

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL – PPGDC

LÍLIAN CAZORLA DO ESPIRITO SANTO NUNES

**O PROCEDIMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM
ESTUDO SOBRE DELIBERAÇÃO E DECISÃO NA CORTE BRASILEIRA**

NITERÓI

2015

LÍLIAN CAZORLA DO ESPIRITO SANTO NUNES

O PROCEDIMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO
SOBRE DELIBERAÇÃO E DECISÃO NA CORTE BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador:
Prof. Dr. Gustavo Sampaio Telles Ferreira

NITERÓI

2015

LÍLIAN CAZORLA DO ESPIRITO SANTO NUNES

O PROCEDIMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO
SOBRE DELIBERAÇÃO E DECISÃO NA CORTE BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em 24/04/2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Sampaio Telles Ferreira (UFF)

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val (UFF)

Prof. Dra. Patrícia Perrone Campos Mello (UNICEUB)

NITERÓI

2015

Para Ruan.
Pelo Futuro.

AGRADECIMENTOS

Quando iniciei a redação desta Dissertação, após o primeiro e intenso ano do Mestrado, já pensava nas considerações e agradecimentos que teceria ao final. Então, decidi antecipar sua elaboração. Esta parte do trabalho foi, como todo o restante da obra, construída ao longo do tempo, conforme as sensações e experiências vividas. E não a reputo de menor importância. Trata-se de mais um fragmento que compõe o esforço empenhado desde o início da caminhada acadêmica. É o elemento humano desta empreitada solitária por natureza, que agora pretendo compartilhar com outras pessoas além das que já me acompanharam até aqui.

A primeira ideia que me vem à mente quando penso no que significou o Mestrado é a frase dita, no primeiro dia de aula, pelo sábio e querido professor Eduardo Manuel Val: “vocês vão ver que a vida se divide em antes e depois do Mestrado”. E ele tinha razão. Nos dois anos de curso eu amadureci mais do que podia esperar. Cresci intelectualmente como jamais imaginei. Aprendi muito. Ampliei meus horizontes. Aprofundei meu Ser. Compartilhei utopias. Apaixonei-me de vez pela Academia. Fiz amigos. A experiência foi, para mim, absolutamente engrandecedora. O período também coincidiu com as maiores transformações que já atravessei na minha vida pessoal até hoje. Por tudo, sinto que concluir esta Dissertação é uma vitória. É um alento depois de tanta luta. Uma conquista, uma graça, um alívio. O encerramento de um ciclo, um novo recomeço. Uma centelha de esperança pelo porvir. Cumpre-me, agora, agradecer.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que está sempre à frente de todas as coisas. Embora eu não professe nenhuma religião, sou uma pessoa de muita fé. Fé em algo maior do que nós. Fé na vida. Fé no amor e no bem. E sinto, dentro de mim, que nunca estou sozinha.

Agradeço àqueles que, de perto, dividiram esta experiência comigo e foram fundamentais para o meu sucesso. Ao Ruan, meu lar, por ter tornado tudo mais leve e bonito, por sua lucidez e tranquilidade essenciais para mim, por me fazer almejar tudo e tão pouco ao mesmo tempo, e por sempre incentivar meus planos. Aos meus pais, Mônica e Nuno, aos quais credito *tudo*, pois aquilo que alcanço não é senão devido ao infinito amor e a todo o mais que eles me proporcionaram. Aos meus irmãos, Luiza e Victor, minhas fontes de energia incondicionais, aqueles que, aconteça o que acontecer nessa vida, estarão sempre por perto. Aos meus sogros, Regina e Ricardo, e sua linda família, que têm sido presenças determinantes para o meu equilíbrio. E a João Gabriel, pedacinho de gente que iluminou meu coração e mudou minha forma de enxergar o mundo.

Agradeço profundamente a Alessandra Dale Giacomini Terra, que é uma luz no meu caminho. Meu “bote salva-vidas”, minha parceira de todas as horas, sem a qual teria sido impossível não apenas concluir, mas também iniciar essa jornada. Nela encontrei inspiração, ânimo e coragem, e ninguém me compreendeu melhor do que ela. Agradeço, igualmente, a Thiago Guerreiro Bastos, que ingressou comigo nesta empreitada e foi um importante interlocutor, companheiro de descobertas, dúvidas e expectativas. A eles, meus cúmplices desde 2006, devo enorme gratidão: foram essenciais tanto para esta Dissertação, quanto para a vida.

Agradeço a Patrícia Perrone Campos Mello pelo incentivo no início de minha carreira, pelas conversas e conselhos, pela colaboração para o amadurecimento desta pesquisa, pelos livros emprestados. E ainda pela forma vibrante com que encara a vida, ensinamento que reputo de grande valia.

Sou grata à Universidade Federal Fluminense por tudo o que lá vivenciei. Desde a Graduação até a conclusão deste Mestrado, são imensuráveis o aprendizado, o crescimento enquanto cidadã e as alegrias compartilhadas naquele ambiente, que despertaram em mim um grande carinho pela instituição. Agradeço, também, aos excepcionais professores e funcionários da Casa, aos quais admiro e respeito. Especialmente ao meu orientador, Gustavo Sampaio Telles Ferreira, pela influência fundamental na minha formação e por ser um exemplo de ética e profissionalismo; ao professor Eduardo Manuel Val por todas as lições que me transmitiu, na Academia e na vida, e pelas inestimáveis contribuições para esta pesquisa; e ao professor Enzo Bello, atual coordenador do PPGDC-UFF, que, integrando a banca de qualificação deste outrora projeto, foi responsável por sugestões ajudaram a definir seus rumos. Agradeço, ainda, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pelo apoio financeiro que possibilitou a elaboração da obra que agora apresento.

Agradeço, por fim, às grandes mentes que tive a oportunidade de conhecer no Mestrado, os brilhantes colegas que coloriram e enriqueceram esta caminhada.

A vocês e a todos aqueles que, de alguma forma, acompanharam-me até aqui, o meu sincero obrigado! Como sempre e tudo na minha vida, é do fundo do meu coração.

RESUMO

A presente Dissertação parte da crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal como um órgão formado por “onze ilhas” e busca discutir a legitimidade das decisões da Corte brasileira a partir da análise das questões institucionais internas ao órgão, mais especificamente, o seu procedimento decisório. Intenta-se identificar se e em que medida o procedimento adotado para a construção dos julgados produz consequências para a atuação geral do Supremo. Neste sentido, o estudo se pauta pela compreensão dos elementos do processo decisório nos órgãos jurisdicionais colegiados. Além disso, recorre à experiência comparada, analisando os modelos de jurisdição constitucional que influenciaram o caso brasileiro – o americano e o alemão – para verificar aspectos do procedimento decisório e suas implicações para a realidade daqueles países. Finalmente, desenvolve-se estudo empírico do Supremo Tribunal Federal, através da audiência de sessões colegiadas, da análise de acórdãos e de pesquisa de campo com entrevistas a assessores de ministros da Corte, a fim de compreender a dinâmica colegiada, com foco nos momentos de deliberação e redação da decisão.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Procedimento decisório. Deliberação. Legitimidade.

ABSTRACT

This work starts from the criticism of the Brazilian Supreme Court performance as a body made up of “eleven islands” and aims at discuss the legitimacy of its decisions by analysing the internal institutional issues, more specifically, the decision-making procedure. The work attempts to identify whether and to what extent the procedure adopted for the construction of the decisions has consequences for the overall performance of the Court. In this sense, the study is intended to understand the elements of decision-making in the collegiate courts of justice. It also pursues the comparative experience, analyzing the models that influenced the Brazilian case – the American and German – to verify aspects of the decision-making procedure and its implications for the reality of those countries. Finally, it develops empirical study of the Supreme Court, through the hearing of collegiate sessions, analysis of decisions and field research with interviews with the Court's advisors in order to understand the collegiate dynamics, focusing on moments of deliberation and decision writing.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Decision-making procedure. Deliberation. Legitimacy.

ABREVIATURAS

ADCT – *Ato das disposições constitucionais transitórias*
ADI – *Ação Direta de Inconstitucionalidade*
AP – *Ação Penal*
ART – *Artigo*
CF – *Constituição Federal*
CLT – *Consolidação das Leis do Trabalho*
EC – *Emenda constitucional*
ECT – *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*
EUA – *Estados Unidos da América*
OJ – *Orientação jurisprudencial*
RISTF – *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*
RE – *Recurso extraordinário*
STF – *Supremo Tribunal Federal*
STJ – *Superior Tribunal de Justiça*
TCFA – *Tribunal Constitucional Federal da Alemanha*
TST – *Tribunal Superior do Trabalho*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I. PROCESSO DECISÓRIO COLEGIADO	18
1.1. Esclarecimentos iniciais.....	18
1.2. Elementos do processo decisório em órgãos colegiados	20
1.2.1. As fases do processo decisório colegiado.....	26
1.2.2. Interação, efeito de grupo e estratégia nos órgãos judiciais colegiados	30
1.2.3. Decisões finais das Cortes	35
CAPÍTULO II. O PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	41
2.1. Breve estudo em perspectiva comparada.....	41
2.1.1. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América	41
2.1.2. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	52
2.2. O Supremo Tribunal Federal do Brasil	60
2.2.1. Algumas peculiaridades sobre a jurisdição constitucional brasileira	70
2.3. O perfil decisório das Cortes analisadas	80
CAPÍTULO III. O PERFIL DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	87
3.1. A tradição decisória da Corte brasileira e algumas questões contemporâneas	87
3.2. Críticas ao procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal.....	91
3.3. Sobre a pesquisa empírica	93
3.3.1. Observação do Supremo Tribunal Federal através das sessões do Plenário	94
3.3.2. Análise de decisões	98
3.3.2.1. RE 589.998/PI.....	101
3.3.2.2. RE 630.733/DF	111
3.3.2.3. RE 563.708/MS.....	117
3.3.2.4. RE 607.607/RS	123
3.3.2.5. RE 606.199/PR	126
3.3.2.6. RE 631.389/CE	132
3.3.2.7. RE 587.371/DF	136
3.3.2.8. RE 635.739/AL	141
3.3.2.9. RE 658.026/MG.....	146
3.3.2.10. Algumas conclusões	151
CAPÍTULO IV. POR DENTRO DA CORTE: OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE O PERFIL DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	155

4.1. Sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal.....	155
4.2. Entrevistas com assessores de ministros do Supremo Tribunal Federal	158
4.3. Audiência de sessão colegiada	171
4.4. Algumas conclusões.....	172
CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	182

INTRODUÇÃO

O estudo ora desenvolvido focaliza discussão típica desta quadra histórica, em que o direito assume papel central na viabilização e manutenção das democracias, gerando, por consequência, uma valorização do papel do Poder Judiciário e, sobretudo, da jurisdição constitucional. O fenômeno da expansão do Poder Judiciário se liga à erosão do modelo liberal de separação de Poderes, à superação do positivismo jurídico¹, no plano hermenêutico, e a parâmetros menos herméticos acerca da noção de representação². A ascensão das Cortes de Justiça à cena política é tendência global, que pôde ser observada em diversas partes do mundo, como nos Estados Unidos, onde a eleição de 2000 foi decidida pela Suprema Corte, no caso *Bush versus Gore*; em Israel, onde Suprema Corte deu a última palavra sobre a construção de um muro na divisa com o território palestino; na França, onde o Conselho Constitucional legitimou a proibição de burca.³

Tanto no Brasil quanto pelo mundo, o tema já foi bastante discutido – nos Estados Unidos, pelo menos desde o início do século XIX, na Europa a partir da Segunda Guerra Mundial, e no Brasil após a Constituição de 1988 – especialmente sob o viés da legitimidade da jurisdição constitucional. Não obstante, pode-se apontar que, em geral, os estudos sobre a ascensão do Poder Judiciário se concentram na perspectiva do embate entre os Poderes, tomando-se um ou outro partido quando se trata da solução de demandas políticas e da última palavra sobre o sentido da Constituição.⁴ Todavia, como bem ressaltou Virgílio

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7-9.

² Diante das transformações do direito constitucional e do papel das Cortes na atualidade, é necessário considerar o alargamento do próprio conceito de representação política para abarcar tais instituições que, inegavelmente, têm assumido caráter político. Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p 166-183.

³ Os referidos exemplos são trazidos por Luis Roberto Barroso, ao observar que, mundo afora, os Tribunais vêm assumindo papel de destaque no cenário político, decidindo sobre temas não usualmente submetidos ao seu crivo. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Direito e política: a tênue fronteira*. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-e-politica-a-tenue-fronteira>. Acesso em 07.12.2013; Ver, ainda, BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 13.12.2013; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 29-40; e BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5-7. No Brasil, o fenômeno também é perceptível, como se depreende de rumorosos julgamentos como da interrupção de gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54); da liberdade de imprensa (ADPF 130); das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); e das uniões homoafetivas; além da apreciação de demandas de natureza eminentemente política, como a constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira” (ADI 1351) e as consequências da infidelidade partidária (MS 26602).

⁴ Observa-se que os estudos sobre a legitimidade da jurisdição constitucional costumam caracterizar as Cortes, sinteticamente, como cinco principais figuras: poder com força de veto (papel contramajoritário); guardião da Constituição; fórum de razão pública; instituição de interlocução; e órgão deliberativo. As três primeiras

Afonso da Silva, estas dicotomias costumam pecar por certo maniqueísmo, ao passo que é razoável a existência de diversas outras possibilidades e arranjos que, extrapolando esta visão simplista, poderiam conduzir a respostas mais consistentes.⁵

Neste sentido, cogita-se sobre a possibilidade de encontrar soluções – ainda que estas não se esgotem em si mesmas – para o dilema da legitimidade da atuação judicial analisando o próprio Poder Judiciário. Um bom ponto de partida é admitir que este Poder, por sua natureza, diferentemente do Executivo e do Legislativo, tidos como “mais democráticos”, não simplesmente deve tornar públicas suas decisões, mas deve justificá-las com base em razões plausíveis, através de argumentos que possam ser respeitados e acolhidos pelos outros. No caso das Cortes constitucionais, órgãos plurais e encarregados de decidir sobre temas de sensível relevância nas sociedades atuais, esta expectativa pode ser atendida por meio de dois caminhos que se completam: da própria atividade deliberativa, baseada na argumentação racional no interior do próprio órgão; e da fundamentação pública das decisões.⁶

Analisando, sob esta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula e guardião da Constituição brasileira, observa-se uma Corte cada vez mais politizada, cuja atuação, em certa medida, pode ser considerada experimentalista. Assistimos a julgamentos com ares de espetáculo e à tomada de decisões contraditórias em curtos períodos de tempo.⁷ Os entendimentos variam ao sabor da composição da Casa, do caso concreto, do que diz a

figuras se ligam à ideia de supremacia judicial, enquanto a quarta rejeita esta premissa e destaca a importância dos diálogos constitucionais. A última vertente, mais atual e menos explorada, considera as Cortes em si mesmas, enfocando seus aspectos internos e valorizando a concorrência destes para a formação das decisões. O presente estudo segue este último viés. Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1-3.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. Deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, nº 250, p. 197-227, 2009.

⁶ FERREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43-46.

⁷ Recentemente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal se posicionou de maneira distinta em relação à mesma questão, da cassação de mandato de parlamentar em virtude de condenação em ação penal, em um curto lapso temporal, de cerca de oito meses. Em dezembro de 2012, quando concluiu o julgamento de mérito da Ação Penal 470 (caso “mensalão”), o Supremo, por decisão dividida, entendeu que a perda do mandato deve ser automática em decorrência do pronunciamento judicial, afirmando a incompatibilidade entre o exercício do cargo e a condenação penal, bem como calcada na prerrogativa do Judiciário de dar a última palavra sobre questões constitucionais. Posteriormente, em agosto de 2013, o STF, julgando a Ação Penal 565, em que foi condenado o Senador Ivo Cassol, determinou que a decretação da cassação cabe ao Poder Legislativo. A alteração do entendimento entre os casos pode ser explicada, principalmente, a partir da mudança na composição da Casa. Os ministros que votaram no sentido da perda do mandato na AP 470 se mantiveram fieis aos seus posicionamentos anteriores (salvo o ministro Luiz Fux, que estava impedido e não participou do julgamento da AP 565). Porém, o ingresso dos ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso na Corte foi decisivo para a obtenção de novo resultado.

“consciência” do ministro.⁸ Para além de certos fatores sobre os quais não se pode ter qualquer ingerência, verificam-se, muitas vezes, falta de diálogo e ausência de empenho dos pares para a consolidação de um entendimento institucional.

Doutrina recente tem apontado que o Supremo não se apresenta como instituição, mas como um órgão formado por *onze ilhas*, que não se comunicam e que, aparentemente, não fazem esforços para convergir.⁹ A expressão, cunhada por Conrado Hübner Mendes, designa uma Corte que não preza pela unidade, mas pelo fracionamento. A força do conjunto, neste sentido, seria prejudicada pelo enaltecimento das individualidades de cada um dos membros do colegiado, arcando o ordenamento jurídico com todas as consequências que esta lógica é capaz de produzir. Aponta-se que o Supremo Tribunal Federal, neste sentido, produz e emana suas decisões através de procedimento pouco deliberativo.¹⁰ Seus membros decidiriam isoladamente em seus próprios gabinetes antes da sessão de julgamento, o que inviabilizaria o verdadeiro debate, consistindo a reunião do Plenário apenas um momento “teatral” para cumprir a formalidade de publicizar os julgamentos. Vislumbra-se a insuficiente atuação do STF enquanto instituição, marcada pela negativa da própria natureza das atividades de um órgão colegiado, cuja formação múltipla visa, exatamente, a garantir que seja tomada a melhor decisão possível, depois de ponderadas todas as variáveis do caso e harmonizados os pontos de vista – já que a estes órgãos costumam ser submetidos os casos mais complexos e relevantes.

Quanto às decisões da Corte, que são o produto do processo decisório, pode-se apontar que estas seriam formadas pela agregação das opiniões pré-concebidas em isolamento. O STF acabaria, por conseguinte, proferindo decisões que constituem um emaranhado de opiniões individuais.¹¹ Na forma, o resultado seriam textos extensos, com fundamentos não claros e desconectados, gerando considerável dificuldade de identificar a *ratio decidendi* do Tribunal. Um possível desdobramento deste cenário seria justamente a

⁸ O rumoroso julgamento acerca do cabimento dos embargos infringentes opostos pelos condenados na Ação Penal 470 suscitou discussão quanto aos critérios que balizam a atuação judicial. O ministro Roberto Barroso, criticado pelo ministro Marco Aurélio, que se preocupava com a repercussão da decisão perante a opinião pública, defendeu que não decidia para a multidão, mas “de acordo com aquilo que achava certo”. Na época, muito se discutiu sobre o voto conforme a *consciência*, e o quanto tal poderia contribuir para um cenário de insegurança jurídica. Cf. STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? *Revista Consultor Jurídico*, 15.05.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em 05.07.2014.

⁹ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, Opinião, 01.02.2010. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em 04.12.2014.

¹⁰ Também o professor Luis Roberto Barroso chega a esta conclusão. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. *Revista Consultor Jurídico*, 28.12.2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em 20.12.2014.

¹¹ MENDES, Conrado Hübner. 2010. Op. cit.

desvalorização, pelo próprio Supremo, de sua jurisprudência, ficando o processo interpretativo impossibilitado de se consolidar no tempo, deixando espaço para a atuação da Corte de modo cada vez mais livre e casuísta. Como consequências, a ausência de previsibilidade e violação à isonomia de tratamento dos jurisdicionados, valores tão caros ao Direito, e, em última instância, uma previsível crise de legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, são estas as críticas tecidas pela doutrina que defende que o Supremo Tribunal Federal deve se tornar mais deliberativo para que possa produzir decisões de melhor qualidade.¹² Toma-se, neste contexto, que a decisão de qualidade é aquela que, pela forma como foi produzida, é capaz de atrair certo grau de confiabilidade, tornando-se as emanções da Corte mais legítimas não em razão do seu conteúdo, mas por conta do seu procedimento. Uma das possibilidades apontadas parte da crítica à abertura do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, defendendo que a Corte adote o padrão decisório europeu, de deliberação a portas fechadas com divulgação apenas da opinião institucional, em vez de publicizar os julgamentos e divulgar acórdãos que reproduzam cada um dos votos dos ministros.

O cerne da hipótese acima delineada é o mesmo adotado por ora, de que o STF deve se tornar mais deliberativo para que as decisões por ele produzidas sejam legítimas em razão da sua qualidade, do atingimento do maior nível de consenso possível – ainda que sejam perfeitamente admissíveis as divergências – não somente em virtude da força coercitiva característica das decisões judiciais. Todavia, a comprovação ou refutação da hipótese demanda cuidadosa observação da Corte com vistas a compreender o seu espírito decisório, para só então – e se possível – verificar que mecanismos podem ser implantados para aprimorar o potencial deliberativo do Tribunal.

O presente estudo se justifica porque no caso brasileiro, em especial, muito pouco se debruça sobre o Poder Judiciário. Por aqui, em razão da tradição jurídica do *civil law*, a jurisprudência é menosprezada enquanto fonte de direito e sua investigação sistemática acaba sendo deixada de lado,¹³ assim como a atuação dos magistrados, que é pouco

¹² MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 345.

¹³ A capacidade criativa de direitos e deveres da jurisprudência é normalmente negada no Brasil, em nome de uma visão liberal de separação de poderes e de uma tradição de direito codificado, distanciada de uma aplicação mais concreta da norma. É a premissa de que partem Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto em artigo em que defendem a valorização da jurisprudência como primeiro desafio para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a

questionada. A concepção do direito codificado e o dogma da completude do sistema ainda conservam a imagem do julgador como figura distante, técnica e dotada de autoridade. Tradicionalmente, também, ignora-se a influência de outros elementos, como os aspectos ideológicos e institucionais, sobre as decisões judiciais. Por outro lado, não nos parece estranho que os juízes decidam pautados por suas próprias consciências e que toda a dinâmica do Judiciário desfavoreça o controle de sua atuação.¹⁴ A forma de “fazer justiça” no Brasil merece ser racionalizada, e mais profundamente do que apenas sob o enfoque jurídico. Há necessidade de empenhar olhar mais crítico sobre a atuação do Judiciário, e é este o escopo geral do presente trabalho.

A análise do Supremo Tribunal Federal, nos termos ora propostos, imprescinde de um estudo teórico com foco no *aspecto procedimental*. Os arranjos decisórios adotados pelos órgãos judiciais colegiados devem ser examinados, assim como a dinâmica no interior das Cortes e os elementos formais das decisões tomadas por entidades jurídicas constituídas por uma multiplicidade de membros. São, portanto, objeto do primeiro capítulo o processo decisório nos órgãos judiciais colegiados, os mecanismos de formação da convicção e consolidação da decisão final, além de dados mais abstratos, relativos ao ambiente colegiado e à interação entre os juízes. Recorreu-se, para tanto, à doutrina – sobretudo da ciência política norte-americana, que tradicionalmente se dedica à observação dos órgãos jurisdicionais –, além de noções interdisciplinares, como da psicologia e da sociologia. Esta pesquisa inicial é importante para contextualizar o debate, provendo o trabalho de elementos conceituais que viabilizem o estudo do caso específico Supremo Tribunal Federal.

Como será possível identificar, as informações levantadas nesta primeira fase apontam que os aspectos estudados podem variar de acordo com a conformação das Cortes Constitucionais e a realidade em que estas estão inseridas. Por isso, antes mesmo de analisar o processo decisório do STF, observa-se os casos paradigmáticos de jurisdição constitucional dos Estados Unidos e da Alemanha, dois modelos bastante distintos, oriundos de suas típicas experiências de constitucionalismo, mas que orientam os estudos no Brasil, já

jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 19-52.

¹⁴ Lenio Streck observa que, no atual contexto neoconstitucional, o pós-positivismo representa ruptura em relação ao positivismo e ao modelo de constitucionalismo liberal. Por isso, sustenta a incompatibilidade paradigmática entre as duas vertentes, apontando que não é possível afiançar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico. Isto porque a discricionariedade estaria ligada ao subjetivismo, que não se coaduna com o Estado democrático de direito. Não obstante, reconhece que a operacionalidade do direito no Brasil se funda em decisionismos e discricionariedades, que podem ser observados através dos esforços de se atingir resultados generalizáveis e comuns a partir das decisões judiciais. O autor verifica, portanto, necessidade de impor limites ao poder hermenêutico dos juízes. Cf. STRECK, Lenio Luiz. 2009. Op. cit., p. 1-16.

que nosso modelo pode ser considerado um híbrido, inspirado em ambas as fontes. Na sequência, passa-se à análise do Supremo Tribunal Federal, à luz dos elementos trabalhados no primeiro capítulo, e com foco em seus aspectos institucionais procedimentais, lastreados na Constituição e no Regimento Interno da Casa. Além disso, em busca de alcançar compreensão mais ampla do Tribunal, são consideradas outras feições típicas da jurisdição constitucional brasileira.

Nos terceiro e quarto capítulos, desenvolveu-se pesquisa empírica a fim de identificar como decide o STF. A incidência da hipótese de que a Corte deve se tornar mais deliberativa depende da constatação do “nível deliberativo” – se é que é possível quantificar esta característica – do Supremo Tribunal Federal da atualidade. Para tanto, é preciso avaliar dados como o grau de interação dos ministros, a presença ou não da noção sobre a importância do consenso, os esforços deliberativos, e a forma final das decisões, produto da atuação da Corte.¹⁵ Buscava-se entender se o momento do debate é, em alguma medida, importante para o resultado final da atuação da Corte, bem como se as decisões são capazes de sintetizar os fundamentos decisórios encampados pelo Tribunal. Esperava-se que a investigação possibilitasse a identificação de “falhas procedimentais” e de eventuais soluções para o aprimoramento do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, cumpre destacar a preocupação de não produzir uma mera crítica da Corte, mas a intenção de trazer à tona aspectos problemáticos do ponto de vista do procedimento decisório, através da tentativa de compreensão do Tribunal.

Cabe tecer uma última observação a respeito do dilema metodológico enfrentado ao longo da elaboração da presente pesquisa. A necessidade de conferir cientificidade e confiabilidade aos resultados do estudo esbarrava no caráter absolutamente abstrato das questões enfrentadas. A dificuldade de demonstrar empiricamente, por exemplo, a interação entre os ministros, a preocupação ou não com o consenso, a finalidade das discussões, mesclava-se com o inafastável traço interdisciplinar do tema, que demandava ser compreendido sob diversos ângulos, tamanha sua complexidade. Neste sentido, uma postura metodológica mais flexível foi determinante para o atingimento dos resultados que agora seguem. Optou-se por observar o Supremo Tribunal Federal de variadas formas, já que a complexidade da Corte impõe estudos de horizontes abertos. Aqui, valeu-se da audiência de

¹⁵ A forma das decisões, sua clareza quanto aos fundamentos e ao posicionamento final da Corte é relevante para permitir a compreensão de como os ministros votam, já que isto é de extrema importância para que se exerça o controle democrático sobre as decisões da Corte. Cf. VOJVODIC, Adriana. MACHADO, Ana Maria França. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, n. 5, v. 1, p. 21-44. São Paulo, jan.-jun. 2009. p. 25.

sessões de julgamento do Plenário, da análise de jurisprudência e da pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal, com entrevistas a assessores de ministros, que são profundos conhecedores da Corte, além de participarem ativamente da resolução de quase todos os feitos submetidos ao STF.¹⁶

Os resultados da pesquisa corroboram, em geral, com o que aponta a doutrina em relação às “falhas deliberativas” do Supremo Tribunal Federal, observadas através do seu procedimento decisório. De fato, para a atuação judicial em *terrae brasilis*, é importante estabelecer condições e meios para a realização de um controle de interpretação constitucional, limitando a discricionariedade e impondo limites às decisões judiciais, com a criação de mecanismos de estabelecer e identificar a *ratio* final das decisões. Com isso, viabiliza-se que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.¹⁷

Todavia, o estudo revela que o aspecto procedimental é apenas uma das manifestações de uma cultura há muito enraizada na Corte, que é bastante mais suscetível à influências externas e políticas do que se pode imaginar. Uma frase dita por um dos assessores entrevistados durante pesquisa de campo no STF é capaz de resumir a questão: “o Supremo não muda por nenhuma força interna”. A resposta basta por ora, já que o recorte temático aqui adotado impõe dedicação ao problema do procedimento decisório da Corte, e não há pretensões de avaliar as interações desta com os atores externos a ela – embora aqui não se ignore esta variável.

Em síntese, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal tradicionalmente se afigura pouco deliberativo e de fraco caráter institucional, e que tal se liga diretamente ao seu procedimento decisório, que gera uma série de consequências negativas para a atuação da própria Corte. Mas não é possível asseverar que a mera alteração do procedimento pode modificar a dinâmica da Casa, valendo questionar, ainda, se esta é uma real possibilidade, tendo em vista que certas transformações dependeriam da própria alteração da consciência dos membros do Tribunal sobre sua necessidade e relevância. Felizmente, nota-se, cada vez

¹⁶ O trabalho dos assessores é fundamental para o dia-a-dia do Supremo Tribunal Federal. Recentemente, foi lançada obra que reúne artigos escritos por assessores e ex-assessores de ministros da Corte, em que são relatados casos relevantes decididos pela Casa, não somente retratando os aspectos atinentes aos processos, mas também os bastidores das decisões. Cf. HORBACH, Beatriz Bastide. FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por seus assessores*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

¹⁷ Tais apontamentos são feitos por Lenio Streck, em nome da legitimidade da atuação judicial e da democracia. Coadunam-se, perfeitamente, com os objetivos deste trabalho, que, por sua vez, explora a perspectiva institucional para atingir tais objetivos. Insta, ainda, destacar, que este é apenas um viés e uma das possibilidades de limitação da atividade judicial. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106-107.

mais flagrantemente, uma transformação na mentalidade na Corte, a qual pode representar o gérmen de muitas outras modificações futuras.

CAPÍTULO I

O PROCESSO DECISÓRIO COLEGIADO

1.1. Esclarecimentos iniciais

A atuação judicial, a tomada de decisões e suas consequências é matéria cheia de meandros, mais complexa do que se imagina. Por esta razão, deve ser cuidadosamente fracionada e estudada. A compreensão do Judiciário e/ou de algum dos seus órgãos, especificamente, não pode prescindir da noção de que o processo decisório sofre *inputs* de diversas naturezas. Influenciam na atuação das Cortes e na tomada de decisões os aspectos técnico-normativos, o *background* de cada magistrado, e as instituições de dentro e de fora do Direito, que englobam a estrutura interna do próprio órgão decisor, a interação entre os juízes, e a relação com os demais Poderes, bem como a influência da opinião pública.¹⁸

Este trabalho não se presta à análise de todos estes elementos, mas ao estudo pontual dos aspectos institucionais internos do Supremo Tribunal Federal e de como estes concorrem para o processo decisório e para a formação da decisão da Corte. Antes, todavia, é necessário identificar as premissas que vão orientar o presente estudo, e esta etapa inicial visa a fornecer os elementos necessários à compreensão dos processos decisórios de grupo. A maioria dos conceitos aqui utilizados foi obtida de outros campos do conhecimento, como a ciência política, a sociologia, e a psicologia.

Ainda, cumpre esclarecer que a observação do processo decisório da Corte brasileira, ora desenvolvida, não tem por foco o estudo da interpretação propriamente dita, nem a pretensão de correção material das decisões – como se só houvesse uma resposta certa aos problemas jurídicos, a ser encontrada através de um ou outro método. Por ora, enfatiza-se a *forma* com que as escolhas do Judiciário são tomadas – sem prejuízo, é claro, de que tais escolhas tenham conteúdo compatível com as preferências dos cidadãos. A crítica sobre a tomada de decisão por um Poder cujos membros não foram eleitos democraticamente poderia ser amenizada pela valorização do procedimento, tendo em vista a premissa de que

¹⁸ Sobre os diversos fatores que influenciam o comportamento judicial e concorrem para a tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal, ver CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Constituição, emoção estratégia e espetáculo*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2014. Versão gentilmente cedida pela autora e ainda pendente de publicação. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo, e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

aprimorar a forma de decidir pode elevar a qualidade das decisões judiciais. Tal viabilizaria a própria legitimidade das decisões judiciais.¹⁹

Neste ponto, é preciso conceituar expressamente a *legitimidade*, que é uma das definições centrais deste trabalho. Sociologicamente, a noção acerca do conteúdo do que é legítimo se consubstancia na convicção sobre a obrigatoriedade das leis e das decisões judiciais, sem que se discuta mais detidamente a relação associativa entre os motivos reais e a normas ou as decisões.²⁰ Basta consultar um dicionário da língua portuguesa para verificar a conceituação de legitimidade como legalidade, qualidade do que é legítimo (conforme a lei, que tem origem ou é protegido por ela), autêntico, genuíno, lídimo.²¹ As referidas definições se reportam essencialmente à noção do respaldo do ato/decisão/norma no ordenamento jurídico – ignorando que este seja uma construção social, de significação sempre variável e provisória, que deve se adequar ao seu tempo e suas necessidades –, denotando como este é simplesmente aceito. Exatamente por isto, conceitua-se legitimidade como uma *disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*.²²

É tarefa consideravelmente complexa identificar de onde vem esta disposição, mas é de se cogitar da existência de mecanismos sociais que levem a tanto. A ideia de aceitação, por exemplo, que deve ser assentida por todos, parte do princípio de que nenhum sistema político pode pretender que sua estabilidade dependa do atingimento dos objetivos e convicções pessoais de cada indivíduo. A complexidade social, de certa forma, só é atendida quando os participantes, na sua generalidade, reconhecem as normas e decisões – o que depende mais de uma ausência de motivação do que de uma racionalidade específica e personalizada.²³ Neste sentido, pode-se identificar que legitimidade é conceito que só faz

¹⁹ O procedimentalismo foi ideia desenvolvida por críticos da jurisdição constitucional, que defenderam que a esta deve caber apenas o papel de atuar na defesa dos direitos que garantem o procedimento democrático, em oposição à compreensão de que a jurisdição constitucional deve ser instrumento de preservação de direitos fundamentais (teoria substancialista). Dois importantes nomes que se dedicaram à chamada teoria procedimentalista foram John Hart Ely, nos Estados Unidos, e Jürgen Habermas, na Alemanha. Cf. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 30.

²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

²² LUHMANN, Niklas. Op. cit. p. 30.

²³ Observa-se que esta lógica faz sentido tanto do ponto de vista do recebimento da decisão quanto do ponto de vista da produção da decisão. Para este último caso, vale destacar a expectativa que uma decisão de um órgão judicial colegiado, para ser legítima, valha pela instituição, e não reflita apenas a convicção pessoal de cada magistrado.

sentido em sociedade, quando se renuncia a vincular seu conteúdo àquilo em que um ou outro indivíduo acreditam pessoalmente.²⁴

Outro aspecto que merece ser considerado sobre a legitimidade das decisões diz respeito à distinção entre a aceitação das premissas da decisão e a aceitação da decisão. Tratam-se de dois momentos distintos e independentes, mas que devem caminhar juntos para que a decisão seja, de fato, legítima. É possível, por exemplo, concordar com as premissas da decisão, com aquilo que foi levantado como argumento relacionado ao caso, mas discordar da conclusão apontada. Da mesma forma, pode-se assentir quanto ao resultado determinado por uma decisão, mas não aprovar as razões que levaram a tal.²⁵ Este vício pode reduzir a aceitação e conseqüentemente conduzir a questionamentos sobre a legitimidade do ato.²⁶

O procedimento, portanto, é um aspecto-chave deste trabalho. A influência da forma, dos elementos institucionais sobre o processo decisório, pode ser determinante para a emanção de um bom julgado, especialmente quando se tem em vista a realidade das Cortes Constitucionais. É importante guardar esta noção preliminar para o estudo do caso concreto, adiante, que é o processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

1.2. Elementos do processo decisório em órgãos colegiados²⁷

As decisões coletivas podem ser tomadas de diversas formas. Três modalidades são apontadas por John Elster: a deliberação, a barganha e o voto. Nestes processos decisórios, as preferências dos membros do grupo estão sujeitas a algumas operações, como a agregação e a transformação.²⁸ A agregação de preferências pode ser entendida como sinônimo de votação, abarcando, ainda, a barganha, que é uma espécie de troca de votos. A transformação de preferências, por sua vez, é a meta e o principal resultado da discussão

²⁴ LUHMANN, Niklas. Op. cit. p. 31-33.

²⁵ LUHMANN, Niklas. Op. cit. p. 32.

²⁶ Tais apontamentos se coadunam com a delimitação dos momentos decisórios que serão explicitados adiante (de formação da decisão e redação da mesma) e evidenciam a necessidade de se recorrer a um procedimento que contribua para maior aceitação das decisões judiciais como um todo.

²⁷ A expressão *órgão colegiado*, neste trabalho, é empregada com o fim de identificar órgãos jurisdicionais plurais, compostos por mais de um membro.

²⁸ O autor fala ainda em *distorções* de preferências, que podem ocorrer em qualquer um dos três procedimentos decisórios mencionados. Cf. ELSTER, John. *Deliberative democracy* Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 6.

(deliberação). É possível afirmar que tanto a deliberação quanto a barganha se relacionam a práticas discursivas, enquanto a votação não.²⁹

Sendo assim, no âmbito dos órgãos judiciais colegiados, nota-se o emprego de mais de um procedimento para a tomada de suas decisões. São dois os modelos mais relevantes, por representarem extremos de atuação: o *agregativo* e o *deliberativo*. No primeiro caso, cada juiz elabora seu voto isoladamente e o apresenta em momento oportuno aos demais colegas, havendo, ao final, a coleta de todos os votos individuais e a somatória para a formação da decisão final. Já no segundo caso, os juízes costumam se reunir para que, nesta ocasião, se discuta sobre a melhor solução para a lide e se redija uma decisão única. Os magistrados interagem e consideram as visões dos outros julgadores, de modo a chegar a conclusões que reflitam uma opinião coletiva.³⁰

A partir destas definições, é importante conceituar os elementos básicos que orientam cada uma das formas de atuação. A expressão *agregação* se liga aos conceitos de reunião, associação, aglomeração. Reflete relação de justaposição, em que as partes do todo mantêm autonomia e características próprias. É possível falar, ainda, em conjunto de indivíduos da mesma espécie sem organização cooperativa.³¹ Estes termos, no âmbito do processo decisório de um órgão judicial colegiado, denotam a formação isolada de convicção, pela qual os juízes decidem separadamente e, seus votos são tomados individualmente para a formação da decisão final.

No âmbito da ciência política, o filósofo e matemático francês Marquês de Condorcet formulou teoria defendendo a regra da maioria como a melhor e mais justa via para o atingimento de resultados ótimos no que tange às decisões políticas, por exemplo. Segundo o Teorema do Júri, todos os indivíduos que compõem o grupo devem decidir individualmente, através do voto, e é a pluralidade de julgadores que tende a diminuir as chances de erro. Condorcet admitiu que cada indivíduo pode decidir erroneamente, mas quanto maior o grupo, maior a probabilidade de este produzir uma resposta correta. Os grupos se saem melhor que os indivíduos, e os grupos grandes melhor do que os pequenos, desde que se utilize a regra da maioria simples e a premissa de que cada pessoa tenha maior tendência a estar certa do que errada.³² De acordo com esta proposição, desconsideram-se as

²⁹ ELSTER, John. Op. cit., p. 5-6.

³⁰ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, vol. 84, p. 257, 2005.

³¹ Estes conceitos foram reproduzidos do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, que faz referência a aspectos próprios da ecologia e da filosofia, inclusive. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit.

³² O teorema foi elaborado baseando-se numa situação hipotética em que um grupo de pessoas esteja diante de duas respostas, uma correta e uma errada. São empregados cálculos aritméticos simples que levam a esta conclusão: levando em consideração que cada pessoa possa errar, mas tenha probabilidade de estar certa na

diferentes visões e perspectivas sobre a questão a ser decidida, focando-se apenas nos objetivos comuns, nas respostas finais.³³

Quanto à deliberação, trata-se da ação destinada à discussão para se estudar ou resolver um assunto, um problema, ou tomar uma decisão.³⁴ É importante frisar que esta não se trata simplesmente do discurso aberto entre atores políticos. Aqui se considera um *tipo particular de discussão, no interior de uma instituição, que envolve uma séria e cuidadosa ponderação de razões acerca de um ponto controvertido*.³⁵ A prática relaciona-se a um conjunto de procedimentos direcionado a uma finalidade específica, que é a tomada de decisão. Consubstancia-se, portanto, num processo que se presta a fornecer subsídios para a construção de uma decisão coletiva.

No campo político, os entusiastas da democracia deliberativa³⁶ passaram a defender, nas duas últimas décadas do século XX, o ideal deliberativo com foco no momento dialógico que antecede as decisões políticas, de forma que o processo decisório comportasse a possibilidade de debater acerca dos assuntos a serem decididos. Esta noção se opõe às teorias democráticas elitistas, que reduziam as escolhas públicas a um processo de agregação de interesses particulares com objetivo específico da escolha de elites governantes³⁷, e funda-se na concepção de que o processo democrático não pode ser

maior parte das vezes, e se cada pessoa tem, isoladamente, 50% de chance de escolher a resposta certa em cada caso concreto, quanto mais pessoas, maior a probabilidade de acerto. Os mesmos cálculos são aplicados para a hipótese de erro na resposta, o que leva a consequências ruins diametralmente opostas.

³³ YOUNG, Peyton. Optimal voting rules. *Journal of Economic Perspectives*, v. 9, n. 1, p. 51-64, 1995. p. 51-53.

³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit.

³⁵ James Fearon, ao conceituar deliberação, diferencia esta do mero discurso. Cf. FEARON, James D. *Deliberation as discussion*. In: ELSTER, John. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 63.

³⁶ A democracia deliberativa surgiu como tentativa de conciliar as duas principais matrizes da teoria política moderna, a matriz político-liberal e a matriz democrática. O modelo democrático deliberativo considera que o ideal base do liberalismo político, a limitação do poder estatal através da garantia de direitos fundamentais, é condição para a democracia, preocupada com a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas. Nesse sentido, a autonomia dos indivíduos, através da liberdade de pensamento e expressão e liberdade religiosa, por exemplo, é entendida como condição para a própria cooperação democrática. A democracia deliberativa não se restringe à concepção liberal clássica de estado de direito, mas leva em consideração também as expectativas igualitárias do estado social, postulando que padrões de igualdade material são necessários à fruição livre e igualitária da autonomia privada. Em síntese, para a vertente, o estado de direito viabiliza a soberania popular, e a democracia, por sua vez, exerce função de proteção do próprio estado de direito. Cf. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19-70.

³⁷ Este modelo democrático compreendia o comportamento coletivo a partir da lógica dos mercados, partindo de uma concepção antropológica egoísta, de que as pessoas são capazes de tomar decisões racionais orientadas por seus interesses particulares, ou seja, de forma desinteressada na política propriamente dita, mas na medida do proveito pessoal que podem adquirir a partir das decisões. Cf. DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. apud NETO, Cláudio Pereira de Souza. Op. cit., p. 71-73.

reduzido à ocasião da decisão, devendo comportar um momento próprio de deliberação.³⁸ Estes conceitos são importantes porque endossam o argumento central deste trabalho, de que a prática verdadeiramente deliberativa pode contribuir para a salvaguarda da legitimidade da jurisdição constitucional.

Para que a deliberação seja viabilizada, é preciso que o grupo se comporte de forma colegiada, e é de se considerar que esta condição nem sempre é característica de todos os órgãos compostos por uma pluralidade de membros. Para além do conceito institucional do termo, a colegialidade deve considerar as relações entre os membros do grupo e a influência que o comportamento individual de cada componente exercerá sobre a atitude do demais, assim como o ambiente propiciado pela atitude colegiada. Colegialidade não se confunde com amizade pessoal entre os pares ou com um cenário interno sempre harmônico e livre de desentendimentos.³⁹ Trata-se de postura profissional que envolve a consciência sobre a função finalística das atividades desempenhadas e da própria existência do órgão. Nesse sentido, a forma de agir de cada membro deve ser pautada por elementos como mútua compreensão, respeito e confiança, baseados no entendimento compartilhado acerca do interesse comum em cooperar para promover o bem de todos. *Cooperação* é ideia central para a concepção de colegialidade, ligada ao emprego de esforços de todos para o atingimento de interesse do grupo (o bem comum), em detrimento de interesse próprio do julgador.⁴⁰

Colegialidade, nos órgãos judiciais, pode ser entendida, assim, como a maneira pela qual os juízes ultrapassam suas preferências pessoais no processo decisório em nome do resultado pretendido. Importa em *disposição para trabalhar como um time*, valorizando-se a troca de ideias e razões de decidir.⁴¹ Neste contexto, os magistrados devem expor suas razões, persuadindo e deixando-se ser persuadidos, numa atmosfera de civilidade e

³⁸ É importante frisar que o conceito de deliberação variou, dentro da teoria democrática, ao longo do século XX. Tomando-se que o termo pode ser entendido tanto como *decisão*, quanto como *ponderação* e *reflexão*, as concepções podem oscilar entre os momentos decisório e argumentativo, respectivamente. Neste sentido, observa-se que, durante boa parte do século XX, prevaleceu a primeira ideia. Nas duas últimas décadas do século, porém, consolidou-se o conceito que enfoca a fase discursiva. Cf. AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, n. 49, p. 25-46, 2000.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

⁴⁰ CROSS Frank B. TILLER, Emerson H. Understanding collegiality on the court. *Journal of Constitutional Law*. University of Pennsylvania Law School, v. 10, p. 57-271, 2008.

