

Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional*

From Supreme Solipsism to Rational Deliberation

Gabriel Rübinger-Betti**

Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

Juliano Zaiden Benvindo***

Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

A literatura constitucional brasileira é de tendência fortemente normativa. A preocupação concentra-se, em grande medida, em desvendar teorias e metodologias de como se deve alcançar a decisão correta. O questionamento de como devem decidir os juízes ou qual é a melhor técnica (ou teoria ou metodologia) para alcançar a resposta correta prevalece. Apenas recentemente ganharam relevo estudos destinados a não tanto perguntar *como devem* julgar as cortes, mas, sobretudo, *como, de fato*, julgam as cortes¹. São pesquisas que têm a propensão a entrar em um universo não tão simpático aos juristas, envolvendo, não raramente, abordagens empíricas,

* A pesquisa desenvolvida no âmbito do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília.

** Pesquisador de Iniciação Científica (ProIC) e Graduando em Direito da Universidade de Brasília (UnB) e Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília E-mail: rubinger.g@gmail.com.

*** Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim (Alemanha) e pela Universidade de Brasília, tendo realizado estágio pós-doutoral na Universidade de Bremen (Alemanha). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Processo nº 308733/2015-0). E-mail: juliano@unb.br.

1 Vide COSTA & BENVINDO, 2013; DA SILVA, 2013; FALCÃO ET AL., 2014; MENDES, 2013; RODRIGUEZ, 2013.

estatísticas e de desenho institucional. Provavelmente decorrente de uma estrutural escassez de estudos metodológicos e de um curioso afastamento de pesquisas que se desenvolvem mais no âmbito da ciência política, a literatura constitucional brasileira tende a ser unidimensional. Em outras palavras, ela enxerga o fenômeno jurídico apenas pela dimensão do que *deve-mos ser* e, não, de como os arranjos institucionais ou limitações cognitivas e comportamentais dos próprios juízes afetam direta ou indiretamente a decisão. Há, portanto, uma lacuna que, aos poucos, tem sido preenchida, mas que ainda demanda um incremento substancial de pesquisas.

Este artigo busca, desse modo, auxiliar no preenchimento dessa lacuna. Ele tem, como objetivo, brevemente analisar o desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal (STF), aprofundando um tema que apenas recentemente passou a ganhar maior relevo na doutrina brasileira. Seu foco, todavia, se volta para desenhos institucionais, práticas arraigadas e comportamento dos agentes em uma dimensão sistêmica de dois níveis², assumindo que o STF, como instituição, não pode se confundir com uma simples somatória de opiniões de seus membros e, muito menos, como uma instituição que, ao se identificar com seus ministros - ou um de seus ministros - determina e assume o controle, em grande parte, da ordem constitucional. Essa disfuncionalidade, que aponta para o fortalecimento de indivíduos controlando o constitucionalismo por intermédio de comportamentos e práticas que enfraquecem a deliberação coletiva é, desse modo, o principal foco deste artigo. Ao obstruir a deliberação coletiva – e agir estrategicamente para esse fim – o STF, na medida em que ganha em poder em torno das individualidades que o compõe, perde em legitimidade.

Para tanto, serão discutidas, primeiramente, a legitimidade da corte constitucional e os limites de sua racionalidade (Parte 2), conectando esse tema com a razão de ser da deliberação racional. Em seguida, será feita uma apresentação do estado da arte da literatura nacional sobre a temática, indicando possíveis conexões e conclusões entre as distintas abordagens (Parte 3). Especialmente com foco no controle concentrado de constitucionalidade, o artigo desenvolve uma breve análise dos procedimentos adotados pelo STF em seu processo decisório, explicitando estruturais disfuncionalidades em sua capacidade deliberativa (Parte 4). Após desenvolver uma descrição de regras e práticas desta corte, a pesquisa avança para uma

2 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

análise crítica de seu processo decisório, mostrando que soluções muitas vezes simples poderiam proporcionar um incremento substancial de consistência argumentativa, qualidade deliberativa e formação de uma opinião da corte que não necessariamente se confunde com uma simples somatória de opiniões individuais (Parte 5). O artigo encerra-se associando a análise crítica sobre os desenhos e práticas decisórias do STF com uma compreensão sistêmica de dois níveis sobre o constitucionalismo³, em que se busca afirmar que o STF não pode se confundir com uma simples agregação de indivíduos que, em última instância, determinam e controlam, solipsisticamente e sem maiores constrangimentos, muito da ordem constitucional.

A mínima pretensão deste artigo é proporcionar a reflexão crítica sobre práticas e desenhos institucionais do STF que obstruem a deliberação racional, ocasionando, por conseguinte, um profundo problema estrutural de legitimidade, aqui analisado sob uma dimensão sistêmica de dois níveis do constitucionalismo. Ao mesmo tempo, o artigo procura trazer algumas soluções simples capazes de incrementar a qualidade deliberativa de uma corte constitucional. Ele acompanha, por isso, a proposta que a literatura constitucional tem, aos poucos, se dedicado de indicar pequenos incentivos institucionais capazes de afetar comportamentos e práticas que fortalecem a legitimidade da corte constitucional como instituição colegiada, ao invés de uma corte condicionada a comportamentos estratégicos em prol da individualidade de seus membros. Seu intuito é, portanto, indicar possíveis “empurrõezinhos” que, pela sua simplicidade e fácil implantação, poderiam ensejar interações colaborativas entre os membros da corte, fortalecendo-a institucionalmente e consolidando sua legitimidade no âmbito do constitucionalismo.

2. Jurisdição Constitucional, Legitimidade e os Limites da Racionalidade

Embora os debates no âmbito da teoria constitucional causem as mais acentuadas divergências, algo parece certo: a legitimidade da jurisdição constitucional é, de alguma forma, distinta da legitimidade dos parlamentos. Porém, essa afirmação é também carregada de uma acentuada simplificação. Os limites de atuação dos poderes não são tão nítidos em muitos casos e, especialmente diante de um novo equilíbrio que se desenha no

3 Segundo Vermeule, o “constitucionalismo é um sistema de sistemas” (VERMEULE, 2011, p. 27).

constitucionalismo contemporâneo, em que o controle de constitucionalidade se apresenta cada vez mais determinante⁴, os campos da política e do direito tornam-se mais ofuscados. No meio dessa convulsão de perspectivas teóricas que tentam encontrar o ponto de equilíbrio entre os poderes, é interessante notar que muitas das discussões a respeito da legitimação das cortes em contraposição aos parlamentos também se concentram em propostas normativas. É nesse âmbito que aparecem discussões sobre o papel de garantidor dos direitos fundamentais das cortes constitucionais, sua racionalidade decisória e o debate sobre a representatividade dos parlamentos⁵.

Sem negar a importância dessas análises, que proporcionam importantes contribuições para se entender as razões que legitimam a atuação de cada um dos poderes, parece que o distanciamento com estudos mais ligados ao desenho institucional e, de modo ainda mais específico, ao comportamento dos agentes ainda se faz relativamente presente. Há, por isso, uma forte complexidade quando se discute legitimidade de um poder: não se trata apenas de desvendar as razões normativas que justificam um poder, mas também entender que, por trás dessas razões, há de se ter também uma preocupação sobre como melhor arranjá-los de modo a otimizar e catalisar comportamentos institucionais e individuais que ensejarão um melhor equilíbrio entre eles.⁶

Além do mais, não há fórmula mágica que legitime a atuação de um poder. A legitimidade das cortes e parlamentos não é dada de antemão, mas conquistada lentamente. William N. Eskridge Jr. e John Ferejohn fazem uma analogia que possivelmente mais bem retrate o modo como juízes devem se comportar para o alcance dessa legitimidade. Eles dizem que “na aplicação do direito constitucional, juízes deveriam se comportar como bons horticultores, cuja ciência é empírica naquilo que diz respeito a como as plantas estão crescendo e evoluindo”⁷. Isso, em outras palavras, significaria que “horticultores constitucionais devem ouvir e respeitar outras

4 Vide FIORAVANTI, 2001, p. 164.

5 Vide análise que Conrado Hübner Mendes sobre os motivos justificadores das cortes constitucionais em contraposição ao parlamento em MENDES, 2008, pp. 171-184.

