civil podem, inclusive, influenciar diretamente o processo decisório, via mecanismos de participação em ações de controle concentrado como o *amicus curiae* e as audiências públicas. Esses mecanismos possuem escopo de atuação limitada, mas já representam avanços em torno da necessidade de uma escuta ativa das Cortes quanto às demandas da sociedade – tendo em vista o provento da pluralidade de argumentos e, conseqüentemente, da participação democrática. Pode-se apontar, também, que uma deliberação publicizada incentiva que “o juiz dedique maior atenção ao exame das questões discutidas, a fim de melhor justificar a posição que tome”⁶³, de forma que a deliberação aberta ao público seja uma forma de controle social das Cortes pela sociedade.

Entretanto, se o processo decisório de uma Corte for pública e amplamente divulgada, há o risco de o juiz preocupar-se em excesso com a repercussão do voto junto à opinião pública, à imprensa e aos demais Poderes do Estado, em especial se a questão debatida for de grande relevância social e política⁶⁴. O juiz pode se deixar influenciar pela solução mais aceita pela sociedade, ou mesmo com a decisão que lhe pareça mais alinhada com sua imagem pública, afetando o diálogo e as acomodações de posição entre os

⁵⁹ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

⁶⁰ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*. Revista Direito GV, São Paulo, n. 5, vol. 1, pp. 21-55, 2009, p. 23.

⁶¹ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

⁶² *Ibid*, p. 136.

⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v. 1, n. 3, 2005, p. 235.

⁶⁴ *Ibid*.

magistrados. Assim, os julgamentos externos podem inibir a troca livre de argumentos, de forma a “desfavorecer uma postura deliberativa e induzir a adoção de modelos agregativos de decisão”⁶⁵, como a tomada de decisão por contagem de votos.

Por sua vez, em uma deliberação interna e “de portas fechadas”, os juízes teriam uma proteção contra a pressão externa, visto que poderiam mais facilmente mudar de opinião e discordar livremente apontando fragilidades na argumentação de um colega sem receio da percepção do público.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva⁶⁶, a Corte que pratica apenas ou majoritariamente o tipo externo de deliberação pode ser considerada menos legítima. Isso, pois a legitimidade da revisão judicial depende do seu potencial em ser o *locus* da deliberação racional. Para o autor, a qualidade da performance deliberativa da revisão judicial de uma Corte, ou seja, as condições em que o máximo potencial do debate pode ser alcançado, é medida de aferição de sua legitimidade. Logo, o tipo interno de deliberação poderia cumprir as demandas da legitimidade de modo mais eficaz, em termos de performance deliberativa.

Na prática, é impossível e mesmo indesejável que a Corte seja isenta de influência externa dos diferentes atores políticos e sociais, considerando ainda os diálogos institucionais entre os Poderes nos termos delineados pela Constituição. As características de imparcialidade e independência das Cortes não implicam que esta seja “cega, surda e muda” em relação aos anseios sociais e à vontade popular em relação ao debate de questões constitucionais. O órgão colegiado deve escutar ativamente as demandas populares, mas não utilizar apenas a pressão da opinião pública como fundamento para amparar uma determinada posição.

Todavia, as consequências negativas do modelo externo e extremamente aberto de deliberação da Corte Constitucional como no caso brasileiro, marcado pela publicização do processo decisório via televisão e via rádio, não podem ser ignoradas.

II.2. Fases do processo

A partir da classificação da deliberação interna e externa, Conrado Hübner Mendes⁶⁷ propõe uma reconfiguração para otimizar ambas as dimensões no processo deliberativo, com

⁶⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 451.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 3, 2013

⁶⁷ MENDES, 2012.

a predominância de cada uma em determinada fase do processo, de acordo com os propósitos institucionais das Cortes Constitucionais. Vale delinear, então, como se comporta uma Corte deliberativa e quais as etapas desse processo decisório. Conrado Hübner Mendes⁶⁸ divide a deliberação em uma Corte em três fases – pré-decisional, decisional e pós-decisional – as quais correspondem aos momentos em que a deliberação se manifesta⁶⁹. Em tais momentos, a Corte pode ser muito ou pouco deliberativa, havendo gradações nessa qualificação, e não uma mera constatação da existência de cada fase.

Na prática, as diferentes fases podem se interpenetrar e se sobrepor, sendo mutuamente permeáveis, de forma que não há uma sequência linear entre elas, com fronteiras delimitadas entre o começo e o término de cada uma⁷⁰. O autor destaca que se trata de uma classificação artificial, mas útil para um propósito teórico de estudo do processo deliberativo das Cortes. Esse modelo trifásico será adotado na presente pesquisa.

A primeira fase inicia-se com a existência de um caso ou controvérsia jurídica, provocado por ente legitimado por lei para submeter a ação. Essa fase reúne todos os atos em que as partes interagem, oralmente ou por escrito. Em seguida, o tribunal deverá coletar argumentos dos interlocutores e dar abertura para que as partes interessadas possam manifestar-se sobre o problema constitucional posto e que outros atores sociais contribuam com o debate, seja em uma perspectiva mais informacional técnica, seja na perspectiva de pluralização dos argumentos jurídicos até então expostos. Essa etapa se encerra quando se exaurem as possibilidades formais para que os interlocutores se manifestem⁷¹.

A fase decisional refere-se ao momento em que há deliberação interna entre os membros de um órgão colegiado com o objetivo de tomar uma decisão. Nela, encerrada a coleta de argumentos externos ao grupo, o enfoque se encontra na discussão interna entre os juízes. A interação colegiada é a aspiração de uma corte deliberativa na fase decisional, bem como o parâmetro de avaliação de seu processo decisório.

⁶⁸ MENDES, 2012.

⁶⁹ Outra divisão das fases decisórias de órgãos colegiados foi realizada por Luiz Guilherme Marinoni, sendo elas: “(...) uma (i) fase em que o colegiado desenvolve o raciocínio decisório, isto é, um raciocínio que permite o encontro da decisão ou da resolução da questão de direito, uma (ii) fase de proclamação da decisão e individualização da eventual ratio decidendi, e uma (iii) fase de elaboração da justificativa, quando se chega, finalmente, na (iv) justificativa e, em alguns casos, na (v) ratio decidendi – vistas as duas últimas enquanto discurso”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 360.

⁷⁰ MENDES, 2012.

⁷¹ No STF, os interlocutores são as partes, as autoridades responsáveis pela elaboração do ato normativo questionado, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, assim como os *amici curiae* devidamente legitimados na ação.

Já a fase pós-decisional consiste na redação da decisão em si e na recepção do julgado pela comunidade jurídica e pela opinião pública⁷². O objetivo dessa fase é comunicar a decisão tomada, uma vez já coletadas as informações necessárias, discutidas as interpretações jurídicas possíveis nas fases pré-decisional e decisional. A decisão deverá expor o resultado do caso devidamente fundamentado de maneira clara e inteligível para o público em geral.

No entendimento de Conrado Hübner Mendes⁷³, na fase pós-decisional, o resultado da decisão deliberativa não representa a “resposta certa” alcançada apenas pelos membros iluminados da Corte que teriam a última palavra na interpretação da Constituição; ao contrário, seria o produto de “um esforço sincero de lidar com todos os pontos de vista da maneira mais rigorosa e empática possível”⁷⁴. A decisão escrita deverá, idealmente, transmitir essa conduta deliberativa dos membros de uma Corte, bem como converter essa interação colegiada em uma resposta institucional, supraindividual e despersonalizada. Uma voz institucional e uníssona deve ser favorecida sem, entretanto, deixar de constatar eventual desacordo interno – desde que este tenha resistido à deliberação colegiada⁷⁵.

De acordo com os elementos que integram cada uma das fases do processo decisório, infere-se que há deliberação externa nas fases pré e pós decisional. Na fase pré-decisional, o órgão colegiado interage com a esfera pública, tendo em vista que os interlocutores devem participar ativamente, apresentando argumentos e reivindicações na contestação pública. Já na fase pós-decisional, o julgado pode provocar um novo debate acerca da questão jurídica aludida na decisão e instigar a manifestação de atores sociais, ou mesmo do Legislativo, em relação ao tema. Esta fase possui, então, potencial para promover diálogos interinstitucionais⁷⁶.

Na fase decisional, por sua vez, há deliberação interna entre os juízes, de modo que o público, antes interlocutor, assume a posição de espectador. O ideal de Corte deliberativa busca o objetivo correspondente a cada uma das fases, isto é, (i) provocar a contestação pública na fase pré-decisional; (ii) promover a interação colegiada entre juízes na fase

⁷² MENDES, 2012.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁵ “Uma corte deliberativa não exhibe publicamente um tipo qualquer de desacordo, mas somente aqueles que resistiram à interação colegiada. As divisões, quando persistem, são sérias e respeitáveis, não frívolas e caprichosas”. In: MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa*. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

⁷⁶ “Uma corte deliberativa é consciente de sua falibilidade e da inevitável continuidade da deliberação na esfera pública. Sabe que casos futuros podem reacender as mesmas questões e problemas jurídicos, que eventualmente aparecerão novos argumentos que a constringerão a admitir o erro passado. (...). Apesar de inevitavelmente consumir certos efeitos concretos, a decisão também convida novas rodadas deliberativas em casos futuros”. In: MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa*. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

decisional; e (iii) redigir uma decisão escrita deliberativa na fase pós-decisional⁷⁷. Esses objetivos servem, então, como parâmetro para averiguar a performance deliberativa de uma Corte Constitucional.

II.3. Modelos *per curiam*, *seriatim* e opinião majoritária

A análise da prática deliberativa das cortes constitucionais deve considerar “os distintos formatos de redação, formatação e publicação das decisões”⁷⁸. Concluída a deliberação, pode haver a unanimidade entre os deliberantes ou as divergências entre magistrados podem produzir uma pluralidade de opiniões dissidentes, as quais podem ou não estar expressas no resultado da decisão. Esse processo decisório, a partir da experiência comparada, pode ser classificado em diferentes modelos de apresentação institucional dos resultados da deliberação: *per curiam*, *seriatim* e opinião majoritária.

Para a caracterização do modelo, adota-se como pressuposto teórico a noção de *per curiam* deliberativa – apesar de esta também poder se apresentar em sua forma não deliberativa⁷⁹. O modelo de decisão *per curiam* requer a elaboração de uma opinião institucional da corte após deliberação secreta entre os colegiados – em que raramente são apresentados votos dissidentes ou concorrentes⁸⁰ – produzindo, assim, a voz institucional da Corte. A expressão *per curiam* significa “pelo tribunal”, uma vez que nesse modelo, independentemente de a decisão ser unânime ou decidida pela maioria dos votos, esta é apresentada “como sendo a expressão unívoca do órgão judicial considerado como uma unidade institucional indivisível, desconsideradas as posições individuais dos membros do colegiado”⁸¹.

A Corte deverá, então, publicar a decisão em formato de texto único, redigido com apenas um relato do caso julgado, uma fundamentação jurídica que condense as razões de decidir do tribunal como órgão colegiado e uma parte dispositiva que apresente o resultado da

⁷⁷ MENDES, 2012, p. 68.

⁷⁸ VALE, *op.cit.*, p. 109.

⁷⁹ “Uma decisão *per curiam* não deliberativa, por sua vez, corresponde a uma decisão unitária que não atende ao estilo eticamente exigente descrito anteriormente. Mesmo que ela seja capaz de despersonalizar e dar conta de certas demandas formais do estado de direito, ela não passa no teste da deliberação. Ela permanece mais próxima de uma exposição hermética e obscurantista das diretivas jurídicas. Empiricamente, ela pode até ser precedida por interação colegiada, e então ser adotada por alguma consideração de ordem pragmática. Na tipologia comparada, ela estaria mais próxima do estilo francês, geralmente seco, sinóptico e formulaico, de argumentação judicial”. In: MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa*. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 68.

⁸⁰ Os votos dissidentes divergem da decisão tomada pelo tribunal, ao passo que os concorrentes divergem apenas da fundamentação adotada.