⁴¹ ALARIE, Benjamin. GREEN, Andrew. Should they all just get along? Judicial ideology, collegiality and appointments to the Supreme Court of Canada. *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 58, pp. 73-91, 2007. p. 79.

respeito.⁴² O ambiente cordial, em que se preserve o bom tratamento entre os componentes, também é aspecto da colegialidade. Mais precisamente, tendo em vista o compartilhamento de poder e autoridade entre os membros do grupo, é preciso uma interação cooperativa.⁴³

É importante, ainda, que os participantes estejam em *condições de igualdade*, formal e substantivamente. A igualdade formal impõe a aplicação das normas que regulam o procedimento de maneira uniforme entre os participantes, para que estes guardem condições equitativas de atuar. Todos podem levar assuntos à pauta, propor soluções e argumentar. A opinião de cada participante deve ter o mesmo peso na decisão final, bem como merecer o mesmo respeito das demais opiniões.⁴⁴ Já igualdade material postula que a distribuição de poder e recursos deve ser tal que não deforme as chances de cada participante de contribuir para a deliberação, de modo a afastar o exercício de papel autoritário na deliberação.⁴⁵

Como bem resumiu Virgílio Afonso da Silva, o ideal de colegialidade implica em i) disposição para trabalhar como um time; ii) ausência de hierarquia entre os componentes (no sentido do peso de suas argumentações); iii) a disponibilidade para ouvir argumentos dos pares (com abertura para ser convencido por eles); iv) cooperação no processo decisório; v) respeito mútuo; e vi) disposição para falar como instituição e não como indivíduo. E quanto mais estes elementos estiverem presentes, melhor será o potencial deliberativo da Corte.⁴⁶ Ou seja, ao falarmos de colegialidade, estamos tratando das condições que viabilizam a deliberação em seu melhor sentido. O sucesso da empreitada é a produção de um julgado de uma única voz.⁴⁷

A deliberação propicia, como benefícios, a troca de informações, ao passo que quanto mais dados disponíveis, maior a complexidade da decisão (admitindo, em sentido contrário, que ignorar informações, de quaisquer naturezas, implica na produção de decisões subótimas); e iluminação recíproca dos julgadores, uma vez que somente as discussões e o câmbio de ideias podem fomentar a criatividade, a construção coletiva de entendimentos e

⁴² EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pensilvania Law Review*. Maio, 2003. n. 151. p. 1652-1662.

⁴³ FREEDMAN, Shin. Collegiality matters: how do we work wuth others? *Proceedings of Charleston Library Conference*, 2009. p. 377-385. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5703/1288284314771>. Acesso em 11.06.2014.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 571.

⁴⁵ COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, James. REHG, William. *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge: Massachusetts Institute of Tecnology Press, 1997. p. 67-92. Shin Freedman bem destaca que a colegialidade é o oposto da burocracia, que trabalha com a ideia de controle e hierarquia. A construção de consenso, objetivada pela colegialidade, é avessa a tais condições formais desiguais. Cf. FREEDMAN, Shin. Op. cit. p. 377-385.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso. 2013. Op. cit., p. 563.

⁴⁷ ALARIE, Benjamin. GREEN, Andrew. Op. cit., p. 79.

soluções.⁴⁸ Estas interações, decisivas à qualidade do julgado, não são possíveis nos processos meramente agregativos de decisão, razão pela qual estes têm menor potencial de produzir boas decisões.

A troca de informações não se refere somente aos dados relacionados ao processo em julgamento, mas, sobretudo, às informações pessoais de cada julgador acerca do caso. Isto implica em admitir que a melhor maneira de alguém expressar suas preferências não é por meio de respostas afirmativas bipolarizadas como sim e não. É preciso que haja espaço para discussão sobre as razões da escolha pessoal de cada magistrado. Quando se está em pauta a escolha, por várias pessoas, de um restaurante para o jantar, por exemplo, uma boa forma de decidir pelo consenso é deixando os participantes expressarem suas diversas intensidades de preferência.⁴⁹ Algum participante pode ter certa restrição alimentar, ou possuir uma informação importante e desconhecida para os demais, como de que o restaurante poderia estar fechado. A discussão permitiria a revelação de dados relevantes para a tomada de decisão, mas poderia não ser possível se o modelo decisório inviabilizasse.

Já a iluminação recíproca é proveitosa uma vez que mesmo diante da reunião de todas as informações existentes e cabíveis, alguém pode não saber que decisão tomar em um caso complicado. Imagine-se um ditador, por exemplo, diante de questões de saúde pública que evidenciem a necessidade de reforma de toda a política do setor. Ainda que ele tenha poderes para tomar qualquer decisão por si só e possua todas as informações técnicas necessárias, pode não identificar a melhor solução a ser tomada. Nesta hipótese, a discussão acerca das consequências da adoção de diferentes políticas, bem como sugestões de ideias não consideradas podem contribuir para uma melhor decisão.⁵⁰

A deliberação, em termos gerais, tem por principal desiderato atingir um nível de consenso⁵¹ racionalmente motivado, por meio da busca por razões que sejam persuasivas para todos aqueles comprometidos com os resultados de um processo decisório livre e argumentativo. Trata-se da perseguição de um bem comum, que é princípio que orienta a atuação deliberativa, distinguindo-a dos arranjos agregativos. O conceito de bem comum, neste sentido, está ligado àqueles valores e princípios que são chancelados por todos, que

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso. 2013. Op. cit., p. 562.

⁴⁹ O exemplo é de James Fearon. Op. cit. p. 45-46.

⁵⁰ Idem. p. 49-52.

⁵¹ A expressão *consenso* é empregada neste trabalho porque esta é amplamente adotada pela doutrina que advoga pelo modelo decisório deliberativo. No entanto, cumpre destacar que aqui se entende que é um tanto perigoso falar em consenso como ideia absoluta em relação às Cortes de Justiça. É preciso considerar que nem sempre será possível chegar ao consenso, a concordância total sobre os pontos de conflito. Exatamente por isso, é preciso que haja esforço e mecanismos institucionais para harmonização das opiniões.

não dizem respeito somente aos seus titulares imediatos, mas à coletividade.⁵² Os interesses, objetivos e ideais que consubstanciam o bem comum são aqueles que sobrevivem à deliberação, e que, após reflexão pública, são tidos como legítimos para o atendimento de demandas sociais.⁵³ A deliberação é instrumento para a produção de boa decisão ainda que não haja unanimidade.⁵⁴

1.2.1. As fases do processo decisório colegiado

A ampla compreensão do processo decisório nos órgãos colegiados depende de uma visão macro do mesmo que possibilite a análise de cada etapa da tomada de decisão. Este é um importante aspecto que precisa ser considerado, já que somente a observação escalonada possibilita verificar os méritos e deficiências procedimentais do sistema. A partir dos conceitos de agregação e deliberação, infere-se que os referidos modelos decisórios podem ser divididos em pelos menos duas etapas: i) da formação da convicção dos magistrados; e ii) da confecção e construção da decisão final. A não aglutinação destes momentos é importante para a identificação, no caso concreto, dos elementos procedimentais de que se vale o órgão colegiado, bem como suas possíveis falhas e/ou acertos. Esta constatação evidencia que, embora a natureza dos órgãos colegiados envolva a expectativa de que os seus membros ajam como colegas, ajustando seus comportamentos de modo a não decidirem sozinhos, mas em conjunto⁵⁵, na prática, observam-se algumas variações na forma como esta empreitada pode se dar.

O processo de decisão é, enquanto dura, uma empreitada contínua. Sem prejuízo, a doutrina o divide em três fases distintas: i) fase pré-decisional; ii) fase decisional; iii) fase pós-decisional.⁵⁶ A primeira etapa é inaugurada por algum ator político ao submeter um caso ao julgamento da Corte. A tarefa principal a ser realizada nesta fase é a contestação pública, por meio da qual os interlocutores formais e informais (dentre eles, os litigantes, os *amici curiae*, a mídia e a academia) fornecem subsídios à decisão, por meio de argumentos, documentos, realização de audiências. Esta fase congrega todos os atos através dos quais as partes interagem com a Corte. A qualidade da contestação varia conforme a saliência do

⁵² NETO, Cláudio Pereira de Souza. Op. cit., p. 91-93.

⁵³ COHEN, Joshua. Op. cit.

⁵⁴ MENDES, Conrado Hubner. 2012. Op. cit., p. 338-361.

⁵⁵ KORNHAUSER, Lewis. SAGER, Lawrence. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, vol. 81, p. 1, 1993.

⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. 2013. p. 122-173. MENDES, Conrado Hübner. 2012. Op. cit. p. 59-68.

caso e a maneira como a comunidade política se mobiliza em torno dele, bem como conforme o grau de abertura institucional da Corte em relação aos atores externos.

A segunda fase é o momento em que a decisão será efetivamente tomada pelo órgão. Esta abarca os atos que envolvem a formação da convicção dos magistrados e a interação entre eles com vistas ao compartilhamento de ideias. A etapa decisional é, por natureza, interna – embora seus atos possam ser abertos ao público por meio de canais de publicidade – e compreende a sessão de julgamento, as discussões entre os juízes, a apresentação dos votos e exposição de argumentos. Neste aspecto, as Cortes podem ser mais ou menos deliberativas conforme o grau de interação entre os seus membros e a medida com que esta interação concorre para a formação da decisão final.

Na fase decisória, é possível identificar, nos órgãos judiciais colegiados, a predominância de duas modalidades de tomada de decisão: *independente* ou *colegiada*. A forma independente pode ser comparada ao processo decisório que desenvolvem os árbitros de determinado evento esportivo, ao avaliarem os competidores individualmente, sem consultar seus pares, sendo suas decisões, na sequência, reunidas para a obtenção da média final do competidor. Trata-se de um processo mecânico que liga as performances individuais de cada juiz e que se compatibiliza com o modelo agregativo. Já forma de decidir colegiada, assemelha-se mais à atuação de um time, onde cada participante deve interagir com seus colegas em busca do mesmo objetivo. Colaboração e deliberação marcam esta modalidade decisória, que tem por responsável o grupo e não o indivíduo⁵⁷, podendo ser identificada com o padrão decisório do modelo deliberativo.

Paralelamente à forma como os membros do grupo se relacionam entre si, é necessário observar o modo como o órgão se relaciona com os atores externos à sua estrutura. Os processos decisórios podem ser, assim, *internos* ou *externos*, conforme a abertura ou não dos atos decisoriais para o público. A Corte que decide internamente privilegia a troca de razões e argumentos no interior do grupo, no intuito de fazer com que o conjunto de indivíduos decida em uma determinada direção. Em geral, estes órgãos não tornam públicas suas discussões, valorizando mais o fluxo de argumentos entre os pares. Já quando se adota processo decisório externo, verifica-se certo esforço de convencer atores de fora do grupo (não só do o teor das decisões, mas da própria atuação individual dos seus

⁵⁷ Estes exemplos, assim como as categorias (embora não com estas palavras, pois foram traduzidos com vistas à melhor compreensão do assunto) são trazidos por Lewis Kornhauser e Lawrence Sager. Cf. KORNHAUSER, Lewis. SAGER, Lawrence. Op. cit., p. 2-3.

membros). Tais Cortes costumam conferir maior publicidade aos debates e às decisões, enaltecendo o intercâmbio entre a instituição e os agentes de fora dela.⁵⁸

Pode-se afirmar que tanto a adoção de um padrão interno ou externo de decisão quanto a opção por um sistema deliberativo ou agregativo de formação de opiniões dentro da Corte decorrem de escolhas políticas próprias da instituição. Assim, cada um destes elementos irá repercutir para a realidade do órgão colegiado de maneira peculiar. Verifica-se, com isto, que qualquer análise sobre a legitimidade da atuação de um órgão judicial deve ser feita sob a perspectiva do caso concreto, levando em consideração a resposta que aquelas estruturas fornecem aos dilemas submetidos ao Judiciário.

Após a etapa de formação da convicção, chega-se ao momento de redigir a decisão. Trata-se da terceira e última fase do processo decisório, de consolidação do que foi estabelecido pelo grupo, o texto que efetivamente será publicado, produzindo efeitos para as demais instâncias do Judiciário e para a sociedade. As decisões colegiadas podem ser veiculadas em série, sendo expressadas como o produto da soma dos votos isolados, ou como um escrito único que expresse a voz uníssona do colegiado. Tal é a distinção traçada pela doutrina entre as decisões *in seriatim* e *per curiam*. No primeiro caso, as decisões são publicadas contendo a íntegra dos votos de cada magistrado, redigidos (e também concebidos) isoladamente. Na segunda hipótese, o produto final do processo decisório é um documento único, que expressa uma opinião institucional apta a, por si só, substituir a de cada um dos julgadores individualmente.⁵⁹

É possível identificar que as decisões *in seriatim* geralmente são oriundas de processos agregativos, ao passo que os textos *per curiam* costumam refletir julgamentos verdadeiramente deliberativos, que propiciaram o atingimento do consenso. Mas o que se quer destacar aqui é que tais categorias servem para discriminar os aspectos formais e a publicização da decisão final. Nada impede, por exemplo, que uma Corte adote um mecanismo agregativo de formação do convencimento e elaboração do voto, mas preze pela redação e divulgação de uma só opinião.⁶⁰ Se um colegiado produz um número x de votos

⁵⁸ Costuma-se afirmar que o modelo deliberativo está mais associado ao processo decisório interno, enquanto o modelo agregativo liga-se ao processo externo. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, nº 250, 2009. p. 197-227.

⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 136-139. MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

⁶⁰ Conforme será discutido adiante, esta conformação é observada na *Supreme Court* dos Estados Unidos, embora lá se permita a divulgação de votos divergentes e isto ocorra com boa frequência.

distintos e toma por vencedora a opinião final da maioria numérica, ainda que coexistam razões de decidir diferentes, a redação pode ser tal que só veicule os aspectos incontroversos da tese vencedora, sem divulgar os votos vencidos e sua argumentação.

Isto significa que diversos arranjos institucionais distintos podem ser criados, e que estes necessariamente produzirão decisões diferentes, em razão da forma com que os casos são trabalhados no interior dos órgãos julgadores. Conforme será tratado adiante, com o estudo das experiências de jurisdição constitucional nos Estados Unidos, Alemanha e Brasil, a forma como as Cortes coletam os argumentos dos seus interlocutores, processam-nos na fase decisória para a formação da convicção dos magistrados, o modo como estes interagem entre si e como os órgãos divulgam as decisões tomadas e se comportam em relação às mesmas no futuro, são características típicas de cada sistema e influenciarão diretamente não só para o resultado final das decisões, mas para a repercussão e efetividade destas na realidade em que as Cortes estão inseridas.

Embora possam ser identificadas diferenças entre os sistemas de jurisdição constitucional – próprias das escolhas políticas feitas pelos seus idealizadores no contexto histórico de suas construções (razão pela qual não serão questionadas) – o objetivo deste trabalho é identificar como o Supremo Tribunal Federal pode aprimorar a qualidade de suas decisões através de uma atuação mais deliberativa. Por esta razão, adota-se aqui, para cada fase do processo decisório colegiado, as prescrições deste ideal, assentindo que a boa decisão é aquela produzida a partir da deliberação de qualidade em todas as referidas fases.

Para a primeira fase, pré-decisória, de contestação pública, é importante que a Corte disponha de meios para canalizar as vozes dos seus interlocutores, coletando os argumentos e desafiando-os publicamente, para que os interessados tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los. A Corte deve mostrar abertura aos atores externos que podem ter algo a acrescentar ao caso.⁶¹ Nesta fase, os juízes e todos os interlocutores partilham a responsabilidade pela qualidade da decisão a ser produzida. Na segunda etapa, que compreende a interação colegiada entre os juízes, são importantes o esforço de levar em conta todas as posições jurídicas coletadas, a busca da melhor resposta jurídica, a perseguição do consenso ou, na impossibilidade, do mínimo dissenso. Esta seria uma postura decisória, não restrita, portanto, ao momento do debate na sessão de julgamento. Por fim, na fase pós-decisória, da produção da decisão escrita, a Corte deve considerar o ônus de

⁶¹ No caso do Supremo Tribunal Federal, estes mecanismos já existem. A abertura aos atores externos nesta fase é possibilitada através das audiências públicas e da participação dos *amici curiae* nos feitos, que se prestam, também, a conferir maior legitimidade às decisões da Corte.

ser responsiva e inteligível para o público em geral, comunicando de forma clara e fundamentada a decisão tomada.⁶²

1.2.2. Interação, efeito de grupo e estratégia nos órgãos judiciais colegiados

Uma vez apontados os principais modelos decisórios colegiados e determinados os conceitos pertinentes, cabe partir à observação específica de cada uma das fases que interessam ao desenvolvimento deste trabalho. Para o estudo das etapas decisória e pós-decisória no contexto da jurisdição constitucional brasileira, é preciso compreender o processo de formação da decisão em grupo, por meio das interações colegiadas, e a da construção da decisão final. Neste ponto, começar-se-á pela análise da relação entre os membros no interior dos órgãos judiciais colegiados.

Conforme já mencionado, tal dinâmica deve ser estudada à luz de diversas variáveis. O comportamento judicial é um relevante aspecto, razão pela qual cabe tecer alguns esclarecimentos teóricos sobre o assunto. A literatura norte-americana, que costuma se dedicar à observação das Cortes, tradicionalmente aponta a existência de três modelos decisórios: i) *legalista*, segundo o qual as decisões judiciais são tomadas com base nos precedentes judiciais (nos sistemas de tradição do *civil law*, as decisões legalistas seriam aquelas tomadas com base nos critérios técnico-formais determinados pela lei, a principal fonte do direito); ii) *ideológico*, que aposta que os juízes são dirigidos por suas convicções pessoais no processo de tomada de decisão; iii) *estratégico*, segundo o qual os juízes não atuam de forma neutra e se relacionam com o ambiente em que eles estão inseridos, levando em conta as preferências dos demais juízes e a relação com os atores externos ao Judiciário, como a opinião pública e os demais Poderes.⁶³

Os referidos modelos comportamentais se destinam a explicar as decisões judiciais a partir do modo como o *background* particular dos juízes influencia para o resultado das decisões finais dos órgãos colegiados. Ou seja, os referidos estudos partem do indivíduo para explicar as decisões de grupo. No entanto, consistentes críticas a tais modelos são tecidas por parte daqueles que advogam pela colegialidade e deliberação nas Cortes judiciais. Aponta-se que o modelo ideológico, que dominou a teoria social norte-americana

⁶² Cf. MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisdição constitucional do Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 59-69. MENDES, Conrado Hubner. 2013. p. 122-173.

⁶³ Cf. apontam BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences. A perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press, 2006(2). p. 5-9; e POSNER, Richard. A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

por décadas, bem como o modelo estratégico, que ganhou destaque mais recentemente, apoiam-se apenas em dados quantitativos, ignorando aspectos qualitativos como as nuances entre as opiniões, as argumentações dos pares, o verdadeiro conteúdo da deliberação, etc.⁶⁴ Esta é uma crítica a que se filia este trabalho, sem que isto signifique que os elementos trabalhados pelos modelos ideológico e estratégico não sejam de grande relevância para o estudo das relações e decisões de grupo, pelo contrário.

Para o estudo dos processos decisórios de grupo, no entanto, é preciso considerar a natureza coletiva da empreitada. Por óbvio, os juízes têm suas visões de mundo particulares, e não é porque assumem seus cargos que precisam deixar de tê-las. Sendo assim, confiar que as decisões serão tomadas apenas com base nestas convicções é ignorar as influências do grupo.⁶⁵ Esta seria a falha do modelo ideológico de comportamento judicial. O modelo estratégico, por sua vez, embora represente uma evolução da teoria, por compreender o processo decisório como uma empreitada de grupo e o juiz como sofisticado ator político (que não decide somente com base em sua ideologia, mas levando em consideração as preferências dos outros atores e todo o contexto institucional em que eles atuam), também não dá conta de explicar as nuances do processo decisório. Estes modelos ignoram elementos mais complexos e qualitativos do processo de decisão, e não conseguem explicar, por exemplo, as razões pelas quais os juízes divergem nos julgamentos.⁶⁶ Com base nesta constatação, doutrina mais moderna se dedica ao estudo do Judiciário sob perspectiva institucional. Esta abordagem reconhece e considera todas as variáveis apresentadas pelos modelos anteriores, sintetizando-as, afirmando que a decisão judicial sofre influência do treinamento e da posição ideológica dos juízes, mas apontando como elemento determinante o contexto institucional.

Cabe considerar que a multiplicidade de membros é determinante para as decisões do órgão, à medida que a atuação individual de cada magistrado é sempre influenciada pela interação com os demais julgadores. A questão das relações entre os indivíduos já foi amplamente teorizada por alguns ramos do conhecimento, como a psicologia, a sociologia, a antropologia e a ciência política. O pai da psicanálise, Sigmund Freud, baseado nas lições do psicólogo social francês Gustav Le Bon sobre o comportamento coletivo, analisou que, no meio de uma multidão, o comportamento individual tende a se modificar, permitindo o

⁶⁴ EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 151. p. 1652-1662, maio, 2003.

⁶⁵ EDWARDS, Harry T. Op. cit. p. 1657.

⁶⁶ Idem. p. 1657-1658.

cometimento de atos que, em isolamento, não seriam praticados.⁶⁷ Em massa, há o desaparecimento ou enfraquecimento da estrutura psíquica desenvolvida de maneira diversa nos indivíduos, ativando o fundamento inconsciente, semelhante em todos. Como consequência, entrega-se a instintos que alguém, sozinho, necessariamente teria refreado. Uma das causas das reações em massa é a sugestibilidade, que tem como efeito o contágio⁶⁸, ligado à transmissão de todos os sentimentos em grau tão elevado que o indivíduo acaba por sacrificar seu interesse pessoal em nome do coletivo.

O universo das massas, embora seja consideravelmente mais amplo do que o que se tem por foco neste trabalho, constitui um interessante ponto de partida para o estudo da interação do indivíduo com aqueles que o cercam. A psicologia social analisa as mudanças de atitudes dos indivíduos à luz de um modelo tridimensional, que abarca os componentes cognitivo, afetivo e comportamental que integram as atitudes sociais e se influenciam mutuamente em relação a um estado de harmonia. Estes elementos estão interrelacionados e qualquer mudança em algum deles é capaz de gerar alterações também nos outros. Ou seja, quando um indivíduo é submetido a uma nova informação, nova experiência ou comportamento de outrem, isto pode lhe criar um estado de inconsistência entre os três elementos, o que é capaz de gerar uma mudança de atitude.⁶⁹

Observando as relações interacionais entre os membros de um determinado grupo, é possível verificar a circulação de ideias e o compartilhamento de opiniões. Qualquer pessoa, ao conversar com quem tenha uma opinião semelhante à sua, ao final da discussão, tenderá a ter reforçadas suas concepções iniciais. Ao contrário, o debate com alguém que divirja substancialmente de sua opinião pode atenuar as ideias originais do indivíduo. A este movimento de aproximação dos extremos dá-se o nome de *polarização ideológica*, enquanto

⁶⁷ Cf. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu*. Trad. Renato Zwick e Edson Sousa. Porto Alegre: L&PM Editores, 2013. Freud define as massas como impulsivas, instáveis e irritáveis. Elas cedem aos impulsos e nada é premeditado. São influenciáveis e crédulas e, por isso, inclinam-se aos extremos. Há certa moralização dos indivíduos em massa. No fundo, as massas são conservadoras e desejam ser dominadas e oprimidas, razão pela qual precisam de um líder.

⁶⁸ Freud reputa o contágio como fenômeno de fácil constatação, mas inexplicável, incluindo-o na categoria dos fenômenos do tipo hipnótico.

⁶⁹ RODRIGUES, Aroldo. ASSMAR, Eveline Maria Leal. JOBLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 244-246. Existem vários outros modelos de mudança de comportamento de indivíduos em interação social estudados pela psicologia. Por ora, basta a teoria de base, já que aqui não se objetiva uma análise mais aprofundada dos aspectos psicológicos, senão informar que estes concorrem para a tomada de atitude das pessoas ao se relacionarem com as outras.

o abandono de extremos em direção a uma opinião menos radical, pode-se chamar *neutralização ideológica*.⁷⁰

Nos órgãos judiciais colegiados, é efeito da interação entre seus membros a sensibilidade a pressões. As pressões são responsáveis por mudanças de comportamentos em relação às pretensões originais do indivíduo – do tipo fazer as pessoas silenciarem sobre suas próprias opiniões ou, ao contrário, estimular concordância pública com a maioria –, simplesmente porque isto é preferível a manter-se isolado em desacordo. Assim, observa-se que quando as pessoas têm suas visões confrontadas com as de outros, é possível que elas tendam a ceder. E o fazem ou porque são persuadidas por elas e passam a concordar com seus argumentos, ou porque vislumbram que não vale à pena insistir no dissenso.⁷¹

A doutrina relaciona o efeito colegiado à existência de um fenômeno conhecido como *aversão ao dissenso*. Por razões múltiplas – seja por ideologia, por motivos ligados ao *background* particular de cada magistrado, ou qualquer outro fator –, os juízes acabam se rendendo à opinião majoritária.⁷² Esta é uma interessante ponderação, porém bastante difícil de ser verificada na prática. Afirma-se que esta manifestação seria mais característica de juízes em órgãos colegiados de instâncias inferiores. Nas instâncias superiores, sobretudo no âmbito do órgão de cúpula do Judiciário, este fenômeno ocorre mais raramente, uma vez que seria próprio de sua competência os casos que causam maior comoção social, bem como os seus membros estariam mais expostos à opinião pública e tenderiam a se preocupar mais com a manutenção de uma postura coerente.⁷³

A doutrina norte-americana mais moderna, cujo foco de estudo é a interação entre os membros de órgãos colegiados, refere-se à influência que as preferências dos demais juízes exercem sobre as decisões individuais e, conseqüentemente, sobre as decisões do grupo como *panel effects* (efeito colegiado). Nos Estados Unidos, onde são marcantes o bipartidarismo e a indicação política dos membros do Judiciário, é consideravelmente mais evidente a relação entre política e direito e a atuação judicial acaba influenciada pelos arranjos mais sofisticados.

⁷⁰ Cass Sunstein relata interessantes experimentos relacionados à polarização de grupos. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *A era do radicalismo. Entenda por que as pessoas se tornam extremistas*. Trad. Lucienne Scalzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 5.

⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. SCHKADE, David. ELLMAN, Lisa M. SAWICKI, Andres. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington D.C. Brookings Institutions Press, 2006. p. 14-16.

⁷² POSNER, Richard. A. Op. cit., p. 32-33.

⁷³ Idem. p. 50-51.

Estudos daquele país apontam que a afinidade política do juiz com o Chefe do Executivo que o nomeou exerce certo poder ideológico sobre as suas decisões.⁷⁴ Diante de posições políticas bem marcadas, é mais fácil perceber as relações interacionais no interior dos órgãos colegiados a depender de suas composições. Por exemplo, na estrutura do Judiciário federal, onde as bancadas são compostas por três magistrados, um órgão formado só por juízes de inclinação democrata tem potencial para decidir de forma mais liberal do que um composto somente por julgadores com tendências republicanas. Na mesma linha, as decisões podem variar se o órgão foi composto por dois democratas e um republicano, ou por dois republicanos e um democrata.⁷⁵

Nestes termos, infere-se que a atuação individual no interior de um órgão colegiado nem sempre é sincera. Conforme bem apontam os defensores do modelo estratégico de comportamento judicial⁷⁶, os juízes não costumam votar como eles o fariam se não tivessem que se preocupar com as reações dos demais juízes, dos outros Poderes e da opinião pública.⁷⁷ As pretensões dos juízes de influenciar ideologicamente o conteúdo do direito são orientadas pelo conhecimento das instituições (o Judiciário e as demais com que ele se relaciona), o que permite que eles planejem estrategicamente sua atuação para o alcance esse objetivo.⁷⁸

A doutrina aponta que a atuação estratégica se presta ao atingimento das preferências pessoais do magistrado (na medida do possível) e é compatível com qualquer tipo de orientação adotada por ele. Um juiz legalista, por exemplo, pode se valer da estratégia para maximizar a probabilidade do seu ponto de vista prevalecer na Corte.⁷⁹ De acordo com esta visão, num determinado julgamento de um órgão colegiado, o magistrado só manifesta sinceramente suas convicções quando acredita que pode ser seguido pelos demais colegas ou se confia que tal decisão não será rejeitada pela ação dos demais Poderes.

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R. et. al. 2006. Op. cit., p. 3-7 e 41-45.

⁷⁵ Cass Sunstein, ao relatar o estudo, faz referência aos juízes como “nomeados”, assumindo a premissa de que tal nomeação seria determinante para o posicionamento adotado pelo magistrado. Além disso, o autor afirma que, embora o comportamento dos magistrados seja influenciado pelos outros colegas que compõem sua bancada, os resultados desta relação não são tão exatos. Ainda, destacam alguns assuntos em que esta diferença ideológica não é determinante (hipóteses que não merecem ser consideradas aqui por dizerem respeito especificamente à realidade norte-americana). Cf. SUNSTEIN, Cass R. et. al. 2006. p. 17-40.

⁷⁶ BRENNER, Saul; Whitmeyer, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2009. POSNER, Richard. A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington DC: CQ Press, 1998.

⁷⁷ A relação do Supremo Tribunal Federal com a opinião pública será melhor discutida adiante.

⁷⁸ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 195.

⁷⁹ POSNER, Richard. A. Op. cit., p. 20-31.

Caso contrário, tenderá a atuar de modo a atingir o mais próximo de suas preferências, ainda que parcialmente.⁸⁰

As regras procedimentais adotadas pelo órgão colegiado também têm influência sobre a forma com que os seus membros se comportam e interagem com os demais. O que se quer dizer é que a ritualística adotada pela Corte pode favorecer a atuação estratégica dos magistrados ou estimular uma atuação mais sincera. Ainda, pode fomentar a colegialidade (no sentido expressado *supra*) ou endossar o trabalho isolado. Isto, vale destacar, num processo decisório aberto e marcado pela publicidade dos atos, em razão da iminente preocupação dos membros do colegiado com a repercussão de suas atuações.

Tomemos por exemplo o julgamento de uma determinada matéria controversa no Supremo Tribunal Federal, em que oito dos onze juízes tenham se dividido, quatro deles votado num sentido e os demais em sentido contrário. Ou quando, aberta a votação, mais da metade dos membros do colegiado tenham aderido a um certo posicionamento.⁸¹ Os últimos três ministros a proferirem suas opiniões, no primeiro caso, estarão em condições privilegiadas, pois poderão votar estrategicamente – ainda que não de acordo com suas preferências originais, mas expondo suas razões de modo a atingir um resultado secundário mais próximo de sua real opinião do que poderia ser caso a decisão fosse tomada no sentido contrário. Ou, no segundo caso, é possível cogitar que, diante de uma esmagadora maioria, raramente os últimos juízes a votar devem abrir divergência.⁸²

1.2.3. Decisões finais das Cortes

⁸⁰ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p.195.

⁸¹ No caso brasileiro, a atuação estratégica não é tão fácil de ser percebida. Mas é possível cogitar que as votações nem sempre conduzem ao resultado que produziriam se os juízes tivessem espaço para decidir de forma menos atrelada a pressões externas. Vale lembrar do julgamento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte decidiu favoravelmente ao reconhecimento das uniões estáveis por decisão unânime de seus ministros. A matéria foi decidida no bojo da ADIn 4277 e da ADPF 132. Na verdade, o objeto das ações era a definição do regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas e a sua equiparação às uniões entre pessoas de sexos diferentes. A maioria entendeu que a Constituição tinha por propósito a proteção da família, incluindo aqueles que viviam em união estável e que, por isso, as uniões entre casais do mesmo sexo também mereciam ser protegidas pelo ordenamento jurídico. Neste ponto ficaram vencidos os ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que defendiam interpretação literal da Constituição (que mencionou apenas as relações entre homem e mulher). No entanto, os três ministros acabaram aderindo à posição majoritária. Pode-se especular que tal atitude pode ter sido tomada por razões estratégicas, já que, avaliando o custo benefício de seus votos, eles poderiam ter concluído que manter a dissidência – num contexto em que o resultado final não poderia mais ser revertido – não lhes traria nenhum proveito e poderia gerar-lhes imenso ônus, por atrair a reprovação de setores relevantes.

⁸² Os exemplos são de Virgílio Afonso da Silva. O autor é um entusiasta da deliberação interna à Corte e defensor do modelo *per curiam* de decisão. Ele utiliza os exemplos mencionados para demonstrar como o procedimento de votação pode impossibilitar a igualdade entre os julgadores, que é condição deliberação. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. 2009. Op. cit., p. 571-572.

Qualquer que seja o modelo adotado para o momento de formação da convicção (do grupo ou de seus membros), a transformação deste entendimento na decisão final da Corte⁸³ passa necessariamente por uma *regra de redução argumentativa*.⁸⁴ Tal regra consistiria num recurso discursivo ligado aos parâmetros procedimentais de atuação, responsável por fazer a ligação argumentativa entre i) a opinião individual dos juízes que compõem a Corte acerca do problema apresentado; e ii) a solução emitida pela Corte sobre o problema, que se reveste no sistema jurídico das qualidades das decisões judiciais (autoridade, imutabilidade, coercibilidade, etc.).⁸⁵

Conforme será discutido adiante, no capítulo que se destina à comparação dos procedimentos decisórios encampados pelas Cortes americana, alemã e brasileira, há várias maneiras de se conceber a regra da redução argumentativa pelos órgãos judiciais colegiados. Isto porque por detrás das diferentes características dos sistemas que permitem ou proíbem a divulgação de opiniões divergentes, repousam profundas questões relativas aos propósitos a que servem as razões invocadas pelo Judiciário numa sociedade.⁸⁶ Neste sentido, não se pode afirmar que exista apenas uma única maneira correta de veicular as decisões judiciais, e é de se cogitar que cada arranjo decisório produzirá efeitos específicos tanto para a própria dinâmica no interior do órgão, quanto sobre a ordem jurídica que governa.

Admitindo-se que o Judiciário é fonte de poder e que a norma jurídica é basicamente aquilo que os juízes dizem que ela é, tem relevância a maneira como tal interpretação é entregue aos jurisdicionados. Se o resultado da decisão é ambíguo, disputado (no sentido de conter divergências entre as opiniões) ou obscuro, a conformação poderá ser determinante para a concepção de conhecimento jurídico da comunidade que recebe tal decisão.⁸⁷ À luz dos padrões *in seriatim* e *per curiam* de formação da decisão, que são diametralmente opostos, além de um terceiro arranjo misto de divulgação das decisões finais, constituído por mecanismos de construção de uma posição institucional que não

⁸³ Frise-se que neste ponto se trata da terceira fase de produção da decisão colegiada, do momento de construção do texto a ser divulgado pela Corte, existindo ou não previsão formal e mecanismos que caracterizem uma etapa pós-decisória.

⁸⁴ A expressão é cunhada por Felipe Dantas de Araújo, em interessante trabalho sobre a ausência do valor *integridade* no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Cf. ARAÚJO, Felipe Dantas de. *Godos no Supremo: seriatim vs. integridade*. Documento de trabalho. Disponível em <http://www.direitoeliberalismo.org/discussao-de-textos/godos-no-supremo-seriatim-vs-integridade/>. Acesso em 08.11.2014. p. 11.

⁸⁵ ARAÚJO, Felipe Dantas de. Op. cit., p. 11.

⁸⁶ A afirmação é feita por Michael Kirby, ao se propor a responder qual a função das opiniões divergentes para a realidade das Cortes judiciais. Cf. KIRBY, Michael Donald. *Judicial dissent – common law and civil law traditions*. *Law Quarterly Review*, n.123, p.382-395, 2007. p. 386.

⁸⁷ HENDERSON, Todd. *From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent*. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 186, 2007. p. 4.

vedem a veiculação das divergências⁸⁸, cabe, aqui, tecer considerações sobre algumas características e consequências dos modelos.

A origem modelo *seriatim* de divulgação das decisões jurídicas se encontra na Inglaterra, berço da tradição jurídica do *common law*, onde, tradicionalmente, os juízes expunham seus votos oralmente, sem qualquer reunião prévia intra-Corte. Até o século XVII, as razões, consideradas lei para o caso concreto, sequer eram formalmente publicadas e a jurisprudência era apenas compilada por advogados mais proeminentes que se esforçavam em registrar os resultados proclamados pela Corte.⁸⁹ O modelo tinha vantagens, as mesmas que podemos, ainda hoje, apontar como benefícios proporcionados pela exposição individual e oral dos entendimentos dos membros do colegiado. Há maior inclinação à transparência dos julgamentos quando os juízes expõem seus votos individualmente, já que cada um responde pelas razões invocadas. Aponta-se, ainda, que o modelo *seriatim* produz considerável exposição da figura individual dos julgadores, tendendo a impeli-los a trabalhar mais e melhor em cada caso.⁹⁰

Todavia, o modelo *seriatim* também apresenta falhas. Tal foi constatado na própria Inglaterra, em razão dos prejuízos causados ao mercado e à economia pela ausência de normas claras para o setor, diante das confusões entre as versões compiladas das decisões pelos advogados, que geravam incerteza sobre a solução aplicável às lides. Aponta-se que as decisões se resumiam a um conjunto de argumentos pro e contra a questão debatida, e que, para determinar quem havia saído vencedor ou perdedor numa disputa judicial era necessário “contar cabeças”, tarefa difícil diante de complexos casos envolvendo disputas comerciais.⁹¹

Na esteira dos prejuízos oriundos do sistema de divulgação de votos isolados, cabe destacar a maior demanda de tempo e esforço que se liga, necessariamente, à prática. Pondera-se que, quando cada juiz redige o seu próprio voto, o tempo total de andamento do feito tende a ser maior do que seria se apenas um juiz se dedicasse à tarefa. Fatores institucionais também costumam afetar a maneira como os juízes decidem num contexto *in seriatim*. O volume de trabalho, por exemplo, pode fazer com que os juízes privilegiem os

⁸⁸ Alguns dos países que adotam o modelo *seriatim* de formação das decisões são Inglaterra, Espanha e Brasil. Já o modelo *per curiam* é utilizado por França, Bélgica, Holanda e Itália. Pode-se afirmar que o mesmo padrão de decisões institucionais é aplicado na Alemanha e no Japão, porém, de forma relativizada, com a possibilidade de divulgação das opiniões divergentes, que, todavia, são raras. Os Estados Unidos, desde a Corte Marshall, adota modelo misto, com a divulgação concomitante da opinião da Corte e das opiniões individuais concorrentes e dissidentes.

⁸⁹ HENDERSON, Todd. Op. cit., p. 8.

⁹⁰ Idem. p. 8.

⁹¹ Idem. p. 11-12.

casos sob suas relatorias, deixando de atuar de forma mais acurada em outros feitos, o que poderia lhes tomar tempo de atividade na redação dos próprios votos.⁹²

Além disso, quando uma só decisão comporta várias opiniões, em geral, esta traz em seu bojo uma série de fundamentos diferentes, e a própria *ratio decidendi* do julgado pode se afigurar obscura. Com isso, é comum o fracasso quanto ao ônus de orientar definitivamente o Judiciário, bem como as demais esferas de Poder, quanto à aplicação das normas.⁹³ Ainda, a Corte pode ser reconhecida pela sociedade mais como um órgão político do que jurídico, o que também está relacionado com o aumento da probabilidade de os juízes se expressarem de forma mais ideológica (menos isenta) do que fariam se sua opinião pessoal fosse menos determinante para a decisão final.⁹⁴

O modelo de decisão *per curiam*, por sua vez, difundiu-se entre os países oriundos da tradição romano-germânica do *civil law*. O sistema de divulgação de decisões institucionais prima pela não identificação da opinião individual de qualquer um de seus membros e não revelação das divergências, mas opta por compor um único texto que reflete a decisão construída pelo órgão judicial. Sendo assim, afigura-se um tanto mais obscuro do que o modelo decisório *in seriatim*.⁹⁵ Em geral, as regras de confecção das decisões são tidas como particularidades de cada órgão, sendo pouco conhecidas inclusive pela própria comunidade jurídica, já que, nesse sistema, as deliberações entre os membros do colegiado costumam se dar a portas fechadas, publicando-se, apenas, o resultado final de cada contenda.

Sabe-se que a confecção de um julgado uníssono visa a resguardar a aceitação pública do tribunal prolator e a manter seu capital de tecnicidade, em detrimento de uma atuação política – ao menos na aparência –, o que se coaduna com o formalismo que, em geral, marca o tronco jurídico romano-germânico. Em oposição ao padrão de decisões em série, pode-se afirmar que o modelo *per curiam* tem por virtude proporcionar a clareza dos entendimentos da Corte, explicitando a *ratio decidendi* da decisão e fortalecendo a jurisprudência, no sentido da preservação dos seus precedentes. Por outro lado, a típica baixa publicidade dos fundamentos da decisão pode comprometer a legitimidade do órgão.

⁹² HETTINGER, Virgínia A. LINDQUIST, Stefanie A. MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, vol. 31, 2003. p. 219.

⁹³ DAVIS, John F. REYNOLDS, William L. Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, v. 59, p. 59-86, 1974. p. 62.

⁹⁴ WOOD, Diane P. When to hold, when to fold, and when to reshuffle: the art of decisionmaking on a multi-member court. *California Law Review*, v. 100, n. 6, p. 1445-1478, december 2012. p. 1461-1463.

⁹⁵ Sobre o modelo *per curiam* de decisões judiciais, notou-se considerável dificuldade de identificar bibliografia específica, que cuidasse de discutir ou explicitar as regras de “redução argumentativa” empregadas pelas Cortes que o adotam.

Na própria Inglaterra, berço do sistema de decisões em série, adotou-se, por certo período, o modelo *per curiam*. A partir de 1756, em busca de maior precisão nos julgados relativos ao direito comercial, reformulou-se o tradicional sistema judicial da *common law* para introduzir o mecanismo da *opinião institucional*, de modo a manter a Corte unida, falando em única voz. Os juízes se reuniam reservadamente, trabalhavam suas diferenças em busca de um acordo e redigiam o que seria entregue como opinião da Corte. O objetivo era produzir decisões claras, estabelecendo seus pontos fundamentais, provendo-as da certeza e estabilidade necessárias às transações mercantis.⁹⁶ Considera-se que a mudança do discurso jurídico e a simples modificação da forma como as decisões passaram a ser externadas pela Corte britânica foram responsáveis por harmonizar os princípios, regras e costumes legais relativos ao direito comercial.⁹⁷ Mais do que isso, a prática teria sido adotada como meio de incrementar o poder da Corte.⁹⁸

Um bom caminho encontrado para harmonização dos custos e benefícios dos sistemas decisórios *in seriatim* e *per curiam* é o modelo adotado pelos Estados Unidos. A Suprema Corte daquele país abandonou a tradição herdada da metrópole inglesa, de decisões em série, passando a produzir as *opinions of the Court* a partir da gestão do *Chief Justice* John Marshall.⁹⁹ Atualmente, a Suprema Corte utiliza arranjo misto, ao divulgar a decisão institucional e também as divergências. Intenta-se, através de mecanismos procedimentais que estimulam a interação entre os pares na fase de redação da decisão, produzir um único texto institucional, mas garante-se a oportunidade do dissenso, que também deve ser publicado.

Tal como no modelo *per curiam* puro, a determinação de produzir decisão institucional conserva a necessidade de uma maior interação entre os membros do colegiado em busca da produção de um julgado que será externado como consensual. Todavia, não

⁹⁶ Cf. HENDERSON, Todd. Op. cit., p. 11-12.

⁹⁷ OLDHAM, James. *English common law in the age of Mansfield*. University of North Carolina Press, 2004, *apud* HENDERSON, M Todd. Op. cit., p. 14. Cabe esclarecer que, apesar das referidas mudanças, promovidas por obra de Lord Mansfield, o *Chief Justice* da Corte Judicial Real, terem alcançado bom resultado, elas foram rejeitadas quando da ascensão de Lord Kenyon ao cargo. O novo *Chief Justice* restaurou o tradicional modelo *seriatim*, acreditando na separação entre direito e justiça (que era minimizada pelo modelo de opinião da Corte) e por preferir decidir casuisticamente em vez de anunciar normas amplas. O modelo vigorou nas principais Cortes inglesas até recentemente. Cf. HENDERSON, M Todd. Op. cit., p. 14-15.

⁹⁸ Cf. HENDERSON, M Todd. Op. cit., p. 15.