6 Para uma análise sobre a relação entre constitucionalismo, instituições e indivíduos, vide VERMEULE, 2011. Segundo Vermeule, “a análise constitucional examina a interação entre instituições, que são elas próprias arranjos de equilíbrio que resultam da interação de seus membros individuais” (p. 3).

7 ESKRIDGE, 2009, p. 1275, tradução livre.

instituições - ser respeitosos da deliberação”⁸. É nesse ponto que aparece o objeto central deste artigo. No âmbito de uma nítida divergência entre os campos de legitimação dos poderes, ao menos as cortes, no exercício do controle de constitucionalidade, devem ter em mente que o desempenho deliberativo deve ser um critério importante. Este critério, aliás, é bem adotado por Conrado Hübner Mendes, que indica que, no ideal de separação de poderes, as instituições devem maximizar suas respectivas capacidades deliberativas. Isso estimularia a competição pelo melhor argumento e traria ao jogo democrático uma espécie de vibração racional, além de fazer pressão por consistência⁹.

Assim, se adotarmos um modelo de interação entre os poderes pautado por princípios deliberativos, criando com isso uma “cultura da justificação” (para além de um mero jogo de forças), há chances da interação entre os poderes produzir melhores resultados. Se cortes e parlamentos adotarem uma atitude deliberativa, levando em conta os argumentos expostos por cada um e desafiando-se quando consideram que possuem uma alternativa superior, parece factível que as respostas criadas serão, ao menos, mais criativas¹⁰ e fruto de uma maior reflexão. Uma forma de coordenação estratégica entre os agentes, mesmo cientes das inevitáveis divergências (que, aliás, podem catalisar uma competição argumentativa saudável) permitiria, assim, uma extensão da capacidade deliberativa. Na medida em que se verifica que há maiores custos na permanência de um desacordo, é provável que os poderes entrem em acordo para alcançar conjuntamente um resultado coletivamente mais adequado¹¹, reforçando assim a legitimação institucional dos poderes.

Esse debate, que aponta a importância de ultrapassar a discussão normativa e atingir o cerne dos comportamentos estratégicos dos agentes, até para que desenhos institucionais sejam adequadamente pensados e construídos, abre um leque de problematizações bastante interessante. Nesse propósito, a perspectiva levantada por Conrado Hübner Mendes nos auxilia a enxergar a importância da ideia de deliberação e o quanto a democracia ganha quando as instituições deliberam entre si (e não há mero controle ou

8 ESKRIDGE, 2009, p. 1275, tradução livre.

9 Vide MENDES, 2015, p. 25.

10 Vide MENDES, 2015, pp. 30-31.

11 Vide LEVINSON, 2010, p. 684.

mera confrontação política). O foco de sua análise é, sobretudo, a deliberação entre as instituições. Nosso trabalho objetiva, por outro lado, investigar a capacidade interna de deliberação e como desenhos institucionais podem canalizar práticas que fortaleçam essa capacidade, analisando o caso do STF. A proposta aqui apresentada, todavia, embora busque dialogar com alguns estudos que entram mais detidamente em elementos empíricos e estatísticos sob o viés metodológico¹² – até pelas limitações de um artigo –, visa mais a incitar a crítica referente a alguns problemas centrais observados na atuação desta corte.

Para tanto, uma primeira importante e inevitável controvérsia que normalmente aparece quando se busca desenvolver a capacidade deliberativa das cortes encontra-se no conceito *racionalidade*. Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva propõe que a legitimidade de uma corte constitucional depende, entre outros aspectos, da sua capacidade de deliberação *racional*. Para ele, uma corte será mais legítima na medida em que suas regras de organização interna e suas práticas incentivem a deliberação racional¹³. A pergunta, porém, a respeito do que se entende por racionalidade é relevante, até porque é um termo normalmente empregado na doutrina constitucional, mas muitas vezes apenas apresentado e não exatamente discutido. Nesse aspecto, poder-se-ia avançar para uma compreensão densa a respeito do conflito teórico em torno da racionalidade no direito. Uma das controvérsias, aliás, mais complexas e densas na filosofia jurídica encontra-se exatamente a respeito dos limites da razão e, em particular, da razão jurídica. Há uma divergência notável entre os defensores de uma racionalidade comunicativa no contexto de amplificação da indeterminação do direito contemporâneo. Aqui, por exemplo, encontra-se, de um lado, a defesa da racionalidade discursiva como uma forma de “representação argumentativa”¹⁴ que legitimaria a atuação da corte. É o que Robert Alexy, a partir de sua tese do caso especial¹⁵, diz sobre as “condições de uma representação argumentativa verdadeira”¹⁶ a ser exercida pela corte, sustentando que, para tanto, a corte deve não somente trazer argumentos plausíveis,

12 Vide EPSTEIN ET AL., 2013.

13 Vide DA SILVA, 2013, p. 559.

14 Vide ALEXY, 2005, p. 578.

15 Vide ALEXY, 1999, p. 374 (argumentando que “o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”)

16 ALEXY, 2005, p. 579.

mas também que “um número suficiente de pessoas devem, ao menos no longo prazo, aceitar esses argumentos por razões de correção”¹⁷. Essa tese recebeu fortes críticas, sendo atacada por autores como Klaus Günther e Jürgen Habermas, para quem validade e facticidade – ou, sob outra perspectiva, plano da justificação e aplicação – não se confundem, trazendo outra problemática sobre a coerência argumentativa e, por conseguinte, a legitimação das cortes constitucionais.¹⁸

Essa primeira observação é importante, porque focar apenas na simples associação entre racionalidade e capacidade deliberativa da corte é insuficiente em uma dimensão mais abrangente de análise. A pergunta a respeito de que racionalidade se apresenta para os fins da deliberação é fundamental e impõe distinções complexas a respeito do campo de legitimação da atuação das Cortes. Porém, a preocupação deste artigo não é tanto *como devem decidir racionalmente as cortes, mas, sim, como têm decidido as cortes* e quais desenhos institucionais podem ser pensados para aprimorar minimamente a deliberação. Sua pretensão, por isso, é bem mais prosaica e parte do pressuposto que, antes mesmo de saber *como deliberam as cortes*, é importante saber *se, de fato, as cortes têm minimamente deliberado* ou adotado estratégias outras que limitam ou constroem sobremaneira a discussão e deliberação colegiada.

Se a legitimidade das cortes constitucionais está assentada na argumentação desenvolvida em suas decisões – e aqui independentemente de entrarmos na complexa discussão sobre os limites da racionalidade discursiva – há de se levar em consideração tanto o processo de tomada das decisões quanto suas fundamentações. Há uma precariedade nessa relação e ela, naturalmente, irá afetar a dimensão de legitimidade da corte. Essa legitimidade, por sua vez, é sempre precária e dependerá da qualidade da atuação do tribunal¹⁹. Algumas premissas parecem, de qualquer forma, ajudar no incremento da capacidade deliberativa da corte. Por exemplo, parcela da doutrina entende que decisões colegiadas tomadas de modo a permitir a deliberação produzem melhores resultados do que decisões individuais. É o que Virgílio Afonso da Silva, transpondo as ideias de Ferejohn para o

17 ALEXY, 2005, p. 580.

18 Vide GÜNTHER, 1988, p. 301; HABERMAS, 1994, pp. 1529-1533. Para uma análise desse conflito, vide BENVINDO, 2010, pp. 243-326.