⁸¹ VALE, *op.cit.*, p. 109

deliberação, ou seja, a posição final do tribunal em relação à questão constitucional⁸². O formato de redação em texto único pode ser acompanhado ou não da publicação, por um ou mais membros do colegiado, de votos dissidentes.

A decisão *per curiam* apresenta uma vantagem em termos de coletivização dos resultados da decisão, pois a elaboração de um resultado institucional, abrindo ou não espaço para votos divergentes, constrói um imperativo de consistência argumentativa⁸³. Por isso, os fundamentos e a tese adotados são facilmente identificáveis, conferindo clareza e solidez aos precedentes.

Há uma relação entre o modelo *per curiam* e a deliberação fechada ou secreta, porque “representam a forma idônea de apresentação da decisão do tribunal desconsiderando-se os debates, as divergências internas e as posições individuais externadas por cada membro do colegiado no momento da deliberação”⁸⁴. Isto é, a deliberação secreta entre os juízes permite que as discordâncias argumentativas sejam discutidas livremente visando ao consenso, mantendo a portas fechadas eventuais decisões radicais entre os integrantes do órgão colegiado e somente revelando a posição oficial do tribunal e os votos concorrentes ou dissidentes que considerarem pertinentes – de modo a garantir uma unidade institucional da Corte.

Conforme Kornhauser⁸⁵, decidir em conjunto, como instituição, é diferente de decidir sozinho, pois o empenho pelo consenso é mais difícil do que o simples agrupamento de opiniões individuais. Para tanto, adotam-se técnicas deliberativas de compromisso e acomodação, de maneira que os juízes são impelidos a persuadir uns aos outros e a decidir em conjunto em torno de um pressuposto comum⁸⁶. Peter Panutto afirma que o modelo representa um desafio para casos complexos, haja vista a dificuldade de alcançar o consenso diante de uma variedade de fundamentos e dispositivos aplicados ao caso concreto⁸⁷. O

⁸² *Ibid.*

⁸³ BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional/From Supreme Solipsism to Rational Deliberation*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 50, 2017.

⁸⁴ VALE, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁵ KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37, October, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

⁸⁶ “Arguments count, and very often, judges change their mind as a result of the deliberation, either as to the outcome or to the reasoning. I am convinced that this experience contributes to reducing the number of dissents. When everybody has moved and some sort of compromise has been reached, one is less determined to file a dissenting opinion, even if one does not fully agree with the final result”. Entrevista por E-mail com Dieter Grimm, antigo Ministro do Tribunal Constitucional Alemão (Jan. 27, 2004). In: FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, p. 1695.

⁸⁷ PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

compromisso estabelecido pelos juízes para fixar uma decisão uníssona torna a técnica da decisão conjunta diferente do que se cada juiz decidisse sozinho. Isso, pois a acomodação de ideias exige que os membros endossem regras ou linhas de argumentação que possivelmente não orientariam suas decisões se decidissem sozinhos⁸⁸.

Especialmente no caso da decisão *per curiam*, as razões de decidir não são de cada juiz individual, mas sim da corte em conjunto, o que requer que cada membro do grupo busque o consenso entre seus colegas. Nesse modelo de decisão, após a deliberação interna, a Corte deverá chegar a um consenso sobre os fundamentos e sobre o dispositivo, decisão que pode ser feita por unanimidade ou por proeminência da maioria.

É responsabilidade de um dos membros do tribunal a redação da opinião colegiada, sendo ele, normalmente, o relator do caso ou o presidente do órgão. Entretanto, a decisão não possui a assinatura individual dos ministros, sendo de autoria do tribunal colegiado como instituição – de modo que há o fortalecimento da voz própria do órgão, que não necessariamente representa a visão individual dos juízes⁸⁹. Não é divulgado na publicação da decisão quais juízes do tribunal integram a maioria, nem o processo deliberativo que provocou tal decisão. De acordo com Ferejohn e Pasquino⁹⁰, o anonimato facilita a adesão à deliberação interna, pois torna os juízes mais inclinados ao compromisso e à persuasão mútua, havendo menos preocupação com uma consistência jurisprudencial sob o ponto de vista individual. Com isso, há a despersonalização da figura dos juízes em favor de uma posição compartilhada.

Para Pasquale Pasquino⁹¹, os votos dissidentes ou concorrentes deveriam ser anônimos, ou utilizados muito limitadamente, de modo a evitar a personalização dos membros da Corte. Afirma que uma corte permeada por dissidências não é dotada de imparcialidade, visto que o uso excessivo desses votos tornam a Corte dividida, à semelhança do Legislativo, no qual cada um dos membros estaria mais preocupado em defender sua própria teoria de interpretação do que em buscar uma solução coletiva e consensual para as questões que o tribunal deve decidir⁹².

⁸⁸ KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together* (October 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

⁸⁹ PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

⁹⁰ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. Texas Law Review, vol. 82, 2004, p. 1673

⁹¹ PASQUINO, Pasquale. *Cómo deciden las Cortes Constitucionales? How do the Constitutional Courts decide?* Precedente Revista Jurídica, vol. 9, jul-dec, 2016, p. 37.

⁹² *Ibid.*

Em contraponto ao modelo de decisão *per curiam*, o modelo *seriatim* consiste na agregação de votos individuais dos membros da Corte de forma seriada em um texto composto. Esse formato de escrita da decisão apresenta-se deliberativo ou não-deliberativo⁹³, em termos de deliberação interna entre os integrantes do órgão colegiado. Esta monografia adotará o conceito de decisão *seriatim* não-deliberativa como pressuposto teórico⁹⁴.

Marcado pela ausência de esforço de convergência na interação colegiada, o acórdão da decisão *seriatim* consiste no resultado da somatória dos votos individuais dos juízes, sem interação entre si e sem a preocupação pelo entendimento institucional unificado sobre a questão debatida. Não são raros os “casos em que o texto do acórdão é uma soma de votos que não guardam necessariamente relação entre si, em que há divergência de fundamentos entre os votos da mesma corrente, impedindo a clara identificação do posicionamento da corte”⁹⁵. Isso porque, diferente do modelo *per curiam*, cada juiz decide como se estivesse sozinho, seguindo seu método individual e suas próprias razões de decidir⁹⁶.

Conrado Hübner Mendes utiliza a expressão colcha de retalhos para caracterizar o modelo⁹⁷, uma vez que forma uma série de decisões individuais costuradas lado a lado, que não conversam entre si. Por vezes, os votos se mostram repetitivos em seus argumentos, produzindo um acórdão muito extenso e de difícil compreensão. Dessa forma, a multiplicidade de votos individuais, mesmo que coincidentes em relação à conclusão final, torna trabalhosa a identificação da maioria na fundamentação e permite interpretações conflitantes a respeito das razões de decidir que justificam a solução normativa adotada na decisão. A unidade da construção colegiada é comprometida pela diferença nos fundamentos e razões de decidir em cada voto apresentado, de maneira que o dispositivo apenas expresse a maioria quanto à solução do problema.

Como não há objetivo compartilhado ou esforço para a elaboração de opinião institucional, mas sim uma série de decisões individuais, cada qual com a sua *ratio decidendi*, é difícil definir “o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode

⁹³ MENDES, 2012.

⁹⁴ Para Conrado Hübner Mendes, as múltiplas vozes da decisão *seriatim* deliberativa conversam entre si, pois “em vez de uma colcha de retalhos esgarçada, as opiniões individuais são costuradas de maneira mais explícita. Argumentos mútuos são enfrentados, objeções são respondidas e posições são assumidas”. MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa. Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 14.

⁹⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional/From Supreme Solipsism to Rational Deliberation*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 50, 2017.

⁹⁶ KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37. October, 2013, p. 10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

⁹⁷ MENDES, 2012.

ser realizada pela extração do ‘mínimo comum’ entre os distintos argumentos individuais”⁹⁸. Desse modo, a identificação do precedente definido pela maioria depende do exame da fundamentação de todos os votos, em procedimento de interpretação e reinterpretação das múltiplas opiniões, a fim de determinar eventual entendimento comum⁹⁹. Essa característica de somatória dos votos abre margem para menos clareza na formação de precedentes, comparativamente à voz única do modelo *per curiam*, que produz precedentes facilmente identificáveis.

Uma característica da decisão seriada é sua adequação com os modelos de deliberação aberta ou pública. A apresentação do resultado final em formato de pronunciamento público se adequa ao modelo, pois é realizada por meio da exposição em série dos votos individuais pelos juízes do órgão colegiado, cada qual com suas razões de decidir próprias¹⁰⁰. Essa abertura a uma audiência externa estimula a personalização dos membros da Corte, já reforçada pelo modelo *seriatim* de opiniões individuais, tendo em vista que estes devem pronunciar seus argumentos publicamente.

Nesse cenário, os membros da Corte encontram-se em evidência, ampliando a deliberação externa e enfraquecendo a deliberação interna. A instituição fica à sombra dos juízes que “tendem a se tornar personalidades públicas, a ser percebidos pelo que pensam individualmente, não pelo que são capazes de produzir em conjunto quando interagem num foro colegiado”¹⁰¹.

Por sua vez, o modelo de opinião majoritária representa compromisso entre os dois modelos: assim como no rito da decisão *seriatim*, adota a agregação de votos individuais e, assim como na decisão *per curiam*, busca o consenso na construção das razões de decidir¹⁰². Após a exposição dos votos, há votação e formação de maioria, dando seguimento à deliberação entre os membros para fixar os fundamentos e o dispositivo que sustentam o entendimento institucional da Corte. Apesar de almejar a formação de maioria, esse modelo decisório inclui também os entendimentos minoritários, cujos votos compõem o acórdão com a decisão¹⁰³.

⁹⁸ VALE, *op. cit.*, p. 115.

⁹⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 451.

¹⁰⁰ VALE, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰¹ MENDES, 2012, p. 13-14.

¹⁰² KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37. October, 2013, p. 14-17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

¹⁰³ PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

A título de exemplo, os juízes podem formar maioria quanto ao resultado, mas divergências quanto à fundamentação, ou divergências quanto a ambos, emergindo opiniões dissidentes. Garante-se, então, que cada juiz decida e pronuncie suas razões de decidir individualmente, assinando suas opiniões. Por isso, a prática majoritária fornece um conjunto de razões mais abrangente do que na decisão *per curiam*, mas dotada de maior institucionalidade se comparada a uma decisão *seriatim*. Isso, considerando que a existência de razões de decidir conjuntas da Corte, definidas por consenso da maioria, facilita a clareza de fundamentos em torno de determinada decisão e contribui para o desenvolvimento de uma voz institucional do órgão colegiado¹⁰⁴. Verifica-se no modelo, também, a votação – visto que os juízes expõem suas discordâncias, devendo compor maioria para decidir em torno de um caso e posteriormente persuadir os demais membros em torno de um entendimento comum para firmar o dispositivo final. Nesse caso, o método agregativo atua de maneira complementar à deliberação, formando uma maioria quando restar desacordo razoável quanto à determinada questão.

Conforme apresentado, a decisão *per curiam* demonstra-se antagônica à decisão *seriatim*, ao passo que a opinião majoritária mostrou-se como meio termo, conciliando as características de ambas. Apesar das críticas apresentadas em relação à qualidade da deliberação nos modelos de escrita de decisão, a adoção de um ou outro modelo não é em si mesmo problemática. Isso porque cada um apresenta vantagens e desvantagens em suas particularidades, como pormenorizado neste tópico. Vale ressaltar que cada uma das formatações possíveis de decisão são referências paradigmáticas, isto é, pontos de partida na análise das Cortes Constitucionais no caso concreto. Como afirma Conrado Hübner Mendes, o “formato de decisões escritas reais, por certo, poderá ocupar algum ponto intermediário do contínuo entre os tipos puros *per curiam* e *seriatim*, assim como o estilo argumentativo poderá combinar ingredientes mais próximos ou distantes do ideal deliberativo”¹⁰⁵. Comparativamente, nas decisões de diferentes órgãos colegiados, são adotados elementos desses modelos tanto combinados entre si, quanto em sua forma pura, tal qual o tribunal constitucional brasileiro¹⁰⁶.