⁹⁹ O procedimento decisório adotado pela Suprema Corte americana será melhor analisado no próximo capítulo. Sobre a Corte Marshall e as decisões institucionais, cf. SMITH, Jean Edward. *John Marshall. Definer of a nation*. New York: Henry Holt and Company, LLC, 1996. p. 282 e ss. DICKSON, Del. *The Supreme Court in conference – 1940-1985. The private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 27-42. GERBER, Scott Douglas. *The Supreme Court before John Marshall*. In GERBER, Scott Douglas (Org.). *Seriatim: the Supreme Court before John Marshall*. New York: New York University Press, 1998. p. 1-25.

desconsidera a independência dos julgadores, e admite a possibilidade de nem todos assentirem quanto aos fundamentos da decisão. A possibilidade do dissenso, assim, é vista como tendente a aprimorar o próprio processo decisório, ao exercer certa pressão sobre o autor do voto majoritário a rever seu posicionamento inicial.¹⁰⁰ Sob a ótica do desenvolvimento da jurisprudência, ainda, é importante considerar que as decisões não unânimes e que veiculam os posicionamentos divergentes servem ao importante papel de evidenciar inconsistências legais ou lançar as bases para uma eventual superação futura do precedente.¹⁰¹ Mesmo assim, a pretexto de manter a unidade do entendimento, o arranjo gera para cada juiz, a necessidade de refletir sobre se a divergência é mesmo necessária.¹⁰²

¹⁰⁰ GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinions. *Minnesota Law Review*, n. 95, p. 1-8, 2010. p. 3. A autora, juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no intuito de elucidar a importância das divergências para a formação da opinião do tribunal, relata caso em que redigiu voto dissidente tão persuasivo que este se tornou a opinião majoritária.

¹⁰¹ HETTINGER, Virgínia A. LINDQUIST, Stefanie A. MARTINEK, Wendy L. Op. cit., p. 217.

¹⁰² GINSBURG, Ruth Bader. Op. cit., p. 3.

CAPÍTULO II

O PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. Breve estudo em perspectiva comparada

Antes do estudo do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, vale analisar duas experiências paradigmáticas de jurisdição constitucional, a dos Estados Unidos e sua *Supreme Court*, e da Alemanha e seu Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). A escolha dos referidos modelos se justifica em razão do fato de estes terem influenciado profundamente o caso brasileiro, embora representem arranjos bastante distintos. Como será demonstrado, a jurisdição constitucional pátria é formada pela mesclagem de diversos institutos oriundos daquelas matrizes.¹⁰³ Entretanto, não se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal reflita a realidade específica dos Tribunais de nenhum dos dois países. A jurisdição constitucional brasileira se desenvolveu de forma peculiar, como resultado da confluência de diversos fatores típicos de nossa própria sociedade.

Cumprido alertar, todavia, que aqui não se pretende descer tão profundamente às minúcias das referidas experiências estrangeiras. A observação comparada tem por escopo a obtenção de premissas necessárias ao estudo da realidade do STF, a partir da compreensão dos elementos institucionais e do processo decisório das Cortes que foram as principais inspirações do ordenamento pátrio. É importante considerar que esta perspectiva é especialmente relevante para os estudiosos do Direito, assim como para aqueles incumbidos de efetivar reformas no sistema jurisdicional – preocupação prática com que se identifica o presente trabalho –, já que possibilita o contato com um maior elenco de ideias, favorecendo postura reflexiva e crítica sobre nosso próprio sistema jurídico, e ainda propicia indicações sobre os resultados que podem advir da aplicação de determinados institutos.¹⁰⁴

2.1.1. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, o constitucionalismo antecedeu a promulgação da

¹⁰³ Em geral, aponta-se que o Brasil adotou alguns institutos dos modelos americano e *européu* de jurisdição constitucional. Aqui, utilizou-se o Tribunal alemão como expressão do paradigma europeu, pela proeminência que esta Corte adquiriu na própria Europa e no mundo.

¹⁰⁴ Tal metodologia encontra inspiração em Oscar Vilhena Vieira. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 47.

Constituição do país e a própria independência em relação à Inglaterra. A necessidade de limitação do poder dos governantes e de proteção das minorias foram ideias que se enraizaram na cultura política americana como decorrência, por exemplo, do fato de a colonização ter sido realizada, em boa parte, por imigrantes que escapavam da perseguição religiosa na Europa. O modelo constitucional que se originou da luta das Treze Colônias contra os arbítrios da metrópole foi influenciado por dois relevantes vetores, os quais se intentaram conciliar: o liberalismo, preocupado com a contenção do poder das majorias para defesa de direitos das minorias, e a democracia, fundada na ideia de autogoverno do povo.¹⁰⁵

Com a Declaração de Independência, em 1776, e a subsequente aprovação da Convenção de Filadélfia, em 1787, passou a vigorar a Constituição americana, de texto assaz sintético, composto originariamente de apenas sete artigos. O arranjo estabelecido pelo documento buscou, ao mesmo tempo, fundar o exercício do poder político no consentimento dos governados e estabelecer mecanismos para evitar opressões e ameaças à liberdade individual por parte deste poder. Neste sentido, os americanos associaram o papel da Constituição à organização do Estado e à imposição de limites à ação dos governantes, deixando de abordar questões sobre o futuro do país.¹⁰⁶

Na esfera político-administrativa, adaptaram a estrutura organizacional britânica e criaram a forma de Estado federal. Ainda, negaram a monarquia e instituíram a república presidencialista. Adotaram a lógica de separação de poderes, inovando ao estabelecer mecanismos de freios e contrapesos. Mantiveram, contudo, o sistema de representação através do Parlamento bicameral (a Câmara dos Comuns correspondia à Casa dos Representantes, e a Câmara dos Lordes ao Senado). Quanto ao Poder Judiciário, os Estados Unidos, herdeiros da tradição do *common law* inglês, também desenvolveram estruturas próprias para adaptar a *judge made law* às condições políticas, econômicas e sociais da colônia.¹⁰⁷ Criaram, então, uma Corte Suprema sem qualquer semelhança com os parâmetros da Inglaterra, onde vigia o princípio da supremacia do Parlamento, cujas leis jamais podiam ser invalidadas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. Op. cit.

¹⁰⁷ O modelo do *common law* prevaleceu na colônia americana como resultado da língua comum, do povoamento e a identidade cultural com a Inglaterra, não sem atravessar um período de embate com a tradição do *civil law*, já que, à época, a codificação e a atribuição de poder a árbitros significava segurança para a colônia. Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31-33.

¹⁰⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 28.

Afirma-se que a Suprema Corte teria sido concebida como órgão conservador, por uma elite que articulou as instituições de modo a privilegiar os interesses da classe dominante. Isto porque, com a independência, a atitude separatista que unia os colonos americanos cedeu lugar à luta de classes. Os principais líderes da emancipação desconsideravam a capacidade de governo da massa ignorante e miserável, e temiam tendências comunistas e anarquistas, equiparadas à democracia. A Suprema Corte foi, assim, idealizada para a defesa da Constituição e da propriedade contra avanços temerários e reivindicações da massa, que, através do voto popular, poderia, por majorias ocasionais, dominar o Legislativo.¹⁰⁹

A Constituição, muito enxuta, pouco dispunha sobre o Poder Judiciário. A Suprema Corte está prevista no Artigo III da Carta de 1787¹¹⁰, mas o texto é lacônico e não dispõe sobre a composição, nem sobre as competências e prerrogativas do órgão. Coube ao Congresso e aos próprios juízes desenvolver o Judiciário Federal. Isto significa que a tamanha expressão da Corte nos Estados Unidos não deriva de nenhum explícito comando constitucional, mas, por outro lado, não se pode afirmar que sua autoridade não possa ser depreendida a partir da Constituição.¹¹¹

Neste sentido, as movimentações iniciais para consolidação do Poder Judiciário naquele país foram empreendidas pelo *Chief Justice* John Marshall, que se apoiou no discurso de Hamilton, no artigo nº 78 de *O Federalista*¹¹², para proferir decisão crucial para os rumos do Judiciário americano, no precedente *Marbury versus Madison*, de 1803. Naquela época, a Suprema Corte ainda era um órgão pouco desenvolvido, instalado no interior do Capitólio, sem nem contar com sede própria. Além disso, Marshall ocupava o cargo de Presidente da Corte há apenas três anos e jamais havia exercido qualquer função na

¹⁰⁹ BALEEIRO, Aliomar. Op. cit., p. 29-31.

¹¹⁰ Cf. redação do art. III da Constituição americana: “*The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.*” (O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos Tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos Tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto procederem bem, e perceberão por seus serviços, nas datas fixadas, uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência em suas funções.)

¹¹¹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 1.

¹¹² A obra *O federalista* consolidou uma série de ensaios escritos a partir das reuniões que ocorreram na Filadélfia para a elaboração da Constituição americana. Cf. HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. Verbete n. 78. p. 457-463.

magistratura antes de ingressar no órgão.¹¹³ No bojo do referido precedente difundiu-se a tese que viabilizou a revisão constitucional dos atos dos demais Poderes pelo Judiciário, que é a prerrogativa que diferencia este Poder dos outros dois departamentos governamentais.¹¹⁴ Tal é considerado o marco inaugural do controle de constitucionalidade, e a partir do quê o ideal da supremacia da Constituição – elemento que fundamenta e enaltece a jurisdição constitucional os Estados Unidos – passou a ser cultivado naquele país.

O caso *Marbury versus Madison* se refere à ação judicial, na forma de *writ of mandamus*, ajuizada por William Marbury perante a Suprema Corte, pleiteando tutela do seu suposto direito à posse no cargo de juiz federal. É que após as eleições presidenciais de 1800, o então presidente John Adams, derrotado por Thomas Jefferson, antes de deixar a Presidência, nomeou diversos de seus correligionários do Partido Federalista como juízes federais, dentre eles, William Marbury. Ocorre que seu título de nomeação não lhe foi entregue a tempo e o novo Presidente determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, a suspensão da diligência. A esta altura, a Suprema Corte contava com Marshall, antigo Secretário de Estado de John Adams, como *Chief Justice*. Após quase dois anos de espera pelo julgamento, em 1803, a Corte proferiu decisão pela qual reconheceu o direito de Marbury à posse no cargo, mas entendeu que não poderia determinar o seu cumprimento, em razão da competência para tanto estar prevista no *Judiciary Act*, norma infraconstitucional, de 1789, que neste ponto contrariava a Constituição, já que esta havia previsto rol mais exíguo de competências para a Corte.

O caso comporta, como pano de fundo, importante embate político que merece ser considerado. À época estavam em conflito duas teorias e modelos de desenhos institucionais. De um lado, os republicanos consideravam que a voz da nação havia se manifestado nas últimas eleições, defendendo a pretexto da vontade da maioria uma supremacia dos seus representantes. Por outro lado, os federalistas identificavam na Constituição de Filadélfia a verdadeira manifestação de vontade do povo, motivo pelo qual argumentavam que o Judiciário deveria proteger a Constituição de 1787 dos desejos de maioria transitória. E foi esta última tese que prevaleceu.¹¹⁵

A decisão de Marshall teve como principais conseqüências as ideias de que a Constituição é norma superior no ordenamento jurídico; que nenhuma outra norma pode

¹¹³ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 265-266.

¹¹⁴ BICKEL, Alexander M. Op. cit., p. 1.

¹¹⁵ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 29-40. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3-10.

contrariar a Constituição; e de que cabe ao Judiciário interpretar o direito. A supremacia da constituição sobre as leis foi afirmada ao argumento de que, enquanto aquela é fruto da vontade constituinte do povo, estas são resultado da decisão de quem apenas o representa momentaneamente. Deste raciocínio decorreu, ainda, o fortalecimento institucional do Judiciário, responsável pela defesa dos interesses inscritos na Constituição. Ainda, argumentou-se que o isolamento político deste Poder lhe conferia maior imparcialidade e o qualificava para decidir questões relativas a princípios e direito das minorias. Além disso, por ser típico da sua esfera interpretar as normas – e a constituição também teria natureza legal –, determinar o sentido da carta magna, por meio de controle de constitucionalidade, seria sua atribuição.¹¹⁶

Cabe considerar, assim, que o surgimento do controle de constitucionalidade nos EUA foi emblemático por não se apoiar em qualquer previsão constitucional, mas por decorrer apenas de construção jurisprudencial. Isto pode ter permitido ou mesmo estimulado os juízes daquele país a criar mecanismo “autosuficiente” de controle constitucional de normas. Por outro lado, a ausência de previsão de submissão de demandas constitucionais a um órgão específico, não afastou a possibilidade de estabelecer o controle judicial de forma difusa, por qualquer juiz ou Tribunal.¹¹⁷ Este arranjo decorreu, ainda, das premissas de rigidez constitucional¹¹⁸ e do poder-dever que tem todo juiz de interpretar e aplicar as leis e a Constituição, conforme o art. VI, §2º, do Texto (*supremacy clause*).¹¹⁹

O direito constitucional nos Estados Unidos floresceu em meio a tais ideias.¹²⁰ É importante notar, também, que foi mantida na América a estrutura original do *common law*

¹¹⁶ Cf. interessante explanação de Rodrigo Brandão sobre o resultado da decisão. Op. cit., p. 29-30.

¹¹⁷ Cf. CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., 266-267.

¹¹⁸ A Constituição prevê, em seu art. 5º, a possibilidade de emenda mediante proposta de 2/3 dos representantes das duas Casas do Legislativo Federal ou de 2/3 dos legislativos estaduais. Em ambos os casos, a proposta deve ser ratificada por 3/4 dos Estados, através de seu Legislativo, ou por meio de convenções especificamente convocadas para este fim. Cabe considerar que, ao longo dos mais de 220 anos de vigência da Constituição americana, esta sofreu apenas vinte e sete emendas, e que isto se deve, ainda, a certa “plasticidade” das cláusulas constitucionais que, de acordo com as concepções daquele país, acabam tendo sentido modificadas pela via da interpretação judicial, sem alteração do texto.

¹¹⁹ O referido dispositivo pode ser assim traduzido: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”.

¹²⁰ Aqui, cabe destacar a observação de Oscar Vilhena Vieira, que aponta que a função da Suprema Corte no sistema político americano tem variado no tempo. Para ele, a Corte não tem se valido do poder que lhe foi atribuído a partir de *Marbury v. Madison* da mesma forma no decorrer da história daquele país, de modo que a proeminência do Judiciário não pode ser considerada uma constante. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 60-62. E, embora a jurisdição constitucional seja um dos pilares do sistema jurídico-político americano, não se pode olvidar que esta é alvo de críticas, no sentido do seu caráter antidemocrático, já que confere aos juízes, não eleitos pela via do voto popular, o poder de derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University

inglês, pelo qual a jurisprudência é a principal fonte irradiadora de normas. Neste sistema, o papel do juiz tende a ser de grande relevância, já que o direito se desenvolve a partir da atuação deles¹²¹, sendo *criado* a cada decisão. Pela *common law*, os juízes são obrigados a respeitar as razões extraídas dos precedentes judiciais. Nos Estados Unidos, tal consubstancia-se na política designada *stare decisis*.¹²² A expressão, na cultura jurídica daquele país, determina que as decisões da Corte de última instância do Judiciário federal ou estadual estabelecem princípio de direito ao analisarem questão de mérito levada a julgamento, sendo este princípio aplicável aos casos futuros cujos fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, independente da identidade de partes, pela própria Corte e pelos órgãos judiciais inferiores.¹²³

Neste contexto, as preocupações destacadas pela teoria americana sobre interpretação constitucional envolvem, mais do que qualquer outra abordagem, as consequências dos precedentes da Suprema Corte (base legal interpretativa do Judiciário).¹²⁴ O sistema de precedentes tem por benefícios fomentar a confiança nas decisões judiciais e contribuir para a real integridade do processo judicial, com fortalecimento e eficiência deste.¹²⁵ Além disso, é capaz de dotar o direito de estabilidade, através da previsibilidade das decisões judiciais¹²⁶, economiza tempo na solução de litígios e proporciona o estabelecimento de uma cadeia interpretativa capaz de atingir a aceitação pública, e, para tanto, o desenvolvimento de regras que permitam que a Constituição seja aplicada ao dia-a-dia é tema central.¹²⁷

Press, 1999. KRAMER, Larry D. *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

¹²¹ Afirma-se que os juízes da *common law* representam heróis culturais, até mesmo figuras paternas. Cf. MERRYMAN, John. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 63.

¹²² CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2008. Op. cit., p. 20-22.

¹²³ COLE, Charles D. O *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. *Revista dos Tribunais*, n. 87, v. 752., p. 11-21, jun. 1998. p. 11.

¹²⁴ O princípio da *stare decisis* não importa na vinculação irrestrita dos casos futuros aos detalhes do precedente. É a *ratio decidendi* o foco do princípio, com a finalidade de assegurar a coerência da jurisdição constitucional e do próprio ordenamento jurídico nos EUA. Deste modo, o precedente não é regra obrigatória, podendo até ser superado, mas constitui referência para um dado assunto. Cf. CICONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., 283-284.

¹²⁵ FINE, Toni N. O uso do precedente e o papel do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, n. 89, v. 782, p. 90-96, dez. 2000. p. 95-96.

¹²⁶ Cf. COLE, Charles D. Op. cit., p. 19.

¹²⁷ TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 42 e 47.

O Judiciário americano é concebido como um único poder, e sua organização é consideravelmente complexa.¹²⁸ Diz-se da existência de cinquenta e uma jurisdições¹²⁹, como reflexo do forte federalismo dual vigente nos Estados Unidos, sendo cinquenta delas estaduais (à medida que cada estado conserva autonomia para determinar o funcionamento de seu Judiciário, suas regras, práticas e procedimentos) e uma federal.¹³⁰ A Suprema Corte está colocada no topo da estrutura do Poder Judiciário, como seu órgão de cúpula, e tem dupla função: é instância máxima recursal do Judiciário Federal e, também, guardião da Constituição.¹³¹ De acordo com o sistema americano, a defesa e o cumprimento das disposições constitucionais são aspectos inerentes à função judicial como um todo, e podem ser exercidos por qualquer juiz ou órgão colegiado, de todas as instâncias, mediante provocação dos interessados. O controle de constitucionalidade, portanto, é desempenhado de maneira *difusa*, sendo da essência da Suprema Corte o papel de árbitro final de demandas de qualquer natureza, não somente constitucionais.

Sediada na capital do país, Washinton D.C., a Suprema Corte é composta por nove juízes, sendo um deles o *Chief Justice* (Presidente da Corte).¹³² Seus membros são nomeados

¹²⁸ Tal já anunciava o jurista francês Alexis de Tocqueville em *A democracia na América*, onde descreveu a dificuldade em compreender o modelo judiciário norte-americano, caracterizado pela natureza política da vida jurídica resultante do pluralismo geográfico e organizacional.

¹²⁹ É o que defende Robert Summers, apontando o equívoco de se afirmar que a jurisdição americana é dividida em duas, a esfera federal e a estadual. Ele alerta que cada Estado possui sua própria estrutura jurisdicional, como um organismo autônomo. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State). In MacCORMICK, Neil. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 355.

¹³⁰ As jurisdições estaduais compete julgar, em matéria cível, questões relacionadas a danos, propriedades, contratos, divórcios, pensões, custódia de crianças e direito administrativo estadual. Em matéria criminal, examinam casos de homicídios, estupros, furtos, roubos e estelionatos, além de serem responsáveis pela manutenção da ordem. Em geral, são compostas por três instâncias, a começar pelos juizados (*Trial Courts*), em que os juízes, por regra, conduzem os casos pessoalmente, acompanhando matérias de fato, produção de provas e audiências orais; em segunda instância estão as Cortes de Apelação (*Courts of Appeals, Appeals Court* ou *Appellate Division of Superior Court*); e em terceira instância estão as Supremas Cortes estaduais (*Supreme Court* ou *Court of Appeals*). Já a Justiça Federal divide-se em 84 distritos (*District Courts*) de primeira instância, *Courts Appeals* (segunda instância) e na Suprema Corte. Além dessas cortes, ainda existem as chamadas *Legislative Courts*, que apreciam questões específicas, como a *Tax Court* (matéria tributária federal), *Court of Veterans Appeals* (revisão de decisões do Departamento de Veteranos de Guerra), *Court of Federal Claims* (questões relacionadas a danos decorrentes de ação ou omissão do estado ou dos seus agentes), *US Court of Appeals for the Armed Forces* (penalidades impostas pelas cortes marciais), *Court of International Trade* (causas referentes à legislação alfandegária e de importação) e as *Bankruptcy Courts* (matéria falimentar). As *Legislative Courts* são juízos de primeira instância, sendo suas apelações dirigidas às cortes federais de segunda instância de acordo com o critério geográfico. Ver mais em SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 161-174.

¹³¹ Suas competências originárias e recursais não são definidas taxativamente. Originariamente, a Corte julga casos envolvendo embaixadores, ministros e outras autoridades públicas, controvérsias envolvendo os Estados membros e a Federação, lides entre dois ou mais Estados federados, conflitos entre cidadãos e Estados a que eles não pertençam, entre cidadãos de diferentes Estados, e casos envolvendo cidadãos ou Estados e cidadãos e Estados estrangeiros, além de outras atribuições. Em grau recursal, atua como árbitro final de conflitos de caráter constitucional e legal federal, podendo rever decisões das Cortes de Apelação estaduais (a última instância da justiça estadual) e dos Tribunais Federais inferiores.

¹³² O número de juízes que compõe a Corte é fixado pelo Congresso Nacional.

pelo Presidente da República e confirmados por maioria simples do Senado.¹³³ Pode-se apontar que a ausência de maiores previsões acerca da composição e atuação da Corte compromete a independência do órgão, principalmente em relação ao Executivo Federal.¹³⁴ Isto porque no sistema político dos Estados Unidos vige o bipartidarismo, e tanto o Partido Republicano quanto o Partido Democrata são orientados por suas definidas e consolidadas ideologias. Na Suprema Corte, esta característica política se manifesta justamente através da escolha dos *justices* pelo Presidente da República. Há fortes tendências de que um juiz nomeado por um Presidente Republicano manifeste suas concepções conservadoras, enquanto um juiz nomeado por um Presidente Democrata apresente-se mais progressista.

Uma vez empossados, os *Justices* têm mandato vitalício, podendo este ser exercido por tempo indeterminado, até o final da vida do magistrado ou até sua aposentadoria voluntária, desde que as funções sejam exercidas com “boa conduta”.¹³⁵ Esta é a única exigência constitucional para o exercício do cargo, não havendo qualquer menção a outros requisitos, como idade mínima, por exemplo. Isto, em tese, permite que qualquer cidadão seja nomeado para o cargo. Na prática, contudo, prevalecem critérios como formação jurídica, moral ilibada e identificação política com o Presidente da República. O cargo de juiz constitucional é incompatível com qualquer outra função, exceto a de magistério.¹³⁶

A relação da Suprema Corte norte-americana com o mundo exterior é bastante peculiar. Os juízes costumam fazer diversas aparições públicas, seja para dar palestras e divulgar seus escritos sobre a atuação como magistrado constitucional, seja para participar de eventos de cunho político (que evidenciem suas tendências partidárias). Os juízes, por meio de atuação individual no ambiente extra-Corte, adquirem grande visibilidade entre o público em geral, sendo alvo de considerável atenção por parte da mídia. É possível afirmar, inclusive, que esta conformação é potencialmente comprometedora em relação à imparcialidade dos *justices*.¹³⁷

¹³³ Quanto aos demais magistrados, são adotadas algumas formas para a escolha destes, que podem variar entre os Estados e a jurisdição federal. Os juízes podem ser indicados pelo Poder Executivo, com posterior confirmação pelo Legislativo, podem ser indicados pelo Executivo com escolha baseada em lista preparada por uma comissão independente, e podem, ainda, ser escolhidos por meio de eleição popular. Em qualquer dos casos, é interessante notar a forte influência política que caracteriza o Poder Judiciário nos Estados Unidos.

¹³⁴ Cf. CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 269. Ainda, SUNSTEIN, Cass R. et. al. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington D.C. Brookings Institutions Press, 2006.

¹³⁵ Trata-se de expressão contida no artigo III, §2º, da Constituição americana (“*good behavior*”).

¹³⁶ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., 269.

¹³⁷ São exemplos do intenso relacionamento dos juízes da Suprema Corte com o mundo exterior os frequentes discursos do Antonin Scalia sobre suas visões particulares acerca de temas delicados como o papel da religião na sociedade. O *justice* também costuma criticar publicamente decisões da Corte em que sua opinião foi vencida. Clarence Thomas, assim como Scalia, já foi visto em eventos da *Federalist Society*, grupo político

Este caráter político da Suprema Corte, internamente, compatibiliza-se com um processo decisório que comporta diversas possibilidades de negociação entre os juízes, bem como de atuação estratégica em busca da concretização de suas preferências pessoais.¹³⁸ Na verdade, o que ocorre é que os juízes decidem individualmente as demandas, mas, ao mesmo tempo, são comprometidos com a produção de uma decisão final da Corte. Como herdeiros da tradição inglesa da Appellate Committee of the House of the Lords, atual Suprema Corte do Reino Unido, os *justices*, desde a colônia, decidiram singularmente, até que abandonaram esta prática durante a Corte Marshall.¹³⁹ Atualmente prevalece a regra de produzir, entre os dois referidos extremos, a *opinion of the Court*, o que significa que a maioria dos juízes *aprovaram* a decisão final, ainda que sejam admitidos dissenso, opinião concorrente que adira à maioria e opinião divergente que assinta apenas com o resultado final.¹⁴⁰

A Suprema Corte comporta mecanismos de admissão de processos que lhe conferem a possibilidade de selecionar, discricionariamente, os casos que deseja apreciar. É bastante restrito o número de processos admitidos pela Casa. Esta desempenha juízo de admissibilidade, através do *Chief Justice*, com vistas a determinar quais feitos versam realmente sobre questões constitucionais. Identificados os casos mais relevantes, uma lista de exame será submetida aos juízes e serão apreciados aqueles apontados por quatro juízes.¹⁴¹ Para os casos que passam por esta triagem, é emitida carta requisitória (*writ of certiorari*) à autoridade judicial prolatora da decisão impugnada perante a Corte determinando a remessa dos autos à Casa.¹⁴²

Em geral, todos os feitos são julgados pelo Plenário, na presença de todos os juízes, mas há previsão de quórum mínimo de seis deles para o início das sessões. O tipo de análise a ser feito sobre o processo é definido pela Suprema Corte. Pode-se optar pelo exame

conservador. E Ruth Bader Ginsburg mantinha laços com um grupo pela defesa dos direitos da mulher, o *Legal Momentum*. Cf. BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 9.ed. Washington DC: CQ Press, 2006. p. 15-18.

¹³⁸ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 228.

¹³⁹ Conforme discutido no ponto 1.2.3.

¹⁴⁰ Tal regra não conduz, necessariamente, a julgamentos de consenso. Dados apontam que em 2010, a Suprema Corte proferiu oitenta e duas decisões de mérito, das quais somente trinta e oito foram unânimes. Cf. WOOD, Diane P. When to hold, when to fold, and when to reshuffle: the art of decisionmaking on a multi-member court. *California Law Review*, v. 100, n. 6, p. 1445-1478, december 2012. p. 1449-1451.

¹⁴¹ É importante observar que a admissibilidade por quatro juízes, chamada *rule of four*, não está prevista nas regras da Suprema Corte, mas é uma prática própria da jurisdição constitucional americana. Cf. CICONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 277.

¹⁴² A doutrina aponta que a escolha dos casos que serão julgados pela Suprema Corte não é ocasional. Tradicionalmente, os feitos não são considerados de forma isolada, mas em relação aos precedentes da Casa. Assim, podem ser aceitos com o objetivo de esclarecer ou ampliar uma decisão anterior em determinada área, por expressar interesses do governo ou de outros grupos, ou por razões ideológicas. Cf. BAUM, Lawrence. 2006(1). Op. cit., p. 86. CALDEIRA, Gregory A. WRIGHT, John R. Organized interests and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *The American Political Science Review*, v. 82, n. 4, dez. 1988, p. 1109-1127. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington DC: CQPress, 1998. p. 27.

sumário (*summary consideration*)¹⁴³, para casos entendidos por menos relevantes, que são submetidos a um procedimento simplificado. As decisões são tomadas com base no material produzido e apresentado pelas partes. Nestas hipóteses, o processo tem seu mérito decidido por decisão *per curiam*, ou seja, da Corte, sem que seja a opinião final assinada por algum juiz em particular ou revele as eventuais divergências entre os magistrados. Outra opção é o exame pleno (*full consideration*), em que o feito passa por nova instrução, com produção de provas e oitiva das partes para, ao final, ser objeto de decisão de mérito. Trata-se de procedimento mais frequente e mais complexo, para análise mais acurada do caso.¹⁴⁴

O processo de decisão se desenvolve da seguinte maneira: o primeiro momento é o de apresentação do caso à Corte, com exposição dos argumentos pelas partes eminentemente de forma oral. O segundo ato é a reunião dos juízes em conferência privada para discutirem os pontos da demanda. Esta assembleia se realiza a portas fechadas, sem que seja franqueado acesso às partes. Aponta-se que tal reunião constitui um espaço para atuação estratégica entre os magistrados que, neste momento, têm oportunidade de se articularem para alcançar, no julgamento, o entendimento que seja mais próximo de suas preferências pessoais.¹⁴⁵ Por outro lado, é de se observar que o debate, nesta fase, pode ter resultados mais ou menos frutíferos conforme sejam os juízes incentivados ou limitados nesta tarefa.¹⁴⁶

Após a reunião privada, são definidas as questões jurídicas a serem enfrentadas no julgamento e o entendimento da Corte com base no critério da maioria. Se o *Chief Justice* integrar a maioria, ele deve determinar a que magistrado cabe a redação da decisão, podendo, inclusive, ser ele mesmo. Caso ele se filie a entendimento divergente, o relator será escolhido pelo membro mais antigo da Casa.¹⁴⁷ O papel do relator é de sensível relevância, uma vez que a ele cabe a tarefa de redigir a decisão que será publicada como o entendimento da instituição, não o seu pessoal. Para o sistema de precedentes norte-americano, a decisão só gerará um precedente vinculante para as demais instâncias se a maioria que integra a

¹⁴³ Diversos casos em que a Corte decide pelo exame sumário acabam não tendo decisão de mérito proferida por esta. O feito é remetido à instância inferior para nova decisão.

¹⁴⁴ BAUM, Lawrence. 2006(1). Op. cit., p. 87.

¹⁴⁵ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1998. Op. cit., p. 79-98.

¹⁴⁶ Há relatos de que, durante a Presidência do *Chief Justice* Rehnquist, eram impostas limitações à atuação dos juízes na conferência. Cada um podia, apenas, em ordem de senioridade, manifestar o seu posicionamento e o por quê, razão pela qual a reunião tinha pouco impacto na decisão final. Já o *Chief Justice* Roberts incentivava o debate livre entre os juízes, o que tornava a conferência mais produtiva. Cf. BAUM, Lawrence. 2006(1). Op. cit., p. 110.

¹⁴⁷ Epstein e Knight afirmam que a escolha do relator é delicada, uma vez que pode ser determinante para o resultado final do processo. Por isso, verifica-se a existência de casos em que o *Chief Justice*, ainda que contra suas preferências, vota conforme a maioria para não abrir mão da prerrogativa de indicação do relator. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. *Political Science Paper*. n. 275, 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 21.07.2014. p. 18.

Corte chegar a um consenso não somente sobre o dispositivo da decisão, mas também sobre os fundamentos que a justificam. Portanto, a responsabilidade do relator é de construir um voto que garanta a adesão da maioria.¹⁴⁸

Redigida a decisão, esta primeira versão é circulada entre todos os membros da Corte. Tal medida se coaduna com o objetivo institucional de manter a aderência ao entendimento majoritário manifestado na reunião privada.¹⁴⁹ Os demais juízes, diante da minuta, podem i) assentir integralmente com seu teor e aderir ao voto do relator; ii) concordar com a manifestação do relator, mas insistir na apresentação de seu voto (concorrência regular em relação ao voto do relator); iii) concordar com o resultado final, mas discordar dos fundamentos da decisão (concorrência especial em relação à posição do relator); iv) discordar da decisão e apresentar voto divergente; v) aderir a uma concorrência regular, a uma concorrência especial ou a um voto divergente apresentado por outro juiz.¹⁵⁰

Os demais magistrados têm, ainda, a possibilidade de negociar alterações à minuta. Em vez de simplesmente concordar ou divergir de seu teor, um juiz pode, por exemplo, solicitar a mudança de redação em algum ponto da decisão como condição para continuar a se filiar à maioria ou para continuar seguindo-a. Tal alteração pode ser vantajosa para o relator, já que diminui as chances de haver dissenso em relação à sua redação – que também é elaborada de modo a valorizar suas preferências. Este mecanismo de negociação constitui regra na Suprema Corte, não exceção¹⁵¹, o que evidencia o desafio da atuação do relator de acomodar, no texto final da decisão, as preferências e opiniões de cada integrante da Casa.

Verifica-se que o processo decisório na Suprema Corte americana é predominantemente externo, orientado por audiências e sustentações orais, e com publicidade dos atos decisórios.¹⁵² O processo de tomada de decisão comporta atuação isolada e pouco interativa entre os juízes, apesar de, nos casos relevantes, o rito do exame pleno envolver reunião a portas fechadas possibilitando a maior interação entre os magistrados – hipótese em que o entendimento majoritário também é fruto de processo de

¹⁴⁸ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 231.

¹⁴⁹ EPSTEIN, KNIGHT. 2008. Op. cit. p. 31.

¹⁵⁰ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. p. 384. *apud* CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 233.

¹⁵¹ Tal foi comprovado empiricamente por Epstein e Knight, ao realizarem pesquisa que apontou alteração do texto em 53% dos casos analisados, durante a Corte Burger. Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1995. Op. cit., p.21.

¹⁵² A publicidade dos atos decisórios da *Supreme Court* não se assemelha à noção de publicidade observada no Brasil. Por aqui, as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal são abertas ao público e transmitidas ao vivo para milhares de telespectadores, conforme se discutirá a seguir. Nos Estados Unidos, embora sejam abertas a um número restrito de pessoas, as sessões de julgamento são fechadas ao grande público. A imprensa não pode filmar, nem fotografar no interior da Corte.

votação (agregado de opiniões individuais). A fase de redação do texto final, por sua vez, é marcada por forte interação colegiada em evidente esforço de elaborar uma decisão única e institucional. A publicação da decisão pode ser considerada *per curiam*, ainda que sem prejuízo da divulgação dos votos divergentes. Tal modelo decisório compreende, assim, características híbridas dos modelos agregativo e deliberativo de decisão nas fases decisória e pós-decisória, respectivamente.

Afirma-se que o objetivo dos membros da Suprema Corte não é persuadir os colegas acerca da correção de suas opiniões. O público alvo de seus votos seria outro, uma plateia externa, formada pelo Congresso, Casa Branca, pela mídia e pela academia.¹⁵³ De fato, num sistema judicial tão marcado por influências políticas, é natural que os juízes busquem contentamento no fato de serem bem vistos pelas por aqueles interlocutores com quem se identificam. E esta interlocução com atores políticos relevantes é um meio pelo qual podem atingir tal satisfação pessoal.¹⁵⁴ Este é um importante fator que tende a influenciar as decisões dos magistrados nos Estados Unidos – de forma mais evidente, e também nas demais Cortes cujos modelos decisórios são externos.

2.1.2. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

A jurisdição constitucional alemã, embora guarde similaridades com as dos demais países da Europa continental em virtude dos traços comuns e peculiaridades que correspondem ao meio institucional e sociológico em que se inserem¹⁵⁵, é considerado o caso mais expressivo do continente, sendo marcado por algumas peculiaridades que merecem ser consideradas. Afirma-se que a jurisdição constitucional teve desenvolvimento bastante lento na Alemanha.¹⁵⁶ Entretanto, nota-se, especialmente, o profundo impacto da história recente e de acontecimentos como a derrota nas duas grandes Guerras Mundiais e o regime ditatorial nazista, responsável por diversas formas de atentados contra a humanidade

¹⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, nº 250, p. 197-227, 2009. p. 211-212.

¹⁵⁴ BAUM, Lawrence. 2006(2). Op. cit.

¹⁵⁵ Assemelham-se as Cortes da Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica, França, Áustria, Portugal, entre outras. Todas são implantadas em Estados que adotam regimes parlamentarista ou semi-parlamentarista, nos quais vige sistema de pluralidade de jurisdições, sendo a justiça constitucional confiada a um Tribunal especificamente constituído para este fim, com organização, funcionamento e atribuição próprios, como forma de garantir a autonomia administrativa e financeira necessária para assegurar a independência dos seus membros. Cf. FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 27.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7-13.

e desrespeito aos direitos fundamentais, para a conformação da jurisdição do país na atualidade. As mazelas sociais e econômicas que resultaram de tais episódios demandaram uma profunda reconstrução da Alemanha.

Em 1949, promulgou-se Lei Fundamental de Bonn, que acabou por encampar como referencial os direitos inerentes da pessoa humana, inderrogáveis e anteriores ao Estado, trazendo em seu bojo uma carta de direitos, além de adotar a forma federativa do Estado.¹⁵⁷ O constitucionalismo pós-guerra pautou-se pelo ideal democrático, mas absteve-se de normatizar, através de abstrações, acerca deste conceito no texto da Lei Fundamental. Em vez disso, optou por criar regras indispensáveis para a função da ordem democrática, buscando assegurar as estruturas fundamentais desta. Tal concepção se deu sob a consciência de que a vontade do povo não é uniforme, mas comporta divergências de opiniões e interesses.¹⁵⁸ Neste sentido, o domínio dos homens sobre outros homens se justificaria em razão de ter sido prerrogativa confiada pela maioria do povo, de maneira responsável, objetiva e limitada no tempo, estando sujeita, ainda, ao controle por parte da população, que é dotada de vontade política.

Esta lógica se ligava à negativa da vinculação do poder estatal a uma (ou algumas) só pessoa, permitindo uma “produção de continuidade suprapessoal” no Estado democrático. Além disso, determinava a limitação do poder estatal e valorizava a racionalização do processo político, pela neutralidade ideológica com que se posicionava, permitindo a livre circulação de ideias.¹⁵⁹ Tendo em vista o ideal democrático, a ordem constitucional da Alemanha precisou assumir a forma de *estado de direito social*. A legitimidade da ordem coletiva foi possível a partir da vinculação dos poderes políticos ao direito, pelo reconhecimento dos direitos humanos e pelo exercício das tarefas estatal-sociais. Isto tendo em conta que aquela sociedade havia sido, por anos, vítima de injustiças e de ausência de limitação dos poderes estatais.

O efeito estabilizador do estado de direito possibilitou uma produção de continuidade das políticas para além das alternâncias de grupos no poder, garantindo a independência do processo de construção estatal, racionalizando esta dinâmica com

¹⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 90-92.

¹⁵⁸ Importante referência sobre a valorização da diversidade na interpretação constitucional foi elaborada por Peter Häberle, anos mais tarde, diante da crise democrática na Alemanha da década de 1970, quando propôs que a interpretação constitucional não ficasse limitada aos atores clássicos, mas pudesse ser aberta a todos os destinatários da Constituição. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

¹⁵⁹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 115-156.

inteligibilidade, visibilidade e clareza.¹⁶⁰ Neste sentido, nota-se o papel fundamental que adquiriu o direito na Alemanha de então. A vinculação à ordem jurídica se estendia tanto aos governados quanto aos governantes, e assegurou, em alguma medida, a imparcialidade – no sentido do afastamento das questões políticas – dos âmbitos da vida ordenados pelo direito, como o poder estatal. Esta noção encontrou esteio na primazia da Constituição e da lei.¹⁶¹

Tais aspectos determinaram o alargamento do espaço tradicional da jurisdição constitucional. Após 1945, subsistia na Alemanha certa crença na incapacidade do legislador de proteger os direitos fundamentais, razão pela qual se defendeu a criação de um Tribunal dotado de ampla competência. O Tribunal Constitucional foi instalado em 12 de março de 1951, passando a funcionar em setembro do mesmo ano.¹⁶² Seguindo o modelo austríaco¹⁶³, com algumas correções, foi criado especificamente para o fim de preservação dos direitos fundamentais e da própria Carta constitucional.¹⁶⁴ O órgão incumbiu-se da guarda e concretização da Constituição, atuando no juízo de conformação entre esta e os demais instrumentos normativos inferiores, bem como no controle sobre os demais Poderes públicos.

O Tribunal Constitucional Federal logo se afirmou como órgão dotado de elevada autoridade. Embora a Justiça fosse vista como instituição formada por terceiros neutros e imparciais que auxiliam as partes em seus conflitos de interesse, seguiu-se um consistente enaltecimento da jurisdição constitucional, amparado pela própria transformação no conceito de Constituição. Esta passou a ser compreendida como um texto fundamental, indissociável da realidade, dotado de valores, que possui vontade própria e força normativa. Tal lógica conferia papel fundamental à atividade interpretativa, tida, então, por capaz de concretizar os preceitos constitucionais.¹⁶⁵ Com efeito, o Tribunal deixou de atuar apenas negativamente para dedicar-se mais substancialmente à garantia da eficácia dos direitos fundamentais – entendidos como autoaplicáveis e dispensando, portanto, manifestação do Legislativo.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Idem. p. 157-161.

¹⁶¹ HESSE, Konrad. 1998. Op. cit., p. 164-165.

¹⁶² Cf. FAVOREU, Louis. Op. cit., p. 59-76. HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Direito Público*, vol. 1, n. 2, p. 83-137, 2003. KOMMERS, Donald P. Germany: balancing rights and duties. In: *Interpreting constitutions. A comparative study*. GOLDSWORTHY, Jeffrey. New York: Oxford University Press, 2007. p. 172-176. ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 17-18.

¹⁶³ Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

¹⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 90-91.

¹⁶⁵ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 90-92.

Embora não se possa afirmar que este movimento se deu de forma alheia a críticas,¹⁶⁷ o Tribunal Constitucional adquiriu tanto prestígio que nos dias atuais é reputado não como um mero guardião da Constituição, mas como um “Tribunal do cidadão” por excelência. As suas decisões assumiram ampla repercussão na vida política do país, e, frequentemente, pode-se observar o TCFA no centro de relevantes discussões públicas ensejadas por suas emanções.¹⁶⁸ O Tribunal exerce uma função política no conjunto do sistema da divisão de poderes que integra a própria autocompreensão da República Federal alemã¹⁶⁹, e afirma-se que o sistema político daquele país, como este se afigura na atualidade, não seria possível sem a presença do Tribunal Constitucional Federal.¹⁷⁰

Tamanha é sua relevância que a atividade do Tribunal é considerada fonte primária da ciência jurídico-constitucional dogmática na Alemanha,¹⁷¹ embora a tradição jurídica lá dominante seja a da *civil law* (segundo a qual a lei é tomada como a principal fonte de direito). Por conta disso, é de se observar que o enaltecimento do Tribunal Constitucional naquele país revela-se distinto em relação à experiência estadunidense, por exemplo. O caráter central do TCFA pôde ser atingido em razão de alguns elementos, como o próprio sistema de controle concentrado de constitucionalidade; a sua configuração institucional, de órgão autônomo e “sobrepuesto” aos demais quanto à interpretação constitucional – posição assegurada pela Lei Fundamental e pela Lei Orgânica do Tribunal, e também por construção do próprio Tribunal em sua atividade interpretativa –; suas amplas competências; os efeitos e limites das suas decisões – o Tribunal afirma o direito com autoridade de coisa julgada e suas declarações de nulidade de norma costumam terminar em anulações com efeitos *erga omnes* –; e ainda a capacidade de produzir uma clara e consistente jurisprudência. Como resultado, observa-se o Tribunal manifestando-se sobre diversas questões hermenêuticas, inclusive imiscuindo-se, positivamente, na esfera política do Legislativo.¹⁷²

O modelo adotado na Alemanha confere monopólio da guarda da Constituição ao Tribunal e impede que os juízes e outros órgãos judiciais colegiados possam tomar

¹⁶⁷ A ascensão do Poder Judiciário na Alemanha foi criticada, por exemplo, por Ingeborg Maus, que observou que o Tribunal Constitucional assumia papel de mais alta instância moral da sociedade, ditando os valores sociais que se podia depreender da Constituição. Para ela, tal revelaria aspecto antidemocrático, por isentar a Justiça de qualquer mecanismo controle social. Cf. MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – a jurisdição na “sociedade órfã de pai”. In: MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 12-14.

¹⁶⁹ HÄBERLE, Peter. 2003. Op. cit., p. 83-137.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 12-14.

¹⁷¹ MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig et. al. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 33.

¹⁷² Idem. p. 35-39.

conhecimento sobre questões constitucionais.¹⁷³ Por esta razão, conceitua-se o controle de constitucionalidade desempenhado nesta sede como *concentrado*. Vale ressaltar que a organização da jurisdição constitucional alemã tem a peculiaridade de não ser exercida somente por um órgão central, como no tradicional modelo austríaco criado por Kelsen. Naquele país, além do TCFA, existem também os Tribunais Constitucionais das Regiões (*Landesverfassungsgerichte*), como instâncias aptas a exercer controle de constitucionalidade de atos normativos dentro de sua esfera de competência própria. Todavia, esta divisão não desvirtua a unicidade e a sistematicidade da jurisdição constitucional. Diz-se, ao contrário, que é constituída para reforçar tais características.¹⁷⁴

O TCFA é a mais alta Corte jurisdicional do país e está alocado fora da estrutura comum do Judiciário, formada por cinco jurisdições independentes, com competências bem demarcadas.¹⁷⁵ O Tribunal é composto por juízes não magistrados, indicados por autoridades políticas. Em geral, são escolhidos dentre acadêmicos de direito, advogados, juristas.¹⁷⁶ O órgão é composto por dezesseis membros, todos eleitos para um mandato não renovável de doze anos.¹⁷⁷ O limite de idade para exercício das funções no órgão é de sessenta e oito anos completos, de modo que a média de idade dos integrantes não é muito elevada. Somente a assembleia plenária da Corte pode autorizar uma aposentadoria antecipada ou destituição do cargo em caso de falta grave ou de atos que acarretem uma pena privativa de liberdade de mais de seis meses. O cargo é incompatível com o exercício de qualquer outra função, salvo a de professor universitário, desde que tal não prejudique o desempenho prioritário de suas atividades de juiz constitucional.