19 Vide ROSANVALLON, 2011, pp. 7-9.

campo judicial, aduz sobre as vantagens que a deliberação interna produz, como o compartilhamento de informações e a troca de argumentos (que auxiliam na resolução de problemas complexos)²⁰.

Se for assumida a premissa de que decisões colegiadas tendem a incrementar a capacidade deliberativa da corte, a pergunta que se apresenta para este artigo é se o STF tem adotado estratégias para esse fim. Há de se examinar, portanto, a estrutura e as práticas do STF, questionando se existe uma verdadeira cultura deliberativa dentro do tribunal. Esse exame, por sua vez, precisa ser lançado no devido contexto desta corte, que, nos últimos anos, tem ganhado notoriedade e proeminência em várias questões constitucionais levadas a seu juízo.

3. O Estado da Arte das Discussões sobre a Capacidade Deliberativa do Supremo Tribunal Federal

Antes, contudo, de desenvolvermos as particularidades da deliberação no âmbito do STF, é importante enfatizar como a doutrina tem direcionado seu olhar para o tema. Embora ainda de forma lenta, é visível que estudos voltados para o *como, de fato, as cortes deliberam* têm ganhado notoriedade e se tornado mais frequentes. Como antes ressaltado, talvez por uma antipatia natural dos juristas em avançar em pesquisas de matriz mais empírica, muitos artigos e pesquisas publicados a respeito do tema tendem a concentrar seus esforços em desenvolver perspectivas teóricas normativas cuja ênfase se encontra em comparar o grau de realidade do julgamento com premissas normativas de *como as cortes deveriam julgar*. Não raramente essas propostas tendem a negligenciar o quão outros elementos mais prosaicos da atuação dos juízes entram com forte peso na equação.

Estudos mais recentes, ao contrário, focam exatamente nesses elementos mais prosaicos, como o comportamento e as estratégias dos agentes e, especialmente, em características do desenho institucional das cortes. Aspectos que ocasionam práticas disfuncionais em relação à qualidade da deliberação e, por conseguinte, à própria legitimidade da corte tornam-se centrais – o que, naturalmente, traz o debate normativo também à tona –, mas a forma de argumentação parte do microcosmo das práticas e regras

20 Vide DA SILVA, 2013, pp. 560-62.

cotidianas e não do macrocosmo de uma idealidade argumentativa que se deseja alcançar. Em outras palavras, mais do que encontrar uma *racionalidade argumentativa* adequada – vide a oposição entre Alexy, de um lado, e Habermas e Günther, do outro, como antes indicado –, quer-se saber se há o mínimo de *racionalidade argumentativa*, o que significa perguntar se há, entre os membros com capacidade decisória, o mínimo de troca de argumentos entre os pares para a construção coletiva da decisão. Essas novas pesquisas, portanto, assumem de antemão que não faz sentido dedicar-se tanto ao *como as cortes deveriam julgar, se, na verdade, elas sequer julgam como se cortes fossem*.

Entre os trabalhos de maior impacto a respeito dessa nova abordagem sobre a capacidade e qualidade da deliberação interna das cortes constitucionais encontra-se o artigo, de Virgílio Afonso da Silva, intitulado *Deciding without deliberating*²¹. Sua pesquisa foca exatamente nas regras e práticas internas do STF para demonstrar o quão distante ele está de um exercício saudável da deliberação coletiva. Sua principal tese é que regras e práticas já bastante consolidadas há mais de cem anos geraram “uma condição de *path dependence* que compromete o desenvolvimento de uma cultura de deliberação nesta corte”²². Três são os principais aspectos apontados para essa conclusão: a) o papel secundário do relator do processo; b) o modelo *seriatim* de julgamento, em que não há efetivamente diálogo entre os ministros; e c) a possibilidade de pedido de vista, interrompendo a sessão de julgamento, claramente demonstrando que os ministros não veem seus pares como verdadeiros contribuintes para uma melhor reflexão sobre o caso concreto²³. Essas regras e práticas têm gerado um fortalecimento do individualismo em detrimento da deliberação coletiva²⁴, o que corrobora a premissa de que a corte decide, mas não julga como se corte fosse.

A conclusão de que essas práticas têm ensejado um crescimento do individualismo judicial²⁵ coincide com outro artigo de Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro, intitulado *O Supremo Individual: Meca-*

21 Vide DA SILVA, 2013.

22 DA SILVA, 2013, p. 569, tradução livre.

23 Vide DA SILVA, 2013, p. 572.

24 Vide DA SILVA, 2013, p. 583.

25 Vide DA SILVA, 2013, p. 577.

*nismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político*²⁶. Neste artigo, mais do que no de Virgílio Afonso da Silva, a ênfase é dada sobre as estratégias individuais dos ministros para influenciar o processo político. Evidentemente, uma maior individualização do controle do processo gera consequências bastante severas para a deliberação e constrói um ritmo decisório que torna a discussão coletiva menos relevante ou mesmo condicionada ao pensamento de apenas um dos membros da corte. As estratégias para esse fim são várias, mas ambos os autores centralizam sua análise em três delas: a) antecipação de voto ou entendimento sobre um caso em andamento ou potencialmente levado à corte por meio da imprensa; b) uso de decisões monocráticas para transformar, às vezes subliminarmente, a jurisprudência da corte; e c) a ampla facilidade de pedidos de vista, praticamente sem controle institucional²⁷. Segundo os autores, a consolidação de um “Supremo Individual” expõe uma forma de poder informal que praticamente se apresenta com força semelhante ao órgão colegiado²⁸ e que diretamente pode afetar a premissa normativa de que, como corte constitucional, o STF deve agir como poder contramajoritário²⁹.

De forma ainda mais aprofundada, a tese de doutorado de André Rufino do Vale, intitulada *Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais*,³⁰ recentemente defendida na Universidade de Alicante, na Espanha, em conjunto com a Universidade de Brasília, traz uma série de análises teóricas e empíricas sobre a forma de deliberação STF em comparação com o Tribunal Constitucional da Espanha. Aqui também há uma dedicada análise sobre as diferentes estratégias que especialmente o STF adota em sua prática decisória, mas, além da dimensão comparada, a pesquisa avança para a percepção dos próprios ministros sobre essas práticas. Por intermédio de entrevistas, André Rufino do Vale expõe as compreensões, paradoxos e dilemas que os próprios agentes têm a respeito das regras e práticas que condicionam ou direcionam seus comportamentos decisórios, tais como o televisionamento das sessões de julgamento; a ocorrência ou não de discussão prévia entre os pares sobre

26 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015.

27 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 122.

28 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 146.

29 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 151.

30 Vide VALE, 2014.

os votos; a possibilidade de se ter sessões fechadas antes das sessões públicas de julgamento; possível influência dos posicionamentos dos pares para a construção de sua decisão; o modelo de votação *seriatim*; a prática de preparação dos textos para julgamento antes de ouvir o relator e as considerações das partes; a possibilidade de modificação do voto após a sessão de julgamento; a forma e a liberdade de julgamento; a situação dos “pedidos de vista”; o papel do presidente na condução das sessões e na aplicação do regimento interno; o modelo de formatação e publicação das decisões do tribunal; a forma como a doutrina é citada, assim como sua origem, se nacional ou estrangeira; a percepção dos ministros sobre a “última palavra” na interpretação da Constituição; a relação dos ministros com os meios de comunicação e com a sociedade, isto é, se devem ouvir os anseios do povo; entre outros³¹. A essa sua extensa e cuidadosa análise, o autor agrega a sua pesquisa o que ele chama de “decálogo esquematizado”³², em que indica possíveis propostas e diretrizes para aperfeiçoar a prática deliberativa dos tribunais constitucionais. Sua pesquisa é primorosa, porque, além de uma ênfase em possíveis desenhos institucionais, ela avança para a própria percepção dos agentes, para o estudo comparado e, a partir dos resultados alcançados, apresenta propostas para aperfeiçoamento da capacidade deliberativa dos tribunais constitucionais.