¹⁰⁴ KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37. October, 2013, p. 14-17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

¹⁰⁵ MENDES, 2012, p. 15.

¹⁰⁶ “Como antes discutido, o modelo de escrita de votos adotado pelo Supremo é o *seriatim*, que é, por essência, agregativo, dando relevância à apresentação das opiniões individuais de cada ministro. (...) No caso brasileiro, o modelo é levado aos seus extremos, pois o texto final do acórdão é uma soma de todos os passos da sessão plenária”. In: BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à*

II.4. Argumentos contrários e favoráveis à publicação de votos dissidentes

Conforme exposto, os votos dissidentes são parte central dos modelos *seriatim* e opinião majoritária, podendo compor, inclusive, a decisão *per curiam*. Para delinear tais modelos, cumpre definir os entendimentos contrários e favoráveis ao mecanismo.

São muitos os argumentos contrários à publicidade da opinião dissidente nos diferentes modelos de apresentação da decisão. Sob o pressuposto de que os órgãos colegiados devem sempre se pronunciar com uma só voz, de modo uníssono, a publicação de opiniões dissidentes poderia, em tese, enfraquecer a posição institucional da Corte, trazendo insegurança jurídica na formação de jurisprudência. Aponta-se que, com a abertura dos votos dissidentes para o público e sendo as posições individuais de amplo conhecimento, os integrantes da Corte tornam-se alvo de pressão externa, especialmente de forças políticas.

Sustenta-se, ainda, que a prática teria o risco de intensificar cisões políticas entre os membros da Corte, favorecendo técnicas agregativas próprias de parlamentos entre os magistrados “tanto no sentido de obstaculizar a formação de maiorias e obstruir julgamentos, como no de obter vantagens apenas pessoais com o fato da publicação de seu voto particular, ao invés de se empenhar na busca de uma solução compromissória com os demais colegas”¹⁰⁷. O resultado disso seria a criação de um ambiente favorável à animosidade e ao enfrentamento entre juízes. Além disso, o costume de publicar muitos votos individuais dissidentes teria o ônus de aumentar vertiginosamente a demanda de trabalho de juízes e auxiliares, com risco de sobrecarga e de dano à produtividade e à qualidade das decisões elaboradas¹⁰⁸.

Não se pode ignorar, entretanto, o valor democrático da publicação de opiniões dissidentes, seja no modelo *seriatim*, *per curiam* ou de opinião majoritária. A publicidade da contraposição de ideias, e não apenas de um consenso unânime, pode demonstrar o desacordo inerente ao processo decisório que assegura a pluralidade de ideias e a liberdade de expressão – assim como “permitir à opinião pública entender que as decisões judiciais são o resultado da interação deliberativa entre os juízes, o que aumenta sua legitimidade democrática”¹⁰⁹. Com isso, argumenta-se que a exposição das discordâncias entre os membros do órgão colegiado, ao invés de enfraquecer a institucionalidade do grupo, fortalece a autoridade do tribunal, que estaria vinculada à transparência do processo decisório na realidade fática da

Deliberação Racional/From Supreme Solipsism to Rational Deliberation. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 50, 2017, p. 172.

¹⁰⁷ VALE, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 117.

resolução de temas complexos, e não a uma unanimidade no posicionamento entre membros. Sob essa argumentação, a Corte deveria “deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas na *rationes decidendi* dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegiado”¹¹⁰.

Ademais, outro fator positivo dos votos dissidentes seria que a contraposição dialética entre argumentos resultaria em uma argumentação mais detalhada e multifacetada. Isso teoricamente enriqueceria a qualidade das motivações apresentadas para a sustentação da tese – de modo que esta não seria obtida apenas da leitura dos votos, mas a partir do contraponto entre opiniões majoritárias e minoritárias¹¹¹. Enseja, portanto, a pluralidade de visões na leitura da Constituição, fundamental para a garantia do princípio democrático.

A publicação de votos dissidentes também poderia contribuir para influenciar a futura mudança de entendimento jurisprudencial, provocando o debate acerca das razões de decidir na comunidade jurídica que pode amparar uma nova posição institucional sobre determinada questão. A consequência seria uma jurisprudência mais dinâmica e evolutiva, vantajosa na busca de um diálogo permanente por novas rodadas procedimentais¹¹².

As dissidências possuem função motriz no transcurso da deliberação interna, especialmente nos modelos *per curiam* e opinião majoritária, visto que impõem ao órgão colegiado a responsabilidade de rever seus posicionamentos iniciais, com o objetivo de refiná-los antes de emitir a decisão final. Esse estímulo à deliberação entre juízes pode resultar, inclusive, no câmbio de votos e na mudança da decisão inicial de um julgado¹¹³.

A publicidade dos votos dissidentes possui, então, atribuição positiva para a qualidade da decisão, levando em consideração a importância da pluralidade de opiniões para a democracia constitucional. Ora, não necessariamente a voz uníssona é imprescindível – tendo em vista os argumentos apresentados em favor dos votos dissidentes – mas não se pode abrir mão de uma voz clara e coerente da Corte na formação de precedentes, conforme será

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 357.

¹¹¹ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

¹¹² MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <doi:10.11606/T.8.2008.tde-05122008-1>.

¹¹³ “On the utility of dissenting opinions, I will mention first their in-house impact. My experience teaches that there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation. (...) Sometimes a dissent is written, then buried by its author. (...) He would suppress his dissent if the majority made ameliorating alterations or, even when he gained no accommodations, if he thought the Court’s opinion was of limited application and unlikely to cause real harm in future cases. On occasion – not more than four times per term I would estimate – a dissent will be so persuasive that it attracts the votes necessary to become the opinion of the Court”. In: GINSBURG, Ruth Bader. *The role of dissenting opinions*. In: Minnesota Law Review, vol. 95, 2010-2011, pp. 3-4.

desenvolvido no capítulo a seguir. Deve-se ressaltar, entretanto, o uso impróprio e abusivo da publicização de dissidências¹¹⁴, como a personalização dos interesses institucionais da Corte.

Nesse cenário, o modelo de opinião majoritária mostra-se como o mais favorável para a publicização de votos divergentes sem comprometer a unicidade de sua voz institucional, já que não restam dúvidas sobre qual a posição que adota. No modelo, a busca pelo consenso mínimo durante sua fase decisional traduz-se na publicação de uma decisão institucional, que representa a maioria, apesar de garantir a expressão da posição minoritária da Corte. Ao publicar, por regra, os votos dissidentes agregados à decisão da Corte, o modelo contribui para a pluralidade democrática na fundamentação da decisão, para a transparência do processo decisório e para a qualidade da decisão.

Por se caracterizar como um meio-termo entre os modelos *seriatim* e *per curiam*, a elaboração de uma decisão majoritária assume como pressuposto que dificilmente será possível alcançar o consenso absoluto. Nesse cenário, findadas as tentativas de consenso, e alcançado o mínimo dissenso, a votação contribui para a tomada de decisão. Waldron¹¹⁵ propõe a conciliação entre votação e deliberação, sendo o princípio da regra de maioria a base democrática fundamental para a resolução de desacordos sobre os méritos de uma questão entre membros de um tribunal. Sob essa lógica, o voto seria a culminação natural de um processo deliberativo que visa tomar uma decisão institucional. A partir da análise realizada, nota-se que o modelo de opinião majoritária é, idealmente, a formatação decisória com maior potencial deliberativo.

¹¹⁴ “The idea that we shall pursue here is that the U.S. Supreme Court may have gone too far in encouraging members of the Court to engage in public conflict, and that some simple reforms may have the effect of reducing the expression of political differences in published opinions. We are not suggesting that the Court should adopt formal rules in order to suppress the publication of multiple opinions, or even that individual Justices feel obliged to adopt restrained postures toward those with whom they disagree. The public expression of diverse legal views about controversial issues has a direct value in a constitutional democracy. However, there seems to be a genuine conflict between the pursuit of this value and the development of a shared or common view of what the Constitution requires”. In: FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. Texas Law Review, vol. 82, 2004, p. 1673.

¹¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*. In: KOH, Harold; SLYE, Ronald (org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa, pp. 249-268, 2004.

III. O modelo do Supremo Tribunal Federal

III.1. O modelo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal

Diante da análise proposta, é oportuno examinar o modelo decisório do Supremo Tribunal Federal para a melhor compreensão das ideias expostas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, fixa que o STF possui competência originária, isto é, de julgar ações constitucionais que podem ser ajuizadas diretamente na Corte Constitucional e competência recursal, sendo a última instância judicial. Suas atribuições não se resumem ao exercício do controle de constitucionalidade, mas também abrangem competências de julgamento em matéria penal, extradições e conflitos federativos, por exemplo. Assim, compete ao STF a fiscalização e o controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, seja por meio do controle concentrado ou abstrato, seja pela via do controle concreto ou difuso¹¹⁶.

Ao exercer a prerrogativa de interpretação da Constituição, o STF, ao tempo que dita os paradigmas que modulam as relações na arena decisória, participa dessa interação, formatando e reconfigurando suas próprias competências¹¹⁷. Por isso, a Corte, simultaneamente, estrutura o *status quo* e é ator dentro deste cenário institucional.

O procedimento decisório do STF dá-se da seguinte forma: a fase pré-decisional refere-se ao período entre o início do litígio e o fim das interações (escritas ou orais) entre as partes, demais interessados e a Corte. Por conseguinte, estende-se desde o ajuizamento de determinada ação até o encerramento das sustentações orais, após a leitura do relatório pelo ministro-relator em sessão.

Logo em seguida, há a sessão deliberativa pública, iniciando a fase decisional, marcada pela sucessão ordenada dos pronunciamentos orais individuais de cada magistrado¹¹⁸. A votação segue a ordem “prescrita pelo art. 135 do Regimento Interno: em primeiro lugar, o ministro-relator; em seguida, os demais ministros, na ordem inversa de antiguidade (ou seja: os ministros há mais tempo no tribunal votam por último)”¹¹⁹. Vale destacar que não há uma deliberação prévia à sessão de julgamento entre os Ministros, pois,

¹¹⁶ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

¹¹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político/the supreme individuals: how brazilian supreme court justices can directly influence the political process*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 46, 2015, p. 124.

¹¹⁸ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

¹¹⁹ BENVINDO, J.; RÜBINGER-BETTI, G., *op. cit.*, p. 163

encerrada a instrução processual, cada membro do órgão colegiado elabora sua decisão de maneira individual. Outrossim, todos os votos são escritos individualmente e apresentados somente na sessão, de modo que, onze votos podem ser produzidos mesmo que haja consenso entre os ministros. A tradição *seriatim* e a transmissão televisiva das sessões de julgamento aumentam a pressão da opinião pública¹²⁰ e incentivam a personalização dos membros da Corte, de modo que estes podem se sentir compelidos a apresentar sua própria decisão e fundamentação ao caso. Há pouca interação entre os Ministros ao longo do julgamento e pouca margem para convencimento e acomodação de entendimentos entre eles.

Encerrada a sessão após a votação, dando fim à fase decisional, o Presidente proclama o resultado. A redação do acórdão abre a fase pós-decisional, e deve conter a transcrição do áudio do julgamento (que reúne o relatório, a discussão, os votos fundamentados e as perguntas feitas aos advogados e suas respostas) bem como a ementa, as conclusões e o extrato da ata¹²¹. O acórdão final é, portanto, o produto do somatório das manifestações individuais dos ministros, cada qual com sua *ratio decidendi* – sendo exemplo do modelo de decisão *seriatim*.

De acordo com o artigo 98 do RI STF¹²², o acórdão será redigido pelo autor do primeiro voto “vencedor”, ou seja, pelo “ministro-relator, caso sua posição tenha sido vencedora no julgamento, ou pelo ministro que proferiu primeiro o voto da corrente majoritária, caso o relator reste vencido”¹²³. Pode-se observar, portanto, que se trata do processo decisório agregativo, com votos “vencedores” e “perdedores”.