Internamente, o Tribunal é dividido em três órgãos, sendo o Plenário, que tem competências próprias e também serve à solução de controvérsias interpretativas entre os demais órgãos, e as duas Seções.¹⁷⁸ Cada uma delas composta por oito juízes. Estas Seções estruturam câmaras em seu interior, compostas por três juízes incumbidos de apreciar os

¹⁷³ FAVOREU, Louis. Op. cit. p. 33.

¹⁷⁴ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 236-237.

¹⁷⁵ As cinco jurisdições superiores da Alemanha são a Corte de Cassação, o Tribunal Administrativo Federal, a Suprema Corte Federal em matéria fiscal, o Tribunal Federal do Trabalho e a Corte Federal de Arbitragem Social. Cada uma destas esferas de justiça é, em geral, dividida em três instâncias, a começar pela corte inferior, a corte distrital e, no topo, a corte federal.

¹⁷⁶ FAVOREU, Louis. Op. cit. p. 28.

¹⁷⁷ A possibilidade de recondução era prevista originalmente na redação da Lei do Tribunal Constitucional para os oito juízes nomeados para mandato com prazo determinado, de oito anos (a outra metade de juízes, integrantes dos Tribunais Superiores, seria eleita por tempo indeterminado, até atingirem a idade para aposentadoria compulsória). Esta previsão foi suprimida em 1970, quando se estabeleceu o mandato fixo de doze anos para todos os juízes do TCFA. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 6.

¹⁷⁸ Há quem prefira chamar cada subdivisão interna do Tribunal de *Senado*, em tentativa de traduzir literalmente o termo *Senat*, do alemão. Aqui, utiliza-se a expressão *Seção*, que melhor reflete, em português, o sentido da subdivisão de fato.

recursos constitucionais quanto à sua admissibilidade.¹⁷⁹ Sobre as atribuições de cada Seção, embora estas também sejam identificadas como “câmaras gêmeas”, com paridade e independência entre si, elas possuem competências distintas. A primeira está incumbida dos feitos ordinários, reclamações constitucionais e recursos, enquanto à segunda cabem os temas políticos, envolvendo conflitos entre esferas de governo, bem como o controle abstrato de constitucionalidade.¹⁸⁰

Sobre a composição da Casa, três juízes de cada câmara, perfazendo um total de seis dos dezesseis membros do Tribunal, devem ser juízes federais, ou seja, magistrados que pertenceram, durante pelo menos três anos, a uma das cinco jurisdições superiores da Federação. Os outros cinco juízes de cada Seção, somando dez no total, devem ser escolhidos entre pessoas com idade entre quarenta e sessenta anos, que possuam idoneidade e capacidade técnica para o exercício das funções do Tribunal (personalidades políticas ou acadêmicas com formação jurídica). Estas vagas são preenchidas de modo paritário e alternado através de escolha pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, a partir de listas elaboradas pelo Ministério da Justiça.¹⁸¹ A nomeação é da competência do Presidente da República.¹⁸² A eleição de um juiz para uma determinada Seção é definitiva, não se admitindo a possibilidade de troca. O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, eleitos também pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, devem pertencer a Seções distintas.

A sede do órgão fica na cidade de Karlsruhe, consideravelmente distante das demais jurisdições supremas, bem como do Legislativo e do Executivo, com o propósito de

¹⁷⁹ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 237-238.

¹⁸⁰ Cumpre esclarecer que a divisão de competência entre as Seções, por vezes, pode gerar diferenças entre o volume de processos submetidos a uma ou a outra. Por esta razão, existe previsão que autoriza o Plenário a rearranjar a divisão interna de competências, no início de cada novo ano, mediante o quórum de dois terços dos membros de cada Seção e decisão por maioria simples dos presentes. Na prática, tal possibilidade acaba permitindo que ambas as Seções possam se ocupar de todas os casos submetidos ao Tribunal Constitucional. Cf. CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 240-241.

¹⁸¹ Os juízes eleitos pelo Conselho Federal são escolhidos mediante eleição direta, na qual os votos dos Estados são dados de forma unitária. Já quando os juízes são selecionados pelo Parlamento Federal, ocorre eleição indireta por colégio composto de doze parlamentares e constituído de acordo com as regras da eleição proporcional. Observa-se ampla interferência dos partidos políticos nas eleições dos membros do Tribunal Constitucional, que acaba por refletir a representatividade parlamentar em sua composição. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 5. Peter Häberle defende a necessidade de reforma do sistema de eleição de modo a fomentar uma representação pluralista. Também deveria ser considerada a aptidão para o cargo de juiz, tal como nos Estados Unidos, através de interrogatórios públicos. Além disso, o autor levanta a possibilidade de confiar parte da designação dos juízes ao Presidente da República. Cf. HÄBERLE, Peter. 2003. Op. cit., p. 83-137.

¹⁸² A doutrina destaca que o ato de nomeação pelo Presidente é meramente declaratório. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 6.

afastar o Tribunal da influência de tais estruturas.¹⁸³ Além do controle de constitucionalidade de atos do governo federal e de normas federais e regionais – exercido tradicionalmente em abstrato e mais raramente em concreto, em razão de exceção de inconstitucionalidade suscitada por juiz inferior –, o Tribunal exerce, ainda, as funções de tribunal eleitoral, somente em casos de apelo; de alta Corte de Justiça (ou tribunal repressivo)¹⁸⁴, de Corte federal, a decidir litígios entre a Federação e os Länder ou entre estes; de julgamento de conflitos entre órgãos constitucionais da federação; de controle de qualidade e sentido das normas, desde que tal não implique em anulação da norma; de órgão recursal constitucional em relação à Corte Administrativa e à Corte de Cassação.

O recurso constitucional é um dos fatores que determinam a característica da Casa como “Tribunal de cidadãos”. Tal permite que qualquer cidadão (estendendo-se a pessoas jurídicas, associações ou demais entidades de representação coletiva) pleiteie, perante a Corte, a defesa de seus direitos fundamentais e políticos, em situações de lesão ou grave risco por ato omissivo ou comissivo de autoridade pública¹⁸⁵, exauridas as vias administrativas. Todavia, embora esta tenha sido preocupação do legislador constituinte, o recurso não encontra expressa previsão no texto constitucional, mas ampara-se, sobretudo, na Lei Orgânica do TCFA. O recurso precisa versar sobre interesse constitucionalmente legítimo, devendo ainda, ser próprio, atual e imediato, em forma escrita e subscrita pelo interessado. A admissibilidade do recurso é julgada pelas Câmaras que compõem as Seções, em decisão irrecorrível e que dispensa fundamentação. Aceito o recurso, a Corte, portanto, só analisa o mérito da demanda.¹⁸⁶

Tendo em vista que a Constituição alemã estabelece as competências do Tribunal Constitucional, o órgão não tem discricionariedade para rejeitar o julgamento de casos quando estes preenchem seus requisitos formais de admissibilidade. Por outro lado, uma vez submetido à Corte, um caso passa ser entendido como de interesse público, e só o Tribunal tem o poder de rejeitá-lo caso as partes não tenham mais interesse na solução do conflito. O procedimento interno de decisão no Tribunal Constitucional alemão é regido pelo art. 94 da

¹⁸³ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 237.

¹⁸⁴ Função esta estabelecida pelo art. 61 da Constituição, que atribui poderes de acusar o Presidente da República por violação voluntária da lei Fundamental ou de outra lei federal, mas que nunca foi exercida. Ou, ainda, pode a pedido da Câmara ou Senado, decidir a interdição de um partido político por violação da Constituição, função que somente foi exercida duas vezes, em 1952 e 1956, em relação aos partidos Nacional Socialista e Comunitarista Alemão.

¹⁸⁵ Na Alemanha, é amplo o rol de direitos fundamentais, razão pela qual é consideravelmente abrangente o substrato material sobre o qual a Corte deve analisar os recursos. Cf. CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 253.

¹⁸⁶ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 252-253.

Lei de instalação do órgão, mas aplicam-se subsidiariamente os Códigos de Processo Civil e Penal e o Regimento Interno da Corte.

Diferentemente das demais jurisdições independentes, o Tribunal é composto de única instância decisória. Determina-se que o procedimento de julgamento é escrito e oral, mas a instauração de contraditório depende da natureza do autor do ato impugnado, já que, por regra, o processo no TCFA tem caráter objetivo.¹⁸⁷ Traço marcante no processo decisório no Tribunal Constitucional alemão é a especialização, e isto também se reflete na atuação dos magistrados. No início de cada ano, as câmaras organizam uma agenda de trabalho selecionando os casos que serão julgados naquele período. Por mútuo acordo, com a anuência do presidente da Seção, cada juiz se coloca como relator de casos que digam respeito à sua expertise. O quórum mínimo de instalação das sessões no Tribunal é de seis juízes e as decisões são tomadas por maioria simples dos presentes, sendo que o voto do presidente não tem valor superior em caso de empate. Os votos são tomados um a um, a começar pelo membro mais novo da corte. Na prática, a maior parte das decisões é tomada sem audiência oral, a portas fechadas, pelos magistrados.¹⁸⁸ Como na maioria dos países da tradição *civil law*, as decisões da Corte são anunciadas de forma una, num documento impessoal, sem identificação da opinião isolada de cada magistrado.

A tarefa do relator nos julgamentos é a elaboração do voto, que será submetido à consideração dos colegas. O voto deve ser bastante minucioso em relação a todos os aspectos do caso, incluindo os detalhes e as argumentações apresentadas pelas partes. Não raro, sua elaboração requer meses de trabalho. Ao final, o texto é submetido à deliberação coletiva dentro da câmara. A decisão final será amplamente baseada nas recomendações do relator. Mas isto não significa que esta manifestação prevalece e se impõe sobre os demais. Os juízes constitucionais são independentes e somente concordarão com o voto se assim forem persuadidos.¹⁸⁹ Por esta razão, afirma-se que a fase de deliberação tem grande relevância na realidade da Corte alemã, já que a confecção de uma única decisão institucional depende do acordo entre os magistrados.

O produto da deliberação, assim, será uma opinião una do Tribunal. Após editadas pela Corte, tais decisões são publicadas em veículos oficiais. Não são divulgados os votos integrais de cada juiz, mas um resumo da decisão institucional, contendo os fatos,

¹⁸⁷ Jünger Schwab, *apud* CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 252-253.

¹⁸⁸ A Lei Orgânica do Tribunal determina, no §30, I, que este decide em *deliberação secreta*, segundo o seu livre convencimento adquirido do conteúdo da audiência e do resultado da colheita probatória.

¹⁸⁹ KOMMERS, Donald P. Op. cit., p. 175-177.

fundamentos e resultado¹⁹⁰ – e às vezes, a depender do veículo de publicação, versões ainda mais concisas. Muitas decisões são também publicadas em jornais acadêmicos, facilmente encontrados em livrarias e bibliotecas universitárias. Decisões com especial interesse político ou social, ainda, podem ser divulgadas em jornais e, quanto mais importante o veículo, maior publicidade adquirem tais decisões. As decisões, em geral, são identificadas pelo número do processo, designação da Corte decisora e data do julgamento. No entanto, os casos costumam ficar mais conhecidos por nomes relacionados a eles.¹⁹¹

Na jurisdição alemã, em geral, os desacordos entre os julgadores são confidenciais. O rito do Tribunal Constitucional, contudo, é exceção, já que permite divulgação das opiniões dissidentes, a critério de seus autores. Tradicionalmente, a publicação da divergência era proibida, e passou a ser autorizada a partir de 1971, após reforma no regulamento de funcionamento do Tribunal. Atualmente, a própria Lei Orgânica do órgão autoriza a consignação de divergência em voto especial, que deve ser anexado à decisão.¹⁹² Na prática, no entanto, isto raramente acontece. A Corte adota o modelo *per curiam* de decisão, pelo qual esta é veiculada de forma una. Tanto que os votos dissidentes costumam chamar atenção no universo jurídico quando são publicados. Há quem defenda, para a realidade alemã, o uso desta ferramenta com vistas à abertura do processo de interpretação da Constituição, com efeitos pacificadores e garantidores de pluralismo – não sem ressaltar a necessidade de moderação.¹⁹³

2.2. O Supremo Tribunal Federal do Brasil

O Supremo Tribunal Federal foi instituído no Brasil alguns meses depois da Proclamação da República. Sob o Decreto nº 510, de 26 de junho 1890, a nova Corte sucedeu ao Supremo Tribunal de Justiça do Império, instalado em 1829 e previsto pela Constituição de 1824, espelhando os princípios que inspiraram a revolução de 1889. A instituição do órgão jurisdicional constitucional no Brasil foi inspirada na matriz

¹⁹⁰ A doutrina estrangeira, sobretudo a norte-americana, tende a reputar como longas as decisões do Tribunal Constitucional alemão. Donald Kommers chega a mencionar, como exemplo de decisão extensa, um julgado de 26 páginas, com cerca de 10.000 palavras. KOMMERS, Donald P. Op. cit., p. 177. Pode-se afirmar, a partir desse argumento, que tal ponto de vista nem se compara à realidade brasileira, onde são publicadas, com certa frequência, decisões de centenas de páginas.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Op. cit., p. 22-23.

¹⁹² Cf. §30, II.

¹⁹³ HÄBERLE, Peter. Op. cit.

americana.¹⁹⁴ Esta já era a ideia de Dom Pedro II, ao enviar, no próprio ano de 1889, missão oficial aos Estados Unidos para estudar a Suprema Corte daquele país, com vistas à construção uma instituição que assumisse muitas das responsabilidades até então atribuídas a ele, no exercício do Poder Moderador, e ao Conselho de Estado.¹⁹⁵ Mesmo com a queda da monarquia, o projeto foi posto em prática pelos republicanos.

O Supremo foi constituído por quinze juízes, nomeados dentre os trinta juízes federais mais antigos e cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. A estrutura da Corte permaneceu a mesma do antigo Tribunal de Justiça do Império, mas é notória a influência do modelo americano no que pertine às competências positivadas para o Supremo, ligadas a atribuições políticas (de limitação da atuação dos Estados em relação à Constituição), e à concepção do órgão no topo do arcabouço do Poder Judiciário.¹⁹⁶ O Supremo nasceu com as competências de julgar originariamente o Presidente da República, os ministros de Estado, os conflitos entre entes da Federação, bem como de decidir, em grau de recurso, as sentenças que contestassem a decisões judiciais em face das leis federais e a validade de leis e atos governamentais frente à Constituição.¹⁹⁷ Além disso, o novo modelo jurisdicional inaugurava o controle de constitucionalidade difuso no Brasil. Tal como na fonte americana, o controle podia ser feito pelos juízes e Tribunais federais, atribuídos de decidir causas fundadas em disposições constitucionais, e culminava no STF através de recurso.¹⁹⁸

A partir daí, o Supremo Tribunal Federal se desenvolveu, sendo observadas, ao longo do tempo, inúmeras alterações relativas à estrutura, às competências e à composição da Casa, variações fruto de cada momento histórico, das pressões sofridas pela Corte, das limitações e intervenções.¹⁹⁹ Afirma-se, inclusive, que a história institucional e política do

¹⁹⁴ De acordo com Aliomar Baleeiro, as semelhanças são notórias e resultaram mesmo da “imitação” conscientemente feita pela geração brasileira de 1890-1891 em relação à Suprema Corte americana. Observa que houve apenas uma “importação” de institutos, tendo em vista haver relevantes contrastes entre a sociedade americana e a brasileira do final do século XIX. Cf. BALEEIRO, Aliomar. Op. cit., p. 27.

¹⁹⁵ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2.ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 24.

¹⁹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 116-118.

¹⁹⁷ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 2-3.

¹⁹⁸ Idem. p. 3-4.

¹⁹⁹ Durante a ditadura militar, por exemplo, inaugurada pelo golpe de 1964, o Legislativo e o Judiciário sofreram profundas alterações. Já nos primeiros anos do regime, reforçava-se o paradigma de que a Justiça, quaisquer que fossem as circunstâncias políticas, não deveria tomar partido, mas manter-se equidistante, acima das questões políticas – como afirmou o Presidente Humberto Alencar Castelo Branco, logo após a sua posse, no discurso proferido em visita ao STF. Todavia, o Supremo Tribunal Federal foi alvo de diversos atentados, como supressão de poderes e alteração da composição, em razão das decisões proferidas contrariamente aos interesses do governo, sobretudo em *habeas corpus* e mandados de segurança. Com o inflamento do Executivo, seus atos fugiram ao controle judicial e não havia condições de conjugar a independência política

STF é representativa da própria fragilidade do direito enquanto instrumento voltado a limitar o poder na sociedade brasileira.²⁰⁰ Nesta sede, contudo, interessa discutir os aspectos procedimentais e o perfil decisório do Supremo Tribunal Federal da atualidade. Para tanto, o recorte histórico de que aqui se vale é a vigência da Constituição Federal de 1988. Foi somente após o advento da nova ordem constitucional que o debate acerca da legitimidade desta jurisdição ganhou espaço no Brasil, com a ampliação da importância institucional do Supremo Tribunal Federal. Embora a Corte sempre tenha exercido papel relevante nos regimes constitucionais anteriores, nenhum momento da história pode se comparar ao atual, no que tange à proeminência do STF.²⁰¹

Na instalação da constituinte, era possível identificar um embate interno entre a ala mais conservadora e aqueles adeptos de mudanças substantivas. A implementação de ideias progressistas ancorou-se na definição precisa de direitos fundamentais e na criação de instrumentos institucionais que possibilitassem a concretização destes. O Judiciário, neste sentido, foi o canal identificado para tanto.²⁰² Àquela época, já se mencionavam as limitações do Parlamento e da democracia representativa, acusada de ter perdido a capacidade de fazer da Constituição o instrumento da vontade nacional e popular. Este pensamento refletia o constitucionalismo democrático²⁰³ difundido na Europa pós-Segunda Guerra, quando o continente se refazia da influência dos regimes totalitários ali vigentes durante boa parte do século XX, fase em que se afirmaram os Tribunais Constitucionais.²⁰⁴

Sendo assim, a Constituição de 1988, em sua concepção, valeu-se do ideal de que o Judiciário seria a via mais adequada à proteção de direitos, e enalteceu as Cortes, em

da Corte com as tentativas de submetê-la ao ilimitado Executivo. Cf. COSTA, Emília Viotti da. Op. cit., p. 159-185.

²⁰⁰ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 117.

²⁰¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 442-444.

²⁰² VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Rubem George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 91-109.

²⁰³ O constitucionalismo democrático reclamava um Judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano. Cf. VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, 2007.

²⁰⁴ Como marcos históricos na Europa, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951 na Alemanha; a Constituição Italiana de 1947 e a subsequente instalação do Tribunal Constitucional naquele país, em 1956; além das Constituições democráticas de Portugal (1976) e Espanha (1978). BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

detrimento do Executivo e do Legislativo, numa verdadeira mutação do sistema.²⁰⁵ Certas condições favoreceram a transferência de demandas políticas ao Judiciário, como a própria redemocratização, o sistema de separação de poderes, os partidos políticos e instituições majoritárias fragilizadas, serviços públicos inadequados.²⁰⁶ Ainda, a recuperação de garantias pela magistratura contribuiu para que o Judiciário deixasse de ser um departamento técnico-especializado e se transformasse em verdadeiro poder político.²⁰⁷ No que pertine ao texto constitucional, a ampla constitucionalização de diversos temas e a consagração de um sistema de controle de constitucionalidade dos mais abrangentes do mundo, com a ampliação do rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação de outros instrumentos de controle, como o mandado de injunção, contribuíram para robustecer o Judiciário brasileiro.

Após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal não sofreu substanciais alterações estruturais em relação aos períodos anteriores e, embora houvesse expectativas sobre a criação de um Tribunal Constitucional nos moldes europeus, tal não se concretizou. Todavia, pode-se afirmar que a nova ordem constitucional aproximou a jurisdição constitucional brasileira do modelo adotado na Europa.²⁰⁸ O novo ordenamento previu uma série de alterações, que vão desde a própria conformação constitucional até as competências da Corte. O conjunto complexo destas inovações conduziu a uma redefinição do papel do Supremo Tribunal Federal no sistema político-constitucional brasileiro.²⁰⁹

Assim, o STF, forte e tradicionalmente marcado pela influência americana, passou a ser também orientado por ideias europeias, sobretudo advindas da Alemanha. Tal é observado no sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, modelo misto, formado a partir de ambas as experiências. Por aqui, coexistem o controle difuso e o concentrado. Em linhas gerais, este último, de inspiração europeia continental, atribui o julgamento de questões constitucionais a órgão jurisdicional superior ou Corte constitucional; este modelo adota as ações individuais para defesa de proposições subjetivas, prevendo mecanismos específicos para tal, como o efeito *ex tunc* da decisão para o caso

²⁰⁵ Vale observar que Constituições como a brasileira de 1988 não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit. p. 444.

²⁰⁶ TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. Nova York: Nova York University Press, 1997. p. 33.

²⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 13.12.2013.

²⁰⁸ Cf. BARROSO, Luis Roberto. 2005. Op. cit.

²⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 127.

concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade.²¹⁰ Já o controle difuso, de raiz americana, confere a todos os órgãos judiciais, independente da posição hierárquica, a competência para exercer controle de constitucionalidade, assegurando-os o poder-dever de afastar a aplicação de uma norma caso verifique sua incompatibilidade com a ordem constitucional.

O modelo brasileiro defere aos órgãos ordinários do Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação de lei em ações em processos judiciais, mas confere a determinado órgão superior, o Supremo Tribunal Federal, a competência para proferir decisões em ações de perfil abstrato.²¹¹ Com a Constituição de 1988, o controle incidental difuso continuou previsto de forma expressa, mas oblíqua, na disciplina do recurso extraordinário, que decorre da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais. Ademais, o controle concentrado passou a ser previsto perante o Supremo Tribunal Federal – e também perante o Tribunal de Justiça dos Estados, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição do Estado membro –, com ampliação do rol de legitimados à propositura da ação.²¹²

Quanto às competências do STF, a Constituição de 1988 – estabelecendo-as em seu texto, como no modelo europeu – manteve o sistema de controle difuso de constitucionalidade e também as competências já existentes (de apreciar em recurso extraordinário casos de violação à Constituição, *habeas corpus*, mandados de segurança, entre outras) e ampliou o rol de competências originárias ao criar a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além disso, criou para a Corte a atribuição de apreciar casos de omissão inconstitucional através dos institutos da inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. A Constituição instituiu, ainda, o Superior Tribunal de Justiça, transferindo-lhe algumas das competências antes detidas pelo STF. Pode-se afirmar que o estabelecimento destas novas atribuições acabaram por afastar o STF da sua função de guardião da constituição²¹³, desde a concepção da Corte o seu principal desiderato. O Supremo, por sua configuração atual, acumula as funções Corte Suprema e Tribunal Constitucional. O Texto de 1988 estabelece, no *caput* do seu art. 102, que o STF é o órgão

²¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1030-1031.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1030-1031.

²¹² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64-67.

²¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. 1994. Op. cit., p. 129.

de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a quem cabe, precipuamente, a guarda da Constituição, mas prevê, logo adiante, no art. 103, a competência para apreciar questões constitucionais pela via das ações diretas.

À semelhança do caso americano, o Tribunal tem sede na Capital da República e jurisdição em todo território nacional.²¹⁴ A seleção e investidura dos ministros também é inspirada naquela experiência. O STF é composto por onze ministros, brasileiros natos²¹⁵, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.²¹⁶ A investidura no cargo é vitalícia e não existe previsão de mandato, de modo que os ministros podem integrar a Corte por tempo indeterminado – desde a posse até a aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade.²¹⁷

Na conformação institucional, o Supremo Tribunal Federal é subdividido internamente, como o Tribunal alemão. Compõe-se, assim, pelos seguintes órgãos: Plenário, Turmas e Presidente.²¹⁸ As competências de cada órgão estão detalhadas no Regimento Interno entre os artigos 5º a 8º; 8º a 11; e 13 (competência do Presidente e Vice-Presidente), respectivamente. O Presidente e o Vice-Presidente da Corte têm mandato de dois anos, vedada a reeleição para o período imediato. Proceder-se-á à eleição, por voto secreto, na segunda sessão ordinária do mês anterior ao da expiração do mandato, ou na segunda sessão ordinária imediatamente posterior à ocorrência de vaga por outro motivo. O quórum para a eleição é de oito Ministros; se não alcançado, será designada sessão extraordinária para a data mais próxima, convocados os ministros ausentes. É eleito, em primeiro escrutínio, o ministro que obtiver número de votos superior à metade dos membros do Tribunal. A posse é realizada, em sessão solene, em dia e hora marcados naquela em que se proceder à eleição.²¹⁹ Por ter atribuições próprias do cargo²²⁰, o Presidente não integra nenhuma turma²²¹.

²¹⁴ Art. 92, CF, §1º e §2º.

²¹⁵ Conforme exigência do art. 12, § 3º, IV, da Constituição.

²¹⁶ Art. 101, CF.

²¹⁷ O limite de idade para atuação no Supremo Tribunal Federal é o mesmo aplicado para os demais servidores da Administração pública, conforme determinado pelo art. 40, II, CF.

²¹⁸ Conforme art. 3º do RISTF.

²¹⁹ Art. 12, RISTF.

²²⁰ Art. 13, RISTF. Deixando o cargo, passa a integrar a turma de que sai o novo Presidente, conforme o art. 4º, §8º do RISTF.

²²¹ O vice-presidente sim, conforme o art. 4º, §9º do RISTF.

Quanto às Turmas, cada uma é constituída de cinco ministros. A Turma é presidida pelo ministro mais antigo dentre seus membros, pelo período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade.²²² Ambas se reúnem em sessão uma vez por semana, às terças-feiras, sendo o quórum mínimo para instalação de três ministros.²²³ É importante destacar que as Turmas somente julgam processos que não sejam de competência do Plenário, como agravos de instrumento, petições e reclamações, bem como os *habeas corpus* e seus recursos. As competências das Turmas são idênticas, e os processos não são distribuídos diretamente a estas quando ingressam ao Supremo, mas aos próprios ministros que as integram.

O Plenário é o órgão colegiado onde as decisões que precisam passar por todos os ministros são tomadas.²²⁴ As sessões são realizadas duas vezes por semana, às quartas e quintas-feiras, e têm quórum mínimo de seis ministros.²²⁵ Os ministros ficam dispostos na bancada, que tem formato de um semi-retângulo, da seguinte maneira: a cadeira central é ocupada pelo Presidente. À sua direita o Procurador Geral da República e à sua esquerda o secretário de sessões. Os demais ministros ocupam as cadeiras laterais da bancada, por ordem decrescente de antiguidade no Tribunal, alteradamente, a começar pela direita.²²⁶ À frente do Presidente, a tribuna para sustentação oral pelos advogados. Todas as sessões são públicas, divulgadas por diversos meios de comunicação como a televisão (ao vivo), rádio, e até redes sociais.²²⁷ Existem 170 lugares disponíveis no salão do plenário para o público interessado em acompanhar os julgamentos.

O processo decisório da Corte é definido pelo RISTF a partir do art. 54. No caso do controle abstrato de constitucionalidade, o procedimento é disciplinado pelas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/99. Após o ajuizamento da demanda ou interposição do recurso ao STF, com ou sem preparo, os autos serão registrados à Presidência ou distribuídos a um Relator, de acordo com a respectiva competência.²²⁸ A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de

²²² Art. 4º, §1º, RISTF.

²²³ Art. 147, RISTF.

²²⁴ Conforme as competências definidas para o órgão, pelo RISTF.

²²⁵ Art. 143, RISTF.

²²⁶ Art. 144, RISTF.

²²⁷ A publicidade das sessões é determinada pelo Regimento Interno, através do art. 124, ressalvados os casos em que o próprio Regimento determinar o segredo, ou quando assim decidirem o Plenário ou Turma. Sobre a ostensiva publicidade das sessões de julgamento do Plenário, vide item 2.2.1.

²²⁸ De acordo com o art. 60, RISTF.

processo.²²⁹ Qualquer ministro, com exceção do Presidente, pode ser designado para relatoria de qualquer processo (salvo em casos de impedimento, situação em que deverá ser efetuado outro sorteio), inclusive os ausentes e licenciados por até trinta dias.²³⁰

Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos os autos.²³¹ Esta figura é responsável por dirigir o processo e, para tanto, possui diversos poderes, como o de indeferir liminares; de conceder liminar em período de recesso; de admitir *amici curiae*; de aplicar o art. 12 da Lei nº 9.868/99 (havendo medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, após as oitivas cabíveis, poderá submeter o processo diretamente ao Tribunal para julgamento); de instrução processual; de convocar audiências públicas e peritos. Também cumprem ao Relator as tarefas de submeter questões de ordem ao Plenário ou à Turma²³², pedir dia para julgamento²³³ e, principalmente, fazer o relatório²³⁴, e ainda proferir o primeiro voto na sessão de julgamento. Segundo a Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo e o julgamento da ADI, da ADO e da ADC, após ouvir as pessoas e órgãos aptos a participarem como sujeitos processuais, o Relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.²³⁵ No mesmo sentido há a previsão do art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, que disciplina o processo e julgamento da ADPF.

O Supremo Tribunal Federal publica em seu sítio eletrônico, todas as sextas-feiras, a relação de processos que poderão ser apreciados pelo colegiado na semana seguinte. O poder de pautar processos para julgamento é dividido entre relator e Presidente da Corte. A liberação do processo para pauta é determinada pelo primeiro, ao concluir o relatório, mas a designação das datas em que cada feito será apreciado pelo Plenário é ato que compete ao Presidente do colegiado. Cabe a ele determinar quando cada processo será julgado, e não há critérios preestabelecidos para tanto. Neste sentido, é amplo o poder da Corte de estabelecer

²²⁹ Art. 66, RISTF. Esta disposição, ao que parece, dá-se em homenagem ao princípio do juiz natural, que consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados, uma das principais garantias da cláusula do devido processo legal. Para a garantia deste princípio, afirma a doutrina, a distribuição dos feitos entre os julgadores deve ser feita com base em critérios preestabelecidos, objetivos, gerais e aleatórios. Ver mais em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, vol I: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 91-94.

²³⁰ Art. 67, RISTF.

²³¹ Art. 66, §2º, RISTF.

²³² Art. 21, III, RISTF.

²³³ Art. 21, X, RISTF.

²³⁴ O Regimento Interno do STF prevê a possibilidade de distribuição do relatório elaborado pelo relator do feito aos ministros antes das sessões. Confira-se redação do art. 87: “Aos ministros julgadores será distribuída cópia do relatório antecipadamente: I – nas representações por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; II – nos feitos em que haja revisor; III – nas causas avocadas; IV – nos demais feitos, a critério do relator.”

²³⁵ Art. 9º, *caput*, e art. 20, *caput*, da lei 9.868/99.

sua agenda política.²³⁶ Cabe destacar que o emprego de tais mecanismos de seletividade é de crucial importância e tem repercussões diretas para o país. Uma rápida declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, pode proteger direitos fundamentais. A mesma decisão, tomada anos depois, pode ser inócua.²³⁷

As sessões podem ser ordinárias ou extraordinárias, mediante convocação.²³⁸ Por regra, as primeiras terão início às 14:00h e se encerrarão às 18:00h. As demais, serão encerradas quando cumprirem o fim a que se destinam.²³⁹ Nas sessões do Plenário e das Turmas, observar-se-á a seguinte ordem de procedimento: i) verificação do número de ministros; ii) discussão e aprovação da ata anterior; iii) indicações e propostas; e iv) julgamento dos processos em mesa.²⁴⁰ Os processos conexos poderão ter um só julgamento, assim como poderão ser julgados em conjunto aqueles que versem sobre a mesma questão jurídica, ainda que apresentem peculiaridades.²⁴¹ Na sessão, por regra, os processos serão chamados conforme a ordem de antiguidade decrescente dos respectivos relatores, de modo que os ministros mais antigos sempre iniciarão os julgamentos.²⁴² No entanto, poderão ser concedidas preferências de julgamento pelo Presidente, como em casos em que haja sustentação oral por advogado, à requisição do Ministério Público, quando há medida cautelar, ou quando o relator sinalizar preferência, em virtude de julgamento já iniciado, por exemplo.²⁴³ O primeiro ato do julgamento é a apresentação do voto do relator. O ministro faz exposição dos fatos e expõe as suas razões decisórias oralmente. Não raro, os votos proferidos são longos, invocam argumentos de diversas naturezas, e por vezes são até lidos pelos ministros.

Na sequência, ocorrem as sustentações orais, quando houver solicitação por parte dos patronos das causas. As partes, a começar pelo autor, e terceiros intervenientes poderão apresentar suas razões por até quinze minutos, salvo em caso de ação penal originária, em que o prazo para sustentação é de uma hora, prorrogável pelo Presidente.²⁴⁴ Não são admitidas sustentações em sede de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida

²³⁶ Cabe ressaltar, todavia, que o Poder Judiciário é inerte, e que a agenda política da Corte depende, em larga escala, dos feitos que são submetidos a ela e de outras influências externas, como a pressão popular ou midiática quanto a alguns casos que comportem interesses específicos.

²³⁷ Cf. DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. *Folha de São Paulo*, Opinião, 27.04.2012. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/39484-o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf.shtml>. Acesso em 03.10.2014.

²³⁸ Art. 122, RISTF.

²³⁹ Art. 123, RISTF.

²⁴⁰ Art. 125, RISTF.

²⁴¹ Arts. 126 e 127, RISTF.

²⁴² Art. 128, §1º, RISTF.

²⁴³ Estas hipóteses estão previstas entre os arts. 128 e 130 do RISTF.

²⁴⁴ Art. 132, RISTF.

cautelar.²⁴⁵ Após manifestação das partes, os ministros têm espaço para votar. Cada um deles poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez para explicar a modificação do voto, se isto ocorrer. Nenhum ministro falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, exceto em caso de apartes, quando solicitados e concedidos. Os apartes constarão, por regra, do acórdão, salvo se expressamente cancelados pelo magistrado que os fez.²⁴⁶

É nesta fase que os ministros podem pedir vista dos autos. Em geral, o pedido de vista tem por objetivo possibilitar o esclarecimento de algum ponto sobre o qual o magistrado ainda tenha dúvidas, ou garantir sua melhor análise sobre questão controvertida. O Regimento Interno do Tribunal determina que, em caso de vista, os autos deverão ser devolvidos, para prosseguimento da votação até a segunda sessão ordinária subsequente.²⁴⁷ Superada a etapa dos debates orais, o Presidente tomará os votos do relator, do revisor, se houver, e dos outros ministros, na ordem inversa de antiguidade. Poderá ocorrer antecipação de voto ainda no debate se o Presidente assim o permitir. Ao final da votação, contabilizados os votos, o Presidente proclamará a decisão. A interação colegiada se desenvolve numa única e pública sessão. É o próprio Regimento Interno que estabelece que o julgamento se inicia e deve terminar na mesma sessão, ainda que ultrapassada a hora prevista no referido regulamento.²⁴⁸

Tomada uma decisão, passa-se à redação do acórdão. Por regra, esta tarefa compete ao relator. No entanto, se este restar vencido, o revisor será designado para confecção da decisão. Se este, ainda, houver sido vencido, caberá ao primeiro ministro que houver proferido o voto prevalecente a redação do acórdão.²⁴⁹ Cabe esclarecer que a tarefa do

²⁴⁵ Art. 131, §2º, RISTF.

²⁴⁶ Art. 133, RISTF.

²⁴⁷ Art. 134, RISTF. Todavia, na prática, observa-se um uso inadequado deste instrumento, já que são frequentes os casos em que o processo demora meses ou até anos para ser restituído à votação e, muitas vezes, retorna sem acrescer nada ao julgamento. O “mau uso” do pedido de vista é apontado como um dos vícios do processo decisório do STF. Cf. RIBEIRO, Caio Gentil. Voto-vista e deliberação no Supremo Tribunal Federal. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. 2011. Disponível em http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=182. Acesso em 08.07.2014.

²⁴⁸ Art. 139, RISTF. Tal previsão se coaduna com o princípio da concentração ou unidade da audiência, que postula que os atos que a compõem devem desenvolver-se em uma única sessão, de forma ininterrupta, de acordo com o art. 455 do Código de Processo Civil. Uma vez iniciada a audiência, o juiz deve concentrar-se no feito em exame, para que, ao final, esteja ele perfeitamente elucidado de todas as questões que deverá julgar e haja condições de se proferir o respectivo julgamento. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, volume II: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 255-256. Por outro lado, é de se considerar que esta determinação conserva certo grau de ficção, ao passo que reiteradamente os julgamentos se estendem por vários dias ou semanas, subdividido em sessões diferentes. Fala-se, portanto, em suspensão/retomada do julgamento. Isto tudo, sem prejuízo da possibilidade de conversão do feito em diligência, quando necessário, conforme art. 140, RISTF.

²⁴⁹ Art. 135, RISTF.

redator é de consolidar o texto final e preparar a ementa, já que o acórdão será formado, em essência, pela íntegra do voto de cada ministro, reproduzido da sessão ou redigido pelos mesmos. O Regimento Interno dispõe sobre as decisões a partir do art. 93, segundo o qual as conclusões do Plenário constarão do acórdão, que será integrado pela transcrição do áudio do julgamento.²⁵⁰ Deverão ser registrados o relatório, a discussão, os votos fundamentados, as perguntas feitas aos advogados e suas respostas (quando houver).²⁵¹ Será parte integrante do acórdão, também, um extrato da ata que conterà a decisão proclamada pelo Presidente; os nomes do Presidente, do relator, ou, quando vencido, do que for designado, dos demais ministros que tiverem participado do julgamento, e do Procurador-Geral ou Subprocurador-Geral, quando presente; os nomes dos ministros impedidos e ausentes; e os nomes dos advogados que tiverem feito sustentação oral, quando for o caso.²⁵²

2.2.1. Algumas peculiaridades sobre a jurisdição constitucional brasileira

Como se pode perceber a partir das características descritas do Supremo Tribunal Federal, de fato, resta evidente a influência dos modelos americano e europeu – aqui representado pelo caso alemão – sobre a jurisdição constitucional brasileira. No entanto, alguns aspectos fazem da experiência pátria única e distinta das demais. Para melhor compreendê-la, é preciso observar o STF não como órgão isolado, mas como reflexo de fatores típicos da nossa sociedade. Neste sentido, tratar-se-á, aqui, de alguns importantes elementos que não podem ser desconsiderados: i) a própria configuração histórico-cultural de nossa sociedade, que se reflete do Judiciário; ii) a ostensiva publicidade dos atos decisórios do STF, com transmissão, ao vivo e por diversos veículos de comunicação, das sessões do Plenário; iii) o excessivo volume de processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Sobre o primeiro ponto, embora seja traço marcante do pós-positivismo jurídico a atribuição do sentido da norma pela consciência do julgador²⁵³, não podendo tal ser

²⁵⁰ Havendo imprecisões no voto escrito, o STF já decidiu que prevalece o áudio. Vide: “Embargos Declaratórios - Contradição - Afastamento. Há contradição quando o voto de desempate juntado ao processo, sem revisão do autor, surge conducente a conclusão diversa da constante da proclamação. Dá-se o afastamento da citada contradição a partir de gravação do áudio, com documentação do voto realmente proferido”. (Pleno. ADI 2581 ED. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 15.04.2009).

²⁵¹ Art. 96, RISTF.

²⁵² Art. 97, RISTF.

²⁵³ Sobre o deslocamento do problema da atribuição de sentido para a consciência, ver explanação de Lenio Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.11-19.

considerado privilégio do caso brasileiro, por aqui, tais questões assumem contornos mais expressivos. Encontra raiz na formação de nosso Estado o personalismo que permeia toda a sociedade brasileira, manifestando-se em diversos âmbitos e relações. Segundo Sérgio Buarque de Holanda, esta característica seria herança portuguesa, tendo em vista que as nações hispânicas, diferente dos seus vizinhos europeus, desenvolveram a cultura da personalidade, atribuindo valor à pessoa humana, à autonomia dos homens em relação aos seus semelhantes, sob a noção de que cada qual vale tanto quanto suas próprias virtudes, seu próprio esforço, sem depender daqueles com os quais convive em sociedade.²⁵⁴

Portugal e Espanha, ao contrário de outros povos europeus, nunca valorizaram os privilégios hereditários. Havia certa frouxidão na estrutura social e, exatamente por isso, enalteciam a noção de hierarquia por meio do prestígio social em detrimento das razões que transcendiam ao indivíduo, destacando a abundância de bens, a fortuna, os feitos e virtudes que se entendiam mais determinantes do que os laços sanguíneos.²⁵⁵ Entre espanhóis e portugueses, também, a moral do trabalho nunca constituiu o foco de suas atividades. A produção, os processos intermediários e o esforço para a colheita de frutos sempre foram menos exaltados do que o ócio e a contemplação.²⁵⁶ Por estas razões, o espírito de organização espontânea entre os indivíduos, a solidariedade e o apreço à atividade utilitária, comum em outras nações europeias (sobretudo de religião protestante), não se desenvolveram na região ibérica.

Por lá, prevaleceu a lógica das responsabilidades individuais. A solidariedade só existia onde havia vinculação de sentimentos, em ambientes domésticos ou entre conhecidos.²⁵⁷ Esta exaltação da personalidade, correspondente à obediência – ligada à renúncia da personalidade em virtude de bem maior – acabou por formar uma sociedade predisposta ao “mandar e obedecer”. Da mesma forma, o princípio unificador acabou por ficar a cargo de uma organização política artificial e externa, estranha aos membros da sociedade, o Estado.²⁵⁸ Tais foram as concepções de sociedade trazidas para o Brasil nos tempos da colonização.

²⁵⁴ Sérgio Buarque de Holanda define a península Ibérica como “região indecisa entre a Europa e a África”. Cf. BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 32.

²⁵⁵ BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. Op. cit. p. 31-37.

²⁵⁶ Interessante, neste sentido é a distinção traçada por Sérgio Buarque de Holanda entre o trabalho e a aventura, expressada pelas figuras do agricultor e do caçador, respectivamente. Cf. BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. Op. cit. p. 43-46.

²⁵⁷ Aqui, vale reportar à dicotomia destacada por Roberto DaMatta acerca de nossa sociedade, entre a *casa* e a *rua*, espaços em que agimos sempre de formas distintas. Cf. DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis. Para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 90-95.

²⁵⁸ BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. Op. cit. p. 38-39.

Sobre o assunto, cabe destacar interessante figura utilizada pelo antropólogo Roberto DaMatta para explicar a vertente personalista da nossa sociedade. Trata-se expressão “sabe com quem está falando?”.²⁵⁹ O autor observa que este recurso é empregado com certa frequência por aqui, geralmente para marcar uma separação (autoritária) entre duas posições sociais real ou teoricamente diferenciadas.²⁶⁰ O uso da expressão é tão amplo que é impossível atrelá-lo a categorias econômicas. O recurso não é exclusivo de uma ou outra classe, mas utilizado indistintamente para identificar projeção social, inferiorizando o interlocutor.²⁶¹ Este “rito” representa a descoberta de um paradoxo social: a sociedade brasileira, que também pode ser explicada pela figura do carnaval, tão voltada para tudo aquilo que é universal e cordial, convive, ao mesmo tempo, com as noções de particular e hierarquia²⁶².

A análise da expressão “sabe com quem está falando?” permite observar que a estrutura social hierárquica está ligada a certa noção de *intimidade*. No Brasil, as relações são marcadas por forte e aparente moralidade, o que decorre exatamente da acentuada atenção para o domínio básico da pessoa em detrimento da impessoalidade que marca as leis e os regulamentos gerais. Tal recurso pode ser entendido como instrumento de uma sociedade em que as relações pessoais formam o núcleo da moralidade (ou esfera moral), e têm um enorme peso no sistema social, ocupando os espaços em que as leis do Estado e da economia não penetram. A fórmula “sabe com quem está falando?” seria, assim, uma função da dimensão hierarquizadora e da patronagem que permeia nossas relações diferenciais e permite, em consequência, o estabelecimento de elos personalizados em atividades basicamente impessoais.²⁶³

²⁵⁹ A expressão foi empregada pelo antropólogo na década de 1970, mas seu uso ainda pode ser considerado bastante contemporâneo. Cf. DAMATTA, Roberto. Op. cit. p. 179-248.

²⁶⁰ O autor conclui, a partir de pesquisa empírica realizada por meio de entrevistas sem esclarecimentos sobre o assunto, o caráter coletivo da expressão, bem como a enorme preocupação com a posição social, como se houvesse uma consciência de que “cada coisa tem seu lugar”, e de que há regras que garantem a manutenção, a perda ou a ameaça desta.

²⁶¹ O autor destaca casos em que empregados utilizam a expressão para, em alguma situação, valer-se do prestígio dos patrões, assim como as mulheres também o fazem para beneficiarem-se a partir da posição social de seus maridos. DAMATTA, Roberto. Op. cit. p. 190-191.