Por sua vez, apesar de seu foco não ser exatamente o STF (mas as cortes brasileiras em geral), o livro *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*, de José Rodrigo Rodriguez, expõe, com grande propriedade e análises empíricas, também esse sintoma das “onze ilhas” que tanto atormenta o direito brasileiro. Com uma cuidadosa pesquisa sobre como os juízes brasileiros agem na aplicação do direito, sua conclusão não é diferente dos trabalhos anteriores. Aqui também há uma clara percepção da formação do personalismo decisório. Segundo ele, “*cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente*: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente ou impõe a necessidade de se elaborar um “voto da corte”³³. Seu conceito de “zonas de autarquia”, isto é, “um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que

31 Vide VALE, 2014, pp. 222-327.

32 VALE, 2014, p. 388.

33 RODRIGUEZ, 2013, p. 7.

se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer”³⁴ indica que, tal como antes afirmado, o problema do direito brasileiro é anterior e mais estrutural à própria discussão a respeito de que racionalidade se quer alcançar. No solipsismo decisório que prevalece nas práticas dos tribunais, a deliberação torna-se mero jogo de palavras em que, no final, o que se visualiza nada mais é do que “um espaço vazio de justificação”³⁵.

Nesses trabalhos, verifica-se que práticas consolidadas e o desenho institucional das cortes e, mais particularmente, do STF estão bastante distantes de ensejar a deliberação colegiada. Prevalece, ao contrário, o personalismo decisório, acompanhado de técnicas argumentativas que carecem de maior sustentação em relação a que modelo de racionalidade judicial adotar. Essas pesquisas apontam não somente uma incapacidade deliberativa em razão de uma falta de coerência e consistência interpretativa que reverbera em uma confusão entre o individual e o institucional, mas também em uma atuação que estrategicamente reforça o individual até como afirmação de poder. A disfuncionalidade da corte em uma análise sistemática do constitucionalismo é notória. Afinal, se o constitucionalismo decorre de interações entre instituições, que, por sua vez, derivam de interações entre indivíduos³⁶, o crescimento exacerbado do individualismo decisório resulta naturalmente em uma quebra desse equilíbrio interativo. Ao invés de uma decisão institucional que nasce de uma adequada distribuição do poder decisório entre os ministros, o desenho institucional e as práticas arraigadas desta corte permitem e favorecem que indivíduos, isoladamente, afetem diretamente o constitucionalismo, com relevantes consequências sobre a legitimidade da corte e a separação de poderes.

Fazer um diagnóstico dessa realidade, por conseguinte, faz-se necessário, buscando trazer um pouco desse aprendizado a partir da ainda escassa literatura sobre o tema e da observação das práticas e regras internas do tribunal. O próximo tópico tem o intuito de examinar algumas dessas características disfuncionais do desenho institucional e das práticas do STF. Como delimitação metodológica, optou-se por examinar o controle concentrado de constitucionalidade, que tem ganhado força e importância nos últimos anos, embora ainda com relativo pouco impacto na defesa de di-

34 RODRIGUEZ, 2013, p. 158.

35 RODRIGUEZ, 2013, p. 158.

36 Vide VERMEULE, 2011, p. 3.

reitos fundamentais³⁷. Sua centralidade, todavia, é inegável, na medida em que ele repercute muito da ideia de corte constitucional que centraliza as decisões em seu âmbito de competência, o que tem se verificado por um movimento de “abstrativização” de suas decisões³⁸. Além do mais, muitas das conclusões alcançadas pelo exame deste controle também se aplicam nas demais ações no âmbito do STF.

4. O Processo Decisório do STF no Âmbito do Controle Concentrado de Constitucionalidade

Acompanhando um movimento comum no direito constitucional comparado³⁹, o STF tem ganhado expressividade no cenário jurídico-político de forma bastante acentuada. Embora logo após o advento da Constituição de 1988 o STF ainda apresentasse uma atuação relativamente tímida em temas de maior sensibilidade nacional e política, essa realidade foi substancialmente alterada a partir da década de 2000⁴⁰, acarretando um crescente desconforto a respeito dos limites de sua competência. Andrei Koerner, a esse respeito, por exemplo, explicita que, enquanto, na década de 1990, o STF exercia mais o papel de “estabilização democrática e constituição de um regime liberalizante”⁴¹, a partir de 2002, com o governo Lula, houve um conjunto de reformas que “consolidaram o STF como jurisdição constitucional concentrada, permitiram maior controle da agenda e a ampliação dos impactos das decisões”⁴². Desse modo, malgrado todos os problemas e contradições inerentes ao novo *status* alcançado, o STF passou, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, a atuar simultaneamente como tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado. Esse poder de atuação foi reforçado com as emendas nº 3/93 e nº 45/04 e com as leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99⁴³.

37 Vide COSTA & BENVINDO, 2014.

38 Vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Acórdão na Reclamação nº 4335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 22 out. 2014 (Voto Min. Gilmar Mendes).

39 Vide HIRSCHL, 2008.

40 Para uma análise dessa maior presença do Supremo Tribunal Federal no Brasil nos últimos anos, vide BENVINDO, 2010, pp. 31-83; VIEIRA, 2008.

41 KOERNER, 2013, p. 79.

42 KOERNER, 2013, p. 92.

43 Vide VIEIRA, 2008, p. 444.

Essa configuração traz desafios evidentes. No âmbito do direito comparado, esse acúmulo de funções é bastante singular⁴⁴. O STF não apenas tem a competência de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos no âmbito federal e estadual, podendo inclusive apreciar emendas à Constituição que violem cláusulas pétreas⁴⁵, como também julga certas ações de maneira originária, geralmente em razão do *status* do réu. É também a última instância recursal, sendo responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional no Brasil.

Em relação particularmente ao controle concentrado de constitucionalidade, a atuação da corte pode ser examinada a partir tanto do aspecto legal (disposto, principalmente, no Regimento Interno do STF) quanto das próprias práticas do tribunal. Verifica-se o seguinte funcionamento interno da corte até a publicação do acórdão. O STF é composto, do ponto de vista interno, pelo plenário, por duas turmas e pelo presidente⁴⁶. As ações de controle concentrado de constitucionalidade são julgadas pelo plenário, com a presença mínima de oito ministros e o acordo decisório entre pelo menos seis ministros⁴⁷. Após o ingresso de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade por um dos atores legitimados⁴⁸, designa-se um relator mediante sorteio (ou prevenção, caso o ministro já possua alguma relação com o processo). A tramitação, após as inovações trazidas pela Resolução nº 417/2009, é totalmente eletrônica⁴⁹. O processo e o relator possuem uma relação intrínseca, o que se reflete de várias maneiras no processo decisório do STF: é o relator que ordena e dirige o processo, submete questões de ordem ao plenário, elabora o acórdão, convoca a audiência pública, entre outros⁵⁰.

Além de escrever o próprio voto do caso, o relator é responsável por elaborar o relatório, que descreve os argumentos dos atores que levam o

44 Vide VIEIRA, 2008, p. 447.

45 "O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 14 set. 2001).

46 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (DJ de 27 de outubro de 1980), art. 2º.

47 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (DJ de 27 de outubro de 1980), art. 143, parágrafo único; Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 22 e 23.

48 Vide Constituição da República Federativa do Brasil, art. 103.

49 Vide Resolução nº 417/2009 do Supremo Tribunal Federal (DJe de 22 de outubro de 2009), art. 19.

50 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21.

caso ao tribunal, e que é distribuído aos outros ministros antes do julgamento⁵¹. Como prática, os demais ministros, porém, não recebem o voto do relator com antecedência⁵². Eles somente têm acesso à opinião do relator em relação ao caso na própria sessão de julgamento. Como não há previsão de reunião prévia entre os ministros, os votos são escritos de forma individual e apresentados somente na sessão de julgamento.