Quanto à formação do quórum no julgamento de ações diretas, o Supremo Tribunal Federal observa o art. 97 da Constituição Federal de 1988¹²⁴ na medida em que a inconstitucionalidade de uma norma só pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros da Corte. Mais especificamente, a Corte adota a regra de maioria decisória simples (RMDS) consolidada no art. 173 do RI STF¹²⁵, a qual fixa que na análise de

¹²⁰ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

¹²¹ Conforme os artigos 93, 95, 96 e 97 do Regimento Interno do STF.

¹²² Art. 98. O acórdão de julgamento em sessão secreta será lavrado pelo autor do primeiro voto vencedor, que não se mencionará, e conterà, de forma sucinta, a exposição da controvérsia, a fundamentação adotada e o dispositivo, bem como o enunciado da conclusão de voto divergente se houver. Parágrafo único. O acórdão será assinado pelo Presidente, que lhe rubricará todas as folhas, e pelos Ministros que houverem participado do julgamento, na ordem decrescente de antiguidade.

¹²³ BENVINDO, J.; RÜBINGER-BETTI, G., *op. cit.*, p. 163

¹²⁴ Regimento Interno STF: Art. 97. 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.

¹²⁵ Regimento Interno STF: Art. 173. Efetuado o julgamento, com o quórum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros. Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária

constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma seja levada em consideração apenas a conclusão, e não a fundamentação. Com isso, no julgamento das ações diretas, os fundamentos apresentados pelos ministros não têm relevância para a formação da maioria decisória¹²⁶.

Na fase decisional, há a preferência por longos discursos retóricos na leitura dos votos, sem pretensão de mudança em torno de trocas deliberativas internas. Por conseguinte, a decisão escrita é um apanhado dos votos individuais que dialogam pouco entre si e que, por vezes, resulta em um acórdão sem a identidade institucional da Corte. As opiniões produzem vozes dissonantes e que raramente possuem a intenção de convergir em torno de um compromisso, uma vez que “os votos já são levados prontos para a sessão de julgamento, de modo que a sessão colegiada se resume a mera leitura dos entendimentos individuais”¹²⁷. Mesmo que o resultado seja unânime, é comum que os fundamentos e razões de decidir sejam distintos ou mesmo contraditórios entre si, estando ausente uma linearidade argumentativa¹²⁸.

Como já exposto pelo tópico 3.3., a ausência de interação colegiada institucionalizada na fase decisória enfraquece a deliberação interna, interferindo na qualidade da performance deliberativa e dificultando o cumprimento das demandas de legitimidade da Corte¹²⁹. Nesse contexto, o modelo decisório adotado pelo STF enquadra-se nesse perfil, ou seja, no modelo de decisão *seriatim* não deliberativa.

Apesar das inúmeras reservas em relação ao modelo *seriatim*, cumpre ressaltar a importância do voto divergente na tradição institucional do STF. Mesmo que se aprimore a performance deliberativa, com vistas ao consenso entre Ministros, a permanência do voto divergente é fundamental para assegurar uma pluralidade de pontos de vista, essencial para a garantia do princípio democrático, assim como é prenúncio de uma eventual mudança de entendimento jurisprudencial, tendo em vista o raciocínio exposto no tópico 3.4. No entanto, para Conrado Hübner Mendes, a dinâmica da escrita individual dos votos, típica do modelo

à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou 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 quórum

¹²⁶ LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal/Scattered Arguments in Federal Supreme Court*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016.

¹²⁷ PANUTTO, *op. cit.*, p. 215.

¹²⁸ “O mesmo ocorre nos casos mais simples, em que há leitura do voto do relator e mero acompanhamento pelos demais membros do colegiado, sem deliberação sobre o tema. Este julgamento cria um precedente extremamente fraco, podendo provocar futuro julgamento de caso correlato, sob outro fundamento e com outro direcionamento, pois não há identificação da Corte com o precedente anterior, dada a ausência de deliberação institucional sobre o assunto”. In: PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, 2017, p. 209.

¹²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 3, 2013

seriatim não-deliberativo, “impede, por exemplo, que surjam ‘votos dissidentes’ genuínos, ou seja, que conversem com os votos majoritários por meio de argumentos e contra-argumentos”¹³⁰.

O modelo de deliberação aberta ou pública corresponde à tradição dos tribunais brasileiros, o qual é adotado pelo Supremo Tribunal Federal desde a sua criação em 1890¹³¹. Assim, a deliberação externa é acentuada em todas as fases do processo decisório do STF, a exemplo da participação de *amicus curiae* e da sociedade civil em audiências públicas¹³² na fase pré-decisional, da publicização da sessão de julgamento na fase decisional, ou do diálogo com a opinião pública na fase pós-decisional. Como já sustentado no tópico 3.2. desta monografia, a deliberação externa é característica corrente nas fases pré e pós decisional, ao passo que a fase decisional é marcada pela deliberação interna, de maneira que cabe analisar especificamente a influência externa durante a interação entre membros do órgão colegiado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX¹³³, fixa que todas as sessões de julgamento sejam abertas ao público em geral – de forma que deve ser permitido o acesso a qualquer cidadão interessado ao local de julgamento. Esse cenário possui consequências positivas, como a transparência dos julgamentos e a democratização do acesso a debates públicos importantes para todos os segmentos sociais, aproximando a instituição da sociedade.

Essa previsão é exercida pelo STF de modo extremado, uma vez que as sessões são “televisadas, ao vivo, e transmitidas, via satélite”¹³⁴, por meio da TV Justiça, criada no ano de 2002, e da Rádio Justiça, criada em 2004. Por isso, a ampla publicidade é atributo particular do processo decisório da Corte brasileira¹³⁵, fato que é acentuado especialmente

¹³⁰ MENDES, 2012, p. 71.

¹³¹ VALE, *op. cit.*, p. 228

¹³² A institucionalização de mecanismos de abertura à participação de entidades da sociedade civil, permitindo que uma maior pluralidade de visões sejam consideradas na deliberação da Corte. Assim: “O instituto do *amicus curiae*, por exemplo, permite que diversos órgãos e entidades sociais possam levar à Corte seus próprios argumentos sobre as questões discutidas nos processos de controle de constitucionalidade das normas. (...). O Tribunal também pode realizar audiências públicas para escutar e absorver os argumentos de especialistas (cientistas, professores, peritos, autoridades públicas etc.) sobre matérias específicas que estejam sendo objeto de controvérsia para a solução dos casos em julgamento”. In: VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 236-237.

¹³³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹³⁴ MELLO, *op. cit.*, p. 454.

¹³⁵ “A Constituição de 1988 fez uma declaração eloquente em favor da publicidade dos julgamentos, determinando sua observância por todos os juízes e tribunais do país, e proibiu a realização de sessões secretas, o que serviu de motivo suficiente para que um dos Ministros da Corte, que assumira o cargo no ano de 1989, se

pelo advento de novas tecnologias no âmbito da deliberação pública – a exemplo da veiculação instantânea das decisões por meio das redes sociais, que são em si palco para o debate público¹³⁶. Por conseguinte, os interlocutores dos juízes passam a ser a potencial audiência que os acompanha, e não somente os demais membros do órgão colegiado.

Esse modelo aberto de deliberação tem o condão de criar uma imagem pública dos juízes como entes individuais e interferir no seu processo de *decision-making* – de modo que estejam menos propensos a deliberar entre si e mais preocupados com a repercussão externa de seus votos. Conforme Patrícia Perrone: “o televisionamento permitiu o acompanhamento quase que simultâneo de tudo quanto se passa nas sessões plenárias do Supremo e gerou uma espécie de espetacularização dos seus julgamentos”¹³⁷, uma vez que a imprensa transmite, avalia e critica em tempo real a discussão entre os Ministros da Corte.

Conforme o cenário apresentado, é válido responder a pergunta: o STF cumpre o ideal de uma Corte deliberativa? Para tanto, como exposto no tópico 3.2., o órgão colegiado precisaria buscar o objetivo correspondente a cada uma de suas fases: (i) provocar a contestação pública na fase pré-decisional; (ii) promover a interação colegiada entre juízes na fase decisional; e (iii) redigir decisões escritas deliberativas na fase pós-decisional¹³⁸.

Quanto ao objetivo correspondente à fase pré-decisional, a adoção de mecanismos de participação de entidades da sociedade civil, como o *amicus curiae* e a possibilidade de convocar audiências públicas, possuem ainda um papel modesto nas fases decisional e pós-decisional¹³⁹. Na prática, esses instrumentos processuais têm potencial de influenciar ainda mais as decisões construídas pelos Ministros, haja vista a inegável relevância da manifestação oficial de diferentes atores sociais quanto a questões constitucionais. Assim, a fase pré-decisional do STF cumpre em parte a função de amplificar o escopo de argumentos, com potencial para maximizar ainda mais a participação de interlocutores¹⁴⁰.

recusasse terminantemente a participar de deliberações sobre o mérito de processos nas sessões administrativas do Tribunal, as quais deveriam, segundo sua convicção, ser restritas à resolução dos temas da gestão interna da Corte. A carência de legitimidade das deliberações que resultava da recusa de participação de um dos Ministros causou a paulatina diminuição das chamadas sessões de “Conselho” e logo culminou no término da prática, nos primeiros anos da década de 1990. A partir de então, as deliberações entre os Ministros passaram a ser realizadas apenas no ambiente público das Sessões Plenárias, tornando ainda mais puro o modelo de ampla publicidade dos julgamentos”. In: VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 229.

¹³⁶ O debate acerca do uso das redes sociais pelas Cortes Supremas e sobre a deliberação externa via mídias digitais resulta em uma análise complexa, que não é o objetivo dessa monografia.

¹³⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 2009, p. 454.

¹³⁸ MENDES, 2012, p. 68.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Por uma questão de recorte metodológico, esta monografia não pretende se aprofundar quanto ao tema do potencial deliberativo dos mecanismos de *amicus curiae* e de audiências públicas, matéria que é objeto de

Já em relação ao objetivo de fomentar a interação colegiada na fase decisional, vê-se que o desenho do processo decisório do STF é obstáculo para a efetivação desse intento, vide a adesão ao modelo *seriatim* de decisão. Sob o aspecto da qualidade da performance deliberativa entre os seus membros durante a sessão de julgamento, a Corte revela-se pouco unificada e individualista¹⁴¹.

Por sua vez, tratando-se do momento pós-decisional, as decisões do STF estão distantes do ideal de uma decisão escrita deliberativa, visto que há apenas a somatória de votos que pouco conversam entre si, constituindo vozes dissonantes e individuais. No caso do STF, por vezes o acórdão torna-se uma colcha de retalhos, costurando razões de decidir distintas sem um consenso colegiado. Assim, a deliberação encontra-se enfraquecida especialmente no momento da construção da decisão em plenário e da formulação do acórdão com o resultado final, ou seja, nas fases decisional e pós-decisional.

III.2. Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ

A fim de contextualizar essa proposição em uma moldura fática concreta, esse tópico irá apresentar um estudo de caso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ, que versou sobre a constitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro que proíbe a exploração e a utilização de amianto. Trata-se de julgado emblemático pela complexidade de suas nuances argumentativas, cujo extenso acórdão apresenta múltiplas interpretações possíveis. Por tais motivos, mostra-se como um objeto de análise pertinente para avaliar a performance deliberativa da Corte, o que justifica a escolha por examinar o caso na presente monografia.

Cabe salientar que a investigação realizada no estudo de caso não pretende englobar, de modo generalizado, todos os julgados do Supremo Tribunal Federal, visto que se trata de uma análise exemplificativa, e não de um exame empírico de todo o conjunto decisório da Corte. Ao contrário, busca exemplificar os conceitos e definições apresentados nesta monografia, a fim de indicar, a partir do estudo de caso, como ocorre a dispersão de fundamentos no STF e como essa prejudica a determinação da voz institucional da Corte.

análise específica nos artigos: *GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. Revista Direito e Práxis, v. 11, p. 236-271, 2020;* e *GODOY, Miguel Gualano. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve (ria) importar?. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015.*

¹⁴¹ “Therefore, just as there is no real (oral) deliberation, there is no dialogue, no exchange of arguments among the written opinions. In other words, in a 6 to 5 decision, the written opinions of the five justices who do not share the opinion of the majority are not dissenting opinions, at least not in the sense that this term is used in the debate on judicial decision-making. They are mere defeated opinions.” In: *SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 3, 2013, p. 36-37.*

Devido ao recorte metodológico, serão apresentados, somente, os dois principais pontos de controvérsia da decisão, o primeiro em relação à competência concorrente entre a União e os estados da federação, e o segundo quanto à abstrativização do controle difuso. Devido a complexidade do mérito da questão, serão expostas somente as principais argumentações do caso que sejam relevantes para a análise em pauta. Por isso, uma investigação quanto ao mérito da questão não é relevante para a identificação dos argumentos apresentados, mas sim a análise de como tais argumentos foram aplicados ao longo do julgamento e de como estão narrados no acórdão. A averiguação do processo decisório da Corte, considerando a linha de raciocínio que permeia uma decisão, é essencial para o estudo aqui proposto.