²⁶² DaMatta observa que a noção hierarquizante de nossa sociedade aponta, na verdade, para a negação do “jeitinho”, da cordialidade, vistos como características do brasileiro, afastando-nos da figura do malandro e de seus recursos de sobrevivência social. Ainda, afirma que esta mentalidade fica escondida na nossa auto-imagem, como um modo indesejável de ser do nosso povo, razão pela qual o “sabe com quem está falando?” é geralmente empregado de forma velada, como algo que queremos esconder.

²⁶³ DAMATTA, Roberto. Op. cit. p. 195.

No mundo do direito, de maneira geral, é praticamente impossível dissociar a figura pessoal – ligada à dimensão individual do magistrado²⁶⁴ – da dinâmica processual. Por aqui, em razão da prevalência da tradição do *civil law*, não vigora o sistema de vinculação a precedentes²⁶⁵ e as decisões do Judiciário acabam por ser tomadas de forma livre e casuística. Isto acontece, em boa medida, nas instâncias inferiores do Judiciário, onde os juízes julgam monocraticamente e, em que pese nesta sede seja mais comum a observância da jurisprudência de Tribunais superiores, também não é possível afirmar que determinado juiz decida sempre em um ou outro sentido.

O perfil do magistrado tem influência direta no dia-a-dia da advocacia, por exemplo. É possível verificar o manejo de estratégias processuais conforme o juiz, como os incidentes de suspeição e impedimento quando se quer afastar o feito do julgamento de um determinado juiz, por se entender que este é rigoroso demais, ou que tem tendências a decidir de modo contrário ao interessante do seu cliente.²⁶⁶ Além disso, é prática de alguns escritórios de advocacia mapear o perfil dos juízes do Tribunal, formando espécie de banco de dados a ser consultado em momentos oportunos com a finalidade de orientar as estratégias a serem empregadas no caso. Baseados em relações de cordialidade com o julgador, por exemplo, se o processo for distribuído ao juiz *x*, quem deve despachar com ele é o advogado *a*, do escritório; se o processo for distribuído ao juiz *y*, quem despacha é o advogado *b*. Tais instrumentos, fundados na noção pessoal a respeito do julgador, são amplamente utilizados pelos procuradores.²⁶⁷

No Brasil, é evidente a confusão entre aquilo que o direito é (ou deve ser) e aquilo que o intérprete quer que ele seja. Algumas ocorrências denotam esta situação, como o discurso do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, em 10/01/2003, na posse de novos juízes no Rio de Janeiro, que afirmou que “*a Justiça emana exclusivamente de nossa consciência (dos magistrados), sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei*”. Também o voto proferido no STJ, pelo ministro Humberto Gomes de

²⁶⁴ Aqui, cabe destacar a distinção traçada por Roberto DaMatta, entre os conceitos de *pessoa* e *indivíduo*, em que a primeira figura como merecedora de consideração, solidariedade e tratamento diferencial, enquanto o segundo é visto como sujeito da lei, a quem são dirigidas as normas e a repressão. DAMATTA, Roberto. Op. cit. p. 195.

²⁶⁵ No Brasil, como nos demais sistemas de tradição do *civil law*, a lei é a principal fonte de direito. Por isso, as decisões judiciais são tomadas eminentemente tendo em vista os critérios técnico-formais delimitados pela norma. Os precedentes são fontes normativas secundárias, e têm apenas eficácia persuasiva. Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 66-67.

²⁶⁶ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013. p. 157-162.

²⁶⁷ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Op. cit., p. 159.

Barros (AgReg em REsp 279.889/AL), ao declarar que “*não importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...). Decido, porém, conforme minha consciência. (...) Esse é o pensamento do STJ, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos da lições. Não somos aprendizes de ninguém.*”²⁶⁸

Pode-se afirmar que o compromisso do juiz parece ser apenas com suas próprias convicções, não estando ele subordinado a nenhuma outra *ratio* senão à sua consciência. Isto faz com que o resultado de toda e qualquer lide submetida ao Judiciário acabe por depender da subjetividade do magistrado. É o que Lênio Streck reputa como forma de decidir *solipsista*²⁶⁹ – que quer dizer egoísta, encapsulada, que se basta em si mesmo –, em que os conceitos de consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário estão entrelaçados, sendo meras variações do mesmo tema.²⁷⁰ Isto é um problema à medida que tal concepção implica o estabelecimento da *verdade* a partir de parâmetros individuais subjetivos. Ou seja, em plena pós-modernidade jurídica, depois da conquista de direitos e consolidação da democracia no Brasil (e no mundo), ainda subsiste, para os juízes, a faculdade de apreciar discricionariamente os casos a eles submetidos, sem que se questione sobre parâmetros de limitação de sua atuação, bem como as consequências disto para a democracia.

Pesquisa realizada ainda em final dos anos 1990²⁷¹, sobre o perfil da magistratura brasileira, apontou que a maioria dos juízes entende que o Judiciário não é neutro, e que o magistrado é um agente efetivo no processo de produção do direito.²⁷² Um dado importante é que a maior parte dos juízes associa a não-neutralidade à promoção do Estado de Direito e observa como ator o juiz individual, não a corporação. A pesquisa mostra que a situação do juiz brasileiro é ambígua. Ao mesmo tempo em que é funcionário público, integrante de uma carreira burocrático-estatal, enxerga-se como juiz singular, que se auto-orienta, como se sua

²⁶⁸ Estes exemplos são relatados e criticados por Lênio Streck. Cf. STRECK, Lênio Luiz. 2013. Op. cit., p. 24-25.

²⁶⁹ Lênio Streck explica que o sujeito solipsista é construção filosófica ligada à ideia de que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais. Trata-se de uma visão do mundo a partir do Eu. Cf. STRECK, Lênio Luiz. 2013. Op. cit., p. 60-61.

²⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. 2013. Op. cit., p. 27-29 e 60.

²⁷¹ O estudo a que este trabalho se refere foi publicado em 1997. Todavia, embora este parâmetro pareça um tanto ultrapassado, é importante perceber como, há muito (menos de uma década depois do advento da Constituição de 1988), a magistratura já se percebia socialmente mais ativa, com importante participação na construção do direito e nos processos de mudança social. Cf. VIANNA, Luiz Werneck. et. al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 258-266.

²⁷² Tal papel do juiz, reconhecido pelos magistrados entrevistados, denota certa aproximação dos modelos da *common law* e da *civil law*. Todavia, a pesquisa concluiu que este sistema ainda prevalecia na cultura jurídica brasileira.

investidura na função fizesse dele um personagem social, dotado de características individuais, de carisma.²⁷³

Estas características da judicatura brasileira se repetem no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Estudo sobre o comportamento judicial na Corte²⁷⁴ apontou que, apesar de haver certa tendência para o consenso, em razão do percentual superior a oitenta por cento de decisões de mérito unânimes²⁷⁵, nota-se no Supremo frequente disputa de opiniões. Os principais fatores determinantes dos votos minoritários seriam exatamente as características pessoais e o perfil dos ministros. Independente do fundamento invocado para tal, verificou-se, nos juízes que se posicionaram contra a maioria, maior impacto das variáveis internas, ideológicas e de carreira, geralmente consubstanciando-se em posturas mais progressistas no que diz respeito à defesa dos direitos fundamentais, sociais e políticos e também no que tange à extensão da competência da Corte.²⁷⁶

O comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal relaciona-se, ainda, com outros elementos para além daqueles ligados aos aspectos internos da Corte. Pode-se apontar como relevante a relação do tribunal com a opinião pública. Embora esta constatação pareça óbvia, no caso brasileiro é preciso destacar algumas peculiaridades. O Supremo da atualidade deixou de ser o “outro desconhecido”²⁷⁷ da década de 1960 para se tornar protagonista político na interpretação constitucional. A ostensiva publicidade da sua atuação é um dos fatores que determinaram o estabelecimento de relação comunicativa entre a Corte e a sociedade, em que o STF envia mensagens principalmente na forma de decisões e seus interlocutores respondem principalmente sob a forma de legitimação pública²⁷⁸ da decisão.²⁷⁹

²⁷³ VIANNA, Luiz Werneck. et. al. Op. cit., p. 295.

²⁷⁴ O estudo se baseava nos modelos de comportamento judicial difundidos pela doutrina americana, o legalista, o ideológico, o estratégico, o institucional (vide comentários do item 1.2.2), além de outra variável vislumbrada pela autora, o profissionalismo, para identificar quais fatores determinam as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Cf. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo, e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

²⁷⁵ Cabe ressaltar que, neste caso, o referido estudo parece ter levado em conta apenas a parte dispositiva do julgado, o seu resultado final, para concluir pela tendência ao consenso. Esta tendência seria manifestação do profissionalismo, que orientaria a atuação judicial em busca de decisões comuns, independente das diferenças de trajetória de carreira e perfil de atuação dos ministros. O presente trabalho, todavia, volta-se a uma análise qualitativa do processo decisório da Corte, hipotetizando que as decisões podem não ser verdadeiramente unânimes e consensuais, tendo em vista a possibilidade de comportarem mais fundamentos do que expõe a tese decisória fixada na ementa do julgado. O assunto será melhor desenvolvido adiante.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Op. cit., p. 144-145 e 172-177.

²⁷⁷ BALEEIRO, Aliomar. Op. cit.

²⁷⁸ Aqui, adota-se como *predisposição à aceitação* o conceito de legitimação pública descrito.

²⁷⁹ Aponta-se, ainda, como fatores responsáveis para construir uma nova e ampliada comunicação entre o STF e a sociedade, incluindo os ministros, a mídia e os cidadãos, a agenda temática da Corte, tendo em vista o

As sessões do Plenário da Corte são transmitidas ao vivo pela TV Justiça, que é iniciativa pioneira no mundo. Suas atividades foram iniciadas em 11 de agosto 2002, após a edição da Lei nº 10.461/2002²⁸⁰, de 17 de maio de 2002, sancionada pelo ministro Marco Aurélio, quando exerceu interinamente a Presidência da República durante o governo Fernando Henrique Cardoso. A Lei acrescentou alínea ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. A TV Justiça tem sede no Supremo Tribunal Federal, em Brasília, e é administrada pela Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal com o auxílio de um Conselho Consultivo. Trata-se de emissora pública, transmitida pelo sistema a cabo, satélite, antenas parabólicas e internet. Segundo informações do sítio eletrônico da TV Justiça, esta tem por foco preencher lacunas deixadas por emissoras comerciais em relação a notícias sobre questões judiciais, possibilitando ao público o acompanhamento do dia-a-dia do Judiciário, assim como suas principais decisões, e favorecendo o conhecimento do cidadão sobre seus direitos e deveres. Toda a programação do canal é jurídica.²⁸¹

Além disso, o Supremo possui canal de rádio, pela frequência 104.7 FM, de Brasília, que também transmite ao vivo as sessões plenárias. Todos os seus arquivos podem ser acessados por meio da internet, no site da Rádio Justiça. Trata-se, igualmente, de emissora pública de caráter institucional do Poder Judiciário, administrada pelo Supremo Tribunal Federal. As transmissões em FM começaram em 5 de maio de 2004 com alcance restrito ao Plano Piloto de Brasília. Três anos depois, em 29 de maio de 2007, a emissora aumentou a potência e passou a ser sintonizada em todo o Distrito Federal. Os estúdios da Rádio Justiça estão localizados no subsolo do Edifício Sede do Supremo, na Praça dos Três Poderes.²⁸² A rádio possui programação jurídica em sua integralidade, incluindo uma rádio-novela de capítulos semanais (“Justiça em Cena”) e atrações musicais ligadas a temas do

poder desta de decidir o que e quando julgar, ante a ausência de critérios determinados para a elaboração das pautas de julgamento; e a criação do Conselho Nacional de Justiça, diretamente relacionada com a ascensão ao STF das demandas por moralidade e eficiência na administração da justiça. Cf. FALCÃO, Joaquim. OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? São Paulo, *Lua Nova*, no.88, 2013.

²⁸⁰ Cabe destacar que, quase dez anos antes do advento da Lei 10.461/2002, o Brasil teve a oportunidade de acompanhar, pela primeira vez, um julgamento do Supremo Tribunal Federal. O então Presidente da República Fernando Collor de Mello havia impetrado mandado de segurança (MS 21.564, DJ 27 ago. 1993) tendo por objeto ato do presidente da Câmara dos Deputados que determinara instauração de processo de *impeachment* contra ele. A sessão de julgamento da ação mandamental durou mais de oito horas e foi transmitida, na íntegra, por três redes nacionais de televisão. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. Op. cit., 173.

²⁸¹ Cf. <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>

²⁸² Cf. <http://www.radiojustica.jus.br/>

direito. Outro veículo de comunicação do STF é a internet. O órgão possui perfil na rede social Twitter²⁸³, com mais de quinhentos e oito mil seguidores, e na rede de vídeos Youtube²⁸⁴, onde também são transmitidas as sessões do Pleno.

Esta ostensiva publicidade dos atos da Corte é, ao mesmo tempo, aclamada e muito criticada. Seus defensores entendem que a iniciativa representa garantia da transparência da atuação da Corte – tão cara a uma sociedade como a brasileira, acostumada à corrupção –, e possibilita o controle social, fortalecendo a democracia. A publicidade potencializaria o processo de construção institucional do Judiciário e viabilizaria a mobilização da sociedade em torno de sérios problemas do país, ao possibilitar acesso às discussões constitucionais, desprezando a tradicional concepção do Judiciário como “seita secreta”.²⁸⁵ A TV Justiça, por exemplo, já foi comparada à jabuticaba, em alusão ao dito popular de que a fruta é boa e típica do Brasil.²⁸⁶ Todavia, tal publicidade é também acusada de produzir um mito de transparência inatingível e de estimular certo populismo judicial, ao passo que os ministros naturalmente enxergam neste “momentum” televisivo uma oportunidade de se comunicarem com o público externo, em vez de privilegiarem a troca com seus próprios colegas.²⁸⁷ Na Câmara dos Deputados, já tramita projeto de lei que visa a proibir a TV Justiça de transmitir ao vivo as sessões do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais, bem como de editar as imagens e sons das sessões.²⁸⁸

Independente da concepção ideológica a respeito da abertura das sessões plenárias por meio de sua transmissão por veículos de comunicação, fato é que a publicidade constitui variável que influencia a atuação judicial, já que coloca os ministros diante de outros interlocutores além dos seus pares e das partes do processo.²⁸⁹ Isto também contribui para a

²⁸³ https://twitter.com/STF_oficial

²⁸⁴ <https://www.youtube.com/user/STF>

²⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. A justiça na tv. *Folha de São Paulo*, Opinião. 02.05.2009. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200909.htm>. Acesso em 18.09.2014.

²⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. A tênue fronteira. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. *Revista Consultor Jurídico*, 06.06.2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em 18.09.2014.

²⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, Opinião. 11.05.2009. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>. Acesso em 18.09.2014.

²⁸⁸ Trata-se do Projeto de Lei 7004/13, de autoria do deputado Vicente Candido (PT-SP). O Projeto altera a Lei de TV a Cabo (Lei 8.977/95), que hoje determina apenas que as prestadoras do serviço reservem um canal para o STF, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça. Na justificativa, o deputado autor alega que a ideia é que “o juiz só fala nos autos”, e que se quer “impedir um processo de desmoralização da Corte Suprema”. Na visão do deputado, as transmissões ao vivo divulgam “cenas de constrangimento, protagonizadas pelos ministros em Plenário”.

²⁸⁹ É importante deixar claro que os veículos de comunicação do STF com o público externo não apenas servem a transmitir informações sobre a atuação da Corte ao público. Na esfera pública, estas informações são processadas e devolvidas à Corte em forma de respostas. Isto significa que esta abertura ao público é via de

identificação do juiz como *pessoa* do processo. E esta personalização do julgador é questão de duas facetas: tanto a comunidade jurídica e a sociedade como um todo passam a identificar perfis individualizados dos magistrados, quanto os próprios juízes passam a se preocupar com suas imagens na mídia.²⁹⁰ Para além do comportamento individual dos ministros, observa-se em vários momentos, a preocupação dos membros da Corte com a imagem do Supremo Tribunal Federal. Isto denota que os ministros do STF têm consciência do seu papel político e, por conta disso, preocupam-se com a manutenção da imagem de autoridade e legitimidade da instituição. A autorreflexão acerca do papel institucional do Supremo teria o condão de estimulá-los na busca de certa uniformidade de interpretação – esta característica será melhor analisada adiante, no próximo capítulo.

Um terceiro elemento a ser considerado sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao imenso volume de processos submetidos à Corte para julgamento. Tal é reputado como aspecto de sua crise nos dias atuais, característica que, na realidade, marca o Supremo há décadas, como já anunciava Aliomar Baleeiro, em 1967, ao se referir ao problema do “congestionamento crônico” da Corte.²⁹¹ Isto é resultado de alguns fatores, como as amplas competências da Corte, determinadas pela Constituição Federal, e o próprio momento de ascensão judicial e judicialização de questões políticas. O acervo do STF, composto pelos feitos que se encontram em tramitação (entre a autuação e a baixa definitiva dos autos ao arquivo), ao fechar o ano de 2014, era de 56.551 processos²⁹², sendo que somente naquele ano foram autuados mais de 20.000 processos, o que representa uma média de mais de 2.000 processos para cada ministro da Corte. Em 2014, ainda, foram proferidas 17.070 decisões colegiadas, sendo 2.615 delas pelo Tribunal Pleno.²⁹³

Segundo o I Relatório Supremo em Números, desde o advento da Constituição de 1988, a Corte ofereceu aos jurisdicionados cinquenta e duas portas de entrada, classes

mão dupla: permite a troca de informações entre o Supremo e a sociedade em geral. Sobre esta interação, há diversos estudos que relacionam a Corte e a opinião pública, esta como grupo de referência a influenciar o comportamento individual dos magistrados. Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 381-474. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo, e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 172-180.

²⁹⁰ É muito comum os ministros do STF verbalizarem preocupações nesse sentido. O ministro Marco Aurélio é o que mais frequentemente expressa sua preocupação com a imagem perante a opinião pública. Por exemplo, no julgamento do RE 719.424, em que era relator, rebateu argumento do ministro Luiz Fux, que expunha posicionamento divergente em relação ao seu, nos seguintes termos: “não diga isso, se não o relator fica mal na fotografia”.

²⁹¹ BALEEIRO, Aliomar. Op. cit., p. 121-124.

²⁹² Conforme estatística divulgada pelo próprio STF, atualizada em 13.01.2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>.

²⁹³ Conforme estatística divulgada pelo próprio STF, atualizada em 13.01.2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>.

processuais pelas quais é possível ajuizar ação perante o STF.²⁹⁴ Através destas portas de entrada, pode-se traçar um perfil mais detalhado da atuação do Supremo. Afirma-se que a Corte se comporta, conforme sua variedade de competências, como vários órgãos, mais precisamente três Cortes distintas: constitucional, ordinária, e recursal.²⁹⁵ Esta última competência é a mais expressiva no Supremo Tribunal Federal, representando, no lapso temporal de 1988 a 2009, o ingresso total de 1.120.597 processos (91,69%), contra 95.306 (7,80%) de competência originária e somente 6.199 (0,51%) de competência constitucional. No ano de 2014, dos processos que ingressaram na Corte, 18.355 são de competência recursal e 3.769 de competência originária.²⁹⁶ Após o início dos anos 1990, esta tendência cresceu ainda mais, em razão da própria Constituição de 1988, da legislação infraconstitucional posterior, e da jurisprudência do Supremo.

Com a emenda constitucional nº 45, de reforma do Judiciário, cujo texto foi publicado e passou a vigorar a partir de 31.12.2004, novos institutos serviram para diminuir o número de processos na Corte. É que a emenda passou a prever a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários atender ao requisito de *repercussão geral* para ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. Em 2010, comemorou-se o fato de o Supremo fechar o período, pela primeira vez em onze anos, com acervo menor do que 90.000 processos.²⁹⁷ Ainda assim, os números do STF são alarmantes se comparados com outras experiências jurisdicionais estrangeiras. Tendo como exemplo as Cortes dos Estados Unidos e da Alemanha, aquela decide uma média de 100 casos por ano

²⁹⁴ O Relatório foi divulgado em abril de 2011, mas o levantamento sobre o número de classes processuais data de 2009. Esclarece-se, ainda, que das cinquenta e duas classes processuais, na ocasião, apenas trinta e seis apareciam ativas, ou seja, não havia processos ativos de dezesseis classes. Mesmo assim, o número ainda é considerado bastante alto para um órgão jurisdicional constitucional. FALCÃO, Joaquim. CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em números – o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em <http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios/relatorio-1-o-multiplo-supremo.html>. Acesso em 24.09.2014. p. 16.

²⁹⁵ Por esta razão, o Relatório se reporta à Corte como “o múltiplo Supremo”, por enxergar na Casa o funcionamento concomitante de três *personas*. Em cada esfera de competência, também, o Supremo Tribunal Federal atua de forma distinta. Os feitos de competência recursal registram média de andamentos consideravelmente inferior em relação aos processos de competência constitucional, por exemplo, que são mais complexos. Cf. FALCÃO, Joaquim. CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. 2011. Op. cit., p. 20-25.

²⁹⁶ Conforme estatística divulgada pelo próprio STF, atualizada em 24.09.2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em 24.09.2014.

²⁹⁷ Tal foi noticiado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168440>. Acesso em 24.09.2014.

mediante exame pleno em sessões colegiadas.²⁹⁸ Já no Tribunal alemão ingressam média de 6.059 processos por ano²⁹⁹, sendo julgados cerca de 6.205, considerados os anos de 2010 e 2011.³⁰⁰

O enorme volume de processos submetidos à Corte todos os anos tem diversas implicações. Por óbvio, a primeira consequência é sobre o tempo que os processos tramitam na Corte. Mas é preciso esclarecer que esta não é uma relação exata de causa e consequência. É claro que, quanto mais processos, mais trabalho e tempo serão necessários para decidir todas as lides. Entretanto, um importante fator reputado como responsável pela morosidade na tramitação dos feitos é a gestão individualizada destes por cada gabinete. Variam, de ministro para ministro, o tempo de concessão de liminares, de devolução dos autos após pedido de vista, de conclusão, de publicação de acórdão. Observa-se total falta de padronização que cria grande discrepância entre a duração da mesma etapa do processo sob a relatoria de ministros diferentes e faz com que processos de classes processuais ou assuntos muito similares tenham durações totalmente diversas.³⁰¹

A média geral de tempo que os processos levam até o trânsito em julgado no Supremo Tribunal Federal é de 330 dias. Mas para as ADIs o tempo de tramitação costuma girar em torno de 5,3 anos, para as ADPFs, de 2,7 anos, e para as ADCs, de 3 anos. Ações de outras naturezas, como habeas corpus, mandados de injunção e recursos extraordinários têm médias menores, girando em torno de um ano. É possível notar que o advento da emenda constitucional nº 45 não importou em diminuição generalizada das médias, ao contrário. E não parece haver qualquer padrão na maneira como cada gabinete processa as demandas. Em 2010, por exemplo, a média do Min. Gilmar foi de 146 dias, a do Min. Ayres foi de 422 e a do Min. Joaquim Barbosa foi 1.178 dias.³⁰²

2.3. O perfil decisório das Cortes analisadas

²⁹⁸ É o que informa a Suprema Corte através do seu sítio eletrônico. Disponível em <http://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>. Acesso em 24.09.2014. Em visita ao Brasil em maio de 2009, o *justice* da Suprema Corte americana Antonin Scalia mostrou-se impressionado com o volume de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108198>. Acesso em 24.09.2014.

²⁹⁹ Tendo por referência o período de 2004 a 2011.

³⁰⁰ Conforme sítio eletrônico do Tribunal Constitucional Federal Alemão. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/gb2011/A-III-1.html> e <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/gb2009/A-I-2.html>. Acesso em 24.09.2014.

³⁰¹ FALCÃO, Joaquim. CHAVES, Victor P. HARTMANN, Ivar A. III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2014. p. 20.

³⁰² FALCÃO, Joaquim. CHAVES, Victor P. HARTMANN, Ivar A. Op. cit., p. 17.

O breve estudo comparado dos modelos estadunidense, alemão e brasileiro de jurisdição constitucional revela como cada uma das Cortes Constitucionais analisadas, em sua conformação e modo de atuação, espelha a realidade em que estão inseridas. Em consequência, produzem e emanam suas decisões de formas peculiares, que podem ser estudadas a partir do comportamento de seus membros. Tendo em vista os aspectos analisados, e à luz dos elementos relativos à dinâmica no interior dos órgãos jurisdicionais colegiados, trabalhados no capítulo anterior, a perseguição do objetivo maior deste trabalho, que é o estudo do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva institucional, demanda traçar o perfil decisório geral das Cortes analisadas, em termos deliberativos.

Interessante estudo canadense propõe a classificação dos órgãos jurisdicionais de acordo com dois eixos básicos: *comprometimento ideológico* e *cooperatividade*.³⁰³ O comprometimento político se relacionaria com o grau de influência que as preferências políticas ou visões ideológicas particulares dos juízes exerce sobre as decisões destes. Num extremo desta dimensão, estariam as Cortes comprometidas politicamente, na outra ponta, aquelas marcadas pelo desinteresse por tais questões. Já a cooperatividade seria conceito ligado à interação dos pares para tomada da decisão. As Cortes seriam não cooperativas quando seus membros agem independentemente dos colegas, inclusive na formação de convicções quanto ao mérito, ou cooperativas quando os juízes são abertos ao trabalho de equipe e valorizam o intercâmbio de ideias para a formação da decisão. A partir da combinação destes elementos, as Cortes poderiam ser divididas em quatro configurações distintas: i) Cortes ideologicamente comprometidas e não cooperativas; ii) Cortes ideologicamente desinteressadas e não cooperativas; iii) Cortes ideologicamente comprometidas e cooperativas; e iv) Cortes ideologicamente desinteressadas e cooperativas.

Seguindo esta proposição, poder-se-ia enquadrar a Suprema Corte norte-americana na primeira categoria, como uma Corte ideologicamente comprometida e não cooperativa.³⁰⁴ Esta modalidade se caracteriza pela multiplicidade de opiniões, com alto índice de dissidências, o que é explicado pela própria não cooperatividade entre os magistrados. Os procedimentos adotados e a dispersão dos juízes na formação dos votos indicam baixo

³⁰³ Esta conformação é proposta pelos estudiosos canadenses Benjamin Alarie e Andrew Green. Cf. ALARIE Benjamin. GREEN, Andrew. Should they all just get along? Judicial ideology, collegiality and appointments to the Supreme Court of Canada. *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, p. 73-91, 2007.

³⁰⁴ Os próprios autores do texto assim classificam a Suprema Corte. É necessário ressaltar, contudo, que eles atribuem tais características ao comportamento judicial ideológico adotado pela Corte, do que aqui se discorda parcialmente. Vide os comentários aos modelos comportamentais trabalhados pela doutrina norte-americana no item 1.5, acima.

índice de cooperação entre eles. A Corte também é marcada pela tendência dos seus membros de votarem conforme suas próprias preferências pessoais (o que tem por pano de fundo a nomeação política, a vitaliciedade da investidura – que favorece certa independência – a ampla abertura processo decisório aos atores externos ao Judiciário e os mecanismos que possibilitam negociações internas entre os magistrados), o que revela o considerável comprometimento político dos seus membros.

O Tribunal Constitucional alemão, por sua vez, pode ser localizado no quadrante das Cortes ideologicamente desinteressadas e cooperativas. Esta categoria se caracterizaria pela abertura dos membros da corte para as visões de seus pares, e pelo emprego de recursos técnicos no processo decisório. Cortes com estas características teriam capacidade de produzir julgamentos que exibem altos níveis de consenso e decisões bem fundamentadas.³⁰⁵ Isto reflete a realidade do Tribunal, que produz suas decisões através de um sistema de deliberação a portas fechadas, buscando afastar da Corte interferências políticas. Ao contrário, o modelo constitucional alemão se baseia na aplicação de métodos interpretativos para a tomada de decisões, e busca se apresentar para os seus interlocutores como instituição (embora permita a divulgação de divergências, como já esclarecido), razão pela qual emana decisões que se consubstanciam em entendimentos do Tribunal, em vez dos votos individuais de juízes.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, aponta-se que este abarca os elementos da segunda categoria, figurando como ideologicamente desinteressado e não cooperativo.³⁰⁶ As Cortes deste quadrante tendem a apresentar maior nível de concordância do que as Cortes do primeiro quadrante – caso dos EUA –, porém dão pouco ou nenhum valor ao verdadeiro consenso entre seus membros³⁰⁷, e cada juiz se engaja individualmente em avaliar o caso com base em critérios técnicos em vez de utilizar suas preferências políticas pessoais como norte da decisão. Esta categoria se coadunaria com os modelos formalistas, que desconfiam da cooperação, como se esta representasse a possibilidade de desviar o juiz do seu propósito de aplicar a lei para atingir fins não legais ou eminentemente políticos.³⁰⁸ O STF, portanto, refletiria as características do formalismo alemão no comportamento decisório pautado em critérios legalistas e, por outro lado, congregaria diversos elementos procedimentais da jurisdição constitucional americana, que fazem da Corte não cooperativa.

³⁰⁵ ALARIE, Benjamin. GREEN, Andrew. Op. cit., p. 83.

³⁰⁶ Assim observa Virgílio Afonso da Silva. Cf. SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 578.

³⁰⁷ A maioria quantitativa de votos não significa, exatamente, consenso. Este se liga à unidade de fundamentação do julgado, e é um dado qualitativo.

³⁰⁸ ALARIE, Benjamin. GREEN, Andrew. Op. cit., p. 81-82.

No caso brasileiro, estaríamos diante de uma configuração de Corte constitucional bastante problemática do ponto de vista da harmonização de sua concepção institucional e do seu processo decisório. Neste sentido, cabe questionar a proposta apresentada sobre a configuração das Cortes: a Suprema Corte americana pode ser reputada como não cooperativa justamente porque é politicamente interessada. Já o Tribunal alemão é cooperativo exatamente pelo motivo contrário. A Suprema Corte decide com base nas convicções pessoais de cada magistrado, cujos perfis são muito bem definidos e destacados. Isto é reflexo da ingerência que a política exerce sobre a Corte nos EUA e do bipartidarismo vigente naquele país. Já o Tribunal alemão se autocompreende como instituição una e foca o processo decisório em métodos interpretativos, buscando uma única resposta correta. Esta dinâmica faz com que, na Corte alemã, a decisão seja controlável por si só, pela forma como ela é concebida. Nos Estados Unidos da América, como isto não ocorre, estabeleceram-se mecanismos procedimentais para formação da opinião da Corte, além de método para controle das decisões, o *stare decisis*. E vale destacar que controlar decisões significa controlar a própria atividade judicial.

No Brasil, portanto, encontramos-nos no caminho entre as Cortes americana e alemã. Poderíamos, a fim de encontrar um equilíbrio para a atuação do Supremo Tribunal Federal, assumirmo-nos ideologicamente interessados – o que, conforme argumentado, é um traço de toda a sociedade brasileira e também se reflete no Judiciário, além de, no caso específico do STF, o provimento dos cargos ser por indicação política e não haver previsão de mandato –, e implantar mecanismos de controle das decisões e vinculação aos precedentes, como no caso americano. Ou, ainda, investir no aprimoramento da deliberação, com vistas a tornar o processo decisório mais cooperativo, como no Tribunal alemão. Ambas as soluções apresentam dificuldades consideráveis para serem alcançadas, mas há de haver algum horizonte a seguir.

Na esteira destas constatações, é preciso reconhecer que a noção acerca da necessidade de reforma dos paradigmas da atuação judicial, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já existe no Brasil. Conforme supramencionado, por meio da emenda constitucional nº 45, de reforma do Judiciário, foram introduzidas importantes modificações para o STF, sobretudo através da criação dos institutos da *repercussão geral*, da súmula vinculante³⁰⁹; eficácia da *erga omnes* e efeito vinculante das decisões definitivas

³⁰⁹ Art. 103-A, CF: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder

de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública de todas as esferas da federação.³¹⁰

A *repercussão geral* – que, por ora, mais interessa – representa requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. A nova redação do art. 102, § 3º, da Constituição, previu: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. O instituto foi posteriormente regulamentado pelo Código de Processo Civil, nos arts. 543-A e 543-B³¹¹, acrescidos pela Lei nº 11.418/06, bem como pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pela Portaria 138/2009 da Presidência do STF, especificamente dedicada ao assunto.

Aponta-se que o constituinte propositalmente não definiu o conceito de repercussão geral para garantir a liberdade de atuação da Corte na seleção dos recursos a serem julgados.³¹² É que o instituto tem por finalidade, além de reduzir o número de feitos que

Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

³¹⁰ Art. 102, §2º, CF.

³¹¹ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. §1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. §2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. §3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. §4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. §5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. §6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. §7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.” “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. §1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. §2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. §3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. §4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. §5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

³¹² Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Orgs.) Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

ingressam na Corte³¹³, delimitar o exercício da competência do STF no julgamento de recursos extraordinários, conferindo à Corte a prerrogativa de escolher os casos que irá julgar de acordo com os critérios de relevância social, política, econômica ou jurídica e transcendência dos interesses subjetivos da causa. Esta discricionariedade viabiliza a tendência de restringir e concentrar a atuação das Cortes em um número reduzido de processos mais relevantes, e é o que se observa nos Estados Unidos, através do *writ of certiorari*, e na Alemanha, com o juízo sobre cabimento de queixa constitucional, por exemplo.³¹⁴ O instituto se presta, ainda, a uniformizar a interpretação sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.³¹⁵ Com atenções voltadas a um único caso, o resultado esperado é a produção de julgamentos mais cuidadosos e com maior visibilidade.³¹⁶

A repercussão geral é preliminar apreciada pelo Plenário da Corte através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal, o *Plenário Virtual*. O relator do recurso lança no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, e os demais ministros têm, então, o prazo de vinte dias para opinarem. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos oito votos. Caso este quórum não seja atingido, seja por votos contrários ou mesmo por abstenções, o feito deverá ser submetido a julgamento.³¹⁷

³¹³ Em relação aos processos recursais (RE, AI e ARE), o número de distribuições, que em 2008 era de 59.314, foi reduzido para 48.963 em 2014. Cf. estatística divulgada pelo próprio Supremo Tribunal Federal em seu sítio eletrônico. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 08.11.2014.

³¹⁴ Ambos os sistemas não estabeleceram obrigatoriedade da Corte de tornar públicas as razões que levaram ao não conhecimento da matéria. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

³¹⁵ Sendo assim, se o uso desse filtro recursal resulta na diminuição de processos submetidos à competência recursal extraordinária da Corte – ao passo que primeiro restringe a admissão de processos, depois permite que vários feitos sejam decididos com base em um só pronunciamento – por outro lado, garante-se a relevância dos casos julgados em sede de repercussão geral, demandando mais dedicação dos ministros sobre estes. É possível que os recursos extraordinários, que em média registram 10,28 andamentos (pouco, em comparação à média de 31,92 andamentos dos processos de controle concentrado de constitucionalidade) durante suas tramitações no STF, tendam a ter mais andamentos e/ou demorar mais tempo para serem decididos pela Corte. Cf. Dados do I Relatório Supremo em números – o múltiplo Supremo. FALCÃO, Joaquim. CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. Op. cit., p. 24.

³¹⁶ Segundo Luis Roberto Barroso, esta dinâmica de atuação fomenta o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel da Corte, representando, ainda, a inserção da jurisdição constitucional no contexto mais amplo de deliberação política, o que passa a ser visto como pressuposto de sua legitimidade. Cf. BARROSO, Luis Roberto. 2006. Op. cit., p. 100.

³¹⁷ Cf.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG_Mar2010.pdf. Acesso em 30.09.2014.

Como se pode observar, estes institutos serviram exatamente ao propósito de controlar as decisões emanadas pelo Supremo, pela via do procedimento. É de se cogitar que mudando as regras do jogo, altera-se o resultado. Todavia, embora sejam consideráveis as transformações advindas no bojo da reforma judiciária promovida pela emenda constitucional nº 45, é possível perceber que ainda há pontos conflitantes entre a atuação do STF e aquilo que a Corte poderia efetivamente representar para a comunidade jurídica e para a sociedade. Uma primeira análise do processo decisório sinaliza para a iminente necessidade de criar condições para uma deliberação mais profícua. Mas é preciso avaliar as reais possibilidades desta transformação, a partir uma compreensão mais ampla e complexa da Corte brasileira.

CAPÍTULO III

O PERFIL DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As constatações alcançadas a partir da análise teórica desenvolvida nos capítulos anteriores abrem espaço e demandam o desenvolvimento da terceira etapa desta pesquisa. Estudado o processo decisório colegiado, tomados exemplos de outras experiências de jurisdição constitucional, observado, em limites objetivos, o procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal e assentado que certos aspectos podem ser determinantes para aprimorar a qualidade da deliberação, intenta-se, agora, compreender empiricamente a Corte brasileira. Isto porque afirmar que o STF precisa ser mais deliberativo impescinde de uma verificação mais cuidadosa sobre o seu verdadeiro perfil decisório, que permita identificar se, em alguma medida, faz-se presente a *colegialidade*, condição para a deliberação, e que mecanismos procedimentais poderiam ser empregados para aprimorar esta potencialidade.

3.1. A tradição decisória da Corte brasileira e algumas questões contemporâneas

Antes, é preciso, ainda, tecer alguns apontamentos sobre a tradição decisória do Judiciário pátrio. O direito brasileiro, oriundo da tradição do *civil law*³¹⁸, é fortemente marcado por um ideal legalista, em que a regra de direito é identificada como um comando geral e abstrato. A lei, cuja elaboração é prerrogativa do Legislativo, é a principal fonte do direito, entendida como uma moldura que abarca uma variedade de casos futuros que devem encontrar nela sua solução, através de um método dedutivo.³¹⁹ Sua aplicação, neste sentido, depende da atuação imparcial do juiz, representante do Estado, que mais se assemelha a um técnico, operador da máquina burocrática inculpada pelo Legislador.³²⁰ O conteúdo das decisões judiciais, neste cenário, costuma ser apresentado como um conjunto lógico de argumentos que são decorrência última e necessária do sistema normativo. Os fundamentos decisórios são expressados de maneira neutra, oficial e através linguagem de autoridade.³²¹ Em síntese, a *civil law*, tradicionalmente, não admite que o direito seja criado através de interpretação, mas apenas declarado.

³¹⁸ MERRYMAN, John. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

³¹⁹ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2008. Op. cit., p. 46-47.

³²⁰ MERRYMAN, John. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 66.

³²¹ TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 449.

A referida dinâmica orienta o sistema jurídico brasileiro, assim como aqueles que têm por raiz as instituições jurídicas romano-germânicas. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, por regra, baseia sua atuação no emprego de recursos técnicos. No entanto, a observação da Corte revela que aquele órgão não apenas se vale dos recursos tradicionais (interpretação gramatical, histórica, teleológica, sistemática e operação com precedentes), mas também interpreta de forma não legalista, mais aberta e fluida. A partir de meados dos anos 1990, pôde-se notar uma alteração comportamental na Corte, correspondente à *assimilação da teoria dos princípios*. O reconhecimento da normatividade de valores como a razoabilidade e a proporcionalidade gerou, por conseguinte, maior liberdade interpretativa para o STF, que passou a adotar postura mais ativista.³²² É para este aspecto que se atenta aqui.

Pode-se apontar que tal fenômeno não é observado somente no Brasil. Verifica-se, mundo afora, uma tendência atual de aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*. O padrão formal e legalista de decidir, típico da Europa continental, tem sofrido transformações desde o início do século XX e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, tornando-se menos rígido, mais aberto a valores morais e mais sensível a questões sociais e políticas, atento aos ideais de equidade e justiça material. Com isto, tem incorporado recursos decisórios característicos do estilo oposto de decidir, substantivo, discursivo e personalizado.³²³ Quanto às decisões judiciais, embora o *civil law* tradicionalmente não lhes atribua força vinculante, observa-se a presença de vários fatores contribuindo para o destacamento da jurisprudência, como a atuação do Judiciário cada vez mais proeminente no cenário político e a própria noção de que cabe a este Poder, através da interpretação, determinar o sentido dos comandos normativos.

Não obstante, cumpre ponderar que, ao mesmo tempo em que isto pode ser considerado um movimento natural, não se deve ignorar as consequências negativas a que pode ser submetido todo o sistema. Esta é a razão da necessidade de racionalizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, para que as perdas não sejam mais significativas que os benefícios. Pode-se afirmar que o STF não possui mecanismos de controle das decisões judiciais, e comumente não se vincula aos seus próprios precedentes – termo que, no Brasil, pode ser traduzido apenas por *decisão pretérita*. É que a formação do precedente depende da

³²² CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 35-36. Sobre o assunto, cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245-350; BARROSO, Luis Roberto. 2005. Op. cit.; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. 2012. Op. cit., p. 192-240 e 418-463.

³²³ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 449-450.

fixação de uma clara e direta resolução, aplicável ao caso concreto e extensível aos demais casos semelhantes no futuro. E esta diretriz não deve ser incompatível com o modelo do *civil law*.

A operação com precedentes no Brasil não se caracteriza como um recurso interpretativo de verificação de compatibilidade entre o fato e a norma. Para além do tradicional e estabelecido emprego das decisões pretéritas com eficácia meramente persuasiva³²⁴, a atuação do STF revela inúmeras variações na aplicação dos seus próprios precedentes, com confusões relacionadas aos momentos de criação do mesmo e determinação da norma dele emergente, bem como à sua aplicação e sua revogação.³²⁵ Vale ponderar que esta conformação decisória acaba por atribuir grande poder criativo aos ministros – maior até do que o que se observa nos juízes da *common law*, em que, embora o sistema admita a criação de norma pelo intérprete, pelo menos conserva o dever de prestar o adequado respeito ao princípio consolidado a partir dos precedentes.³²⁶ E, por certo, controlar as decisões judiciais é conferir limites à própria atuação judicial.

São diversos os exemplos, relativos a variadas matérias, que podem ser evocados para ilustrar este comportamento decisório que marca o Supremo Tribunal Federal da atualidade. No bojo de ações penais contra parlamentares, de competência da Corte em razão do foro por prerrogativa de função, o Supremo já decidiu por declinar de sua competência para Vara Criminal de Justiça Estadual diante da renúncia do mandato por parte do réu às vésperas do julgamento, como na AP 333/PB, contra o Deputado Federal Ronaldo Cunha Lima, em 2007, e na AP 536/MG, contra o Deputado Federal Eduardo

³²⁴ A classificação dos precedentes quanto à eficácia, proposta por Patrícia Perrone Campos Mello, divide-os em i) precedentes com eficácia normativa; ii) precedentes com eficácia impositiva intermediária; iii) precedentes com eficácia meramente persuasiva. Esta última está presente quando a invocação de um julgado se dá apenas para fins de persuasão do magistrado, quando as decisões anteriores influem na formação de sua convicção e servem para reforçar a motivação das sentenças. É o tipo de eficácia adotada, por regra, pelo *civil law* e, embora os precedentes não constituam fonte formal do direito, são considerados fontes reais, em razão da aptidão de influenciarem posicionamentos futuros dos juízes. Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2008. Op. cit., p. 66.

³²⁵ A operação com precedentes, com base no modelo americano, compreende quatro momentos distintos, sendo estes: i) a criação do precedente; ii) a determinação da norma emergente e sua amplitude; iii) a decisão sobre a aplicabilidade a um novo caso; e iv) o momento de revogação. Na primeira etapa, para a fixação do precedente é necessário que suas circunstâncias sejam verdadeiramente inéditas, de maneira que este não possa ser decidido com base em critérios adotados em decisões pretéritas. Na segunda fase, delimita-se a norma que emergirá do caso, o princípio ou tese jurídica que foi determinada pela maioria e que solucionou o caso concreto. Este é o momento de formação da *ratio decidendi* ou *holding*. Na terceira etapa, avalia-se a congruência entre um precedente e um novo caso submetido à Corte, para verificar se há princípio jurídico estabelecido anteriormente que seja aplicável. Na última fase, quando se reaprecia questão sobre a qual a Corte já se pronunciou, decide-se se é o caso de manter ou superar o precedente. Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. 2014. Op. cit., p. 17-20 e 42-50.

³²⁶ MARINONI, Luis Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. p. 21.