Em regra, as sessões de julgamento são públicas⁵³. Após a abertura da sessão, o relator faz a leitura do relatório, seguindo-se as sustentações orais⁵⁴. Encerrado o debate, inicia-se o julgamento, segundo 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). Caso haja pedido de vista, o julgamento é suspenso até que o processo seja apresentado novamente; se não houver pedido, o presidente proclamará a decisão assim que encerrada a votação.⁵⁵

Por fim, o acórdão é redigido pelo redator – o 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. Os artigos 93, 96 e 97 do Regimento Interno dispõem que o acórdão deverá conter a transcrição de áudio do julgamento (que registra o relatório, as discussões em plenário, os votos fundamentados, as leituras de votos e eventuais consultas a advogados, as perguntas aos advogados e suas respostas), as conclusões e o extrato da ata.

Os gabinetes dos ministros devem encaminhar os votos à secretaria das sessões no prazo de vinte dias⁵⁶. Se os gabinetes não liberarem os votos dentro do prazo exigido, a secretaria das sessões transcreverá o áudio, ressalvando que o voto não foi revisado.⁵⁷ Finalmente, os autos são encaminhados ao relator para a elaboração do acórdão e ementa, que será publicado no Diário de Justiça.⁵⁸

51 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 87.

52 Vide VALE, 2014, p. 240.

53 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 124.

54 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 131 a 133.

55 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 134 e 135, §2º.

56 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 96, §2º.

57 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 96, §3º.

58 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 95 e 96, §4º.

5. Desenhos Institucionais e Práticas para Bloquear a Deliberação Coletiva

Não é preciso ser um profundo conhecedor de princípios e estratégias que possibilitam um incremento da deliberação coletiva para concluir, a partir da sucinta descrição acima, que há um evidente problema metodológico na construção de uma decisão colegiada no âmbito do STF. O desenho institucional e as práticas consolidadas explicitam uma dificuldade acentuada de pensar a atividade judicial, em uma corte de justiça, como algo diverso da expressão de um posicionamento individual de seus membros, reforçando, assim, a figura do *solipsismo supremo*. Mesmo que, ao final, se poderia pensar que foi alcançado algum consenso – afinal, existe um fenômeno de acentuada concentração das decisões com base no voto do relator⁵⁹ –, a verdade é que, se há consenso, não parece que ele tenha derivado de uma efetiva deliberação racional. Se fizermos uma separação, tal como sugerida por Klafke e Pretzel⁶⁰, entre o momento da criação da decisão, que vai desde a distribuição do processo até a deliberação em plenário, e o momento da apresentação do resultado final, referente à elaboração do acórdão e à opinião da corte, essa conclusão fica ainda mais nítida.

5.1. Momento da Construção das Decisões

No momento da construção das decisões, o conceito de deliberação, tal como hoje praticado no STF, identifica-se imediatamente com a construção individual da decisão. Não há, afinal, prévia circulação do voto do relator entre seus pares⁶¹, somente o relatório⁶², que apenas sintetiza o caso, os argumentos das partes e, em alguns casos, de outros participantes, como os

59 Vide a pesquisa de Guilherme Klafke e Bruna Pretzel, em que concluem que “a partir dos dados coletados, verificamos que uma quantidade não desprezível de acórdãos no universo da pesquisa apresenta grau máximo ou muito intenso de concentração. Dessa maneira, acreditamos ser possível direcionar a crítica das “onze ilhas” para dois questionamentos importantes: (i) Quais as razões que levam um ministro a anexar um voto escrito no acórdão ou apenas registrar em ata? (ii) O fenômeno da concentração é retrato de uma tendência à construção de consensos no tribunal ou é a máxima evidência de que o individualismo impera também na dinâmica colegiada da corte?” (KLAFFE; PRETZEL, 2014, p. 103).

60 Vide KLAFFE; PRETZEL, 2014, pp. 91-92.

61 Embora isso já aconteça em alguns casos, como prática do tribunal, a circulação do voto não é obrigatória e nem está prevista no Regimento Interno do STF.

62 Vide DA SILVA, 2013, pp. 569-70; BARROSO & MELLO, 2010.

amici curiae. A esse respeito, a pesquisa de André Rufino do Vale enfatiza, a partir de entrevistas com os próprios ministros, que a maioria deles “não costuma trocar ideias com seus pares no momento em que está se preparando para tomar decisões importantes”⁶³. Aliás – e este fato é bastante curioso como prática deliberativa –, são poucos os ministros que defendem esse tipo de contato prévio e muitos justificam essa ausência em razão da falta de tempo ou até mesmo em função do elevado risco de influência recíproca⁶⁴. Como se observa, a própria ideia de deliberação prévia é colocada em dúvida, prevalecendo o elemento surpresa como um fator importante no momento da decisão em plenário.

Como estratégia hábil a potencializar a qualidade deliberativa da corte, seria conveniente e desejável que o voto do relator também circulasse antes da sessão de julgamento. Isso tornaria o processo decisório mais discursivo, coletivo e consistente, pois tenderia a promover um maior diálogo em torno das posições convergentes e divergentes dos membros da corte, poupando tempo e trabalho dos demais ministros. Ao mesmo tempo, poderia permitir a construção de uma *opinião da corte*, que facilitaria a coerência das decisões, incrementando-se, assim, um maior diálogo da corte com seu próprio passado. Um dos problemas mais analisados nas diferentes pesquisas a respeito desse pouco diálogo do voto do relator com os demais posicionamentos dos ministros está, como visto, no reforço da perspectiva individual em detrimento do coletivo, além, naturalmente, de uma perda de coerência. Não há – ao menos como regra – verdadeiro confronto de posições e não é de se estranhar que a concentração, seja por consenso tácito ou afirmação própria desse personalismo decisório⁶⁵, seja a rotina do tribunal. Se não há prévio diálogo, é natural, até como estratégia comportamental, que o consenso seja alcançado muito mais por uma atitude inercial do que, efetivamente, pela construção coletiva do argumento. Segue-se o voto do relator, pois não há tempo e ambiente para o adequado aprofundamento dos fundamentos apresentados, estruturando-se a lógica discursiva por uma estratégia dos demais membros de não confrontar o relator e confiar que alguma coerência está prevalecendo.

63 VALE, 2014, p. 241

64 Vide VALE, 2014, pp. 241-42.

65 Vide KLAFKE & PRETZEL, 2014, p. 103.

Se o relator é o principal responsável pelo processo, possuindo para tanto diversos poderes, é natural supor que dentro do tribunal ele seja quem conhece melhor as particularidades de cada caso. Essa qualidade, todavia, é desperdiçada para fins de diálogo, voltando-se, ao contrário, para o reforço da individualidade. Como demonstram os recentes trabalhos de Virgílio Afonso da Silva a respeito do papel do relator no Supremo Tribunal Federal, embasados em entrevistas realizadas com 17 ministros e ex-ministros da Corte, o papel de preponderância do relator no processo decisório e na deliberação é com frequência superestimado⁶⁶, seja em decorrência do próprio processo deliberativo do tribunal⁶⁷, seja em decorrência de práticas institucionalizadas⁶⁸.

A consequência, registrada no diagnóstico das “onze ilhas”, está, pois, na configuração de um ambiente em que cada ministro escreve seu voto, quando assim o faz (pois há tendência inercial de seguir simplesmente o relator)⁶⁹, sem saber a opinião daquele que teve mais acesso às particularidades do caso. Se, por outro lado, fosse adotada a solução simples de circular o voto do relator antes do julgamento, há um ganho visível de escala, coerência e eficiência: os ministros que concordam com a posição poderiam, desde já, aderir à posição do relator – embora agora sem o elemento surpresa que favorece comportamentos inerciais –, evitando-se a escrita pormenorizada de um voto desnecessário. Além do mais, evitar-se-iam pedidos de vista, uma vez que os ministros já saberiam de antemão para onde o julgamento estará caminhando.