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ, a qual foi apensada à ADI nº 3.406, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade das leis estaduais que proibiam a exploração e a utilização do amianto crisotila¹⁴².

A requerente da ADI nº 3.470, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI, pediu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, que regula a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham amianto na unidade da federação. A entidade sindical sustentou a inconstitucionalidade material do normativo estadual, pois a vedação do trato comercial, industrial e extrativo do amianto violaria os princípios constitucionais da proporcionalidade, do valor social do trabalho, da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade¹⁴³. Alegou, também, a inconstitucionalidade formal do dispositivo por invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, direito comercial e recursos minerais¹⁴⁴, assim como por versar sobre matéria de competência legislativa concorrente já disciplinada pela Lei Federal nº 9.055/1995.

Ao acórdão estão anexados os votos da relatora, Ministra Rosa Weber, dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, e da Ministra Cármen Lúcia. Em seu voto, a

¹⁴² Vale ressaltar que a constitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, que regulamentava a exploração e o uso do amianto da variedade crisotila no Brasil, foi questionada anteriormente pela ADI nº 4.066. Entretanto, não houve quórum para a declaração de inconstitucionalidade da lei, uma vez que não foi atingido o número mínimo de seis votos (maioria absoluta) previsto no art. 93 da Constituição Federal, conforme: ANPT. *STF: Resultado do julgamento da ADI 4066, de autoria da ANPT e da Anamatra, aponta para o fim do amianto no Brasil*. Notícias, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3169-stf-resultado-do-julgamento-da-adi-4066-de-autoria-da-anpt-e-da-anamatra-aponta-para-o-fim-do-amianto-no-brasil>>. Acesso em 21 abr 2022.

¹⁴³ Princípios assegurados pelos arts. 1º, IV, 5º, caput, II, XXII e LIV, e 170, caput, II, IV e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

¹⁴⁴ Princípios assegurados pelos arts. 1º, 22, I e XII, 24 e 25, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Ministra-relatora reputou a inexistência de inconstitucionalidade formal ou material da lei estadual impugnada, julgando improcedente ambas as ações. Para chegar em tal conclusão, justifica a constitucionalidade material do normativo com base nos estudos trazidos em audiência pública no âmbito da ADI nº 3.937, materiais trazidos pelos *amici curiae*, dados da Organização Mundial da Saúde e o disposto na Portaria nº 1.399 do Ministério da Saúde. Destaca que o papel da Corte seria decidir o caso tomando como premissa empírica o conhecimento científico estabelecido, sem dispor acerca dos níveis de nocividade da exposição ao amianto, o que está na seara de investigação técnico-científica. Diante dos fatos expostos, conclui, para além de qualquer dúvida razoável, que a exposição ao amianto pode resultar na manifestação de doenças graves.

Quanto à constitucionalidade formal, em resumo, defende o conceito de federalismo de equilíbrio, cooperativo, fixando que algumas matérias possuem competência concorrente limitada, conforme interpretação do art. 24 da Constituição Federal. Afirma que, no modelo federativo brasileiro, compete à União estabelecer normas gerais para disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto, ao passo que compete aos estados da federação suprimir eventuais lacunas, definir normas destinadas a complementar a norma geral e a atender suas peculiaridades locais. Diante do exposto, a Ministra avalia que a legislação não viola o art. 24 da Constituição Federal, já que não restou demonstrada invasão de competência da União, não havendo qualquer contraposição ou inauguração legislativa em relação às normas gerais previstas na Lei Federal nº 9.055/1955.

Em seu entendimento, a maximização da proteção não poderia ser considerada uma violação ao caráter suplementar da legislação estadual, somente sua minimização, já que a norma geral é a diretriz norteadora e não um obstáculo. A Ministra reconhece que havia na legislação vício de iniciativa, mas aduz já exauridos os efeitos em relação aos dispositivos, não estando mais sujeitos ao controle de constitucionalidade abstrato. Por fim, declara incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/95, o qual permitia a extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto crisotila.

Em relação aos fundamentos que amparam a afirmação da constitucionalidade material da lei estadual, diverge apenas o Ministro Marco Aurélio, considerando a utilização e exploração do amianto como uma escolha regulatória, ressaltando o potencial econômico do produto e defendendo a minimização dos riscos em lugar da proibição. Vencido, o Ministro concluiu pela procedência dos pedidos para declarar inconstitucionais as leis estaduais atacadas.

Por sua vez, quanto aos argumentos que embasam o voto da Ministra-relatora no sentido da constitucionalidade formal da lei, são muitas as dissidências entre os Ministros. O Ministro Dias Toffoli apresentou voto-vogal discordando da interpretação da relatora em relação ao art. 24 da Constituição Federal. Fixa que “o estabelecimento de diretrizes nacionais cabe à norma geral, restando aos estados-membros editar normas particularizantes para aplicá-las em seus respectivos âmbitos políticos”¹⁴⁵, de maneira que “a competência federal para editar normas gerais não permite que o ente central esgote toda a disciplina normativa, sem deixar competência substancial para o estado-membro”¹⁴⁶. Por isso, concorda com a tese do federalismo cooperativo, embora afirme que a legislação estadual não pode ser contrária à norma geral federal, a fim de garantir um mínimo de unidade normativa nacional. Posto isso, sustenta que o texto constitucional estabeleceu a competência concorrente não cumulativa, de maneira que “não se trata de analisar qual legislação é mais protetiva, mas quem tem competência legislativa para tanto”¹⁴⁷. Caso se privilegie a norma mais protetiva e não a competência legislativa, haverá o esvaziamento da norma geral federal e, no caso presente, a lei estadual não é suplementar, mas, sim, contrária à Lei Federal nº 9.055/1995, de modo que há inconstitucionalidade.

Por outro lado, o Ministro entende que o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da mudança de entendimento dos riscos da utilização do amianto crisotila, de forma que não é mais compatível com a Constituição de 1988. Nesse sentido, concorda com a Ministra-relatora quanto à declaração incidental de inconstitucionalidade da referida lei federal. A partir do vácuo normativo decorrente da invalidade da norma geral federal, entende que os estados-membros passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88. Com esse fundamento, afirma a ausência superveniente de contrariedade da lei estadual frente à federal, inexistindo vício de inconstitucionalidade. Desse modo, o Ministro julga improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995.

A Ministra Cármen Lúcia alinha-se com o posicionamento do voto do Ministro Joaquim Barbosa para a ADI nº 3.356 de que não se aplica ao caso das leis sobre amianto a distinção entre lei geral e lei específica, pois “em matéria de defesa da saúde, matéria em

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.470-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2017, p. 95.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.470-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2017, p. 98.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.470-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2017, p. 100.

que os estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade”¹⁴⁸. Considerando o exposto, vota pela improcedência do pedido.

O Ministro Alexandre de Moraes, manifestando-se em relação ao tema da competência concorrente, sustenta que os preceitos da norma estadual apenas complementam a norma federal. A seu ver, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, é norma geral que já regulamenta a extração do amianto crisotila. Assim, caso persista a sua proibição pela inconstitucionalidade da legislação federal, não há espaço para os estados regulamentarem a matéria. Desse modo, diverge ao propor interpretação conforme da Lei Estadual nº 3.579/2001, proibindo a extração de amianto, excluída a proibição da variedade crisotila.

Em voto breve, o Ministro Edson Fachin entende que a declaração de inconstitucionalidade da lei federal opera uma preclusão consumativa da matéria, de maneira que é constitucional lei estadual proibitiva. Assim, acompanha a Ministra-relatora quanto à constitucionalidade da lei estadual impugnada. Por sua vez, o Ministro Luiz Fux defende que, no caso analisado, leis permissivas quanto à matéria são inconstitucionais, e leis proibitivas são constitucionais. Declara que acompanha integralmente o voto da Ministra-relatora “agora, baseado nos fundamentos que o plenário decidiu sobre a inconstitucionalidade da lei federal”¹⁴⁹. Já o Ministro Celso de Mello acompanha integralmente o voto da relatora e suas razões de decidir, aderindo “por igual” aos fundamentos que embasam seu voto no âmbito do julgamento da ADI 4.066/DF, quando entendeu pela inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995. O Ministro Gilmar Mendes se posiciona a favor da declaração de inconstitucionalidade progressiva, mas entende que já foi “voto vencido” quanto a essa posição.

Outro assunto debatido no caso concreto merece atenção: o entendimento acerca da mutação constitucional do art. 52, X¹⁵⁰, da Constituição Federal. Durante o julgamento, o Ministro Dias Toffoli questiona a aplicação da norma constitucional pela Corte, pois afirma não haver sentido em aguardar a deliberação do Parlamento para dar eficácia à decisão do STF. Para ele, o art. 52, X foi elaborado em um contexto de morosidade nas publicações das decisões, processo que no presente é célere, a exemplo da transmissão ao vivo pela TV

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.470-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2017, p. 187.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.470-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2017, p. 88.

¹⁵⁰ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Justiça. Em seguida, para solucionar o revés apontado pelo Ministro Dias Toffoli, o Ministro Gilmar Mendes sugere a modulação de efeitos em sede de controle incidental. Com a adoção de tal interpretação, a declaração incidental de inconstitucionalidade teria efeitos vinculantes e *erga omnes*, independentemente da competência privativa do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Caberia à Corte apenas informar o Senado da declaração de inconstitucionalidade, e não mais intimá-lo para dar cumprimento ao feito.

De modo a contextualizar a questão, evidencia-se que o tema já havia sido objeto de discussão em três casos anteriores: nos julgamentos do RE 197.917 (em 2004) do HC 82.959 (em 2006) e da Rcl 4.335 (em 2014). Portanto, o debate sobre a abstrativização do controle difuso foi discutido por anos no STF, e em todos os casos não foi endossada a mutação do art. 52, X da Constituição Federal¹⁵¹.

O entendimento foi arguido ao longo da discussão e debatido posteriormente, ao final da sessão plenária, com considerações favoráveis por parte do Ministro Luiz Fux e da Ministra Cármen Lúcia e desfavoráveis por parte do Ministro Marco Aurélio. Entretanto, a deliberação observada sobre o tema é meramente superficial, sem que todos os Ministros declarem expressamente seus posicionamentos quanto ao mérito da mutação constitucional proposta, presumindo-se que os demais Ministros que se abstiveram de opinar assentiram com a conclusão e adotaram entendimento favorável à abstrativização do controle difuso. Por exemplo, não há menção a este entendimento no voto da Ministra-relatora Rosa Weber, além de essa não ter se manifestado sobre o tema após a questão ser suscitada em Plenário.

Ao final, o extrato da ata do acórdão declara que a ação foi julgada improcedente nos termos do voto da Ministra-relatora, divergindo o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela procedência parcial do pedido para dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, nota-se que diversos votos, apesar de acompanharem a relatora quanto ao dispositivo, fizeram ressalvas significativas em relação à fundamentação. Não fica claro qual das fundamentações sobre a competência concorrente entre União e estados da federação prevalece, pressupondo-se que a tese da Ministra-relatora é “vencedora”, já que consta no extrato da ata que a ação foi julgada “nos termos do voto da relatora”. Entretanto, vale ressaltar que é muito expressiva a hipótese contrária ao juízo da relatora de que

¹⁵¹ GODOY, Miguel Gualano de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto?* JOTA, Brasília, p. 1-4, 21 nov 2019.

prevalece a legislação mais protetiva em caso de competência concorrente, posição que é representada especialmente pelos votos dos Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes.