Azeredo, em 2014. Mas também já se posicionou pela manutenção do feito na Corte para evitar “fraude processual”, como no caso da AP 396/RO, que resultou na condenação e prisão do Deputado Federal Natan Donadon, em 2010.³²⁷

Sobre tema afim, a cassação de mandato de parlamentar em decorrência de condenação em ação penal, a Corte também variou de entendimento ao decidir a AP 470/MG (caso mensalão), em 2012, e a AP 565/RO, em 2013, apenas oito meses depois. No primeiro caso, o Tribunal entendeu, por apertada maioria de cinco votos a quatro, que a perda do mandato eletivo ocorreria “automaticamente”, cabendo à Casa Legislativa apenas declarar a cassação dos então Deputados Federais João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto e Pedro Henry. No segundo caso, a Corte decidiu que cumpre ao Legislativo decretar a perda do mandato, mantido apesar da condenação penal do Senador Ivo Cassol. Os ministros mantiveram-se fieis aos seus posicionamentos individuais esposados no julgamento do caso mensalão, mas a diferença no resultado das demandas pode ser explicada pela alteração de composição da Casa, após o ingresso de dois novos integrantes no Tribunal, os ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que endossaram o entendimento que acabou prevalecendo no segundo feito.³²⁸

Mais recentemente, em dezembro de 2014, o Supremo consolidou tese jurídica no bojo do RE 591.054/SC, com repercussão geral reconhecida, de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Posteriormente, em junho de 2015, um distinto posicionamento do ministro Teori Zavascki em relação ao caso concreto em exame, somado à alteração na composição da Casa pelo ingresso do ministro Edson Fachin, formaram maioria para decidir que a condenação sem trânsito em julgado pode ser levada em conta no cálculo da pena. Ocorre que, na verdade, não houve mudança de entendimento por parte do ministro Zavascki. Desde o julgamento de dezembro de 2014 ele havia considerado que a pena poderia ser agravada, somente no caso de condenação, ainda que sem trânsito em julgado. Mas, como no caso concreto não havia sentença condenatória,

³²⁷ Note-se que o pronunciamento de 2010 ocorreu entre duas outras decisões de conteúdo distinto em casos semelhantes, em 2007 e 2014.

³²⁸ A ausência de uma jurisprudência clara sobre o assunto apresentou-se problemática semanas antes do julgamento da AP 565/RO. Na oportunidade, transitava em julgado a AP 396/RO, em que fora condenado o ex-Deputado Federal Natan Donadon, que em 2010 havia sido julgado pelo Supremo Tribunal Federal mesmo após renunciar ao mandato eletivo. Ocorre que posteriormente à sua condenação, Donadon foi novamente eleito para o cargo de Deputado Federal, e, com o trânsito em julgado da Ação Penal, foi recolhido à prisão em Brasília. Em 28.08.2013, após mais de dois meses cumprindo pena, a Câmara dos Deputados votou pela manutenção do mandato do parlamentar, gerando uma inusitada situação de um titular de mandato eletivo apenado no sistema prisional. Somente em fevereiro de 2014, com a reapreciação do caso pela Câmara dos Deputados, decidiu-se pela perda do mandato.

votou pelo mesmo resultado defendido pela então maioria. A elaboração da ata de julgamento não considerou estas variáveis, desprezando os fundamentos decisórios e concentrando-se na parte dispositiva de cada voto. O Supremo acabou por criar uma situação de superação de jurisprudência por não conferir devida atenção aos procedimentos decisórios de formação do texto final da decisão.³²⁹

Sem qualquer pretensão de submeter o caso brasileiro ao modelo de precedentes adotado nos Estados Unidos, do *stare decisis*, é de se cogitar os benefícios que decorrem da valorização, pelo próprio Tribunal, de sua jurisprudência. A isonomia de tratamento aos jurisdicionados e, por conseguinte, a justiça da decisão são decorrências naturais quando casos semelhantes são decididos de forma similar. Além disso, o respeito aos precedentes tende a limitar a atuação judicial, tornando-a mais neutra e menos suscetível a oscilações determinadas pela “consciência” do juiz, pela composição da Casa e por outras questões circunstanciais. A previsibilidade também é consectário do respeito aos precedentes, assim como o fortalecimento institucional do Judiciário, através da utilidade e eficiência do próprio processo judicial, do fortalecimento deste enquanto instituto jurídico – já que os juízes são estimulados a atuar de maneira responsável, sob a consciência de que a decisão de hoje é o precedente do futuro –, e da estabilidade que inspira confiança em relação ao regime legal.³³⁰

Neste termos, é preciso repisar que a formação do precedente impescinde de alguns elementos. É imperioso que a decisão judicial seja clara quanto aos seus fundamentos, ou seja, que estabeleça, inequivocamente, uma regra de direito aplicável ao caso concreto. Para isso, os aspectos materiais da questão precisam ser bem demarcados, assim como definidos os pontos de conflito para que, sobre eles, o Tribunal possa se dedicar especificamente a fim de proferir uma resolução. Esta pode ser considerada a “receita” para qualquer decisão, desde aquelas tomadas por qualquer indivíduo em seu dia-a-dia, até as de alta complexidade emanadas pelos órgãos judiciais colegiados.

3.2. Críticas ao procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal

³²⁹ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. RECONDO, Felipe. Nada mudou: a genealogia de uma confusão no Supremo. *Jota*, Opinião, 25.06.2015. Disponível em <http://jota.info/nada-mudou-a-genealogia-de-uma-confusao-no-supremo>. Acesso em 30.06.2015.

³³⁰ Estes são benefícios apontados por Toni Fine, ao analisar a doutrina do *stare decisis* nos EUA. Os conceitos são bem claros e articulados, e podem ser tomados por vantagens gerais do respeito aos precedentes ainda que não se pretenda “importar” o sistema exatamente como ele se configura naquele país. Cf. FINE, Toni N. O uso do precedente e o papel do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, n. 89, v. 782, p. 90-96, dez. 2000. p. 95-96.

Neste contexto, a questão da limitação das decisões da Corte brasileira e da própria atividade judicial pode ser analisada à luz do procedimento decisório do STF. A dificuldade de identificação da *ratio decidendi* das suas decisões pode se ligar a vícios nas etapas de formação de convicção e de redação da decisão. Na fase decisória, o procedimento determina a formação de convicção e a elaboração de votos de forma independente entre os magistrados. Quando o feito é distribuído, o relator prepara seu voto, que, normalmente, só é apresentado aos colegas na sessão do colegiado. Por regra, ainda, todos os argumentos são apresentados em apenas uma sessão, que é também a única oportunidade que têm os juízes de debaterem entre si sobre as razões apresentadas pelos pares.³³¹ Além disso, a votação tradicionalmente segue ritualística bem demarcada, em que a ordem de apresentação dos votos e de manifestação dos ministros é determinada conforme a antiguidade no Tribunal. Todos estes elementos propiciam uma atuação isolada dos magistrados, havendo poucos estímulos para a prática deliberativa de troca de argumentos, tampouco da maturação, em conjunto, dos fundamentos da decisão.³³²

Na etapa de confecção do texto decisório, o regramento interno estabelece que seja feita a coleta dos votos na sessão de julgamento (aqueles que já vieram prontos até esta ocasião), e designado o redator do acórdão. A tomada das posições se faz no ato, pelo Presidente, eminentemente quanto à parte dispositiva, o “sim ou não” dado por cada ministro como resposta à demanda. Os fundamentos não são considerados, já que a redação final conterá a íntegra dos votos de cada juiz. Na realidade, apenas a ementa do julgamento é redigida pelo relator, subscrita por este e pelo Presidente do colegiado, já que o inteiro teor da decisão será formado, eminentemente, pela transcrição dos debates e votos proferidos em sessão colegiada. As decisões do Supremo podem ter centenas de páginas, e comportam

³³¹ Algumas vezes, já foram realizadas reuniões prévias e secretas entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, apesar da ausência de institucionalização da medida, como ocorreu antes do julgamento do caso do “mensalão”. À época, especulou-se que a ministra Ellen Gracie desejava reunir os colegas para “afinar o discurso do Supremo”. Além disso, o ministro Joaquim Barbosa teria enviado para seus pares um resumo de seu voto, recebendo comentários e esclarecendo dúvidas. Cf. ALENCAR, Kennedy. *STF faz debate prévio sobre denúncia do mensalão*. Folha de S. Paulo, 9.08.2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fofolha/colunas/brasiliaonline/ult2307u321102.shtml>. Acesso em 07.07.2014. Uma reunião prévia também teria ocorrido antes do julgamento da ADI sobre a obrigatoriedade da apresentação do título de eleitor e de um documento com foto para votar nas eleições de 2010. Cf. RECONDO, Felipe. GALLUCCI, Mariangela. Telefonema entre Serra e Mendes gera tensão na Corte. *O Estado de São Paulo*, 01.10.2010. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,telefonema-entre-serra-e-mendes-gera-tensao-na-corte-imp-,618141>. Acesso em 07.07.2014.

³³² Conrado Hübner Mendes conclui e denuncia que “construímos um tribunal no qual o encontro entre os juízes passou a ser a parte menos importante do seu processo decisório”. Cf. MENDES, Conrado Hübner. Sessão de leitura no STF. *Folha de São Paulo*, Opinião, 05.10.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0510201007.htm>. Acesso em 08.07.2014.

diversos fundamentos dispersos ao longo dos votos dos ministros. Não raro, ainda, as ementas refletem apenas o posicionamento adotado pelo relator, ignorando fundamentos decisórios invocados por outros ministros.

A forma de decidir isolada e a ausência de uma fase pós-decisória propriamente dita, que determine a concentração de esforços para formação de um acórdão claro e de fundamentação definida, conduzem à impossibilidade de identificar a *ratio decidendi* das decisões do STF. E vale frisar que esta é uma condição *sine qua non* para a formação do precedente judicial, conforme discutido alhures. Ademais, inviabiliza-se a construção de uma voz única dentre os membros do Tribunal, além da comunicação das decisões como emanações de caráter institucional, em vez de um conjunto de opiniões de onze julgadores independentes.

Estes dois momentos tendem a revelar certa esquizofrenia na atuação do Supremo Tribunal Federal, arriscando a consecução do seu principal desiderato. A efetividade de sua atuação³³³ resta prejudicada quando o Judiciário não consegue ser responsivo à sociedade. Em síntese, pode-se apontar que, sob a ótica procedimental, o STF desprestigia a tomada de decisão em conjunto, diminuindo as chances de se atingir verdadeiro consenso ou a melhor decisão para o caso. Com isso, produz decisões extensas, obscuras, e sem fundamentação definida. Tais decisões não seriam capazes de adquirir consistência suficiente para balizar a atividade futura do próprio Supremo Tribunal Federal, nem orientar a atuação da estrutura inferior do Judiciário. É preciso avaliar, na prática, estes dois momentos decisórios, a fim de verificar os principais pontos de conflito e eventuais medidas para o aprimoramento do procedimento no STF.

3.3. Sobre a pesquisa empírica

Embora a pesquisa empírica já estivesse prevista como um dos principais afazeres deste trabalho desde a sua concepção, tais contornos somente foram determinados ao longo da confecção do presente texto, conforme os dados levantados a respeito do processo

³³³ Aqui, cabe lembrar o conceito de *efetividade* trazido pelo professor americano Alec Stone Sweet. O professor destaca que para serem efetivas as decisões das Cortes Constitucionais é preciso i) que as demandas cheguem até a Instituição, ii) que seus membros resolvam tais conflitos fundamentando suas decisões, iii) que estas decisões sejam aceitas pelos seus destinatários e que tenham algum efeito de precedente (em relação à sociedade como um todo e em relação à própria estrutura do Judiciário, acrescente-se). Aqui, entende-se que o último momento é frustrado quando as decisões da Corte não “convencem” os seus destinatários, mas são aceitas apenas em razão do caráter coercitivo e impositivo típico das decisões judiciais. Cf. SWEET, Alec Stone. *Constitutional Courts*. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, Andrés. *The Oxford Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 816-831.

decisório do Supremo Tribunal Federal e seu perfil de atuação. A partir daqui, buscava-se compreender, na prática, o desenvolvimento e as consequências do procedimento da Corte nas fases decisória e pós-decisória. Os principais enfoques da investigação, portanto, foram: i) a interação entre os ministros na etapa decisória, para identificar em que categoria entre os extremos *independente* ou *cooperativa* pode ser enquadrada a formação de convicção; ii) a relação entre a decisão formada em sede de reunião de colegiado e o texto produzido como decisão final da Corte, para verificar em que medida esta é capaz de fixar a *ratio decidendi* do julgado. Através desta análise, esperava-se identificar, sob perspectiva deliberativa, possíveis pontos de conflito e eventuais lacunas procedimentais que possam ser custosas à legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Antes de prosseguir, cabe destacar a dificuldade inerente ao estudo do processo decisório do STF. Este é complexo por natureza, tendo em vista os desafios oriundos da própria atividade de interpretação constitucional e todas as influências – de dentro e de fora – a que a Corte está sujeita em razão de sua proeminência política e institucional. Sendo assim, entendeu-se que a metodologia de trabalho adotada deveria ser precisa e, ao mesmo tempo, aberta à complexidade dos elementos que envolvem a realidade da Corte. Neste sentido, o estudo foi desenvolvido a partir de três frentes principais de pesquisa, na ordem que segue: a) observação do dia-a-dia do Supremo, através da audiência de sessões plenárias; b) análise de decisões e estudo do inteiro teor de acórdãos; e c) pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal, com entrevistas a assessores dos ministros.

Sobre a terceira etapa da pesquisa empírica, cujos resultados, por razões didáticas, serão objeto do próximo capítulo, cumpre anotar que o caráter concreto dos temas debatidos em sede deste trabalho demandou maior aproximação em relação à Corte para verificar o olhar do Supremo Tribunal Federal sobre si mesmo quanto à sua capacidade deliberativa e quanto ao produto final de sua atuação decisória. Não foi possível estabelecer contato direto com os ministros, razão pela qual se optou por entrevistar seus assessores. Esta decisão, conforme será discutido adiante, revelou-se acertada, tendo em vista a estreita e cotidiana relação que eles mantêm com os ministros, e o próprio papel que estes servidores desempenham na Corte.

3.3.1. Observação do Supremo Tribunal Federal através das sessões do Plenário

A observação do Supremo através da audiência das sessões do Plenário foi importante para a construção de uma visão global da Corte em seu momento atual. Tal

acompanhamento coincidiu com o início da Presidência do ministro Ricardo Lewandowski, desde que assumiu o cargo na condição de Presidente interino, em agosto de 2014, em virtude da aposentadoria do ministro Joaquim Barbosa. Esta etapa tinha por objetivo analisar alguns pontos específicos no que tange à deliberação e, com isto, definir os próximos passos, bem como as perguntas que seriam formuladas quando da pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal. Pretendeu-se observar i) se os debates parecem profícuos, capazes de gerar mudança de entendimentos individuais prévios, ou, ao contrário, uma mera apresentação de razões; ii) em que ponto do debate costumam ser abertas divergências e se estas se prestam a aprimorar a deliberação iii) se os ministros demonstram consciência acerca da importância de convencimento dos demais; iv) se há preocupação com a fixação de um único entendimento.³³⁴

A audiência das sessões foi capaz de apontar que os debates têm papel importante na formação das decisões da Corte. Com certa frequência, notou-se a participação de todos ou boa parte dos ministros nas discussões, com aportes além da enunciação do voto. Foi possível perceber franca troca de razões, não raro através de manifestações exaltadas entre os pares. Notaram-se, também, algumas concessões feitas pelos ministros, diante das argumentações dos colegas, para harmonizar seu entendimento com o dos demais. As audiências sinalizam que os ministros têm alguma consciência sobre a necessidade de “fixar teses” para decidir o caso concreto, bem como em atenção aos demais casos que possam ser atingidos por aquela enunciação.³³⁵

Das sessões, procurou-se pinçar momentos que revelassem a postura decisória dos ministros em interação com os demais. Observou-se que um importante aspecto orientador das relações interacionais, bem como dos trabalhos no Plenário e na Corte como um todo, é o perfil da Presidência. Cabe lembrar que os últimos meses da Presidência do ministro Joaquim Barbosa no Supremo foram marcados por certa turbulência³³⁶, e que a gestão de

³³⁴ Neste ponto, limitar-se-á a apontar as conclusões obtidas a partir da audiência das sessões, sem preocupações de especificar cada julgamento ou citar todos os exemplos pinçados ao longo da pesquisa, já que, por ora, o objetivo é relatar as primeiras impressões sobre o procedimento decisório da Corte, que definiram os demais pontos da pesquisa.

³³⁵ Entretanto, não se ignoram outras variáveis que concorrem para a tomada das decisões. Cogita-se, por exemplo, que o debate não sirva propriamente à construção de consenso, mas à tentativa de fazer prevalecer, tanto quanto possível, o próprio ponto de vista, ou que os ministros sofram algum tipo de constrangimento diante das câmeras que transmitem ao vivo as sessões do plenário (atuação estratégica). Vale observar que a interação é um dado objetivo, e sua existência pode ser constatada a partir da observação sistemática da Corte num dado período. Já o propósito a que esta se presta é mais difícil de ser auferido, estando fora do radar desta pesquisa.

³³⁶ Numa ocasião, o ministro Joaquim Barbosa, então Presidente do STF, discutiu com advogado e determinou que os seguranças da Corte o retirassem do Plenário. O procurador atuava na defesa do ex-ministro José Genuíno, réu na Ação Penal 470 (caso “mensalão”), e havia subido à tribuna para questionar por que o

Ricardo Lewandowski – não obstante o ministro, de fato, tenha perfil distinto do seu antecessor – parece estar buscando se distanciar da antiga administração. Fato é que se observa um foco na produtividade por parte da atual Presidência³³⁷, com a designação de julgamento de inúmeros recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, feitos em que a preocupação com a “fixação de tese” – expressão reiteradamente verbalizada pelos ministros – é mais relevante, o que tende a demandar maior esforço deliberativo por parte dos membros do Tribunal.

Sobre o resultado dos debates, observaram-se algumas situações em que os ministros reviram seus votos diante da fundamentação trazida por um colega. Foi o que admitiu o ministro Ricardo Lewandowski, último a votar no julgamento do RE 631.240, quando afirmou que, em razão das manifestações dos colegas, havia revisto seu voto já redigido (que, inclusive, posicionava-se no mesmo sentido de outra manifestação pretérita sua, quando relator) para acompanhar posição majoritária. Isto aponta que o debate, em alguma medida, é profícuo. Algo semelhante pôde ser inferido quanto à sustentação oral pelos procuradores das partes. Não se pode afirmar que tais defesas sejam determinantes para a formação da convicção dos ministros, mas foi possível identificar casos em que os argumentos deduzidos pelos advogados produzem alguma alteração na percepção inicial dos juízes. O ministro Roberto Barroso, no julgamento do RE 705.140, chegou a cumprimentar o trabalho dos advogados por tê-lo feito reconsiderar alguns pontos de sua decisão.

Presidente não havia pautado o recurso contra decisão individual que determinara que o réu voltasse a cumprir a pena em estabelecimento prisional, desprezando o regime domiciliar. Em outros momentos, o ministro já se manifestou publicamente atacando o mérito de decisões tomadas pela Corte, denotando postura pouco polida enquanto Presidente. Por exemplo, quando, em Plenário, fez várias críticas e chamou de “tarde triste para o Supremo Tribunal Federal” o dia em que se decidiu pela admissão dos embargos infringentes na Ação Penal 470, absolvendo oito réus do crime de formação de quadrilha.

³³⁷ O ministro Ricardo Lewandowski tem adotado uma série de medidas administrativas com vistas a otimizar o trabalho da Corte – ao menos em perspectiva quantitativa. Um exemplo disto foi a edição da Resolução nº 536/2014, de 16.10.2014, que determina à Secretaria Judiciária que proceda à publicação dos acórdãos proferidos pelo Plenário e pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, após sessenta dias a partir da sessão em que tenha sido proclamado o resultado de julgamento, conforme estabelece o Regimento Interno do STF. A medida objetiva o cumprimento do prazo regimental ainda que os gabinetes dos ministros redatores não tenham liberado o relatório, os votos escritos e a revisão de apartes. A Secretaria Judiciária deverá fazer constar a transcrição do julgamento com a ressalva de que os textos não foram revisados pelos respectivos ministros, e a ementa do acórdão consistirá no extrato da ata de julgamento. A Resolução impõe, também, que na hipótese de não ser possível cumprir o prazo estabelecido no Regimento Interno, os gabinetes poderão requerer à Presidência, justificadamente, a sua prorrogação por sessenta dias. Outra providência diz respeito ao elevado número de processos que têm sido incluídos nas pautas de julgamento pelo Presidente. A questão já gerou, inclusive, reclamação por parte dos demais membros do Tribunal, que se manifestaram em sessão administrativa requerendo redução das pautas. A resposta do ministro Lewandowski é de que a pauta reflete sua política administrativa. Cf. BULLA, Beatriz. GALLUCCI, Mariângela. Ministros pedem pauta “menos ambiciosa” a Lewandowski. *Estadão*, Política, 15.10.2014. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-pedem-pauta-menos-ambiciosa-a-lewandowski,1577422>. Acesso em 12.12.2014.

Chamou atenção, também, a característica fidelidade dos ministros aos próprios entendimentos pretéritos. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.483, a ministra Rosa Weber, apesar de votar com o relator, levou em consideração a tese divergente proposta pelo ministro Roberto Barroso, e mostrou-se assente quanto a certos fundamentos invocados por ele, afirmando ter ficado sensibilizada com sua argumentação. Mas esclareceu que sempre decidiu conforme o relator, e que havia confeccionado o voto neste sentido. Após breve análise dos autos, asseverando que considerava os fatos, seguiu o relator.

Sobre as divergências, observou-se que estas são, via de regra, abertas logo nas primeiras manifestações. Identificou-se que o ministro Marco Aurélio, por exemplo, conhecido por restar vencido em grande parte dos julgamentos, não raro pede a palavra logo após a manifestação do relator ou do primeiro ministro a se posicionar em sentido contrário às suas convicções quanto ao feito em exame. O ministro não costuma adiantar seu voto, mas expõe seus argumentos, possivelmente como forma de lançar razões ainda não consideradas e/ou rejeitadas, na tentativa de impedir que os demais ministros sigam entendimento de que discorda. Os aportes têm previsão regimental e devem ser autorizados pelo Presidente do Plenário. Durante o período observado, estes têm sido prontamente concedidos, suprimindo certa desigualdade material entre os ministros, no que tange à ordem de manifestação, e fomentando a deliberação.

Em algumas oportunidades, destacou-se uma postura generalizada de baixa colegialidade, no sentido da pouca cooperação para promoção de um único resultado, pouca disposição para convencer e ser convencido pelos pares. Quando as opiniões são realmente divergentes, nota-se uma tendência maior, por parte dos ministros, de defender seus próprios argumentos. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.483, de relatoria do ministro Teori Zavascki, houve intenso debate que contou com aportes de quase todos os ministros presentes, à exceção de Rosa Weber, Dias Toffoli e Celso de Melo, que se manifestaram apenas para proferir seus votos. O ministro Roberto Barroso propôs tese distinta da defendida pelo relator e, após discutirem, o ministro Teori Zavascki disse: “não quero debater, só esclarecer”. O ministro Barroso, mais adiante, afirmou: “não preciso convencer ninguém, nem sou o dono da verdade. Mas estou aberto à discussão. Não sei se meu voto vai prevalecer. Que vossas excelências deliberem conforme acharem melhor”. A ministra Cármen Lúcia, durante a exposição do seu voto, foi interrompida pelo ministro Barroso, que queria prestar um esclarecimento sobre sua posição. A ministra não acatou e disparou: “eu voto por mim. Sou uma das que menos fala aqui exatamente por isso, porque voto por mim”.

Fica evidente, também a partir das sessões, a preocupação dos ministros com o tempo de trabalho e o volume de processos. Com frequência, comenta-se sobre a necessidade de adiantar os trabalhos, sobretudo quando das sustentações orais pelos procuradores das partes – quando estes são alertados da necessidade de respeitarem o tempo regimental para a sustentação oral, comumente tendo de dividir os quinze minutos disponíveis quando há mais de uma sustentação para a mesma parte. Todavia, não há previsões quanto ao tempo de fala de cada ministro. Não raro, os relatores tomam bastante tempo lendo os seus votos, às vezes hora.³³⁸

Por fim, a audiência das sessões de julgamento não revela qualquer preocupação com a fase pós-decisória, de redação das decisões. Observa-se ausência de providências quanto à confecção da decisão e de preocupação quanto ao conteúdo daquilo que será emanado pela Corte. Neste sentido, os votos podem acabar conflitando entre si. No julgamento do RE 631.240, o ministro Teori Zavascki manifestou concordância com a tese proposta pelo ministro relator, Roberto Barroso, mas entendeu que a sua proposta era mais abrangente. Ambos travaram discussão sobre se o ponto era ou não mera questão de redação, mas Zavascki insistiu que a redação proposta por Barroso continha vícios terminológicos. Diante do embate, afirmou que não pretendia “criar tumulto” e anunciou: “vou colocar no meu voto os esclarecimentos que tenho”.³³⁹ A análise de jurisprudência, a seguir, tem por objetivo verificar o processo decisório através da forma das decisões.

3.3.2. Análise de decisões

Nesta etapa da pesquisa, enfrentou-se dificuldade em relação ao estabelecimento de um método para seleção de jurisprudência. Tal fundava-se numa convicção: qualquer método que visasse ao desenvolvimento de observação qualitativa sobre a atuação do STF poderia conduzir a resultados pouco confiáveis, tendo em vista a iminente produção de visão apenas parcial sobre a Corte. No entanto, esta pareceu ser a única alternativa possível, considerados a vasta competência do Tribunal e o sem número de decisões produzidas por

³³⁸ Foi o que aconteceu no julgamento do RE 719.424, em que o relator Marco Aurélio tomou cerca de uma hora proferindo seu voto.

³³⁹ No mesmo feito, a discussão sobre a redação da tese final ensejou intervenção dos ministros Presidente, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, sugerindo que se focasse na questão central, ajustando-se as demais considerações ao final, conforme o resultado. Ao final da sessão, pendendo, ainda, discussão específica quanto à modulação dos efeitos da decisão, o ministro Barroso afirmou que pensaria numa proposta de redação que harmonizasse todos os interesses, sobretudo para amenizar a discordância do ministro Zavascki quanto aos termos empregados na redação original.

ele. A partir desta constatação, decidiu-se por selecionar a jurisprudência para análise de acordo com os critérios seguintes.

Em primeiro lugar, privilegiaram-se decisões do Pleno, que é o órgão em que efetivamente se reúnem todos os ministros e ao qual cabe dar a palavra final sobre os casos mais complexos submetidos à Corte. Desprezaram-se, assim, as decisões monocráticas e as proferidas pelas Turmas. Além disso, considerando a ostensiva atuação da Corte no exercício de sua competência recursal extraordinária, optou-se pelas decisões tomadas nesta sede – na contramão e em complementaridade a outros estudos semelhantes sobre o STF.³⁴⁰ Focou-se, ainda, em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, tendo em vista o instrumento sinalizar importante diretriz para a atuação da Corte. A escolha dos RE também se deu em razão do destaque que a atual Presidência tem dado aos processos desta natureza.³⁴¹

Para limitar o universo de decisões selecionadas, adotou-se como recorte temporal os anos de 2013 e 2014, por algumas razões: i) era uma das preocupações do estudo que este lidasse com a atuação recente da Corte; ii) os anos de 2011 e 2012 foram períodos em que o STF passou por alterações de composição, bem como transições de Presidência³⁴², e cogita-se que tais modificações possam ser relevantes para eventuais variações de entendimento e/ou de postura decisória da Corte como um todo, sendo os anos de 2013 e 2014 os que mais têm potencial para espelhar as alterações implantadas ao longo dos anos anteriores; iii) foi a partir de 2013 que o Supremo Tribunal Federal passou a divulgar o Boletim Repercussão Geral, relatório oficial, disponibilizado semestralmente no site do Tribunal, em que consta síntese de todos os feitos com repercussão geral reconhecida do período. Até a data de

³⁴⁰ À exemplo da interessante monografia de Guilherme Klafke, produzida no âmbito da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, cf. KLAFKE, Guilherme Forma. Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2010. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf. Acesso em 25.09.2014); bem como do artigo de Adriana Vojvodic, cf. VOJVODIC, Adriana. MACHADO, Ana Maria França. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, n. 5, v. 1, p. 21-44. São Paulo, jan.-jun. 2009.

³⁴¹ Somente no segundo semestre de 2014, o STF julgou cinquenta recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, por iniciativa do ministro Presidente Ricardo Lewandowski, que tem priorizado a celeridade e eficácia na atuação da Corte. A medida faz parte das metas do ministro para o Tribunal durante a sua gestão, no biênio 2015-2016. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283300>. Acesso em 14.01.2015.

³⁴² No referido período, ocorreram as aposentadorias dos ministros Eros Grau, em 02.08.2010, Ellen Gracie, em 08.08.2011, Cezar Peluso, em 31.08.2012, e Ayres Britto, em 16.11.2012, tendo ingressado na Corte, ocupando as respectivas cadeiras, os ministros Luiz Fux, em 03.03.2011, Rosa Weber, em 19.12.2011, Teori Zavascki, em 29.11.2012 e Roberto Barroso, em 26.06.2013. Quanto à Presidência, em 2011 a cadeira era ocupada pelo Ministro Cezar Peluso; em 2012 assumiu o ministro Ayres Britto; de 2012 a 2014 exerceu o cargo o ministro Joaquim Barbosa; e a partir de 2014, o ministro Ricardo Lewandowski.

finalização desta pesquisa, haviam sido divulgadas três edições do Boletim, dos quais foram extraídos os acórdãos para análise.

Entretanto, os relatórios apontavam, dentre decisões de mérito em RE com repercussão geral reconhecida, para o ano de 2013, trinta acórdãos no primeiro semestre e treze acórdãos no segundo semestre; e, para o primeiro semestre do ano de 2014, nove acórdãos. Em razão da impossibilidade de se promover a análise, da forma pretendida, de todos os referidos feitos, privilegiaram-se os casos ligados à matéria Direito Administrativo, por aparecerem em grande número e por serem demandas recorrentes na Corte.³⁴³ Assim, conseguiu-se formar um quadro de nove processos para análise.

Foram selecionados para estudo os acórdãos oriundos do julgamento de mérito dos seguintes processos: i) do Boletim Repercussão Geral nº 1(01.02.2013 a 01.07.2013)³⁴⁴, os RE 589.998/PI, julgado em 20.03.2013; RE 630.733/DF, julgado em 15.05.2013; RE 563.708/MS, julgado em 06.02.2013; RE 607.607/RS, julgado em 06.02.2013; ii) do Boletim Repercussão Geral nº 2 (01.08.2013 a 18.12.2013), os RE 606.199/PR, julgado em 09.10.2013; RE 631.389/CE, julgado em 25.09.2013; RE 587.371/DF, julgado em 14.11.2013; iii) do Boletim Repercussão Geral nº 3 (03.02.2014 a 01.07.2014), os RE 635.739/AL, julgado em 19.02.2014, e o RE 658.026/MG, julgado em 11.04.2014.

Inicialmente, pretendia-se desenvolver o estudo da jurisprudência a partir da ementa de cada caso. Esta, em tese, conteria a síntese do julgado, com os principais pontos debatidos e o entendimento a que chegou o Tribunal. Em seguida, passar-se-ia à análise do voto de cada ministro, isoladamente, buscando-se identificar os argumentos trabalhados por eles. Depois, diante dos fundamentos apontados por todos, promover-se-ia comparação para verificar o que compôs a *ratio decidendi* do julgado.³⁴⁵ Todavia, o fato dos acórdãos selecionados serem formados pela íntegra dos debates inviabilizou a consecução do estudo na forma planejada, já que os fundamentos decisórios encontravam-se diluídos ao longo da discussão, nem sempre sendo recapitulados ou resumidos pelos ministros no momento da prolação de seus votos. Neste sentido, buscou-se analisar o processo argumentativo e a

³⁴³ Insta destacar que o mérito das decisões não interessa por ora, razão pela qual a escolha da matéria Direito Administrativo para análise é pouco relevante do ponto de vista do conteúdo, mais se funda em uma escolha metodológica. Também a legislação local citada nos acórdãos selecionados é de pouca relevância, razão pela qual não se discutirá sobre ela.

³⁴⁴ O RE 572.884/GO, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, embora tenha constado no 1º Boletim de Repercussão Geral, por ter tido acórdão publicado em 21.02.2013, foi excluído da observação em razão do seu julgamento ter ocorrido em 20.06.2012, enquadrando-se o feito, portanto, fora do recorte temporal aqui adotado.

³⁴⁵ Esta observação apoia-se na preocupação de que tudo o que integra o voto projeta-se para fora da Corte e pode ter uma série de consequências – a princípio, não previstas – para o ordenamento jurídico.

formação das decisões nos mesmos moldes dos acórdãos, observando-se a construção do entendimento ao longo do texto.

3.3.2.1 RE 589.998/PI

O recurso extraordinário em exame, com repercussão geral reconhecida, foi interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT contra acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que determinou a reintegração de empregado despedido sem justa causa. O Tribunal *a quo* entendeu que a validade do ato de despedida do empregado da ECT está condicionada à motivação, visto que a empresa goza das garantias atribuídas à Fazenda Pública. O julgamento do feito foi iniciado em 24.02.2010, mas foi suspenso em razão de pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa. Na sessão de 20.03.2013, deu-se prosseguimento à votação.

O julgado está assim ementado:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

O inteiro teor do acórdão, com suas noventa e seis páginas de extensão, foi publicado em 12.09.2013. Da sua análise, é possível depreender que o relator, ministro Ricardo Lewandowski, identificou, como questão central a ser decidida, *a exigência ou não de a ECT motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados*. Para chegar às suas conclusões, percorreu o seguinte caminho: entendeu que o dever de motivar o ato de despedida de empregado de estatal, admitido por concurso, estende-se não só à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, apoiando-se em precedentes da Corte que assentaram que estas se encontram fora do art. 173, §1º da CF.³⁴⁶ Baseando-se em doutrina, analisou que, embora tais empresas ostentem natureza jurídica de direito privado, submetem-se a regime híbrido, pelo que haveria derrogação parcial das normas de direito privado em nome da consecução do interesse público.

Apontou que os fundamentos de seleção dos empregados públicos por concurso são os princípios da isonomia e da impessoalidade, entendendo que, do mesmo modo, a motivação da dispensa visa a resguardar o empregado da possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Esclareceu que tal entendimento não se destina a garantir aos empregados públicos a estabilidade, prevista no art. 41, CF³⁴⁷, e mencionou precedentes da Corte no sentido de que esta só alcançaria servidores públicos. Citando outros precedentes, ressaltou, no entanto, o caso dos empregados públicos admitidos antes da Emenda Constitucional nº 19/1998, que fazem jus à garantia da estabilidade, de acordo com jurisprudência pacífica do STF. Afirmou que tal entendimento se presta a assegurar que os princípios da impessoalidade e da isonomia, observados no momento da admissão por concurso público, sejam também respeitados por ocasião da dispensa, coibindo-se a ocorrência de abusos, arbitrariedades e a concessão de privilégios. Entendeu que este paralelismo entre admissão e dispensa também se coaduna com a observância do princípio da razoabilidade, já que é imposto aos agentes de estado o dever de agir com ponderação, decidir com justiça e atuar com racionalidade.

³⁴⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre (...).

³⁴⁷ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

Considerou, ainda, que a obrigação de motivar decorre do fato dos agentes estatais lidarem com a *res publica*. Tal dever seria ligado à própria ideia de Estado Democrático de Direito, em que a legitimidade das decisões tem por pressuposto que os cidadãos as compreendam e possam, caso queiram, contestá-las. Observou que a Lei nº 9.784/1999, que trata do procedimento administrativo no âmbito federal, determina a obrigação de motivar os atos administrativos, não exigindo uma justificativa qualquer, mas uma motivação explícita, clara e congruente. Reafirmou que esta obrigação não se confunde com estabilidade. Votou, assim, pelo parcial provimento do recurso para afastar a aplicação do art. 41, CF, exigindo-se motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Pode-se observar que o relator apoiou sua decisão sobre diversos fundamentos. Em síntese, a resposta à questão central identificada por ele é de que há necessidade de fundamentação da decisão de dispensa por parte da Administração, para garantir a legitimidade de suas decisões e em razão dos princípios impessoalidade e da isonomia, bem como do paralelismo necessário entre os mecanismos de admissão e demissão, sem que tal implique em estabilidade do empregado público. A ementa, nestes termos, é suficientemente clara e reflete o posicionamento adotado pelo relator.

O inteiro teor do acórdão colaciona, após a manifestação do relator, a transcrição do debate, ocorrido na primeira sessão de julgamento, em 24.02.2010, quando este foi iniciado. O ministro Peluso, que ainda compunha a bancada, indagou ao ministro relator se ele aplicava à dispensa os mesmos requisitos de motivação de atos administrativos em geral e se estaria excluindo a estabilidade. A ministra Cármen Lúcia também questionou se o relator postulava que seria necessário procedimento formal. Para as duas perguntas, a resposta foi afirmativa. A ministra Cármen alertou que, neste sentido, a Corte poderia estar aplicando a teoria dos motivos determinantes. O ministro Peluso, demonstrando concordar com a ministra Cármen, atentou para o problema da eventual falta de clareza sobre o que a Corte estaria a decidir. O ministro Joaquim Barbosa, na sequência, afirmou que constatou da documentação que a empresa havia despedido o empregado em virtude da aposentadoria deste. Vislumbrava, neste sentido, a motivação para o ato administrativo. Neste argumento, contou com a concordância do ministro Ayres Britto, que ainda integrava a Corte também. O ministro Peluso ponderou que esta era a motivação do caso concreto, e que, na oportunidade, o Tribunal estaria a fixar uma tese. Os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia concordaram, atentando para a repercussão geral reconhecida, que faria com que a decisão valesse para todas as empresas estatais.

O ministro Ayres Brito destacou, ainda, tratar-se a ECT de entidade *sui generis*, que já foi equiparada pelo Tribunal à Fazenda Pública. O ministro Peluso, então, reforçou a necessidade de deixar claro o alcance da decisão. O ministro relator, Ricardo Lewandowski, esclareceu que a decisão atacada se baseava em OJ do TST que determina expressamente que as empresas públicas não necessitam motivar os atos de dispensa, exceto a ECT, equiparada à Fazenda Pública. Afirmou, assim, que tal decisão deveria ser limitada à ECT. A ministra Cármen Lúcia ponderou, todavia, que a motivação era legítima nos termos do interesse público, mas não em termos trabalhistas.

Os ministros lembraram, então, o julgamento da ADPF 46, sobre o monopólio do serviço postal pela ECT. Gilmar Mendes afirmou que a referida empresa está cada vez mais sujeitas às condições típicas de empresas privadas e que é estranha a decisão de tornar o modelo mais rígido quando a empresa precisa de flexibilidade. Ayres Britto recordou que a Corte já assentou que os Correios não desempenham atividade econômica, mas serviço público, com exclusividade de prestação. Gilmar Mendes considerou que tal prestação de serviço é cada vez menos monopolizada, em decorrência das novas tecnologias e da internet. E o ministro Peluso lembrou que a ECT exerce também outras atividades. O ministro Ayres Britto, então, destacou que, apesar disso, na ADPF 46, a Corte, por maioria, decidiu o contrário. Evitando o prolongamento da discussão, o ministro relator destacou que só pretendia evitar que, admitidos por concurso público, empregados públicos fossem despedidos imotivadamente, ou por motivos políticos, como nas hipóteses de sucessão governamental. O ministro Toffoli lembrou que isto já aconteceu na história do Brasil.

Diante do debate, o ministro Eros Grau adiantou seu voto. Considerando a ECT prestadora de serviços públicos, abrangidos como espécie das atividades econômicas em sentido amplo, e sendo empresa estatal, incidiria a determinação de que esta ficasse sujeita não a regime aplicável a empresa privada, mas a regime próprio do Estado. Entendeu, assim, que a dispensa é ato administrativo, devendo ser motivada. Distinguindo atividade econômica, própria do setor privado, e serviço público, o ministro acompanhou o relator. Observa-se, neste sentido, que Eros Grau partiu de premissa um tanto distinta em seu voto. Apesar de subscrever os demais argumentos expostos pelo relator, o ministro Grau não os debateu, e suas conclusões partiram da análise da natureza da atividade prestada pela ECT, do que decorreu o entendimento sobre sua obrigação de motivar os atos administrativos.

O ministro Peluso, manifestando discordância, afirmou não se poder concluir que a ECT é parte da administração direta, já que continua se tratando de empresa privada, embora preste serviço público. O ministro Lewandowski sintetizou que a tese que havia proposto é

de que “a demissão não é livre”. Em concordância, o ministro Ayres Britto mencionou doutrina, dizendo que “quem não é livre para admitir, não é livre para demitir”. Marco Aurélio levantou nova questão, indagando ao relator a partir de quando se considera o direito do empregado à dispensa motivada. Em atenção à resposta de que o direito existiria a partir da admissão, o ministro Marco Aurélio apontou que a medida poria o empregado público em situação superior em relação ao servidor público efetivo, porque este ainda teria de cumprir o tempo de estágio probatório para ter o mesmo direito. Lewandowski, no entanto, afirmou que a Corte tem jurisprudência assentada de que mesmo antes do fim do estágio o servidor só será desligado mediante procedimento formal com motivação. O ministro Peluso ponderou que estava em jogo o princípio do interesse público, no sentido de protegê-lo contra atos abusivos da empresa, o que corresponderia, também, ao princípio da impessoalidade. Sob esta preocupação, exigir-se-ia motivação para a dispensa. Em tal afirmativa, o ministro foi acompanhado pelos ministros Lewandowski e Ayres Britto, tendo este último observado que eles haviam “chegado a um ponto de convergência”.

No julgamento em exame, pôde ser observada franca troca de argumentos entre os ministros. Todos os presentes na sessão se manifestaram em algum momento. Do ponto de vista da colegialidade, foi possível perceber algum esforço de convencimento entre os pares, assim como a consciência sobre a necessidade de chegarem a um entendimento comum. O julgamento foi suspenso, na sequência, por pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa.

Na sessão de 20.03.2013, o julgamento foi retomado com a apresentação do voto vista, e nesta oportunidade, o ministro Barbosa já era Presidente da Corte. O ministro destacou ser entendimento da Casa, fixado através de alguns precedentes invocados, a desnecessidade de motivação para dispensa de empregados públicos. Por esta razão, entendeu que decidir de modo contrário seria promover revisão de jurisprudência da Corte. Reexaminando os fatos, o ministro Barbosa observou que a dispensa, no caso concreto, deu-se em razão da aposentadoria voluntária do empregado. Afirmou que a exigência de concurso para admissão busca atender aos princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade e, em homenagem aos mesmos princípios, entendeu que a dispensa deve ser motivada. Não vislumbrou, todavia, necessidade de procedimento administrativo disciplinar para tanto, sob pena de arriscar a competitividade dessas empresas no mercado. Neste sentido, apontou que o relator apenas assentou a necessidade de motivação, não de procedimento. Acrescentou que o entendimento também homenageia os princípios da publicidade e da transparência. Negou direito de estabilidade aos empregados públicos, estando este cingido aos servidores efetivos, conforme jurisprudência da Casa. Entendeu

que, em sede de repercussão geral, a decisão deve se aplicar a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, não só à ECT. Acompanhou, por fim, o relator.

Sobre a manifestação do ministro Joaquim Barbosa, é preciso tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, vale destacar o longo lapso temporal, de mais de três anos, entre o pedido de vista e a devolução do feito a julgamento. No conteúdo, o ministro Barbosa concordou com o relator quanto à parte dispositiva, convergindo em relação a diversos argumentos que fundamentavam aquele voto. Mas percorreu caminho distinto, considerando dados não mencionados pelo relator, como, na análise dos fatos, a observação de que ECT já haveria justificado o ato de dispensa, e acrescentando que a motivação do ato administrativo também homenagearia o princípio da moralidade. Após a exposição do voto do ministro Barbosa, o relator pediu a palavra para esclarecer que concordava com ele, mencionando a homenagem aos princípios moralidade, impessoalidade, transparência, e “todos aqueles princípios que norteiam a Administração Pública, e que estão consignados no art. 37, caput, da Constituição”.

O próximo a votar, ministro Teori Zavascki, preocupou-se em identificar a tese do acórdão recorrido, o que não foi destacado pelos ministros que votaram anteriormente. Apontou que esta era de que os empregados públicos, em razão da ECT ser equiparada à Fazenda pública para alguns fins, teriam estabilidade do emprego. Enfrentando-a, o ministro entendeu que tal não poderia ser mantido, sob pena de se admitir que os empregados ficassem sujeitos a outros direitos, prerrogativas, deveres e limitações dos servidores estatutários. Ou seja, para o ministro, isto transformaria o regime dos empregados de celetista para estatutário. Disse, ainda, que a própria pessoa jurídica da ECT assumiria natureza de direito público. E estas seriam as consequências da decisão. Todavia, observou que tais consequências não eram pretendidas pelo autor da demanda. Ele apenas visava à manutenção do seu contrato de trabalho, mesmo estando aposentado. O ministro analisou que isto seria incompatível com a relação estatutária. Diante disto, entendeu ser mais apropriado atribuir limites aos efeitos decorrentes dos privilégios e garantias reconhecidos à ECT, a fim de contê-los aos domínios tributários ou processuais que lhe são próprios.

O ministro Teori Zavascki prosseguiu em sua explanação, afirmando que restariam duas questões a serem definidas. A partir do seu posicionamento e da tese proposta pelo relator – de que os empregados públicos devem ser dispensados com motivação –, com a qual assentiu, o ministro destacou, em primeiro lugar, a necessidade de saber o que significa motivação idônea, já que não existe na empresa pública o processo administrativo. Todavia, antes que ele pudesse prosseguir, o ministro Lewandowski interrompeu indagando se não

seria o caso de darem provimento parcial ao recurso, por este ter sido interposto pela ECT. Somente neste ponto da redação do acórdão, foi possível verificar que o voto original do relator foi alterado e não consta do texto final do acórdão. Isto quer dizer que o inteiro teor traz o voto do ministro relator já retificado no sentido do provimento parcial, mas o debate transcrito refere-se a uma hipótese de voto de desprovimento do recurso da ECT.