Por outro lado, aqueles que discordassem do posicionamento do relator poderiam levar ao julgamento seus argumentos já também pensados e estruturados para rebater os pontos suscitados, enriquecendo o debate sobre a questão. Essa, aliás, é a sugestão de Barroso e Mello, extremamente simples em sua essência, mostrando que uma pequena mudança das práticas internas do tribunal poderia fazer uma grande diferença⁷⁰. Uma simples modificação do desenho hoje empregado de como os casos devem ser examinados na corte teria a capacidade de avançar na conformação de uma

66 Vide DA SILVA, 2015, pp. 198-199.

67 DA SILVA, 2015, pp. 188-190;

68 DA SILVA, 2015, pp. 191-193; DA SILVA, 2016, p. 667. Vide, também, o artigo de ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, e a resposta de DA SILVA, 2016.

69 Vide KLAFKE; PRETZEL, 2014.

70 Vide BARROSO & MELLO, 2010.

corte constitucional e, não, em um aglomerado de juízes constitucionais. Ao solipsismo hoje prevalente, avançaria uma forma de *racionalização discursiva* dentro da corte. O ganho de consistência e de transparência tenderia a incrementar substancialmente. Ficaria demonstrado que transparência não se confunde com o ato de apresentar, de surpresa, a decisão perante os demais colegas e a sociedade, especialmente hoje com os mecanismos de radiodifusão como a TV Justiça. Ao contrário, significa explicitar uma posição decorrente de ampla deliberação colegiada e de forte preparo coletivo para o encontro do melhor argumento.

Há hoje, além do mais, outros elementos que são hábeis a potencializar a deliberação coletiva e que poderiam facilitar essa mudança no desenho institucional para fomentar comportamentos dos ministros à construção de decisões mais propriamente colegiadas. Com a adoção do processo eletrônico, facilita-se sobremaneira o ganho de informação e preparo dos membros da corte para sua atuação nas sessões de julgamento, naturalmente decorrente de todas as facilidades advindas desse sistema. Embora ainda usado de forma relativamente pouco discursiva, o plenário virtual poderia ensejar ganhos para esse fim. Esse sistema, que consiste em um mecanismo de votação eletrônico concebido para o julgamento da preliminar de repercussão geral – e, em alguns casos, para o julgamento do mérito de recursos em que já houver jurisprudência pacífica⁷¹ – poderia também servir para o início de um debate virtual, posteriormente fortalecido durante a própria sessão de julgamento. Se hoje já se apresenta como um lugar onde os ministros trocam informações prévias, encontra-se aí um interessante instrumento de uso da tecnologia para fomentar a deliberação coletiva. Porém, para tanto, há de se mudar substancialmente a forma como hoje ainda tem sido usado este mecanismo, que, ao invés de ampliar o diálogo, é claramente marcado pelo solipsismo argumentativo de cada um dos ministros da corte.

Como mostra a pesquisa empírica de André Rufino do Vale, momentos de deliberação anteriores à sessão plenária são excepcionais⁷². Isso se deve em parte à organização da corte – os gabinetes são pensados como estruturas autônomas hermeticamente fechadas – e à atual legislação processual

71 Vide SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Supremo Esclarece Regras dos Julgamentos por Meio Virtual, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185234>>. Acessado em 03 de agosto de 2015. Acessado em 21 de julho de 2016.

72 Vide VALE, 2014, pp. 242-43

civil em vigor, que enfatiza a decisão monocrática⁷³. Se por um lado isso oferece soluções práticas para a resolução da quantidade exacerbada de processos em tramitação, isso cria, por outro lado, uma espécie de cultura do individualismo⁷⁴. Ao fim e ao cabo, “são deliberações parciais intragabinetes que na prática dificultam o desenvolvimento de deliberações colegiadas intergabinetes”⁷⁵.

A escrita dos votos é um ponto igualmente problemático⁷⁶. Relaciona-se intimamente com a questão da circulação do voto do relator e a questão da leitura dos votos. Existem, basicamente, dois modelos de decisão: o modelo *seriatim* e o modelo *per curiam*. Enquanto o modelo *seriatim* consiste na agregação de várias opiniões (em série, como o termo já indica), o modelo *per curiam* é aquele que produz uma decisão após uma deliberação secreta. Enquanto o modelo *seriatim* é característico de países do *common law*, o modelo *per curiam* é o modelo típico dos países de *civil law*.⁷⁷ Há também possíveis variações nesses modelos, restringindo ou não, por exemplo, a publicação de opiniões dissidentes.

O modelo utilizado pelo STF é o *seriatim*. A escrita de votos, portanto, é individual, e os ministros chegam à sessão de julgamento com seu respectivo voto pronto. Na sessão, ele será lido em voz alta. Como o voto do relator não circula antes do julgamento, nem há uma reunião prévia para debater o que será julgado, pode-se dizer que não existe qualquer processo deliberativo no tribunal antes da sessão plenária – a não ser em casos de reuniões informais, que, apesar de terem sido documentadas pela imprensa, não são previstas como parte da prática do tribunal.

A ordem de leitura dos votos é disciplinada pelo art. 135 do Regimento Interno do STF, que basicamente começa pelo relator, segue por ordem de tempo no tribunal (do ministro com menos tempo de tribunal até o que está há mais tempo) e termina com o presidente do tribunal. Além disso, as sustentações orais dos advogados – como o Advogado Geral da União, advogados públicos e advogados de *amici curiae* – acontecem durante a sessão de julgamento, logo após a leitura do relatório. Somando isso à di-

73 Vide VALE, 2014, p. 243.

74 Vide VALE, 2014, p. 243.

75 Vide VALE, 2014, p. 244.

76 Vide BARROSO & MELLO, 2010; DA SILVA, 2013, pp. 578-580.

77 Vide DA SILVA, 2013, p. 570.

vulgação com pouca antecedência da pauta de julgamento e à dificuldade em conseguir audiências, pode-se dizer que a participação dos advogados está muito aquém do potencial persuasivo que deveria ter. Esse desenho de como a deliberação é realizada, naturalmente, produz um profundo desequilíbrio entre os juízes, como bem retratado por Virgílio Afonso da Silva⁷⁸. Segundo ele – e aqui se atendo ao exemplo mais simples por ele trazido⁷⁹ –, caso os seis primeiros ministros votem em determinado sentido, como a inconstitucionalidade ou não de uma lei, os últimos cinco ministros (o presidente e os quatro ministros há mais tempo no cargo) teriam muito menos influência na decisão final⁸⁰. Como a decisão, principalmente em casos polêmicos, será proclamada após a contagem de votos dos ministros, o caso está virtualmente já decidido, uma vez que obteve a maioria (6 votos) necessária. Embora a mudança de posição seja possível até o fim do julgamento, “tendo em vista as restrições procedimentais ao livre debate, e tendo em vista os efeitos da extrema publicidade na probabilidade de mudanças de opinião, é improvável que um esse placar de ‘6 a 0’ possa ser derrubado”⁸¹. Isso demonstra que nem sempre os votos possuem o mesmo peso, o que, naturalmente, traz um direto problema para a deliberação racional, na medida em que a igualdade discursiva sob o viés procedimental⁸² é claramente afetada.

Prosseguindo a análise, o momento de debate no julgamento é outro aspecto que pode ser considerado problemático, tendo sido abordado principalmente por Klafke. Sua análise é interessantíssima, embora limitada a apenas sete acórdãos do STF. Klafke, ao menos a partir desse material empírico, conclui que os debates, ao invés de possuírem uma grande repercussão no julgamento, são improdutivos. Como os debates servem para

78 Vide DA SILVA, 2013, pp. 570-72.

79 Sem o prejuízo de outros exemplos mais complexos e que tratam melhor do tema, que podem ser encontrados no artigo mencionado.