Como apenas a votação do dispositivo forma uma maioria, as discordâncias quanto à argumentação que foram expostas em Plenário não foram consideradas, de modo que é difícil extrair uma opinião institucional do acórdão. Por outro lado, a ementa, comumente utilizada para referenciar a posição da Corte em determinado julgado, nesse caso apenas reflete a posição da relatora que, ao compor a posição majoritária ou “vencedora”, é responsável por sua redação. Ou seja, a ementa não necessariamente contém a opinião majoritária da Corte em termos de uma fundamentação uníssona, já que não é possível identificar um consenso entre os membros quanto aos entendimentos levantados ao longo da discussão.

Observa-se que, com exceção dos Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, as conclusões que os Ministros alcançam são as mesmas quanto ao caso, apesar de as linhas de raciocínio que permeiam as justificações serem divergentes. Apresentados os contrapontos ao voto da Ministra-relatora, os membros do órgão colegiado não chegam a uma única conclusão em relação aos motivos que justificam a inconstitucionalidade da norma. Ao contrário, são identificadas múltiplas opiniões. Vale destacar que, apesar dos diálogos que permearam a sessão plenária entre um voto e outro, pouco se observou em termos de esforço coletivo para a formação da opinião majoritária do órgão colegiado. Os Ministros que apresentaram votos concorrentes ou divergentes empenharam-se menos em persuadir seus colegas em relação ao seu ponto de vista, e mais em declará-lo pormenorizadamente. Mesmo os Ministros que acompanharam o voto da relatora buscaram anexar seus votos ao acórdão, com suas ressalvas ou observações individuais, a exemplo dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello¹⁵².

A interação colegiada entre Ministros, no caso concreto, não provoca a busca pelo consenso mínimo, mas suscita a manifestação de opiniões individuais e dissonantes, de maneira que a tomada de decisão se dá por meio da agregação da parte dispositiva de cada voto, somatório que gera o acórdão como resultado.

Não é possível extrair do acórdão um consenso em relação à abstrativização do controle difuso, mesmo porque, conforme já assinalado, a ação foi declarada improcedente

¹⁵² Em casos de grande repercussão, é comum que a maioria dos Ministros juntem seus votos, mesmo que concordem, fazendo adições pontuais. Nesses casos, os votos que concordam com a parte dispositiva apontada pela posição majoritária da Corte, mas discordam parcial ou totalmente dos fundamentos apresentados, são denominados votos concorrentes. Essa definição se encontra em: PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

“nos termos do voto da relatora”, o qual não cita em nenhum momento a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. A exemplo disso, a ementa não cita a virada de entendimento do dispositivo constitucional, apesar de assinalar que a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95 possui efeito vinculante e *erga omnes*. Nota-se que as razões de decidir, na prática, são extraídas da leitura e da interpretação do somatório de votos individuais, uma vez que o extrato da ata dispõe somente sobre o resultado final da ação, e a ementa contempla, em geral, apenas os argumentos do voto do relator.

Há algum grau de deliberação nas interações entre os Ministros, vide as discussões durante a sessão de julgamento, entre um voto e outro. Entretanto, a deliberação verificada não visa ao consenso e ao convencimento entre as partes, e, sim, aferir o resultado da opinião majoritária quanto ao resultado da solução normativa a ser dada ao problema. Ou seja, a performance deliberativa dificilmente consegue que os Ministros sejam persuadidos pelos demais a mudar de posicionamento em relação à fundamentação de seus votos, mesmo que haja convergência em relação à parte dispositiva.

A extração das razões de decidir do acórdão como um todo, no caso analisado, mostra-se de difícil execução¹⁵³, ausente a identificação dos fundamentos determinantes por uma voz majoritária da Corte, a qual poderia estar presente tanto no extrato da ata, quanto na ementa. Aqui, não está se afirmando que essa tarefa é impossível de ser executada: admite-se que, em casos de menor complexidade, por vezes as razões de decidir da Corte são facilmente identificáveis. Todavia, cumpre frisar que o desenho institucional adotado pelo STF em seu modelo decisório deveria otimizar a deliberação entre os Ministros de modo a fomentar o consenso e amparar a formação de uma tese institucional durante todas as suas fases deliberativas. A dificuldade em se verificar com clareza o precedente por parte dos jurisdicionados, da comunidade jurídica e da própria sociedade gera confusão e controvérsia quanto às razões de decidir adotadas por um julgado – enfraquecendo a voz institucional do tribunal e a eficácia vinculante de suas decisões.

A aglutinação de fundamentos no acórdão, sem a definição de uma posição clara do Tribunal, traduz-se em uma falha do processo decisório adotado. Assinalar essa lacuna é essencial para aperfeiçoar a organização interna e as práticas deliberativas do Supremo

¹⁵³ Deve-se considerar, ainda, que o acórdão da ADI n.º 3.470 possui mais de duzentas páginas de extensão e nuances argumentativas profundas, fato que dificulta sua interpretação sem uma delimitação clara de suas razões de decidir.

Tribunal Federal, as quais influenciam diretamente a unidade institucional, a qualidade da argumentação e o potencial deliberativo da Corte.

III.3. Ratio decidendi

Tendo como ponto de partida as considerações realizadas no estudo de caso, esse tópico se propõe a expor as consequências do baixo desempenho deliberativo no sistema de precedentes. Pretende-se, para tanto, explicar a dificuldade de identificação das razões de decidir institucionais na interpretação dos julgados da Corte Constitucional brasileira. É necessário, primeiro, que se apresente o conceito de *ratio decidendi* e seu papel na consolidação de precedentes, para, em seguida, abordar como esses conceitos se aplicam ao modelo decisório do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a definição de Marinoni, a *ratio decidendi* corresponde ao “fundamento determinante da solução da questão de direito ou do sentido atribuído ao texto legal, os quais devem constituir um resultado exigido por um determinado caso ou recurso”¹⁵⁴. Essa definição será utilizada como parâmetro para o debate realizado neste tópico.

Para conceituar *ratio decidendi*, urge analisar (i) os fatos relevantes do caso concreto, ou seja, fatos aos quais se imputam consequências jurídicas, e que, por isso, interferem sobre a formulação da questão jurídica posta (ii) a questão jurídica, identificada à luz de tais fatos e (iii) os fundamentos invocados pela Corte para decidir¹⁵⁵. Assim, a *ratio decidendi* é a regra dada por um juiz ou Corte e delimitada pelos fatos do caso concreto e pelos fundamentos invocados para decidir, sendo esta suficiente para solucionar uma questão jurídica¹⁵⁶. Logo, não representa todas as argumentações construídas pelos juízes em seus votos, mas sim a linha argumentativa principal e majoritária considerada necessária à solução de um caso específico. Ao mesmo tempo, integram-na os fundamentos acolhidos pela maioria, de modo que também não representa um fundamento único com pretensão de ser a solução exata para determinada questão – sendo apenas o argumento suficiente e racionalmente aceitável¹⁵⁷ para sustentar uma decisão.

¹⁵⁴ MARINONI, 2017, p. 362

¹⁵⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; NADER, Philippe de Oliveira. *Como a Teoria Dos Precedentes Pode Contribuir Para a Definição da Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública Na Terceirização* (How the Theory of Precedents Can Help to Define the Responsibility of the Government in the Case of Lack of Accomplishment of the Labor Law by Its Subcontractors). *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 10, 2018.

¹⁵⁶ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Eds. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: *Revista de Processo*, vol. 264, fev. 2017, p. 357-394.

Ao longo de um julgamento, é possível e mesmo esperado que os juízes realizem considerações acerca de questões jurídicas que guardam relação com o debate, mas que não compõem o cerne da resolução do caso. Nesse sentido, denomina-se *obter dictum* “tudo o que não diz respeito à atribuição de sentido ao direito ou às suas razões justificadoras; é o que pertine a questões que não estão inseridas no ponto que permite o alcance da decisão”¹⁵⁸. Em oposição à *ratio decidendi*, traduzem apontamentos que não são centrais para a linha de raciocínio defendida pelo tribunal. Por não ser necessária para a resolução do caso, a *obter dictum* não integra a *ratio decidendi* e, por conseguinte, não produz efeitos vinculantes na solução de casos futuros.

Para a identificação da *ratio decidendi*, portanto, é essencial que haja a plena compreensão dos fundamentos invocados pela Corte, para apontar a questão de direito aplicada ao caso e para apurar o alcance da regra de direito afirmada e a sua aplicação em casos supervenientes¹⁵⁹. Deve-se examinar quais juízes sustentaram este ou aquele fundamento, se formaram maioria ou se alcançaram o consenso. Não basta conhecer somente o resultado da decisão, mas também compreender as razões que justificam o raciocínio decisório e a escolha interpretativa da Corte, tornando-o racionalmente aceitável e dando corpo ao precedente¹⁶⁰.

A delimitação dos fundamentos de direito que serão enfrentados pelo órgão colegiado garante racionalidade à decisão, de modo que não reste dúvida sobre o objeto do julgamento e se garanta uma *ratio decidendi* precisa, com o afastamento de eventuais *obter dicta*. A fim de definir qual linha argumentativa é necessária para solucionar um caso e quais argumentos são acessórios ou mesmo irrelevantes para a sua resolução, é indispensável que haja deliberação entre os integrantes da Corte, alinhando critérios de definição e escolhendo uma interpretação em detrimento de outras. A interação deliberativa entre os membros do órgão colegiado é capaz de discorrer sobre todos os princípios e regras levantados e delimitar, entre eles, os fundamentos relevantes para alcançar uma solução conjunta. Para tanto, faz-se necessário descrever os parâmetros que foram objeto desta deliberação, pois distinguir o que é ou não *ratio decidendi* torna mais fácil a identificação e a consequente aplicação do precedente. Portanto, o processo decisório que

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 362.

¹⁵⁹ MELLO, P.; NADER, P., *op. cit.*, p. 343.

¹⁶⁰ Quando se pensa na definição do sentido do direito importam os fundamentos determinantes da interpretação conferida à lei diante do caso concreto. São as razões de decidir ou, mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso ou da interpretação conferida à lei que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 358.

leva à definição da *ratio decidendi* e da decisão como um todo deve ser analisado com muita cautela – trazendo à tona o processo deliberativo.

Conforme exposto no tópico anterior, o STF segue a regra de maioria decisória simples (RMDS)¹⁶¹. Diante disso, com a formação da maioria decisória em torno do resultado independentemente dos fundamentos sustentados pelos Ministros em seus votos, ocorre o fenômeno da dispersão dos fundamentos¹⁶². Ainda que, na interpretação conferida à decisão, repute-se um peso maior ao voto do Ministro-relator como critério¹⁶³, os múltiplos fundamentos acabam por firmar vozes dissidentes e de difícil integração.

Em uma instituição colegiada, a linha de raciocínio utilizada para fundamentar uma decisão agrupa as justificativas de cada um de seus membros – especialmente se o modelo decisório adotado for o *seriatim*, o qual contém múltiplas razões de decidir em votos individuais – de forma que a delimitação de uma *ratio decidendi* torna-se um desafio. É uma tarefa complexa reunir as vozes dissonantes dos juízes em torno de uma decisão e fundamentação comum, particularmente se a instituição tiver uma performance deliberativa frágil e incapaz de expressar com clareza o caminho da discussão em relação aos pontos relevantes do resultado¹⁶⁴. Até em casos de decisão unânime os votos individuais podem apresentar justificativas diferentes para chegar na mesma resolução, de maneira que “uma votação unânime não possui, necessariamente, uma *ratio decidendi* do Tribunal sobre o caso, pois ela pode versar apenas sobre a parte dispositiva; cada ministro pode, no limite, estabelecer uma *ratio decidendi* própria em seu voto independente”¹⁶⁵. Isso, tendo em vista que os Ministros podem diferir “não apenas na linha argumentativa em torno de um mesmo problema, que o caso trás, mas, também, com relação ao próprio problema a ser solucionado no caso”¹⁶⁶.