Quanto à sugestão do ministro relator, Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Joaquim Barbosa manifestam convergência. Afirmou-se que “a solução a que chegaram (sic) substituiu o fundamento”. Vale observar que a expressão deixa dúvidas quanto à consciência sobre a necessidade de fixar uma tese sobre fundamentos claros e consensuais.

O ministro Marco Aurélio, na sequência, alertou que, para o mundo jurídico, o acórdão anterior deixaria de existir, sendo substituído pela nova decisão, e Gilmar Mendes sugeriu que decidissem de forma clara, por conta da repercussão geral. O ministro Lewandowski ponderou que estavam decidindo apenas o caso da ECT, e que não foi tão longe quanto o ministro Joaquim Barbosa, estendendo a decisão para todas as empresas estatais. Gilmar lembrou que isto também alargaria a questão para as empresas estaduais e municipais. Marco Aurélio brincou que, no caso, o recorrente “vinha buscar lã e saia tosquiado”, entendendo que a Corte estava decidindo para além do que pediu o recorrente. Gilmar Mendes sugeriu que, em persistindo esta solução, deixassem expresso na parte dispositiva que o ato de dispensa exige motivação, sem que se cogite de estabilidade. Lewandowski esclareceu que se preocupou com isto em seu voto.

O ministro Zavascki, concluindo seu voto, alertou ser preciso definir se este regime se aplica a empregados admitidos antes da Constituição de 1988, que não foram admitidos por concurso. Barbosa observou que isto também seria ampliar a questão. Zavascki asseverou que o pressuposto da decisão pela motivação seria não ferir os princípios da admissão por concurso, mas que não havia notícias de que o servidor em questão tinha sido aprovado em concurso, e que teria ingressado nos quadros antes do advento da Constituição. Votou, assim, por dar provimento parcial ao recurso para, afastado o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, o Tribunal prosseguir no julgamento da causa como entender de direito, observados os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O ministro Gilmar Mendes destacou aos colegas que o pedido era da estabilidade do emprego. O ministro Lewandowski manifestou acreditar que, na verdade, estariam negando provimento, mas esclarecendo as razões de decidir, de modo a limitar a hipótese. Mas o ministro Teori defendeu o cabimento da decisão pelo provimento parcial, porque,

aparentemente, o empregado não havia sido contratado por concurso e não se sabia se a motivação dada pela ECT, da aposentadoria voluntária do empregado, era idônea. Barbosa considerou que as instâncias inferiores entenderam que não houve motivação. O ministro Gilmar Mendes acresceu que uma coisa seria exigir motivação, outra, distinta, seria exigir motivação idônea. O ministro Lewandowski se propôs a readequar seu voto.

Na sequência, o acórdão traz o voto do ministro Dias Toffoli. Este colacionou novo relatório, que, na forma, pode ser considerado dispensável, já que, a esta altura, o caso concreto já teria sido elucidado no texto da decisão. O ministro mencionou parecer que aprovou quando era Advogado Geral da União, que concluiu tal qual o relator, no sentido de ser necessária motivação para a dispensa de funcionários celetistas das empresas públicas. De todas, não somente os da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Destacou alguns trechos do referido parecer ao longo de mais de três páginas, denotando que os principais fundamentos do seu entendimento foram: i) a interpretação sistêmica do texto constitucional, que traria clara mensagem ao legislador e ao gestor público de que “a República Federativa do Brasil repudia a demissão, a exoneração ou a dispensa imotivada e arbitrária de seus servidores e trabalhadores”; ii) tratar-se a matéria de proteção de direitos fundamentais, já que os direitos do trabalhador seriam concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), constando o direito ao trabalho e a proteção ao desemprego da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU; iii) os princípios do art. 37, CF, devem ser aplicados a toda a estrutura da administração pública direta e indireta. Salvo o último item, os demais fundamentos divergem dos invocados pelos outros ministros. Esclareceu, ainda, que não estaria a aplicar a estabilidade referida no art. 41 da Constituição Federal aos empregados públicos, e entendeu que o inciso II do § 1º do art. 173 da Constituição não impõe uma equiparação absoluta entre empresas privadas e empresas estatais, de modo que o fato das estatais atuarem no mercado não as conferiria todos os benefícios deste, já que elas continuariam se submetendo ao Tribunal de Contas e à Lei de Licitações. Por fim, afirmou que o parecer no qual baseou seu voto teria eficácia normativa no âmbito da Administração pública federal e das empresas públicas federais, razão pela qual a recorrente deveria ter se conformado com a decisão proferida e sequer deveria ter recorrido. Acompanhou, ao final, o voto do relator.

Na sequência do acórdão, há aditamento ao voto do próprio ministro Dias Toffoli. Na nova versão, ele faz referências mais especificadas ao parecer que serve de base ao seu entendimento. Mas sua análise, desta vez, foi mais sucinta, e o ministro continuou sustentando a maioria dos fundamentos que o levaram a acompanhar o relator. Deixou de

mencionar, contudo, tratar-se o caso de proteção de direitos fundamentais e passou a defender o paralelismo entre a contratação e o desligamento de pessoal para empresas públicas e sociedades de economia mista para justificar o condicionamento à motivação, conforme o relator, a quem ele reafirmou acompanhar.

A ministra Cármen Lúcia, em sua exposição, iniciou afirmando que acompanhava o relator, mas “gostaria que ficasse bem especificado”, e que o relator estaria restringindo a questão da motivação. Entendeu que a circunstância de um servidor que ingressar por concurso público não altera nem atinge o regime jurídico, já que o concurso seria a forma padrão de ingresso na administração pública, em respeito aos princípios do art. 37, aplicáveis indistintamente, tendo em vista que o objeto da empresa pública é a coisa pública. Isto não interferiria no regime jurídico, que é o da CLT. Entendeu, todavia, a motivação como imprescindível, em homenagem ao princípio da finalidade, que ordena todos os comportamentos da administração pública indireta e deve poder ser controlado a partir da motivação. Acompanhou, então, o ministro relator para afirmar a necessidade de motivação, enfatizando que sem qualquer outra vinculação que faça com que esse regime acabe se transformando num regime de direito público específico para servidores da administração direta ou autárquica, e afastando, ainda, a estabilidade.

O acórdão abriga, na sequência, manifestação intitulada como “voto” do ministro Teori Zavascki. O ministro, reafirmando os argumentos já expostos, propôs o provimento parcial do recurso, para afastar o fundamento adotado pelo Tribunal recorrido, e para que os autos retornem àquela instância para novo julgamento. Sobre o assunto, o ministro Gilmar Mendes afirmou que, no seu entender, o debate ajudou a esclarecer a questão. Citou trechos do acórdão recorrido, afirmando que os fundamentos adotados por este não devem subsistir. Posicionou-se por deixar claro, na parte dispositiva, que o Tribunal estava desprovendo o recurso, e que não se aplicava, na hipótese, a estabilidade, e que se estava a admitir, tão somente, a necessidade de justificação. O Ministro Lewandowski interrompeu para esclarecer que afirmou proteção aos princípios da isonomia e impessoalidade observados na admissão, sem que isto implicasse em estabilidade; e que tal entendimento apenas determina pagamento das verbas rescisórias do regime celetista.

O ministro Luiz Fux não participou da votação, porque o ministro Eros Grau, seu antecessor, já o havia feito. Mas a título de “colaboração”, destacou que, como a ação tem mais de uma *causa petendi*, o acolhimento de uma só delas também enseja dar ou negar provimento. A ministra Rosa Weber, que também não participou do julgamento por estar impedida, também contribuiu esclarecendo sobre a súmula 390 do TST, que expressamente

não reconhece a aplicabilidade do artigo 41 da Constituição Federal aos empregados de sociedade de economia mista e empresas públicas. O ministro Celso de Mello concordou com a colocação, e ponderou que uma boa solução seria o parcial provimento do RE, conforme sugestão do min. Teori Zavascki. Os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia também assentiram com tais entendimentos, reajustando seus votos.

O ministro relator, Ricardo Lewandowski, esclareceu que já na sua primeira manifestação, acolheu essa proposta, sem alteração do voto. E afirmou que explicitaria isto na ementa. Sugeriu elaboração de súmula vinculante, caso se decidisse estender os efeitos da decisão a outras empresas públicas.

O ministro Marco Aurélio manifestou-se contra o voto do relator, apontando que o subscreveria se a matéria fosse de cunho moral ou religioso. Mas sendo constitucional, disse que entendia em sentido contrário. Afirmou que a empresa pública é pública só no nome, já que possui natureza jurídica de direito privado. E que o contrato que aproxima o prestador do tomador de serviços, no caso, é regido pela CLT. Aduziu que o Tribunal não deve atuar como legislador, e que o legislador foi claro no sentido da sujeição das pessoas jurídicas de direito privado a regime de direito privado. Entendeu que o contrário seria colocar em segundo plano a Constituição quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e de forma contrária aos interesses da própria empresa. Não considerou que a empresa pública, diante do afastamento do direito potestativo de demitir, teria desvantagem diante das demais empresas privadas. Para ele, a decisão estaria a criar um terceiro sistema, excepcionando onde a Constituição não o fez, no tocante às normas trabalhistas. Votou, assim, por prover o recurso.

O ministro Joaquim Barbosa indagou sobre a necessidade de deixar expresso que a Corte desautorizava a caracterização dada a ECT pelo TST. Celso de Mello frisou os pontos do julgamento: parcial provimento, reconhecendo-se, em primeiro lugar, inaplicável aos empregados de empresas públicas ou de sociedade de economia mista a garantia da estabilidade fundada no art. 41 da Constituição; e, em segundo lugar, enfatizando que se impõe motivar, quanto aos empregados dessas empresas governamentais, a ruptura unilateral de seus respectivos contratos individuais de trabalho. O relator concordou.

Após a votação e a proclamação do resultado pelo ministro Presidente, foi solicitada, oralmente, pelo advogado da ECT, a modulação dos efeitos da decisão para depois da OJ-247 do TST, uma vez que os efeitos econômicos e financeiros, neste caso, repercutiriam de forma significativa, em mais de 133 milhões de reais, nas contas da empresa. Os ministros discutiram. Celso de Mello achou relevante a medida. Gilmar

entendeu que, à princípio, não seria o caso, mas considerou. O relator argumentou ser conveniente que a questão fosse veiculada por embargos de declaração.

3.3.2.2. RE 630.733/DF³⁴⁸

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Universidade de Brasília, contra acórdão do TRF da 1ª Região que reconheceu o direito de candidato ao cargo de agente da Polícia Federal a realizar o teste de aptidão física em data diversa na prevista no edital do concurso público. Tal direito foi afirmado em virtude de comprovado caso fortuito, caracterizado por problemas temporários de saúde. O Tribunal *a quo*, sob o fundamento do princípio da isonomia, afastou a norma prevista na Instrução Normativa n. 5/2001ANP/DPF, que regulamenta a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pela Academia Nacional de Polícia e que havia sido reproduzida no edital, na qual consta que “os casos de alterações que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração”.

A decisão da Corte, de cinquenta e nove páginas, tomada na sessão de julgamento do dia 15.05.2013, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, está assim ementada:

Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda

³⁴⁸ O RE foi interposto em 2003, antes, portanto, do advento do instituto da repercussão geral, que começou a ser empregado como requisito de admissibilidade recursal, pela Corte, em 2007. Todavia, como o feito somente foi pautado para julgamento posteriormente, reconheceu-se a repercussão geral, não como requisito de admissibilidade, mas para atribuir efeitos que se projetam além do caso.

chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O relator, ministro Gilmar Mendes, identificou que a questão central a ser discutida era *se a existência de norma editalícia que preveja a impossibilidade de remarcação do teste físico para data diversa daquela prevista no edital do certame, em virtude de alterações pessoais orgânicas e/ou fisiológicas temporárias do candidato, viola o postulado da isonomia*. Observou, de início, que a Corte tem precedentes no sentido de que tal não afronta o princípio da isonomia. Mas entendeu que a questão em exame era peculiar diante da existência de norma expressa vedando a remarcação de provas por questões de saúde. Para ele, tal previsão não viola o princípio da isonomia. Argumentou que a verificação da isonomia pressupõe a existência de ao menos duas situações em comparação e que a essência do princípio não configura, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em concurso em decorrência das condições individuais do candidato. Mas também não inviabilizaria a consignação da vedação no edital. Sobre isto, o ministro entendeu que a norma editalícia estabelecia tratamento isonômico por tratar os candidatos de forma igualitária, e invocou como fundamentos para tanto o princípio do interesse público, a transparência na realização do certame, a impessoalidade, a igualdade e os menores custos. O ministro considerou irrazoável movimentar a máquina pública apenas para beneficiar alguns candidatos, o que afrontaria a isonomia e a impessoalidade. Para ele, abrir a possibilidade de adiamento de etapas do certame causaria tumulto e dispêndio à Administração. Outra questão apontada por Gilmar Mendes foi o limite de vezes que se admite para a remarcação das provas. Considerou que a Administração não deve ficar à mercê de situações adversas para colocar fim aos certames, mantendo o concurso aberto por prazo indeterminado.

Apesar de entender constitucional a vedação editalícia à remarcação de exames em hipóteses de caso fortuito pelos fundamentos expostos, uma vez que o recorrido havia realizado a segunda chamada amparado por liminar concedida pelo Poder Judiciário – à época fundada em jurisprudência consolidada que ora se modificava – entendeu ser o caso de reputar válida sua aprovação no certame, mantendo o direito ao cargo. Por razões de segurança jurídica – sobre o que fez digressão doutrinária ao longo de seis páginas do acórdão e ilustrou sua exposição com casos de superação de precedentes pelas Cortes americana e alemã – entendeu ser caso de modulação de efeitos da decisão, ajustando o resultado. Votou, enfim, no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário para

assentar a jurisprudência, em sede de repercussão geral, no sentido de (i) reconhecer a inexistência de direito dos candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, e (ii) assegurar a validade das provas de segunda chamada realizadas até a data de conclusão do presente julgamento em nome da segurança jurídica.

Após breve debate, o ministro Marco Aurélio pediu para antecipar seu voto, considerando o precedente levantado pelo relator. Em sentido semelhante, votou pelo desprovimento do recurso, mas fundamentou seu posicionamento de maneira distinta. O ministro considerou que o exame físico fora remarcado em virtude de caso fortuito, circunstância que ninguém deseja, diferindo esta situação de um eventual caso em que o pedido de novo exame se deu em virtude alguma falha do candidato, como se ele não estivesse em condições de fazer o exame e, por isso, fosse privilegiado. Apontou, também, que o exame físico não se assemelha àquele que é realizado de uma vez, entre todos os candidatos, mas há marcação sucessiva de testes, que são realizados em vários momentos, entendendo que esta seria mais uma razão para identificar que haveria certa flexibilidade. Invocou, como princípios para fundamentar seu posicionamento, a acessibilidade aos cargos públicos, a isonomia, e a razoabilidade. Entendeu, ainda, que o agasalhado pelo Tribunal *a quo* mostrava-se socialmente aceitável. Por fim, afirmou não desconhecer que o edital é a lei do certame, mas, decidindo casuísticamente, considerou que situações excepcionais autorizam a colocação desse edital em segundo plano. Assim, negou provimento ao recurso.

Uma outra questão levantada pelo ministro Marco Aurélio, em seu voto, suscitou debate após sua manifestação. O ministro afirmou que se arrependeu de ter reconhecido a repercussão geral do feito, já que este ingressou na Corte em 2003, antes de o instituto ter sido implantado, o que só ocorreu em 2007. Sobre isso, o ministro Gilmar Mendes lembrou que havia pelo menos duas outras questões anteriores à Emenda 45 (que instituiu a repercussão geral), em relação às quais o Tribunal também reconheceu a presença do requisito. O ministro Luiz Fux ponderou que, de fato, Marco Aurélio tinha razão quanto à técnica invocada, mas afirmou que o caso era de repercussão social tão ampla que merecia ter reconhecida repercussão geral, além do que a lei vigente ao tempo de julgamento, que já prevê a repercussão geral, os autorizaria a reconhecê-la. O ministro Marco Aurélio o interpelou neste momento, em tom impositivo: “não, ministro. O que é isso, ministro? O que é isso? (...) Estamos falando com uma plateia de alunos. Que não saiam com impressão errônea da doutrina do Supremo!” O ministro Fux respondeu afirmando que esta seria

apenas uma diversidade de ponto de vista jurídico, e que ele poderia entender que quem estava errado era o ministro Marco Aurélio. Atenuando a discussão, o ministro Marco Aurélio afirmou que compreendia que o colegiado é um órgão democrático por excelência, onde vence a “ilustrada maioria”.

O ministro Gilmar Mendes, apaziguando, ainda, aduziu ser preciso dar um encaminhamento à questão, que já perdurava por longos anos. Empenhou-se em dizer que a Corte também estava a promover a justiça material, fixando, em nome da segurança jurídica, que essa orientação vigeria, com o entendimento geral, a partir da conclusão do julgamento. O ministro Ricardo Lewandowski manifestou que, embora já houvesse votado em sentido diverso em outra oportunidade, após ouvir o relator, apressou-se em colher alguns dados pela internet, para verificar o universo de pessoas que atingidas nesse tipo de concurso. Contou que preocupou-se ao verificar dado impactante, de que um concurso para agente e papiloscopista da Polícia Federal, no ano anterior, havia contado com 107.799 concorrentes para o cargo de agente, e 11.279 para papiloscopistas. Questionou, então, o impacto da decisão favorável ao recorrido caso um por cento dos inscritos requeressem remarcação da prova por motivos de saúde, poder-se-ia afrontar os princípios da Administração, da economicidade, da eficiência, da impessoalidade, da legalidade.

Na sequência, o acórdão traz voto do ministro Teori Zavascki, que chegou a conclusão semelhante em relação ao ministro relator, tendo percorrido caminho também similar. Identificou que a Corte tem entendimentos contraditórios para a hipótese de impossibilidade de realização de testes físicos. Observou, neste sentido, que a jurisprudência do STF atribui consequências diversas a duas situações fáticas diferenciadas: i) a ocorrência de lesão ou outra causa de incapacidade *durante* a realização da prova física, que não autoriza a realização de novo teste, e ii) o *evento anterior* que gerar incapacidade temporária ao candidato para a execução da prova no dia apazado, hipótese que autoriza a realização de novo exame físico sem violar os princípios da igualdade e da impessoalidade, tendo em vista que é etapa classificatória do concurso e sua realização em dias diferentes não importa em tratamento desigual dos concorrentes. Ressaltou que o caso dos autos se assemelha à segunda hipótese, cuidando-se da discussão sobre a existência ou não de direito líquido e certo a ver designada nova data para realização da prova física, quando, em virtude de força maior, comprovadamente, estiver o candidato temporariamente impossibilitado de realizar o exame no dia designado. Atentou para o fato de que tanto os defensores desta possibilidade, quanto os que advogavam pela impossibilidade da remarcação do exame, fundamentarem suas posições no princípio da isonomia, e questionou se, afinal, este princípio suporia

tratamento igual a todos os candidatos, ou admitiria, em caso de força maior, tratamento diferenciado.

Considerou, então, que, na competição que caracteriza o procedimento administrativo de seleção de candidatos a determinado cargo público, o princípio da isonomia deve estar associado ao da impessoalidade. A igualdade entre os competidores deve ser entendida por igualdade de oportunidade de concorrer e igualdade de tratamento no próprio certame. Assim, entendeu que não se deve considerar a existência de direito líquido e certo de um candidato a regime próprio, em face de contingências de ordem pessoal, ainda que decorrentes de causa estranha à sua vontade. Afirmou, assim, que os riscos individuais e particulares que impedem, ainda que transitoriamente, a participação do candidato em qualquer das fases ou dos atos do certame, devem ser suportados pelo próprio candidato, não pela Administração Pública, sob pena de comprometer a própria efetivação do procedimento. O contrário comprometeria não apenas os princípios da igualdade e da impessoalidade, como o da prevalência do interesse público, da finalidade administrativa e da eficiência da sua atuação na realização do concurso. Consignou que tal vem sendo decidido pelo STJ. Afirmou, enfim, que tais razões levariam ao provimento do recurso, mas votou acompanhando o relator quanto à manutenção da sentença proferida na origem, sob o pretexto, único e exclusivo, da segurança jurídica, diante da alteração da jurisprudência da Corte. Ressaltou, portanto, estar afastando as justificativas de fato consumado e de prolongamento da liminar no tempo. Negou, assim, provimento ao recurso.

A ministra Rosa Weber, em seu voto, acompanhou o relator, negando provimento ao recurso por razões de segurança jurídica, não por reconhecer o direito líquido e certo do recorrido de ver assegurada uma segunda data para realização do teste físico, contra a previsão do edital. Afirmou que há interesse público na realização de concursos, e que a questão abarca zona cinzenta difícil, sendo a incapacidade para o teste temporária. Reportou-se aos dados levantados pelo ministro Lewandowski sobre o número de candidatos que concorre aos cargos públicos, o que poderia inviabilizá-los caso se permitisse a remarcação de exames. Sobre a repercussão geral, também não entendeu que se deveria exigir tal requisito do recorrente, posto ser medida posterior à interposição do recurso, mas que se deve atribuir tais efeitos à decisão, tendo em vista o seu alcance. Ao final, afirmou acompanhar, na íntegra, o relator.

O ministro Luiz Fux, em sua explanação, preliminarmente, enunciou que os requisitos de admissibilidade respeitam a regra do *tempus regit actum*, não podendo ser exigíveis ao tempo da interposição. Asseverou, todavia, que os efeitos da repercussão geral

deveriam ser atribuídos ao caso. O ministro se reportou a precedente de sua lavra, quando era ministro do STJ, cuja essência da solução girava em torno da tese de que *o edital é a lei do concurso*. A partir disso, entendeu que a concessão de tratamento diferenciado sem previsão no edital viola os princípios da impessoalidade e da isonomia que regem os concursos públicos. Todavia, em nome da segurança jurídica, tendo em vista que o candidato fez as mesmas provas, apesar da data distinta, obteve a liminar e passou em todos os testes, estando no exercício do cargo há dez anos, vislumbrou necessidade de agasalhar o caso concreto, não sob o aspecto do fato consumado, mas em atenção à alteração de jurisprudência da Corte. Em nome da previsibilidade, entendeu que a modificação de jurisprudência não pode ter eficácia *ex tunc*, mas deve ser modulada. Acompanhou, assim, integralmente o relator.

O ministro Dias Toffoli votou de forma sucinta, informando que acompanhava o relator. Na sequência, a ministra Cármen Lúcia chamou atenção para a transformação da Administração pública, e para o rompimento entre o princípio da confiança entre esta e aquele que se interessa por fazer concurso. Criticou a aplicação da teoria do fato consumado em casos semelhantes, a permitir a perpetuação de situação que iniciou de forma equivocada. Sustentou a necessidade de repensar o direito administrativo e até o modelo de concurso público, diante da nossa realidade. Considerou que o princípio da segurança jurídica não deve ser aplicável só ao servidor, mas também à Administração que conta com ele. Lembrou que o edital é a lei do concurso, e entendeu que se este não for cumprido, não se tem direito, porque não há direito contra a lei. Com estas considerações, a ministra sinalizou que votaria pelo provimento do recurso, mas sob o argumento de que “o Plenário é um só”, acompanhou o relator. Suas considerações denotam que o voto elaborado pela ministra pode ter sofrido modificação no momento da sessão, para adequar-se à proposta do relator, com a qual a maioria estava assentindo.

O ministro Joaquim Barbosa, também em voto curto, acompanhou o relator e faz referência às considerações da ministra Cármen Lúcia quanto à iminente falência do sistema de concursos públicos.

Pode-se afirmar que o presente julgamento contou com certo grau de consenso quantos aos fundamentos decisórios. Todos os ministros votantes, à exceção do ministro Marco Aurélio, cuja posição divergente está reproduzida no acórdão, assentiram quanto à necessidade de respeito aos princípios da isonomia, impessoalidade e interesse público, que constam da ementa, embora alguns tenham citado outros fundamentos não mencionados pelos demais, como a razoabilidade e a eficiência. A dinâmica da votação sinalizou que a

argumentação entre os pares foi profícua, em alguma medida, para o resultado final, tendo, em vista, por exemplo, os ministros Cármen Lúcia e Teori Zavascki, que direcionaram seus votos no sentido do provimento do recurso, mas acabaram por acompanhar o relator quanto à solução adotada em nome da segurança jurídica.

3.3.2.3. RE 563.708/MS

Cuida-se de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida cujo julgamento foi iniciado em 14.10.2009, e suspenso por pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa. O feito retornou ao Plenário para conclusão do julgamento em 06.02.2013. O RE foi interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em ação de cobrança em que servidores públicos estaduais pleiteavam receber diferenças salariais decorrentes da alteração da base de cálculo de adicional por tempo de serviço. Segundo os autores, a base de cálculo do adicional deveria ser a remuneração, nos termos do art. 111 da Lei Estadual nº 1.102/1990, e não o vencimento base, conforme alteração feita no mesmo art. 111, por Lei Estadual posterior, de nº 2.157/2000. Julgada improcedente em primeira instância, a apelação foi parcialmente provida pelo Tribunal para fixar o pagamento do adicional por tempo de serviço com base na remuneração dos servidores até a data de início de vigência da Lei Estadual nº 2.157/2000. O Tribunal considerou que os então apelantes haviam sido admitidos antes da alteração operada pela EC 19 e que, embora a relação estatutária admita modificação do regime jurídico, não caberia redução do valor dos ganhos na totalidade. Por esta razão, deu seguimento ao recurso para determinar o cálculo do adicional por tempo de serviço sobre a remuneração.

O Supremo Tribunal Federal, em sede do RE, decidiu pelo parcial provimento ao recurso, conforme proposta da relatora, ministra Cármen Lúcia. O acórdão, de quarenta e nove páginas, está assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. BASE DE CÁLCULO DE VANTAGENS PESSOAIS. EFEITO CASCATA: PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO

A ministra relatora identificou como o núcleo da questão debatida a *aplicabilidade da emenda constitucional nº 19, de 1998, na parte que alterou o inciso XIV do art. 37³⁴⁹ da Constituição da República, em face da garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração*, considerando, também, a questão arguida pelo recorrente, sobre o *princípio do direito adquirido*.

Em seu raciocínio, dividido em tópicos numerados, considerou: i) que, a jurisprudência do STF estabeleceu vedação à concessão de benefícios “em cascata”, que alcançam as vantagens concedidas sob o mesmo título ou idêntico fundamento; ii) que a EC 19/98 apenas suprimiu a parte final do dispositivo, intencionando superar a jurisprudência firmada pelo STF; iii) que o Supremo declarou, em diversas oportunidades, que quanto à fixação do teto remuneratório no serviço público, a EC 19/98 estaria condicionada à edição de lei que fixaria os subsídios dos ministros do STF; iv) que, ao contrário, quanto ao art. 37, XVI, sua aplicabilidade não é condicionada à edição de lei alguma, tendo aplicabilidade imediata; v) que, em razão da aplicabilidade imediata, o art. 37, XIV da CF não recepcionou o dispositivo da Lei Estadual nº 1.102/90 que permitia a utilização da remuneração como base de cálculo para o adicional por tempo de serviço; vi) que, todavia, tal conclusão não aproveita ao recorrente, dada a garantia da irredutibilidade da remuneração; vii) que, apesar do Supremo ter reconhecido que não há direito adquirido a regime jurídico, podendo ser alterada a composição da remuneração de servidores, a Corte também tem resguardado a irredutibilidade dos seus vencimentos.

Originalmente, a ministra, com base em tais razões, decidira por manter o acórdão impugnado, negando provimento ao recurso do Estado do Mato Grosso do Sul. Entretanto, após os debates, pautada na mesma fundamentação, decidiu por reajustar seu voto apenas quanto à parte dispositiva, para dar provimento parcial ao pleito. Esta alteração do seu entendimento, contudo, somente foi esclarecida na página de número quarenta do acórdão, com a leitura da transcrição dos debates, já que a versão publicada da decisão traz o posicionamento final adotado da relatora como voto inaugural do acórdão, assim como a reprodução das demais manifestações pautadas na proposta inicial de negativa de provimento ao recurso. A ministra, enfim, acolheu parcialmente o pedido para afastar a alegação de direito adquirido à forma do cálculo preexistente à EC 19/98, mantendo,

³⁴⁹ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIV: os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.

contudo, o entendimento esposado pelo acórdão recorrido na parte em que reconhece a aplicação da Lei estadual nº 1.102/1990, segundo a qual a remuneração dos recorridos deveria ser adotada como base de cálculo para o adicional por tempo de serviço, com vigência até o advento da Lei estadual nº 2.157/2000, em respeito ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

O ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a proferir seu voto, ainda na sessão de 14.10.2009. O ministro apenas solicitou alguns esclarecimentos de fato à relatora e acompanhou seu voto.

Com a retomada do julgamento, em 2013, o ministro Joaquim Barbosa apresentou seu voto-vista. O ministro pareceu concordar quanto à incidência do princípio da irredutibilidade dos vencimentos, porém, mais voltado aos aspectos práticos da decisão, apontou que só há violação à irredutibilidade quando o vencimento foi pago e, posteriormente, suprimido. Observou que, no caso, o adicional pago sempre fora calculado sobre o valor do vencimento-base, nunca chegando a se concretizar o pleito do cálculo sobre a remuneração. A modificação do parâmetro legislativo não teria alterado a situação fática. Destacou, ainda, que o fundamento da irredutibilidade de vencimentos sequer foi considerado pelo acórdão recorrido, que só examinou a questão sob o ângulo do direito adquirido, aduzido pelos autores da demanda. Por isso, entendeu por dar provimento ao recurso. Como tese a ser observada em julgamentos futuros, fixou a necessidade de se investigar o efetivo recebimento da parcela pleiteada com fundamento na irredutibilidade, ou seja, para os servidores admitidos antes da emenda, seria necessário comprovar o recebimento. O ministro Joaquim Barbosa, apesar de concordar com um dos fundamentos da ministra Cármen Lúcia, sequer mencionou a aplicabilidade da emenda constitucional 19/98, abordada como questão central pela relatora, e chegou a uma conclusão distinta desta.

A ministra Cármen Lúcia, na sequência, pediu a palavra para fazer esclarecimentos aos colegas que não estavam presentes quando iniciado o julgamento, em 2009. Afirmou que assentou seu voto exatamente sobre o que o ministro Barbosa destacou, a incoerência da irredutibilidade de vencimentos. Esclareceu que foi requerido pelos recorridos, autores da demanda, a imediata implantação do adicional calculado sobre a remuneração dos demandantes, a contar do ajuizamento da ação, bem como condenação do demandado ao pagamento da diferença do adicional por tempo de serviço, retroativo aos últimos cinco anos coincidentes com o período em que deveria incidir sobre a remuneração e incidiu sobre o vencimento-base, nos termos do art. 111 c/c art. 73 da Lei Estadual nº 1.102/90. E concluiu dizendo que votou tentando harmonizar a vedação ao direito adquirido, que é entendimento

consolidado pela Corte, e a irredutibilidade dos vencimentos, também garantida pela jurisprudência, entendendo que os servidores não poderiam ter perdido o que perderam. A ministra afirmou que mantém o voto, “com todo o respeito pelo voto do Presidente, que não pretendia contrariar”.

A seguir, o ministro Teori Zavascki expressou seu entendimento. Começou identificando duas questões básicas no caso: i) a autoaplicabilidade do art. 37, XIV, CF, conforme redação dada pela EC 19/98 e, por conseguinte, a não recepção da norma estadual incompatível; ii) saber se é legítimo, em nome da garantia do direito adquirido, assegurar aos servidores admitidos antes da EC 19/98 que continuem usufruindo a vantagem extinta pela alteração constitucional. Seguiu a linha de entendimento adotada pela ministra relatora e destacou que o STF tem jurisprudência pacífica de que não cabe direito adquirido a regime jurídico. Entendeu que não se deve assegurar a manutenção deste, mas a irredutibilidade dos vencimentos.

As colocações do ministro Teori Zavascki ensejaram breves aportes por parte dos ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, e também do ministro Marco Aurélio, que se manifestou em concordância com o acórdão recorrido. Também em sede dos debates, o ministro Luiz Fux ponderou que o próprio Tribunal declarou que as diferenças concernentes ao período anterior a 1999 estariam prescritas e que, sendo a Emenda Constitucional de 1998, a Corte não deveria conceder, referente a 1999 e 2000, algo que a própria Constituição Federal afastou. Para ele, a negativa de provimento ao recurso seria desprestigiar a eficácia imediata da Constituição. O ministro Gilmar chamou a atenção para o fato de o acórdão recorrido determinar que o regime anterior aplicável aos servidores públicos se protraia no tempo, conferindo-o ultratividade. Questionou a concessão de direito à verba que é anterior à Lei.

A ministra Cármen Lúcia pediu novamente a palavra para justificar seu voto. Desculpou-se, ao final, pelo “alongado do aparte”. Marco Aurélio lembrou o art. 17 do ADCT e disse que não há direito adquirido a texto contrário ao da Constituição, no que foi seguido pela ministra Cármen Lúcia. O ministro Luiz Fux, ainda, destacou julgados da Corte no sentido de que não se pode conceder vantagens em período posterior à emenda. Gilmar Mendes observou, conforme já apontado pelo ministro Barbosa, que na verdade não houve redução no adicional, e afirmou que, embora o acórdão recorrido tenha negado o direito adquirido, acabou decidindo com base neste fundamento, reconhecendo o direito adquirido a um regime jurídico que está se protraindo no tempo. Entendeu que isto é um problema. Para

ele, não dar provimento importaria em manter decisão que confere direito adquirido a regime jurídico.

Cármen Lúcia fez novo aparte, esclarecendo sua posição, e ressaltou: “é apenas para expor meu ponto, claro, respeitando as divergências”. Depois, sinalizou breve mudança de entendimento. Afirmou que pretendia negar provimento para manter a decisão do TJMS que deu provimento parcial, mas sugeriu a possibilidade de dar provimento parcial, para deixar mais clara a questão. O ministro Zavascki concordou, e apontou contradição no acórdão recorrido, que assegurou a irredutibilidade de vencimentos, mas concluiu por manter o regime. Assim, propôs o provimento parcial, com o que “concordou inteiramente” a ministra Cármen Lúcia. O ministro, então, colocou as teses do julgado: não há direito adquirido a regime jurídico, a EC nº 19/98 não recepcionou a Lei nº 1.102/90, de modo que, no período de 1990 até 1999, há um direito adicional calculado sobre a remuneração, e a partir de 1999 não há mais esse direito, porém deve-se assegurar a irredutibilidade. Propôs dar parcial provimento, não para assegurar o regime jurídico - superveniente, depois da Emenda Constitucional -, mas para manter o valor nominal. Ou seja, para que, na aplicação do novo regime, não houvesse a redutibilidade. Após tal manifestação, a ministra relatora afirmou que retificaria seu voto na parte dispositiva.

Seguindo-se aos votos, a ministra Rosa Weber endossou, na íntegra, o voto da ministra Cármen Lúcia. O ministro Luiz Fux decidiu que com o reajuste feito pela ministra Cármen Lúcia, seguiria a relatora, já que assentia quanto à autoaplicabilidade do artigo 37, da inexistência do direito adquirido, além de entender que, para um período já prescrito e decisão que não seria exequível, e que, os problemas da execução da decisão seriam absolutamente indiferentes para a finalidade de se criar uma normação em termos de repercussão geral. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, discordou do fundamento da ausência de direito adquirido a regime jurídico, que, para ele, não se coadunaria com o Estado democrático de Direito, mas observou que este era o entendimento da maioria, inclusive do Supremo Tribunal Federal, assentado em jurisprudência. Considerou que as normas têm, por regra, efeitos prospectivos, e que disto depende a segurança jurídica. Para ele, o acórdão recorrido não merecia qualquer censura, posto que assente com a Constituição. Neste sentido, negou provimento, nos termos apontados pela ministra relatora, inicialmente. O ministro Joaquim Barbosa, que havia dado provimento total, também reajustou o seu voto.

Sobre a forma da referida decisão, em suas quarenta e nove páginas, revela-se um inteiro teor que nem contém manifestação de todos os ministros. Do ministro Gilmar

Mendes, constam apenas apartes que identificam seu posicionamento, mas não há voto. Não constam quaisquer pronunciamentos dos ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, deduzindo-se que os mesmos acompanharam a relatora, já que a ata da sessão informa que apenas restou vencido o ministro Marco Aurélio. Este divergiu por ter negado provimento ao recurso, enquanto os demais deram provimento parcial. Ocorre que o próprio ministro Marco Aurélio afirmou que “empunhava a bandeira inicialmente levantada pela ministra Cármen Lúcia”, demonstrando, em alguma medida, concordância com os fundamentos capitaneados pela relatora, apesar de discordar quanto ao resultado.

A ministra Cármen Lúcia, todavia, embora tenha optado pelo provimento parcial, somente retificou seu voto na parte dispositiva, com objetivo de tornar o julgado mais claro, mas reafirmou os próprios fundamentos decisórios. Foi o que ela repisou em certo momento do debate, após exposição do voto do ministro Zavascki: “eu reajusto a parte dispositiva, porque a argumentação é toda, Ministro Teori, exatamente no sentido do que Vossa Excelência releva, então não há qualquer dissonância, absolutamente. Analisei o artigo 37, autoaplicabilidade; neguei o princípio do direito adquirido; assegurei o princípio da irredutibilidade, mas, para evitar (dificuldades quanto à compreensão da decisão), eu reajusto a parte dispositiva no sentido do parcial provimento”. O inteiro teor revela que os ministros concordavam quanto aos principais fundamentos da decisão, divergindo apenas quanto à conclusão, já que o ministro Marco Aurélio não verificou necessidade de reparo ao acórdão recorrido e a ministra Cármen Lúcia, para sanar vislumbrada contradição do julgado atacado quanto à manutenção do regime jurídico, votou pelo provimento parcial.

Cabe destacar, ainda, quanto à forma, a variação de entendimento da ministra relatora que ficou perceptível ao longo do acórdão. O texto traz, como primeiro voto, sua posição final, e somente a leitura dos debates revela que ela havia votado, inicialmente, pela negativa de provimento ao recurso e, depois ajustado a parte dispositiva para adequar à posição de que havia “lhe convencido”, do ministro Teori Zavascki. Por fim, vale observar que os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux trouxeram outros argumentos que podem ter sido determinantes para a formação dos seus convencimentos, porém não foram ressaltados no conteúdo da decisão final tomada pelo colegiado, embora conste do texto do acórdão. O ministro Gilmar falava da impossibilidade de ultratividade do regime jurídico no tempo, e o ministro Fux da prescrição de correção dos adicionais, ocorrida quanto ao período de 1990 a 1999. A ementa refletiu, sobretudo, o posicionamento da relatora, haja vista, por exemplo, o emprego da expressão “efeito cascata”, que somente foi colacionada no voto da ministra Cármen Lúcia e nem pode ser identificada ao longo da transcrição dos debates.

3.3.2.4. RE 607.607/RS

Cuida-se de recurso extraordinário interposto por servidora pública em face do Estado do Rio Grande do Sul, com julgamento iniciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão de 19.12.2012 e, concluído em 06.02.2014, depois de ser suspenso por empate de quatro votos a quatro com ausência de quórum para desempate. No caso, questionava-se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado que, no mérito, entendeu que o Judiciário não poderia determinar o reajustamento mensal do vale-refeição dos servidores públicos, ainda que previsto em norma estadual (Lei nº 10.002/2003), pois não poderia impor ao Governo a edição de decreto para tal fim, o que seria da competência exclusiva do Poder Executivo. O reajuste do vale-refeição, que configura verba indenizatória, importaria em aumento de despesa, e a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração pelo Poder Público somente pode ser efetivado caso exista previsão orçamentária.

A recorrente invocou o princípio da legalidade, observada a determinação legislativa de atualização mensal do vale-refeição pelo IGPM; a natureza alimentar do vale-refeição; a não usurpação de competência pelo Judiciário, que se limitaria a determinar o cumprimento de norma; o princípio da irredutibilidade de vencimentos. O STF reconheceu a repercussão geral em razão da possibilidade de, ante a existência de lei, o Poder Judiciário proceder ao reajuste do vale-refeição de servidores estaduais ou impor ao Poder Executivo a edição de decreto para tal fim. A decisão final da Corte está assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. VALE- REFEIÇÃO. REAJUSTE. LEIS ESTADUAIS NºS 10.002/93-RS, 11.468/00 E 11.802/02-RS E DECRETO REGULAMENTAR. REPERCUSSÃO GERAL. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO LOCAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A controvérsia relacionada com o percentual de reajuste no valor do vale-refeição concedido a servidores públicos estaduais e sua adequação para a manutenção do valor efetivo do benefício é matéria afeta à interpretação da legislação infraconstitucional e do direito local, cuja discussão revela-se incabível na instância extraordinária (Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”). Precedentes: ARE 680.280-

AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 29/05/2012; AI 844.653-AgR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/09/2011; e AI 450.849-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 01/07/2005. 2. In casu, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que “a Lei nº 10.002/93 estabeleceu que os reajustes do valor do vale-refeição devem ser realizados mediante decreto do Executivo Estadual, não podendo o Poder Judiciário instituí-los. Ainda que tal benefício não seja propriamente vencimento, mas sim verba indenizatória, traduz, em última análise, aumento de despesa, que só pode ser realizada se houver prévia dotação orçamentária.” 3. Recurso extraordinário não conhecido.

O ministro Marco Aurélio, relator, votou pelo conhecimento do recurso, considerando inaplicável a orientação da súmula 280³⁵⁰ do STF, ante a violação aos arts. 37, *caput* e §2º, e 169, §1º, I, da Constituição da República.³⁵¹ No mérito, identificou que *a controvérsia concerne ao direito à revisão dos valores percebidos por servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul a título de vale-refeição*, concedido com fundamento no artigo 1º da Lei estadual nº 10.002/1993, que impõe ao Executivo o dever de reajustar o benefício mensalmente. Lembrou a distinção entre as dimensões privada e pública do princípio da legalidade, que, neste último caso, define o campo de atuação do Poder público, vinculando-o positivamente. Afirmou que não cabe à Administração optar se cumpre ou não a legislação, o que afronta o Estado de Direito, e que não viola o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Judiciário, que o Executivo observe disposição de lei.

Traçou distinção entre verbas de natureza indenizatória e remuneratória. Observou a presença de direito subjetivo ao benefício, posto que garantido por lei estadual. E, quanto à sua quantificação, considerou que o Poder público o fez de modo incompleto, o que seria passível, por si só, de censura judicial. O ministro entendeu que, a princípio, a majoração

³⁵⁰ Súmula 280, do STF: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

³⁵¹ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.

nominal da verba não implicaria em violação ao art. 169, §1, I, da Constituição, mas tão somente a manutenção do valor anteriormente percebido pelo servidor, com vistas a assegurar seu poder de compra. Por outro lado, observou que o preceito visava a evitar a concessão de aumentos reais ou novas vantagens sem o correspondente esteio orçamentário, situações que reputa distintas. Para resolver a inadequação orçamentária, sugeriu, por exemplo, recurso à sistemática dos créditos adicionais de natureza suplementar, conforme previsto na Constituição. Recorreu ao princípio que veda a atuação contraditória do Estado, e à necessidade de restabelecimento da equação econômico-financeira alusiva à relação jurídica. Assim, conheceu do recurso, para dar parcial provimento, reformando o acórdão impugnado e condenando o Estado do Rio Grande do Sul a indenizar as diferenças entre a aplicação do índice por ele utilizado para corrigir monetariamente os respectivos créditos e o efetivamente percebido pela recorrente a título de vale-refeição, referentes aos cinco anos anteriores à data do ajuizamento da ação.

A ministra Rosa Weber, reconhecendo votar conforme sua “compreensão pessoal”, seguiu a mesma linha do relator. Entendeu que não há vedação constitucional ao pleito recursal, onde se discute a mera reposição do valor real da moeda desgastado pela inflação. Para a ministra, a vedação constitucional, então, não alcançaria o mero redimensionamento nominal para recuperar o valor real corroído da vantagem. Afirmou que o poder da Administração Pública, no caso, não é discricionário, mas vinculado. Acompanhou, assim, em todos os seus termos, o voto do eminente Relator, “pedindo vênias aos que pensam (sic) em contrário”.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, inaugurou divergência, apontando que o caso trata de confronto entre diplomas normativos estaduais, lei e decreto, ensejando a aplicação da súmula 280 do STF. Entendeu, assim, ser caso de não conhecimento do recurso. O ministro Dias Toffoli, no mesmo sentido, citou precedentes da Corte expressos no sentido de que o reajuste de vale-refeição de servidor público não ofende questão constitucional, mas apenas direito local, razão pela qual o RE não deveria ser conhecido pelo STF. Ambos foram acompanhados pela ministra Cármen Lúcia.

O ministro Ricardo Lewandowski, em sentido diverso, afirmou que via na questão “escancarada matéria constitucional”. Sintetizou que o caso versava sobre verba indenizatória, de caráter alimentar, e que é da competência do Judiciário fixar indenizações, que, inclusive, o Tribunal já havia feito isto noutras oportunidades quanto a benefícios da mesma natureza. Disse não ser o caso de fixar indenização, mas apenas de reconhecer sua

defasagem, o que o Judiciário deve ter autonomia para fazer. “Para abreviar”, acompanhou o relator.