80 Vide DA SILVA, 2013, p. 571.

81 Vide DA SILVA, 2013, p. 571.

82 Vide, por exemplo, como Jürgen Habermas trabalha a construção de uma racionalidade comunicativa que pressupõe igualdade de deliberação entre agentes. Segundo ele: “Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir *cooperativamente* os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado e na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem *através de processo de entendimento*” (HABERMAS, 2002, p. 72).

prestar esclarecimentos, dá-se pouca importância à troca de argumentos, resultando em uma resistência à mudança de posição dos ministros⁸³. O problema da produtividade dos debates está ligado, para o autor, a outros problemas do processo decisório do STF: a omissão do plenário, a inconsistência na definição dos pontos controversos, a sessão única de julgamento e o isolamento dos ministros, entre outros⁸⁴. Resumidamente, há pouco espaço para o debate da questão que está sendo decidida. Além do mais, em um primeiro momento, nem todas as questões levantadas durante o julgamento são enfrentadas pelo plenário. Algumas questões mencionadas pelos ministros e que poderiam aprimorar a decisão permanecem não abordadas no acórdão final⁸⁵. Um outro efeito é a inconsistência entre os argumentos. Não raramente sequer há uma definição clara do que está sendo debatido, já que cada ministro pode realçar diferentes aspectos do problema sem necessariamente abordar os pontos do voto anterior. Não haveria, assim, um fio condutor do debate, ao menos nos casos examinados. Os ministros, em vez de simplesmente seguirem o voto do relator ou de rebater as questões apresentadas, escolhem quais questões devem ou não abordar e de que modo⁸⁶. Por fim, é de se ressaltar que todo o processo decisório se desenrola em apenas uma sessão, a não ser que haja um pedido de vista, que suspende o julgamento. Questões novas levantadas no momento de deliberação podem causar surpresa e permanecer sem resposta, tanto pela falta de preparo quanto pela ausência de um segundo momento decisório. Se as decisões são criadas em uma única sessão, os ministros trazem os votos escritos e passam grande parte do tempo lendo seus votos, parece claro que o debate acontecerá de forma ocasional e fragmentária.

Recorrente também na análise dos problemas deliberativos do STF encontra-se o pedido de vista e o controle do tempo da decisão pelos ministros⁸⁷. Durante a sessão, qualquer um dos ministros pode suspender o julgamento, caso sintam que é necessário mais tempo para refletir sobre a questão. Fica evidente, portanto, uma tensão inerente ao processo decisório do STF: o tribunal requer que a decisão seja tomada o mais rápido pos-

83 Vide KLAFFE, 2010, pp. 116-17.

84 Vide KLAFFE, 2010, pp. 95-120.

85 Vide KLAFFE, 2010, pp. 95-101.

86 Vide KLAFFE, 2010, pp. 101-04.

87 Vide ARGUELHES & RIBEIRO, 2015, pp. 135-138; DA SILVA, 2013, p. 572; KLAFFE, 2010, pp. 109-112.

sível, em uma única sessão, ao mesmo em que garante a possibilidade da suspensão do processo por um grande espaço temporal. Essa ampla lateralidade que se concede a cada um dos ministros, todavia, impõe a conclusão de que a importância dos posicionamentos dos demais ministros tende a contar pouco⁸⁸. Para entender como essa interrupção pode ser descabida, basta imaginar um caso hipotético em que há um pedido de vista logo no início do julgamento. Se a função do voto vista é permitir uma reflexão melhor sobre o caso, é possível que a dúvida que suscitou o pedido fosse resolvida ao longo do julgamento ou debatida pelos outros ministros. Além do mais, o pedido de vista pode servir como um instrumento político interessante para os ministros, principalmente em casos polêmicos, pois adiará a decisão como um mecanismo estratégico de controle do *timing* da ocorrência de seus efeitos⁸⁹. Por outro lado, ele traz consequências negativas ao processo decisório, já que os ministros frequentemente descumprem o prazo de devolução, podendo se estender por vários anos⁹⁰.

5.2. Momento da Apresentação das Decisões

Após o encerramento da sessão plenária, o processo é remetido, para a confecção do acórdão, ao gabinete do ministro relator (caso seu voto tenha sido vencedor no julgamento) ou ao gabinete do ministro que tenha proferido o primeiro voto divergente (caso a posição do relator tenha sido vencida). Um acórdão de uma decisão do STF contém basicamente três elementos: a) a ementa, cuja função é resumir o fundamento e o dispositivo da decisão; b) o relatório; c) os votos de todos os ministros que participaram do julgamento somados às transcrições dos debates orais ocorridos nas sessões de julgamento.

Os aspectos procedimentais da escrita e publicação dos acórdãos dão ensejo a problemas interessantes. O primeiro deles é a necessidade de aprovação e liberação, por cada um dos ministros, de todas as notas

88 DA SILVA, 2013, p. 572.

89 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, pp. 135-138.

90 A análise empírica que culminou no relatório "O Supremo em Números: O Supremo e o Tempo" mostra que os prazos regimentais dos pedidos de vista são raramente respeitados. Muito embora o prazo para a devolução dos pedidos de vista seja de dez dias (prorrogável por mais dez - essa norma regimental foi, porém, alterada por diversas vezes), a duração média de devolução dos pedidos de vista é de 1095 dias, para os não devolvidos, e 346, para os devolvidos. Para tanto, vide (FALCÃO ET AL., 2014, pp. 89-100).

e transcrições do áudio do julgamento⁹¹. Especialmente em se tratando de julgamentos longos e com muitos debates, o tempo necessário para a transcrição e aprovação pode extrapolar os limites do Regimento Interno e retardar a publicação da decisão⁹².

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. Vale ressaltar que a adoção de um ou outro modelo de escrita de votos não é, em si mesmo, problemática. O modelo *seriatim* representa com fidedignidade a realidade da deliberação dentro da corte, o que pode, inclusive, servir como uma espécie de estratégia política da corte, ao mostrar para a sociedade que o tribunal é composto por uma pluralidade de opiniões. 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. Porém, como a decisão é tomada, em última instância, pela soma dos votos dissidentes e convergentes, a adoção do modelo *seriatim* pode ser problemática. Não existe preocupação, à primeira vista, com a unidade do acórdão, ou seja, com o fato do tribunal falar com uma única voz. Com isso, não raramente existem 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.

O modelo *per curiam* apresenta, em relação à coletivização dos resultados da decisão, uma vantagem inegável. Na medida em que este modelo requer a redação de uma opinião da corte sobre determinado caso, abrindo ou não espaço para votos divergentes, o tribunal tem de apresentar suas razões como corte constitucional, construindo-se, assim, um imperativo de consistência argumentativa⁹³. Naturalmente, isso implica uma perda dessa individualidade que as práticas e regras do tribunal fortaleceram ao longo dos anos e, portanto, exigiria uma radical mudança de cultura e lógica argumentativa dentro da corte, o que causa resistência dos próprios ministros. A perda de poder individual, evidentemente, contraria não apenas uma postura inercial de se manter as coisas como sempre estiveram - a zona

91 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 96.

92 Vide VALE, 2014, p. 294.

93 Para uma análise detalhada do problema, vide ROESLER & RÜBINGER-BETTI, 2014.

de conforto –, mas a construção mental que se consolidou de sua própria capacidade de determinar, mesmo que isoladamente, a mudança constitucional. Mas o esforço pode se justificar, especialmente porque concentrar muitos poderes nos ministros individualmente implica confundir a própria corte com essas individualidades, quando, na verdade, as propriedades de uma corte, como um sistema agregado, podem ter características que nem todos ou nenhum de seus os seus membros compartilha⁹⁴. A interação entre eles, se efetiva, abstrai-se de uma simples somatória de opiniões isoladas. Além do mais, possibilita-se uma melhor identificação da *ratio decidendi* das decisões da corte, evitando-se que os ministros exerçam individualmente o poder judicial “sem mediação pela arena decisória interna do STF”⁹⁵. O ganho de transparência, seja pelo incremento de qualidade da deliberação interna, seja pela maior possibilidade de controle externo de consistência argumentativa pela sociedade – por exemplo, o papel crítico exercido pela academia – é notório.