Nessa circunstância, devido à RMDS, considera-se apenas a maioria em relação ao dispositivo da decisão, desconsiderando eventuais fundamentações conflitantes. Nesse

¹⁶¹ “A RMDS afirma que no julgamento das ações diretas os fundamentos apresentados pelos ministros não têm relevância para a formação do quorum decisório”. In: LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal/Scattered Arguments in Federal Supreme Court*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016, p. 143.

¹⁶² LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal/Scattered Arguments in Federal Supreme Court*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016.

¹⁶³ DOS SANTOS ALMEIDA, Danilo; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos Termos do Voto do Relator”: *Considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF*. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, p. 263-297, 2016.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 357-394.

¹⁶⁵ VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E., *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 36

sentido, a afirmação dada se aplica ao caso do Supremo Tribunal Federal, que adota o modelo de decisão *seriatim* não deliberativa¹⁶⁷, conforme já explicitado no tópico 4.1.

O resultado seria diferente caso a Corte adotasse a regra de maioria decisória vinculada aos fundamentos (RMDVF), pois, sob esse parâmetro, os fundamentos apresentados pelos Ministros no julgamento das ações diretas têm relevância para a formação do quórum decisório¹⁶⁸.

Marinoni sustenta em relação ao STF que “não há (...) qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento da definição do resultado do julgamento”¹⁶⁹. Dessa forma, “não há um espaço determinado no processo decisório para que os ministros decidam de maneira consensual sobre o problema envolvido pelo caso ou sobre qual linha de argumentação deve prevalecer no Tribunal; o processo de argumentação é eminentemente individual”¹⁷⁰.

Mesmo que possua a intenção de extrair a *ratio decidendi* ao final do processo deliberativo, na fase pós-decisional, o Ministro responsável por redigir o acórdão terá a árdua tarefa de selecionar os fundamentos mais importantes a partir da somatória de linhas de raciocínio individuais. Especialmente em casos complexos e de ampla repercussão, é comum a produção de votos dissidentes e concorrentes¹⁷¹, fato que pode ser vinculado, em tese, ao estímulo de votos individuais intrínseco ao modelo *seriatim*. Ausente a interação deliberativa entre os Ministros na fase decisional, o agregado de opiniões individuais dificulta consideravelmente o exame de quais argumentos compõem a *ratio decidendi*¹⁷².

Vale destacar que a ementa de um caso não necessariamente representa a *ratio decidendi* do STF, pois, apesar de ser o elemento amplamente utilizado para a indexação e

¹⁶⁷ SILVA, 2013.

¹⁶⁸ “Tal regra demandaria que a conclusão alcançada pelos ministros fosse amparada pela concordância em torno dos fundamentos dessa conclusão”. In: LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal/Scattered Arguments in Federal Supreme Court*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016, p. 146.

¹⁶⁹ MARINONI, 2017, p. 372.

¹⁷⁰ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório No STF*. Revista Direito GV, São Paulo, n. 5, vol. 1., 2009, p. 35.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² “ (...) muitas das recentes decisões das Cortes Supremas brasileiras expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*. Os acórdãos das Supremas Cortes não têm se preocupado em expressar os fundamentos dos votos ou a *ratio decidendi* mediante a qual se chegou à solução do recurso ou do caso. A única preocupação é a de evidenciar se o recurso foi provido ou não, uma vez que a função das Cortes Supremas é ainda presa à tutela do litigante e à solução do caso concreto. Isso não ocorreria se houvesse consciência de que a decisão, enquanto precedente, é a regra determinada pela função interpretativa da Corte”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 373.

para a referência à determinada decisão¹⁷³, ela pode traduzir apenas a leitura do redator do acórdão¹⁷⁴ sobre o que foi decidido, e não a posição institucional da Corte.

Conclui-se que o desenho institucional do STF favorece o elemento agregativo e a formação de diferentes *rationes decidendi* em cada voto, sem que necessariamente haja a consolidação da opinião majoritária do órgão colegiado. Essa pluralidade de *rationes decidendi* joga para o tempo futuro a interpretação sobre qual linha argumentativa deverá prevalecer, tarefa relegada aos demais Tribunais e juízes ou mesmo para o próprio STF, que poderá reafirmar seu posicionamento em outra rodada deliberativa. Nesse sentido, podem criar-se precedentes individuais, sob a perspectiva de um juízo singular de determinado Ministro em relação a um caso¹⁷⁵. Diante do exposto, não há dúvida que “com decisões claras, nas quais se pode extrair a *ratio decidendi*, seja do voto, seja do Tribunal, há maior transparência, *accountability*, e melhor diálogo com a sociedade”¹⁷⁶.

A seguir, pretende-se examinar a existência de uma cultura de precedentes na jurisdição brasileira e a relação desta com o modelo deliberativo de decisão adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Marinoni, precedente não se confunde com decisão ou justificativa, pois “decisão é a resolução de um caso, cuja justificativa pode ou não dar origem a uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, a um precedente”¹⁷⁷. Não há precedente sem *ratio decidendi*, apesar de o primeiro ser mais amplo que o segundo, uma vez que o “precedente engloba o relatório, descreve o contexto fático e contém todas as circunstâncias que importam para o caso, além de poder conter justificativa de argumentos divergentes e de eventuais *obiter dicta*”¹⁷⁸.

¹⁷³ DOS SANTOS ALMEIDA, Danilo; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos Termos do Voto do Relator”: Considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, p. 263-297, 2016.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015.

¹⁷⁵ “Assim, na prática, uma das consequências da adoção desse modelo é a maior importância que adquirem as *ratio decidendi* de cada juiz individualmente consideradas para a técnica de precedentes”. In: VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 115.

¹⁷⁶ VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E., *op. cit.*, p. 39

¹⁷⁷ “Embora a justificativa seja o resultado de um raciocínio que deve considerar a fase pré-decisória e a proclamação do resultado, e que, assim, deve retratar os fundamentos que realmente conduziram à decisão e foram efetivamente discutidos por todos os membros do colegiado, a justificativa, enquanto discurso, sempre será objeto de análise por aqueles que têm interesse especialmente na autoridade e na eficácia vinculante da *ratio decidendi*”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 374-375.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 375.

Para regular casos futuros, o precedente deve considerar as circunstâncias de fato do caso concreto e situar as questões jurídicas em tal contexto, de modo a compreender a interpretação do texto da lei. Utilizando-se da racionalidade, deve-se averiguar se determinada situação conflitiva concreta se equipara a um tipo ou categoria¹⁷⁹ a qual pertencem os fatos do precedente. Desse modo, antes de aplicar um precedente, um juiz ou tribunal deve delinear, de modo fundamentado, os fatos relevantes do caso concreto, deixando claro a questão jurídica que almeja resolver¹⁸⁰. Isso, pois, a delimitação das circunstâncias fáticas do caso, confere concretude à interpretação da norma, de maneira que a área de aplicação dos precedentes será tão ampla quanto a categoria a que pertence¹⁸¹. Assim, “essa relação da solução de direito com o caso concreto é que pode conferir universalidade ao precedente, tornando-o aplicável a situações futuras que racionalmente se encaixam na mesma moldura fática do caso que lhe deu origem”¹⁸².

Esse entendimento é amparado pelo Art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, especificamente em seu parágrafo 2º, o qual aduz que “os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”¹⁸³. O Art. 927 do CPC/2015, por sua vez, impõe um sistema de precedentes a ser adotado por todo o judiciário nacional, que considera como vinculantes:

Art. 927: (...):

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

¹⁷⁹ “Os fatos do precedente são em princípio enquadráveis em categorias ou grupos. Verificar se determinada situação de fato, não abordada especificamente no precedente, enquadra-se na categoria a que pertence o fato que por ele foi considerado, importa para analisar a extensão da aplicabilidade do precedente. (...) Portanto, o enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada ao fato inserido na segunda, depende da análise cuidadosa dos fundamentos determinantes do precedente. Esses, além de poder justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, permitem ver a racionalidade da inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente. Porém, igualmente podem excluí-lo ao evidenciar que o contexto do caso que levou ao precedente é diverso daquele que marca o caso sob julgamento”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 363.

¹⁸⁰ MARINONI, 2017, p. 364.

¹⁸¹ *Ibid*, p. 363.

¹⁸² *Ibid*, p. 364.

¹⁸³ “Art. 926: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1.º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. 2.º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. In: BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525> Acesso em 31 mar 2022.

- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [...].

Embora a determinação legal fixada pelo Art. 926 do CPC/2015 caiba a todos os tribunais da jurisdição brasileira, é imprescindível o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na incorporação de uma cultura de precedentes¹⁸⁴. Considerando a sua posição como última instância recursal do Judiciário e no campo do controle concentrado de constitucionalidade, “a decisão tomada pela Corte deveria desempenhar um importante papel de orientação de condutas, tanto para os cidadãos quanto para os demais órgãos do poder público e do Poder Judiciário”¹⁸⁵.

Segundo previsão constitucional, conforme o Art. 102, § 2º e o Art. 103-A, *caput*, ambos da Constituição Federal, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado e as súmulas vinculantes possuem efeito vinculante. Ao estabelecer precedentes obrigatórios, a Corte deve garantir a uniformidade da interpretação constitucional e preservar a igualdade de tratamento em casos similares nas demais instâncias do Poder Judiciário. O STF deve apresentar coerência na aplicação das regras e preceitos constitucionais, dialogando com suas próprias decisões e assegurando a garantia dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. A integridade é outra característica primordial para o precedente vinculante, pois visa “garantir aos jurisdicionados o direito, em princípio, de ter seus casos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos”¹⁸⁶, analisando o Direito em conjunto a fim de aplicar a melhor solução para o conflito no momento presente. Vale apontar o Art. 926 do CPC/2015, o qual fixa que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, com o

¹⁸⁴ “Se os tribunais superiores querem assumir uma função nova – e parece que necessitam urgentemente – eles precisam assumir também a sua parcela de responsabilidade, mudando a forma de julgar os casos que lhes são submetidos. Os votos que compõem um julgamento colegiado não podem ter fundamentos dispersos, não bastando que o dispositivo seja unísono porque a ratio decidendi de um precedente não está no dispositivo da decisão, que é vinculante apenas para as partes do caso concreto. Se o tribunal não tem preocupação com a ratio decidendi, ele não pode esperar que o precedente seja respeitado futuramente, porque ele contribuiu ou criou essa situação de dificuldade da interpretação do precedente.” NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 240-241.

¹⁸⁵ LEITE, F.; BRANDO, M., *op. cit.*, p. 152

¹⁸⁶ PANUTTO, *op. cit.*, p. 210

objetivo de gerar igualdade e previsibilidade¹⁸⁷ na interpretação dos julgamentos. A determinação legal, para além do preceito constitucional em relação aos precedentes judiciais vinculantes, fixa a obrigatoriedade de que estes devem ser estáveis, previsíveis e coerentes, diretriz que deverá ser respeitada no exercício do controle de constitucionalidade¹⁸⁸. Para tanto, a estabilidade, a integridade e a coerência da interpretação constitucional obrigam a Corte a considerar os fundamentos que utilizou para resolver casos concretos – implicando na necessidade de uma voz institucional íntegra.

Contudo, conforme consolidado em tópico anterior, para que o STF na prática possa gerar precedentes é necessário que o processo decisório em colegiado “permita a apresentação institucional dos resultados da deliberação, em um texto único, através do esgotamento dos argumentos relevantes do caso, de modo a permitir posterior identificação da *ratio decidendi* no julgado”¹⁸⁹. Assim, a mera proclamação do resultado pela Corte não gera precedente, devendo conter a *ratio decidendi* junto à ela¹⁹⁰.