6. Conclusão: o Supremo Tribunal Federal em uma Dimensão Sistêmica do Arranjo Constitucional Brasileiro

A deliberação está intimamente ligada à legitimidade de uma corte constitucional, que é conquistada lentamente, decisão por decisão. Trata-se de uma conquista, porém, que deve atentar para o papel que uma corte constitucional assume em uma dimensão sistêmica de interação entre constitucionalismo, instituições e indivíduos⁹⁶. Adrian Vermeule, no livro *The System of the Constitution*⁹⁷, ao afirmar que toda ordem constitucional é um sistema de dois níveis⁹⁸, isto é, decorre da “interação de instituições, que, por sua vez, surgem da interação de indivíduos”⁹⁹, expõe as fragilidades

94 Segundo Vermeule, “(...) o sistema agregado tem propriedades que nem todos seus componentes ou membros compartilham; como veremos, um sistema agregado pode até mesmo ter propriedades que nenhum de seus componentes ou membros compartilham. Isso é possível não porque o agregado tem alguma existência misteriosa particular, sobre e a cima dos indivíduos ou instituições que os contêm. Ao contrário, isso pode ocorrer apenas porque uma estrutura particular de interação entre os membros ou componentes produz propriedades emergentes no nível sistêmico” (VERMEULE, 2011, p. 5).

95 ARGUELHES & RIBEIRO, 2015, p. 128.

96 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

97 Vide VERMEULE, 2011.

98 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

99 VERMEULE, 2011, p. 8.

dos estudos que esquecem essa premissa. Nessas circunstâncias, cometem o que se poderia chamar de falácia da composição ou da divisão. Isso porque assumem que a instituição é a soma das intenções, práticas dos indivíduos ou vice-versa, respectivamente, quando, na verdade, na interação entre eles, a instituição pode se apresentar com qualidades bastante diversas ou mesmo antagônicas a seus membros. Do mesmo modo, em um segundo nível, as interações entre as instituições também constroem um sistema de segunda ordem que tampouco se confunde com uma instituição em particular¹⁰⁰. O STF, com sua prática decisória que não delibera¹⁰¹, todavia, consegue ultrapassar os dois níveis sistêmicos sem maiores constrangimentos, acarretando, naturalmente, um profundo problema de legitimidade.

A sucinta análise das práticas do STF apresentada acima expõe o diagnóstico de um excessivo caminhar para o fortalecimento individual dos ministros, que não apenas agem como se instituição fossem, mas também, em função do substancial alargamento de competências e dos efeitos de suas decisões¹⁰², como controladores da mudança constitucional e - por que não? - do processo político¹⁰³. Na medida em que a deliberação se torna secundária ou mesmo uma prática de fachada, as interações que impõem limites a essa atuação individual se perdem. Neste caso, a falácia da composição se apresenta, em que a decisão da corte se confunde com o somatório de opiniões de seus ministros. Porém, como há visível concentração decisória em torno da figura do relator¹⁰⁴, com um movimento inercial dos demais ministros, sequer se poderia chamar de composição de opiniões as decisões desta corte. Em última instância, o solipsismo supremo nada mais é do que a expressão de indivíduos determinando, em grande medida, o funcionamento da ordem constitucional, quebrando-se, portanto, a lógica de um sistema de dois níveis¹⁰⁵ que impõe constrangimentos mútuos para o adequado funcionamento do regime democrático.

Este artigo reconhece, naturalmente, as dificuldades de mudança de comportamentos e da construção de novos desenhos institucionais. Sabe,

100 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

101 Vide DA SILVA, 2013.

102 Vide o fenômeno da “abstrativização” das decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade. STF, como se pode encontrar no julgamento da ADI 4.335/AC no Supremo Tribunal Federal.

103 Vide ARGUELHES & RIBEIRO, 2015.

104 Vide KLAFKE & PRETZEL, 2014, p. 103.

105 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

do mesmo modo, que o STF, com o alargamento de suas competências, acabou por reforçar práticas obstrutivas da deliberação até para lidar com o incremento de complexidade em meio à escassez de tempo. Em uma corte que, apenas em 2015, produziu 116.669 decisões, mas apenas 17.752 colegiadas¹⁰⁶, é visível que há um estrutural descompasso entre sua realidade cotidiana e a idealidade de uma corte constitucional. Contudo, soluções simples como as antes apresentadas, que não acarretariam maiores transtornos a essa realidade já bastante conturbada, poderiam abrir as portas para um avanço notável na capacidade deliberativa do tribunal. Ao não as promover, o STF expõe, todavia, seu lado mais humano, novamente confundindo-se com os indivíduos que o compõem. Como solipsismo supremo que é, não consegue sair da inércia que condiciona comportamentos à manutenção de sua zona de conforto. Mas, sobretudo, a resistência dos ministros à mudança, quando a obviedade dessa disfuncionalidade tão fortemente se apresenta e pequenos movimentos já trariam importantes resultados, expõe algo mais profundo: a dificuldade de seus ministros de esvaziarem-se de suas vaidades e de suas ânsias por mais poder, especialmente porque a corte, ao efetivamente deliberar, constrangerá suas tão consolidadas verdades. Repensar o processo decisório do STF não é, por isso, apenas um capricho teórico, mas uma tentativa de trazer possíveis soluções para uma quantidade expressiva de problemas práticos que ele origina.

Referências

- ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, pp. 572–581, 2005; <http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>
- _____. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, pp. 374–384, 1999; <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9337.00131>
- ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016; <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v2i1.44>

106 Vide SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF – Decisões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?secao=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em 21 de julho de 2016.

- ARGUELHES, Diego Werneck e HARTMANN, Ivar A. A irrelevância do Regimento Interno do STF. *JOTA*, 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://jota.info/j9zbn>>. Acesso em 23 de julho de 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: Mecanismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, pp. 121–155, 2015.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2010; <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-11434-2>
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. *Consultor Jurídico*, 28 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em 23 de julho de 2016.
- COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Social Science Research Network (SSRN), 2014; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>
- DA SILVA, Virgílio Afonso. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, 2016; <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v2i2.81>
- _____. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, 2015; <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v1i1.21>
- _____. Deciding Without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557–584, 2013; <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mot019>
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013; <http://dx.doi.org/10.4159/harvard.9780674067325>
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Editora FGV Direito Rio, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. *The Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1988.

- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, pp. 1477-1558, 1995.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, pp. 93-118, 2008; <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>
- KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP, São Paulo, 2010.
- _____; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o Diagnóstico das Onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* v. 1, n. 1, pp. 89-104, 2014; <http://dx.doi.org/10.19092/reed.v1i1.8>
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF Pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, pp. 69-85, 2013; <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002013000200006>
- LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. *Harvard Law Review*, v. 124, pp. 657-746, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013; <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670451.001.0001>
- _____. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- _____. Neither Dialogue nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, pp. 1-40, 2011; <http://dx.doi.org/10.5235/175214611796404840>
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. São Paulo: FGV Editora, 2013.
- ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O Julgamento da ADI Nº 3510 sob a Perspectiva Argumentativa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, pp. 663-694, 2014; <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n3p663-694>
- ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011
- VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011; <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199838455.001.0001>

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, v. 4, n. 2, pp. 441–463, 2008; <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322008000200005>.

Recebido em 24 de julho de 2016.

Aceito em 12 de maio de 2017.