Sob essa perspectiva, uma das barreiras ao estabelecimento de precedentes capazes de formar uma jurisprudência é a adesão da Corte à RMDS, uma vez que esta causa o fenômeno da dispersão de fundamentos, o qual, por sua vez, dificulta a extração de uma *ratio decidendi* dos julgados do STF¹⁹¹. A partir dessa regra, a decisão da Corte será determinada pela formação de maioria em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do preceito impugnado em uma ação, importando apenas o resultado

¹⁸⁷ “O que o Novo Código de Processo Civil almeja, para além da criação dos precedentes judiciais vinculantes, é a garantia da igualdade e previsibilidade, para que casos futuros possam ser julgados com base em precedentes com a mesma matéria de direito, garantindo assim maior segurança às relações jurídicas e isonomia nas soluções de conflito, com respeito à máxima *treat like cases alike*”. PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, 2017, p. 213.

¹⁸⁸ “A despeito de as decisões oriundas de controle concentrado e as súmulas vinculantes já terem efeito vinculante por previsão constitucional, o Novo Código de Processo Civil propiciou, em seu art. 926, um ganho institucional para estas decisões ao estabelecer que os precedentes judiciais vinculantes (dentre os quais as decisões de controle concentrado e as súmulas vinculantes se incluem), devem ser dotados de estabilidade, coerência e integridade, fato que acarreta ao Supremo Tribunal Federal, por determinação legal, a obrigatoriedade de respeitar estas diretrizes também quando do exercício desta modalidade de controle de constitucionalidade. Desta forma, demonstra-se que a plena criação de precedentes, por meio de efetiva deliberação, dotados de estabilidade, integridade e coerência não fica adstrita à vontade política dos tribunais, mas sim decorre de lei, devendo nossas Cortes se adequarem aos dispositivos do NCPC”. PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, 2017, p. 210.

¹⁸⁹ PANUTTO, *op. cit.*, p. 208

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 357-394.

¹⁹¹ “Se a maioria decisória se formar a partir da união dos votos isolados dos ministros, cada um deles se valendo de fundamentos diferentes, sequer será possível extrair a *ratio decidendi* do julgado”. In: LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal/Scattered Arguments in Federal Supreme Court*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016, p. 152.

final e sem levar em conta os fundamentos que amparam o voto de cada Ministro, mesmo que haja total dissonância entre as linhas de raciocínio empregadas. Assim, o atual procedimento de julgamento adotado pelo STF é pouco deliberativo, pois a decisão é o produto da agregação de votos individuais, que podem conter cada qual uma fundamentação distinta¹⁹². Nesse modelo de deliberação, a dificuldade de formar um precedente claro advém da obscuridade gerada pela multiplicidade de regras e razões de decidir que os Ministros podem apresentar em seus votos. Consequentemente, o precedente criado pela decisão também é dotado de obscuridade¹⁹³.

¹⁹² “Ao invés de levar seu voto escrito na sessão de julgamento, o que permite apenas voto de adesão ou rejeição por seus pares, o relator deveria convidar à discussão para a efetiva votação em colegiado, para o pleno debate dos fundamentos e futura definição da ratio decidendi. Na verdade, não há qualquer racionalidade em decidir antes de deliberar nem, muito menos, em “justificar por escrito antes de decidir”. In: PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, 2017, p. 208.

¹⁹³ KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together* (). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37, October, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2332236>. Acesso em 31 mar 2022.

Conclusão

Esse artigo teve a intenção de demonstrar como a adoção do modelo *seriatim* pelo STF afeta a deliberação na interação colegiada, bem como dificulta a identificação da *ratio decidendi* na interpretação de uma decisão.

Consoante o exposto no Capítulo 1, a deliberação é fonte de legitimidade na tomada de decisão em órgãos colegiados. Como guardião da Constituição, o STF possui expectativa de deliberação entre seus membros, e a obscuridade em relação à fundamentação de suas decisões, decorrente da lacuna na performance deliberativa, ameaça a qualidade da interpretação constitucional. Isso, pois, conforme Marinoni, “a justificativa, em uma corte de precedentes, é um reflexo do particular objeto da sua decisão e da necessidade do emprego de técnicas decisórias e de proclamação do resultado que lhe sejam correspondentes”¹⁹⁴.

Consequentemente, a incerteza em relação às razões de decidir de um julgado ameaça a legitimação da Corte como órgão compromissado com a justificação racional dessas decisões. Assim, tendo em vista a importância da performance deliberativa em uma Corte para que as decisões resultem na formação de um entendimento institucional, a não adequação dos tribunais a um procedimento deliberativo acarretará na ineficácia do sistema de precedentes¹⁹⁵.

Há uma clara distinção entre a decisão colegiada e a mera agregação de decisões individuais dos membros do órgão colegiado sem um processo decisório deliberativo. Ao decidir de maneira individual, com pouca abertura para acomodações e mudanças de ponto de vista, é difícil alcançar um consenso mínimo sem mesmo uma decisão que considere os fundamentos prolatados. Consequentemente, conforme apresentado nesta monografia, torna-se inviável consolidar um precedente vinculante sem uma *ratio decidendi* inteligível.

Aponta-se como exemplo o estudo de caso da ADI nº 3470, no qual não é possível identificar uma voz majoritária da Corte devido à dificuldade de determinar quais foram os fundamentos centrais para sustentar a decisão. Assim, apesar de um certo grau de deliberação ter sido observado, a interação colegiada não conseguiu alcançar o consenso ou o dissenso mínimo quanto às razões de decidir – restando dúvidas acerca da interpretação

¹⁹⁴ MARINONI, 2021, p. 617.

¹⁹⁵ PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

predominante quanto à mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, ou quanto ao federalismo cooperativo, por exemplo.

Para alcançar uma melhor qualidade da deliberação, deve-se diminuir o grau de personalização do processo decisório do STF, a fim de fomentar a deliberação interna e conferir maior institucionalidade às decisões colegiadas.

No lugar do modelo de decisão *seriatim*, a adoção do modelo de opinião majoritária pelo STF poderia suprir as lacunas deliberativas da instituição. Este se apresenta como um intermediário entre os modelos *seriatim* e *per curiam*, pois preserva a apresentação seriada dos votos, mas busca, ao final, a busca por um entendimento institucional sobre a questão de direito decidida¹⁹⁶. Desse modo, manter-se-ia a tradição jurisdicional brasileira de votação colegiada em série, contemplando também os votos dissidentes, apesar de a modificação fortalecer a deliberação interna e o debate de fundamentos, os quais teriam uma função central na formação de uma *ratio decidendi* institucional.

Estão inclusos da decisão majoritária os entendimentos dissidentes, os quais são de notável relevância democrática de acordo com o exposto no Capítulo 2, o que não invalida nem deslegitima a força da opinião majoritária. Como implicação no processo de tomada de decisão, haveria o fortalecimento de uma voz uníssona da Corte, a qual poderá consolidar uma cultura de precedentes efetiva na jurisdição brasileira, bem como o provento de legitimidade da instituição colegiada.

Para tanto, é necessário aperfeiçoar o desenho institucional, propondo modificações ao Regimento Interno que contribuam com a deliberação interna. Outros mecanismos de aperfeiçoamento procedimental seriam (i) a adoção da RMDVF (regra de maioria decisória vinculada aos fundamentos) no lugar da RMDS, e; (ii) a institucionalização de uma reunião prévia entre os Ministros, anterior ao julgamento e privada, para possibilitar conhecimento dos demais membros do colegiado acerca do assunto e viabilizar a deliberação interna¹⁹⁷. Tais modificações seriam de extrema relevância para preencher as lacunas deliberativas do processo decisório do STF e fomentar a legitimidade da Corte.

Não obstante, o estudo e identificação de tais lacunas é o primeiro passo para aprimorar as práticas decisórias do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 219

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 219.

Referências Bibliográficas

ANPT. *STF: Resultado do julgamento da ADI 4066, de autoria da ANPT e da Anamatra, aponta para o fim do amianto no Brasil*. Notícias, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3169-stf-resultado-do-julgamento-da-adi-4066-de-autoria-da-anpt-e-da-anamatra-aponta-para-o-fim-do-amianto-no-brasil>>. Acesso em 21 abr 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político/the supreme individuals: how brazilian supreme court justices can directly influence the political process*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 46, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, 2015, p. 23-50.

BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional/From Supreme Solipsism to Rational Deliberation*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 50, 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre. *A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?-O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review?-The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights)*. O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review, 2014. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541

BICKEL, Alexander. "Foreword: *The Passive Virtues*". Harvard Law Review, v. 75, 1961.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Bobbs-Merrill, 1962.

BLOOM, James A. *Plurality and Precedence: Judicial Reasoning, Lower Courts, and the Meaning of United States v. Winstar Corp.* Washington University Law Review, v. 85, p. 1373, 2007.

BOTELHO, Cristiane Miranda; FIORINDO, Regivano. *Deliberação nas Cortes Superiores. Julgamento per seriatim e per curiam. Importância da fixação da ratio decidendi. Delineamento de técnicas processuais de distinção–distinguishing. Exame de caso paradigmático julgado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais*. In: Revista de Processo. 2016.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525> Acesso em 31 mar 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.470-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CAMERON, Charles M.; KORNHAUSER, Lewis A. *Decision rules in a judicial hierarchy*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, p. 264-292, 2005.

DAHL, Robert A. *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 252, p. 25-43, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (org.). *O Supremo Tribunal Federal para Além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11888>

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. Rev., atual. e ampl. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?* University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series 20013-29.

GODOY, Miguel Gualano. *As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve (ria) importar?*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015.

GODOY, Miguel Gualano de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto?* JOTA, Brasília, p. 1-4, 21 nov 2019.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 113-180 e pp. 181-208.

GODOY, Miguel Gualano de. *STF e Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case*. Modern Law Review, London, v. 22, 1959.

GUIMARÃES, Livia Gil. *Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas*. Revista Direito e Práxis, v. 11, p. 236-271, 2020.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. FGV Direito Rio, 2017.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. Texas Law Review, vol. 82, 1671-1704, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*. In: SADURSKI, Wojciech. Constitutional Justice, East and West: Introduction. Constitutional Justice, East and West, p. 1-36, 2002;

KLAFKE, G. F.; PRETZEL, B. R. *Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 1, n. 1, 25 jan. 2014.

KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37, October, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal/Scattered Arguments in Federal Supreme Court*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento colegiado e precedente*. In: Revista de Processo, vol. 264, fev. 2017, p. 357-394.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como a Teoria Dos Precedentes Pode Contribuir Para a Definição da Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública Na Terceirização* (How the Theory of Precedents Can Help to Define the Responsibility of the Government in the Case of Lack of Accomplishment of the Labor Law by Its Subcontractors). Revista Culturas Jurídicas, v. 5, n. 10, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set.-dez., 2019.

MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF*. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 337-361.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <doi:10.11606/T.8.2008.tde-05122008-1>.

MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa. Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, p. 54-73, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; MENDES, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional-Séire IDP-16ª Edição 2021*. Saraiva Educação SA, 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v. 1, n. 3, p. 79-89, 2005.

MURPHY, Walter F. *Courts as small groups*. Harvard Law Review, v. 79, n. 8, p. 1565-1572, 1966.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

PASQUINO, Pasquale. *Cómo deciden las Cortes Constitucionales? How do the Constitutional Courts decide?* *Precedente Revista Jurídica*, vol. 9, jul-dec, 2016, p. 9-43.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

SANDERS, Lynn. *Against deliberation*. *Political Theory*, v. 25, n. 3, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109765/mod_resource/content/0/SILVA%2C%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20conte%C3%BAdo%20essencial%20dos%20direitos%20fundamentais%20e%20a%20efic%C3%A1cia%20das%20normas%20constitucionais.pdf

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, pp. 197-227. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Um voto qualquer: o papel do Ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2015.

STOKES, Susan C. Pathologies of deliberation. In: Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e a estrutura das decisões*. 2012. Acesso em: 11/01/2021. Disponível em: <http://sbdp.org.br/research/accountability-e-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-estudo-empirico-de-variaveis-institucionais-e-a-estrutura-das-decisoes/>.

SUNSTEIN, Cass. *Por que sociedades precisam do dissenso?* Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2006.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório No STF*. Revista Direito GV, São Paulo, n .5, vol. 1. pp. 21-55, 2009.

WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*. In: KOH, Harold; SLYE, Ronald (org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa, pp. 249-268, 2004.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against Judicial Review*. The Yale Law Journal, 2006.