O ministro Ayres Britto, que à época integrava a Corte, observou “um nítido entrecruzar de princípios constitucionais conduzindo para uma zona sempre delicada da colisão desses princípios.” Destacou a incidência do princípio da orçamentariedade, o princípio da proteção deficiente; o princípio da reserva financeira do possível. Indagou se estes princípios se aplicariam ao contexto de vale-refeição e aos servidores públicos, mas decidiu, enfim, “na balança da Justiça”, pelo lado do servidor, hipossuficiente por definição.

O julgamento foi suspenso e quando da retomada, em 2013, o ministro Teori Zavascki votou pelo não conhecimento do recurso, reportando-se à fundamentação deduzida nos votos que assim entenderam, por versar o caso sobre matéria infraconstitucional. O ministro Joaquim Barbosa também votou por não conhecer do recurso, salientando que assim já se manifestara em outros feitos.

A presente decisão foi tomada por maioria. Não consta manifestação do ministro Celso de Mello, que havia estado ausente no julgamento em 2012, participando, contudo, da sessão de 06.02.2013. Só se conhece seu posicionamento porque, no acórdão, seu nome não está arrolado dentre os ministros vencidos.

3.3.2.5. RE 606.199/PR

Cuida-se de recurso extraordinário julgado em 09.10.2013, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki. Trata-se de demanda em que os autores, servidores públicos inativos, pleiteavam a revisão dos benefícios pagos por PARANAPREVIDÊNCIA e Estado do Paraná, acrescida de cobrança de valores em atraso, sob o entendimento de que a Lei Estadual nº 13.666/2002, ao instituir quadro próprio de pessoal do Poder Executivo, alterou a denominação do cargo de motorista para agente de apoio, distribuído em três classes e doze níveis salariais. Com tal alteração, os autores, que foram aposentados no mais elevado patamar hierárquico de suas carreiras à época, foram reenquadrados na classe inicial da carreira de agente de apoio e não “no nível correspondente ao que ocupavam à época da aposentação”. A sentença julgou o pedido improcedente, sendo reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, em sede de apelação, entendeu pela manutenção dos servidores aposentados no patamar mais elevado da carreira, sob pena de violar-se o art. 40,

§ 4º, da Constituição Federal³⁵², por haver prejuízo concreto para os servidores aposentados, na medida em que a alteração na classificação do quadro do funcionalismo estadual, através da promoção vertical, teria por fim modificar o critério de remuneração dos servidores, já que somente os que estão na ativa seriam beneficiados. O recurso em exame se funda na violação ao art. 40, §8º³⁵³, da Constituição Federal, que homenageia o princípio da isonomia estabelecida entre servidores ativos e inativos, e teve repercussão geral reconhecida, contando com manifestação apenas dos ministros Ayres Britto e Marco Aurélio.

Eis a ementa da decisão do STF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO, A SERVIDORES APOSENTADOS, DE VANTAGENS CONCEDIDAS A SERVIDORES ATIVOS. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA. ARTIGO 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 41/03). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PECULIARIDADES DA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DECORRENTE DA LEI 13.666/02 DO ESTADO DO PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência firmada em ambas as Turmas do STF, não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente. Precedentes. 2. Todavia, relativamente à reestruturação da carreira disciplinada pela Lei 13.666/02, do Estado do Paraná, assegura-se aos servidores inativos, com base no art. 40, §8º da Constituição Federal, (redação anterior à da EC 41/03), o direito de ter seus proventos ajustados, em condições semelhantes aos servidores da ativa, com base nos requisitos objetivos decorrentes do tempo de serviço e da titulação, aferíveis até a data da inativação. 3. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.

³⁵² Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores.

³⁵³ § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

O voto do relator destacou algumas questões: i) a norma estadual paradigma, no caso, é a Lei nº 13.666, de 2002, tempo em que a redação do art. 40, §8, CF, era distinta da atual, alterada pela emenda constitucional nº 41/2003; ii) a jurisprudência do Supremo em relação à revisão dos proventos de aposentadoria na mesma proporção da remuneração dos servidores ativos firmou-se no sentido de que o reescalonamento dos ativos na carreira não tem, necessariamente, reflexo no direito assegurado pelo citado dispositivo constitucional; iii) o STF consolidou entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico – tendo sido apreciada a mesma questão, relativa à mesma Lei estadual, noutra oportunidade – e que, em caso de reestruturação de carreiras, o servidor inativo não tem direito a perceber proventos correspondentes aos do nível mais alto da carreira, ainda que tenha se aposentado no mais elevado padrão da carreira anterior (reestruturada por lei superveniente), de modo que não se verificaria qualquer violação a direito adquirido e ao princípio da isonomia, ressalvada a manutenção, sem qualquer redução, dos proventos do servidor inativo. Decidiu, assim, pela procedência do recurso.

O ministro Roberto Barroso iniciou seu voto afirmando que estava de pleno acordo com as teses jurídicas encampadas pelo ministro relator, mas que divergia em relação às conclusões. Explicou que assentia quanto ao argumento de que estando o servidor inativo enquadrado no último patamar da carreira, num novo plano de reclassificação, ele não poderia figurar em nível diverso do que aquele em que se encontrava, já que não há um direito adquirido de permanecer no último patamar da carreira quando venha um novo plano de cargos. Todavia, identificou outro aspecto como determinante para a discussão. Observou que a lei estabeleceu, para os servidores em atividade, possibilidade de promoção “praticamente automática”, baseada nos critérios de tempo de serviço, titulação e avaliação de desempenho. Propôs que, em nome do princípio da isonomia, os inativos também pudessem se reenquadrar com base nos critérios objetivos de titulação e tempo de serviço anteriores à inatividade. Votou, neste sentido, pelo provimento parcial do recurso.

Além desta manifestação oral, transcrita no acórdão, o ministro Barroso juntou seu voto escrito. Este contribui com dez páginas para o texto final da decisão publicada pelo Tribunal, trazendo breve relatório, mais analítico quanto ao plano de carreira do Estado do Paraná, e desenvolvendo a argumentação já sintetizada em sua fala. O ministro destacou que o aspecto que tornaria a Lei estadual questionada inválida não estaria na eventual quebra de isonomia no tratamento dado aos inativos no momento inicial do reenquadramento, mas na restrição da regra da paridade à irredutibilidade de vencimentos decorrente do

reenquadramento, com indisponibilidade das demais condições impostas aos servidores ativos, como o direito à progressão na carreira, desde que baseada em critérios objetivos, e aos efeitos remuneratórios disto decorrentes. Conferiu interpretação conforme aos arts. 8º a 11 e 26 e 27 da Lei estadual questionada para garantir a possibilidade de acesso dos aposentados e pensionistas às vantagens concedidas aos servidores ativos, de ver reconhecidos seus tempo de serviço e títulos. Por fim, ainda, o ministro registrou que o fato de o relator Teori Zavascki ter distribuído seu voto previamente à sessão de julgamento permitiu elaborar a divergência, que define por “contribuição” para a solução da hipótese, sem a necessidade de pedido de vista. Enalteceu, ainda, que os membros da Corte não são competidores, mas parceiros em busca do melhor resultado.

A ministra Rosa Weber, por seu turno, destacou que conhecia a jurisprudência da Casa sobre o assunto e afirmou que costuma ser “obediente” a esta, em nome da segurança jurídica, o que entende por “valor a ser preservado pela Corte”. Entendeu que o caso apresentava peculiaridades e expressou seu sentimento quanto à não extensão de vantagens aos aposentados, reputando “extremamente perverso” fechar caminhos aos que prestaram anos de serviço ao Estado. Afirmou que o texto anterior da Constituição, antes da emenda 41, visava a evitar tal discriminação. Sinalizou, neste sentido, tendência a decidir em favor dos aposentados. Todavia, diante da jurisprudência firmada pela Casa, entendeu que esta merecia “ser prestigiada”. Pode-se considerar que sua exposição não foi suficientemente clara, já que a ministra Rosa disse acompanhar, nas premissas, o relator, que trazia a jurisprudência da Casa (aquela com a qual a ministra não se afina, mas que deveria ser respeitada, de acordo com sua compreensão), mas optou pela solução proposta pelo ministro Roberto Barroso, no sentido do provimento parcial do recurso.

O ministro Luiz Fux manifestou adotar as premissas propostas pelo ministro Barroso, reportando-se à questão prática levantada pelo advogado em sustentação oral. Sintetizou a conclusão do seu voto, no sentido de que os recorridos não devem ser enquadrados automaticamente no patamar mais elevado do novo plano de cargos e salários pelo simples fato de terem se aposentado no nível mais alto da carreira, mas que eles devem experimentar o enquadramento compatível com as promoções e progressões a que fariam jus à época da aposentação. Votou pelo provimento parcial, para condenar o Estado do Paraná e o PARANAPREVIDÊNCIA a promoverem o reenquadramento dos servidores inativos.

Após as referidas explanações, o ministro relator, Teori Zavascki, decidiu retificar seu voto. Esclareceu que originalmente votou considerando a tese proposta na repercussão geral que, em suma, consistia em decidir se havia direito adquirido do inativo, aposentado na

última classe, a ser mantido sempre neste patamar, mesmo em caso de superveniente reestruturação da carreira. Ponderou que em casos assim examinados pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência foi justamente na linha apontada no voto, ou seja, de negar esse direito. Todavia, reconheceu que, além da tese geral, existia um caso concreto a julgar. Disse que havia se convencido de que, considerando as especificidades da lei do Estado do Paraná, era necessário acentuar que não havia direito ao reajuste dos aposentados para a última classe, mas que isso não impediria os inativos de obter as vantagens, asseguradas aos ativos, decorrentes da aferição dos critérios objetivos de tempo de serviço e de titulação, existentes à data da aposentadoria. Deste modo, reformulou o voto para fazer essa ressalva, para dar parcial provimento também, na linha do voto do Ministro Roberto Barroso.

O ministro Marco Aurélio afirmou que não poderia analisar a legislação infraconstitucional e que não deveria perquirir, na norma estadual, as condições de progressão na carreira para os servidores públicos ativos. Destacou que as condições objetivas mencionadas pelos demais ministros não estavam referidas no acórdão recorrido e que este, de forma acertada, apenas teria determinado a incidência da Constituição na versão anterior à EC nº 41. Quanto ao ponto, observou que, por razões de segurança jurídica, a modificação normativa não deve retroagir. Ponderou, ainda, que não seria o caso de reconhecer progressão na carreira aos aposentados em função do critério objetivo “tempo de serviço”, que não se aplicaria aos que já não integram mais os quadros da Administração. Afirmou levantar a bandeira inicialmente empunhada pela ministra Rosa Weber, pelo desprovimento do recurso.

O ministro Dias Toffoli iniciou sua explanação observando a tese da repercussão geral e o reajustamento do voto promovido pelo ministro relator diante das especificidades do caso. Acompanhou o relator em seu voto reajustado, solicitando ao mesmo que, na ementa, fizesse a diferenciação entre aquilo que concerne à repercussão geral e o que seria particular do caso em exame.

Na sequência, iniciou-se debate, do qual participaram os ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber e Luiz Fux, por iniciativa do ministro Gilmar Mendes, que questionava se a particularidade do caso concreto existia mesmo, sob pena de estarem decidindo hipótese fática inexistente. O ministro Teori lembrou que, na prática, apenas estavam-se assegurando as mesmas vantagens dos servidores ativos aos inativos, exceto quanto à avaliação de desempenho. A ministra Cármen chamou a atenção de que só se pode falar em reequadramento de servidores que estão no quadro, e que os aposentados já estariam fora deste. Assim, apontou que o termo não seria

adequado. Alertou que, no caso, estavam discutindo se havia ocorrido ou não a paridade entre ativos e inativos prevista pela Constituição. Ministro Gilmar sugeriu prover o recurso, pois se a Corte estivesse diante de situação em que a antiguidade estivesse tendo sopesamento diverso, já estariam promovendo o devido *distinguish*. O ministro Barroso afirmou que a Corte estava restabelecendo a paridade, mas que ainda havia critério impossível de ser aplicado aos inativos, a avaliação de desempenho. O ministro Teori lembrou que a Corte havia decidido, recentemente, situação análoga, no sentido de que os servidores inativos tinham direito ao reajuste concedido aos servidores da ativa enquanto não implantado sistema de avaliação de desempenho. O ministro Fux ponderou que nunca será possível julgar uma repercussão geral em abstrato, porque os REs sempre versarão sobre particularidades, mas que ainda assim é possível fixar tese. A ministra Rosa destacou que havia pedido sucessivo, além daquele pedido inicial, não observado pela sentença monocrática de improcedência, e que a proposta de voto formulada pelo ministro Barroso atendia a tal pedido sucessivo.

O ministro Dias Toffoli, então, decidiu aditar seu voto, subscrevendo o voto original do ministro relator, para dar provimento total ao recurso. O ministro Gilmar, lembrando a premissa de que não há direito adquirido a regime jurídico, afirmou que não haveria dúvidas se a Corte estivesse diante da criação de uma gratificação cujo cálculo de tempo de serviço se desse de maneira distinta entre os servidores ativos e inativos. Sinalizou que votaria, assim, pelo provimento. Mas os ministros Barroso e Teori insistiram que a violação à regra da paridade ocorreria, já que o servidor inativo que teria mais tempo de serviço ficaria abaixo do servidor em atividade com menos tempo de serviço. Mesmo assim, o ministro votou pelo total provimento do recurso, em razão da jurisprudência sedimentada da Corte e da dificuldade de implementação da decisão de parcial provimento, no caso.

A ministra Cármen Lúcia, inicialmente, optou por acompanhar o relator, em seu voto retificado, entendendo que a repercussão geral não deve ignorar as especificidades do caso concreto. Também considerou que o esclarecimento do ministro relator de que faria constar na ementa a distinção entre a tese da repercussão geral e a decisão para o caso concreto. Todavia, logo após, em manifestação subsequente – em página seguinte do acórdão – decidiu retificar seu voto para dar provimento ao recurso. O ministro Ricardo Lewandowski votou pelo provimento parcial do recurso. Não consta do acórdão manifestação do ministro Celso de Mello, que estava presente na sessão, segundo a ata de julgamento, e teria votado no sentido da divergência, pelo provimento do recurso.

O julgamento foi marcado por uma ausência de consenso no que diz respeito à solução da demanda. Três posições foram defendidas no Plenário. O resultado final foi uma decisão de provimento parcial por maioria, adotando-se o voto médio, já que havia cinco ministros seguindo posição majoritária e cinco divergindo – sendo que quatro votaram pelo provimento e um votou pelo desprovimento. Quanto aos fundamentos decisórios, todavia, não se pôde verificar que houve profunda divergência. Isto porque todos assentiram em relação à premissa de que não há direito adquirido a regime jurídico, o que, inclusive, é tema pacífico na jurisprudência do Tribunal. A divergência se limitou à parte dispositiva do julgado.

3.3.2.6. RE 631.389/CE

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Departamento Nacional de Obras Contra a Seca – DNOCS, julgado na sessão Plenária de 25.09.2013, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio. O recurso questionava decisão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Ceará que, reformando sentença proferida em primeiro grau, decidiu ser extensível aos inativos e pensionistas a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE, prevista na Lei nº 11.357/2006, no percentual de oitenta pontos por servidor. A decisão atacada estabeleceu que tal benefício teria caráter genérico enquanto não adotadas as medidas para a avaliação de desempenho dos servidores em atividade, devendo ser pago aos pensionistas e aos servidores já aposentados – os que se aposentaram de acordo com a regra de transição e os que preenchiam os requisitos para a aposentadoria quando da publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003. Ainda, consignou que o pagamento da gratificação em percentual diferenciado aos inativos, sob o argumento da impossibilidade de avaliá-los, implicaria em ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

O recorrente aduzia que o pagamento da gratificação aos servidores ativos em percentual superior atenderia ao princípio da eficiência e que a concessão da mesma não seria automática a todos os servidores, mas devida apenas após a avaliação individual destes. Postulou que a concessão da gratificação em percentual superior aos servidores inativos

afrontaria o princípio da legalidade, e que a pretensão dos recorridos seria obter aumento real dos preventos por meio do Judiciário, o que violaria a Súmula 339 do STF.³⁵⁴

O acórdão está assim ementado:

GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DO PLANO GERAL DE CARGOS DO PODER EXECUTIVO – GDPGPE – LEI Nº 11.357/06. Homenageia o tratamento igualitário decisão que, até a avaliação dos servidores em atividade, implica a observância da mesma pontuação – 80 – no tocante a inativos e pensionistas.

O ministro relator observou, de início, que a Lei Estadual nº 11.357/2006, que criou a gratificação objeto da controvérsia, fixou-a em percentagens diversas, condicionando-a a avaliação do servidor. Entendeu, assim, que o referido diploma teria trazido norma temporária, a ser observada enquanto não realizada avaliação individual, e até que esta fosse efetivada, todos receberiam a gratificação no mesmo patamar, um total de oitenta pontos do máximo de cem. Quanto aos servidores inativos, que já se encontravam em tal situação ao tempo da Emenda Constitucional nº 41/2003, e que teriam sido beneficiados em percentual menor, de cinquenta pontos, apontou que a ordem jurídica não agasalha o tratamento diferenciado, e que o tratamento linear deveria, também, ser estendido a estes.

O voto do relator foi seguido de debate. O ministro Barroso iniciou solicitando esclarecimentos quanto à presença de prova de que haveria sido implantada a avaliação individual, a superar a objeção de ser a gratificação benefício genérico. A resposta do ministro relator foi de que o reconhecimento do direito ficou limitado ao tempo em que inexistia regulamentação. O ministro Toffoli, participando do debate, ponderou que não caberia a alegação de avaliação retroativa – conforme feito em sustentação oral pelos recorrentes que afirmaram ter sido o sistema implantado – após o acórdão. O ministro Ricardo Lewandowski também destacou o caráter condicional da decisão de estender a linearidade do benefício até o implemento da avaliação individual, e ressaltou que este era um dado que não constava dos autos. O ministro Barroso, retomando seu voto, ressaltou se tratar de questão com repercussão geral, e sugeriu, em havendo prova, determinar que até a avaliação prevaleceria o acórdão, mas que, a partir da avaliação, deveria prevalecer a lei, porque a avaliação deixaria de ser genérica e passaria a ser individual.

³⁵⁴ Súmula nº 339: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

O ministro Marco Aurélio manifestou que mantinha o voto, aparentemente sem discordar, no entanto, do ministro Barroso quanto à tese jurídica. É que ele destacou que, na prática, a decisão não encontraria problemas, caso a avaliação tivesse sido implementada. Na sequência, manifestou que poderia prover o recurso para fixar que a observância do percentual de oitenta pontos aos inativos somente deveria se dar até a avaliação. Ao final, decidiu prover parcialmente o recurso para estabelecer, como termo final do conteúdo decisório, a avaliação. O ministro Barroso, em seguida, manifestou que seu voto se coadunava com o do relator, no sentido do provimento parcial.

O ministro Teori Zavascki iniciou afirmando que estava inclinado a acompanhar integralmente o relator, reportando-se à súmula vinculante nº 20.³⁵⁵ Mas destacou que o caso guardava distinção em relação àquela lei anterior que gerou a súmula vinculante, porque, na hipótese em exame, haveria uma retroação à remuneração. O ministro Marco Aurélio interpelou dizendo que este tema não havia sido objeto de debate e decisão prévios, nem de prequestionamento. Mas o ministro Teori Zavascki insistiu. Depois de esclarecimentos prestados pelos advogados do recorrente, transcritos no acórdão, o ministro Teori chamou a atenção para o fato de que a avaliação de desempenho, no caso, tinha efeitos desde a origem. Considerando a disposição que impunha a retroação dos efeitos da avaliação à vigência da lei, entendeu que não haveria nenhum período descoberto em relação a essa avaliação, razão pela qual poder-se-ia caracterizar a gratificação como *pro labore faciendo*, desde a sua origem. Neste cenário, os servidores inativos ficariam em desvantagem em relação aos ativos. O ministro Barroso ponderou que dificilmente, na prática, poder-se-ia imaginar uma compensação retroativa a 2009, embora fosse isto o que estava previsto na Lei Estadual nº 11.357/2006. E entendeu que, diante da ausência de prova nos autos sobre a data do fim do ciclo avaliativo, informado pela União, a melhor solução seria deixar em aberto, reportando-se ao “momento a partir do qual foi feita a avaliação”.

Após outros esclarecimentos prestados pelo advogado do recorrente em relação aos apontamentos do ministro Barroso, o ministro Teori voltou a destacar a necessidade de se definir a natureza jurídica da gratificação. Para ele, esta teria natureza *pro labore faciendo*, o que implicaria na solução de dar provimento ao recurso sob pena de se ter que declarar a

³⁵⁵ Súmula vinculante nº 20: “A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.”

inconstitucionalidade do artigo da Lei Estadual que estabelece critério específico para incidência da gratificação aos aposentados.

A ministra Rosa Weber, em seu voto, a princípio optou por negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos apontados, originalmente, pelo relator. Sinalizou que examinava apenas o acórdão recorrido, as teses neles debatidas e sua conformidade com o texto constitucional. A ministra reconheceu que, após as sustentações orais e debates, poder-se-ia concluir pela perda do caráter genérico da gratificação, dando razão ao ministro Teori Zavascki, mas que tal questão não foi enfrentada pelo acórdão e nem houve embargos de declaração a respeito. Apontou que entendia que a decisão recorrida fora suficientemente clara no sentido de afirmar que a gratificação tinha, temporariamente, caráter genérico, devendo ser estendida a todos os servidores. Contudo, em nome da repercussão geral reconhecida para o caso, preferiu votar conforme o ministro relator, Marco Aurélio, no sentido do provimento parcial.

Seguidamente a esta manifestação da ministra Rosa Weber, o ministro Marco Aurélio afirmou que ela tinha razão em sua colocação, de que o acórdão recorrido já contemplava a posição carreada em seu voto, e, mesmo esclarecendo que não acha “de boa política judiciária” o relator reajustar seu voto em cima da hora, decidiu retornar à sua posição inicial para desprover o recurso. O ministro Barroso, por sua vez, afirmou que mantinha a posição de provimento parcial para não deixar dúvidas quanto à execução da decisão, e mencionou que sua fundamentação era rigorosamente a mesma que havia encampado o ministro Marco Aurélio, porém com parte dispositiva diversa.

O ministro Luiz Fux, em sucinta explicação, apontou que a questão versa sobre gratificação *pro labore faciendo* e que, embora em sede de repercussão geral, há de se dar solução para o caso concreto. Considerou que, na hipótese em exame, a tese defendida pelo ministro relator, a quem acompanhava, já estava presente no acórdão recorrido, razão porque negou seguimento ao pleito. O ministro Barroso, por sua vez, manifestou preocupação apenas com a explicitação da tese na decisão, e disse que acompanhava o relator, já que não havia divergência de entendimentos. O ministro Marco Aurélio leu, então, a ementa que havia preparado, a pretexto de “acalmar espíritos”.

O ministro Dias Toffoli, em seu voto, destacou que não havia controvérsia quanto à natureza do benefício, já que não houve recurso por parte do particular. Quanto ao caso, avaliou que o benefício fora instituído e, por certo período, todos os servidores da ativa receberam a gratificação no percentual de oitenta pontos, e que, dois anos depois, sobreveio avaliação, sob o pretexto de ser retroativa e compensar a remuneração recebida, mas

entendeu que não havia parâmetros para esta avaliação. Considerou que tais casos chegam ao Judiciário por má gestão administrativa, e entendeu adequada a solução de desprovemento do recurso.

A ministra Cármen Lúcia iniciou comentando que as gratificações não são do espírito da Constituição, cujo artigo 37, na origem, buscava abolir o “excesso de penduricalhos” característico da remuneração dos servidores públicos. Todavia, já que posta na lei, observou a necessidade de lidar com a questão de forma limitada, embora em sede de repercussão geral. Considerou que o desprovemento se impunha, porque a decisão recorrida era taxativa no sentido de que já afirmava que não havia avaliação e, só a partir desta é que se teria a desigualação para efeito de pagamento da gratificação. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, observou que o acórdão recorrido já trazia a tese a que se filiava, mas deu razão ao ministro Barroso, que argumentava pela necessidade de clareza para a solução da lide, já que o recurso abrigava questão de repercussão geral. Votou pelo desprovemento do recurso, acompanhando o relator, assim como os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Sobre o presente caso, pode-se inferir que houve convergência quanto aos fundamentos da decisão. Ainda, pode-se considerar que debate foi importante para determinar a decisão final. O relator retificou seu posicionamento algumas vezes, até que firmou entendimento e foi seguido pelos demais. O ministro Barroso, que divergia quanto à parte dispositiva, uniu-se à maioria. O ministro Teori também não discordava das conclusões a que chegaram os demais ministros, mas decidiu de forma distinta dos demais por ter fixado seu ponto de observação em aspecto diferente. Como última observação, este acórdão foi marcado pela presença de algumas transcrições de intervenções feitas, da tribuna, pelos advogados das partes, presentes à sessão.

3.3.2.7. RE 587.371/DF

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela União, sob a relatoria do min. Teori Zavascki, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em sede do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.598, concedeu a segurança para assegurar o direito à incorporação dos "quintos" por exercício de função comissionada, ainda que os beneficiários tenham ingressado posteriormente na magistratura, considerando que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN não pode se sobrepor a um direito adquirido. A recorrente apontava violação aos arts. 2º, 5º, XXXVI, e 93 da Constituição Federal, sustentando que o acórdão impugnado conferiu uma extensão indevida ao princípio

do direito adquirido, uma vez que a incorporação dos “quintos” teria ocorrido no exercício de cargo anterior ao ingresso na magistratura. Ademais, sustentou que i) a posse no cargo atual representa renúncia tácita às vantagens anteriores e que ii) o rol de gratificações elencadas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN é taxativo, nele inexistindo a previsão de “quintos”.

Eis a ementa da decisão do STF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE “QUINTOS”. PRETENSÃO DE CONTINUAR PERCEBENDO A VANTAGEM REMUNERATÓRIA NO EXERCÍCIO DE CARGO DE CARREIRA DIVERSA. INVIABILIDADE. 1. A garantia de preservação do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, assegura ao seu titular também a faculdade de exercê-lo. Mas de exercê-lo sob a configuração com que o direito foi formado e adquirido e no regime jurídico no âmbito do qual se desenvolveu a relação jurídica correspondente, com seus sujeitos ativo e passivo, com as mútuas obrigações e prestações devidas. 2. As vantagens remuneratórias adquiridas no exercício de determinado cargo público não autoriza o seu titular, quando extinta a correspondente relação funcional, a transportá-las para o âmbito de outro cargo, pertencente a carreira e regime jurídico distintos, criando, assim, um direito de *tertium genus*, composto das vantagens de dois regimes diferentes. 3. Por outro lado, considerando a vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos públicos, não será legítimo transferir, para um deles, vantagem somente devida pelo exercício do outro. A vedação de acumular certamente se estende tanto aos deveres do cargo (= de prestar seus serviços) como aos direitos (de obter as vantagens remuneratórias). 4. Assim, não encontra amparo constitucional a pretensão de acumular, no cargo de magistrado ou em qualquer outro, a vantagem correspondente a “quintos”, a que o titular fazia jus quando no exercício de cargo diverso. 5. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.

O ministro relator iniciou por observar que, embora a configuração ou não de direito adquirido constitua, em geral, matéria de disciplina infraconstitucional, predominou o entendimento de que assume características constitucionais a discussão relacionada ao sentido e aos limites da própria cláusula da Constituição que estabelece a garantia, como é caso, em que se questiona a respeito de estar constitucionalmente assegurado ou não o direito à manutenção de regime jurídico. Ressaltou haver precedentes neste sentido. Todavia, apontou que o STF já assentou, por diversas vezes, que não há direito adquirido a regime jurídico, negando procedência a pleitos como o vinculado na demanda em exame. Destacou que o STJ, ao contrário, decidira pelo direito aos quintos incorporados ao vencimento antes do ingresso na magistratura por entender que a verba teria caráter pessoal, não podendo ser suprimida sob pena de ofensa ao direito adquirido.

O ministro apontou que não há dúvidas de que a Constituição assegura ao titular de direito adquirido a garantia de sua preservação, inclusive em face de lei nova, garantia essa que inclui a faculdade de exercê-lo no devido tempo. Mas reconheceu, também, que os direitos subjetivos somente podem ser exercidos nos termos em que foram formados e segundo a estrutura que lhes conferiu o regime jurídico no âmbito do qual se desenvolveu a relação jurídica correspondente. Para ele, é no âmbito desse regime, e somente nele, e perante o sujeito que tem o dever jurídico de prestar, que o titular do direito adquirido estará habilitado a exigir a correspondente prestação. Observou que, no caso, as vantagens que se pretendem incorporar aos “quintos” ou “décimos” devidos aos recorridos quando eram servidores administrativos integrantes do quadro do Tribunal de Justiça do DF e territórios, relações funcionais que não existem mais. Apontou que não há dever de contraprestação por servidores exonerados e que não faz sentido postular parcela remuneratória sobre relação desfeita.

Considerou, ainda, a vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos públicos. Apontou que não há direito de formar regime híbrido, formado pela reunião de direitos adquiridos. Em suma, entendeu que a garantia de preservação do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, assegura ao seu titular, também, a faculdade de exercê-lo, mas, nas condições e sob a configuração com que o direito foi formado e foi adquirido. Ela não serve para sustentar a criação e o exercício de um direito de *tertium genus* composto das vantagens de dois regimes diferentes, cujo exercício cumulativo não tem qualquer amparo na lei ou na Constituição.

Sintetizou que a pretensão deduzida é a de acumular, no cargo de magistrado, vantagem própria de outro cargo, formando assim um regime híbrido, de caráter individual, mediante a acumulação de vantagens remuneratórias dos dois, o que a Constituição veda expressamente. O direito adquirido à incorporação dos “quintos”, que não se nega, deve ser exercido nos termos em que foi formado e sob o regime jurídico em que foi adquirido. Não se mostra viável, constitucionalmente, a pretensão aqui deduzida de pinçar tal direito e isolá-lo da sua relação jurídica original, a fim de transferir o seu exercício, de modo separado, para o âmbito de outra relação estatutária, cuja acumulação é proibida.

Votou, portanto, nos mesmos limites adotados pelo Tribunal no julgamento de caso análogo (AI 410.946, já referido), pelo provimento parcial do recurso, para considerar: i) a inexistência de direito adquirido do ora agravado em continuar recebendo os quintos incorporados, após a mudança de regime jurídico; ii) preservados, no entanto, os valores da incorporação já percebidos pelo recorrido, em respeito ao princípio da boa-fé, na linha dos precedentes da Corte.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, verificou que a questão veiculada no recurso extraordinário não versava sobre ofensa direta à Constituição. Apresentou jurisprudência da Casa para endossar seu entendimento. Segundo ele, “não há possibilidade de se identificar conflito direto com a Constituição no debate que pretenda desvendar o regime jurídico próprio dos magistrados.” Trataria o caso, somente, de seara de mera e estrita legalidade, com propósito de dar outra solução para a dimensão normativa da LOMAN. Ainda, ressaltou possibilidade de gerar situação anti-isonômica dentro da mesma carreira, a magistratura, e a preocupação com o número excessivo de recursos que ela poderia gerar no STF. Votou, assim, pela inadmissão do recurso extraordinário.

As manifestações foram seguidas de debate. O ministro Ricardo Lewandowski trouxe a ementa de repercussão geral, em que a Corte já havia decidido pela presença desta. Alertou que a matéria pode estar preclusa, posto que já decidida pela Casa. O ministro Celso de Mello chamou a atenção que a decisão de Plenário Virtual não obsta que o Plenário físico reveja aquele entendimento de outrora. Lewandowski reconheceu que a Corte já reapreciou questões no Plenário físico e deu prosseguimento. O ministro Teori Zavascki chamou a atenção de que já houve discussão sobre ser ou não a matéria em exame constitucional. E citou precedente específico, já julgado pelo Plenário, quando se reconheceu tratar-se de matéria constitucional. O ministro Presidente, então, colheu os votos quanto à admissibilidade e presença de questão constitucional. Conheceu do recurso o ministro Teori Zavascki. Não conheceu o ministro Luiz Fux. O ministro Toffoli argumentou que esta não

seria questão preliminar, e absteve-se de votar para manifestar-se de uma só vez sobre o conhecimento e mérito. O ministro Celso de Mello ponderou que o Plenário deveria julgar, antes de mais nada, se conhece ou não o recurso, em respeito ao princípio da indeclinabilidade de jurisdição, já que a manifestação do Plenário físico não deve se confundir com a do Virtual. Diante da insistência, o ministro Toffoli acompanhou o ministro Fux para não conhecer do recurso.

O ministro Marco Aurélio argumentou que a decisão do Plenário Virtual, onde somente se discute a presença de repercussão geral, não deve vincular o Plenário físico. Admitiu, assim, o recurso extraordinário. O ministro Celso de Mello, por sua vez, inadmitiu. O ministro Barroso manifestou preocupação com o assentamento de teses jurídicas nas instâncias inferiores diante da subsequente inadmissão de temas pelo STF e, a súbita admissão, algum dia, da matéria pela Corte, a modificar as teses construídas. Falou, também, da falta de critérios estáveis para admissão de feitos pelo STF, e da preocupação específica com o tema de remuneração dos juízes, para garantir sua isenção, segurança e qualidade no trabalho. Disse entender as razões do ministro Fux, sobretudo quanto à isonomia, mas seguiu voto do ministro Teori Zavascki, pela inexistência do direito adquirido, no caso, sob pena da criação de regime híbrido.

O ministro Fux aproveitou o gancho para destacar que somente se poderia conceder a incorporação das parcelas anteriores à Lei dos Subsídios. Mas alertou para a não preservação da isonomia em relação àqueles que não postularam o benefício. O ministro Barroso não achou coerente conceder direito de receber àqueles que não pleitearam, e manteve-se acompanhando o voto do ministro Relator.

A ministra Rosa, lembrando sua longa experiência na magistratura, afirmou a dificuldade de implantar, no bojo desta carreira, o princípio da isonomia. Acompanhou o ministro relator, entendendo que o direito adquirido é aquele que deve ser exercido no âmbito da relação jurídica e do regime em que foram implementadas as condições de seu exercício. Diante da colocação da ministra Rosa, que contava fatos pessoais de sua carreira na magistratura, o ministro Luiz Fux, aditando seu voto, colocou-se na mesma posição, destacando disparidades de vencimentos que presenciava na época em que era juiz em início de carreira. Em razão disso, preferiu negar provimento ao recurso para garantir o recebimento das vantagens apenas até o advento da Lei de Subsídios, afirmando-se ainda coerente com sua posição inicial. O ministro Dias Toffoli acompanhou a divergência.

Ministro Marco Aurélio: Entendeu que a exoneração de cargo público implica a passagem para um novo cargo, com benefícios e ônus. Não reconheceu a premissa de que

haveria direito adquirido à manutenção dos quintos, incorporados à remuneração do cargo pretérito. Quanto à modulação de efeitos da decisão, rejeitou-a, entendendo que os magistrados que receberam os benefícios deveriam devolvê-los. Assim, votou pelo provimento do extraordinário em maior extensão, assentando a inexistência do direito adquirido com as consequências próprias.

O ministro Celso de Mello acompanhou o relator. O mesmo fez o ministro Ricardo Lewandowski, em respeito à jurisprudência consolidada da Casa, de que não há direito adquirido a regime jurídico. Mas apontou que este pode ser reconhecido quanto ao que já ingressou, legitimamente, no patrimônio de alguém, daí a modulação de efeitos. Destacou o sopesamento de dois valores constitucionais: de um lado, o direito adquirido, a manter, em seu patrimônio jurídico, os benefícios já recebidos de boa-fé; e, de outra parte, o princípio da segurança jurídica. Entendeu ser preciso que se respeite a confiança que o cidadão tem num determinado sistema, num determinado regime.

3.3.2.8. RE 635.739/AL

Cuida-se de RE, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, interposto pelo Estado de Alagoas, contra decisão do TJ estadual que, em sede de apelação em mandado de segurança, reconheceu a inconstitucionalidade de “cláusula de barreira” prevista em edital de concurso público, sob o fundamento de que tal regra, ao delimitar o número de participantes de uma fase do certame, conferia tratamento não isonômico aos candidatos. No caso concreto, o juízo de primeiro grau concedeu medida liminar reconhecendo o direito de o impetrante participar de etapa do concurso, consubstanciada em exame psicotécnico, para o cargo de Agente da Polícia Civil do Estado de Alagoas, da qual fora excluído em virtude da denominada “cláusula de barreira”, que determinava a convocação para tal exame apenas dos “primeiros melhores classificados, em número igual ou até dois por total de vaga oferecida por cargo”. Posteriormente, a sentença manteve a medida cautelar concedida e invalidou o ato administrativo que havia eliminado o impetrante do concurso.

Em sede recursal, o Tribunal negou provimento ao recurso e determinou que fosse promovida a nomeação e posse do impetrante para o cargo no qual foi aprovado, observada a ordem de classificação por ele obtida. O recorrente, no RE, sustentava, em síntese, que não havia ocorrido violação ao princípio da isonomia, que o Tribunal *a quo* teria partido da falsa premissa de que todos os candidatos aprovados em uma determinada etapa de concurso público ostentam situação de igualdade, e que os diversos critérios de restrição de

convocação de candidatos entre as fases do concurso seriam necessários, em virtude das dificuldades que a Administração encontra em selecionar os melhores candidatos em um universo cada vez maior de inscritos nos certames.

A decisão do STF está assim ementada:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Concurso Público. Edital. Cláusulas de Barreira. Alegação de violação aos arts. 5º, *caput*, e 37, inciso I, da Constituição Federal. 3. Regras restritivas em editais de concurso público, quando fundadas em critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato, não ferem o princípio da isonomia. 4. As cláusulas de barreira em concurso público, para seleção dos candidatos mais bem classificados, têm amparo constitucional. 5. Recurso extraordinário provido.

O ministro Gilmar Mendes, em síntese, identificou como aspecto-chave do julgamento *a validade ou não do critério para convocação de candidatos ao exame psicotécnico*. O relator apontou ser cada vez mais comum que os editais dos concursos públicos estipulem critérios que restrinjam a convocação de candidatos de uma fase para outra, em razão do crescente número de candidatos ao ingresso nas carreiras públicas. Analisou que tais regras restritivas, que impedem o candidato de prosseguir no certame, podem se consubstanciar em *eliminatórias* e *cláusulas de barreira*, sendo exemplo da primeira o exame de aptidão física, que aplica a eliminação do candidato do certame público por insuficiência em algum aspecto de seu desempenho. No segundo caso, a regra estipula um corte deliberado no número de candidatos que poderão participar de fase posterior, comumente as fases dos exames psicotécnicos ou dos cursos de formação.

O ministro entendeu que nem todas as distinções violam o princípio da isonomia. Apoiou-se em doutrina para afirmar a necessidade de dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, apontando que o tratamento desigual cabe quando este puder ser justificado por razões suficientes. Para ele, o conceito de isonomia é relacional por definição, chamando atenção para a ideia de razoabilidade qualitativa. Destacou, ainda, a relação entre isonomia e impessoalidade que rege o tema dos concursos públicos. Para ele, o concurso público, por critério de impessoalidade, visa a selecionar os mais preparados para o desempenho das funções exercidas pela carreira na qual se pretende ingressar, e implica o critério meritório, que não distingue os atributos meramente subjetivos, mas aqueles

relacionados ao preparo técnico do candidato para o exercício da função pública. Assim, entendeu que distinções fundadas em caracteres objetivos tornam-se essenciais para qualquer concurso, na medida em que viabilizam à Administração a aferição, qualificação e seleção dos cidadãos mais capazes para exercer as funções públicas.

Ponderou, ainda, que o critério convergiria para a realização eficiente e eficaz do concurso público, considerando que a delimitação numérica de candidatos guarda pertinência lógica com o número de vagas oferecidas no edital, além de outros fatores, como a disponibilidade de tempo, recursos humanos e financeiros para a realização do certame, levando em conta que etapas como curso de formação e exames psicotécnicos costumam ser fases dispendiosas do certame. Em síntese, defendeu que tais regras, quando fundadas em critérios objetivos, *concretizam* o princípio da igualdade – e também da impessoalidade – no âmbito dos concursos públicos. Para ele, “este ‘afunilamento’ de candidatos no decorrer das fases do concurso viabiliza a investidura em cargo público com aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput* e inciso II, da CF). Apoiado em decisões pretéritas da própria Corte, por fim, afirmou que o emprego do critério passa pela discricionariedade da Administração, razão pela qual não caberia ao Judiciário examinar o conteúdo destas questões, sob pena de violação ao princípio da isonomia, mediante tratamento privilegiado desarrazoado a candidatos. Pelas razões expostas, votou pelo provimento do recurso extraordinário, para reconhecer a legitimidade constitucional da regra inserida no edital do concurso público.

O ministro Barroso iniciou sua explanação afirmando que estava de acordo com a tese afirmada pelo relator. Observou, todavia, que muito tem-se admitido, em precedentes do Plenário, nos processos de repercussão geral, uma certa cisão entre a dimensão objetiva da decisão e a sua dimensão subjetiva, para afirmar a tese jurídica independentemente da situação concreta específica. Esclareceu que acompanhava o relator quanto à tese jurídica, mas que, no caso concreto, verificava que o impetrante já se encontrava no exercício do cargo, há mais de oito anos, por decisão judicial, de modo que optava pela modulação de efeitos para o fim de não decretar a exoneração do cargo do impetrante.

O ministro Marco Aurélio, mostrando desabonar a manifestação do ministro Barroso, lembrou que não havia coisa julgada, já que o RE ainda estaria pendente. O ministro Teori, por sua vez, também mostrou concordância com a tese do relator, e discordou da modulação proposta pelo ministro Barroso, afirmando que isto significaria, na prática, retirar da medida cautelar ou das decisões antecipatórias a sua natureza precária.

Não desprezou, todavia, a modulação para considerar devidos os vencimentos referentes ao serviço efetivamente prestado. O ministro Marco Aurélio mencionou que a interpretação beneficiaria servidor de fato. A ministra Cármen Lúcia concordou. O ministro Barroso invocou precedente e ponderou que, no caso, o recorrente era servidor regular, e que o assentamento da tese jurídica correta poderia produzir injustiça no caso concreto. O ministro Marco Aurélio e a ministra Cármen Lúcia afirmaram que decidir de tal forma seria permitir violação à lei do edital do concurso público.

O ministro Gilmar Mendes trouxe esclarecimentos sobre o precedente invocado pelo ministro Barroso, afirmando que aquele continha peculiaridades e que a jurisprudência do Supremo nunca vacilou quanto ao tema em exame. Como resposta, o ministro Barroso afirmou: “entendo e respeito”. Mas argumentou que, no caso, a investidura não se apoiou em decisão liminar, uma vez que houve sentença e acórdão. Ainda, ponderou que a matéria não seria pacífica, já que o relator propôs repercussão geral e trouxe ao Plenário, sem ter havido reafirmação de jurisprudência. Entendeu que, no mínimo, havia dúvida razoável quanto ao caso. Afirmou que não queria “insistir nem mudar a convicção de ninguém”, mas alegou que fazer a afirmação da tese jurídica correta não impediria o Tribunal de cometer uma injustiça no caso concreto.

A ministra Roa Weber: afirmou acompanhar integralmente os fundamentos do relator e prover o recurso. Reconheceu a delicadeza da modulação de efeitos e optou por acompanhar a sugestão do ministro Teori Zavascki, no sentido de que a origem da investidura se ligava a uma decisão de caráter precário.

O ministro Fux identificou que a regra editalícia foi aplicada a todos os candidatos do certame, o que afastaria a tese do recorrido de ofensa ao princípio da isonomia. Entendeu que a cláusula de afunilamento não era inconstitucional, invocando o princípio da eficiência da Administração pública. Por outro lado, também abonou a manifestação do ministro Barroso no sentido da separação entre a tese jurídica assentada e a decisão para o caso concreto. Ponderou que a liminar na ação originária foi confirmada pela sentença, depois pelo acórdão de apelação. Considerou, com base na própria experiência com concursos públicos, ser surpreendente que alguém possa realizar o concurso, passar na prova e ser exonerado anos depois. Identificou, no caso, conflito entre a esperança gerada por um ato estatal e o princípio da legalidade estrita. Reputou injusta a exoneração do funcionário e lembrou, como destacado pelo ministro Barroso, a dúvida sobre a matéria, trazida a Plenário com repercussão geral. Votou pela fixação da tese proposta pelo relator com a modulação proposta pelo ministro Barroso.

O ministro Gilmar Mendes afirmou que não havia dúvida. Somente a necessidade de emitir juízo pacífico. Ministra Cármen Lúcia: iniciou ponderando que acreditava não haver dúvidas da parte de nenhum dos colegas sobre a tese jurídica, sobre a não violação ao princípio da igualdade no caso em exame. Mencionou que o Judiciário de fato demorou a dar uma resposta à questão, mas avaliou que o ingresso em juízo não se deu previamente, mas *a posteriori*, só porque o edital prejudicou o recorrido. Destacou que o STF já decidiu várias vezes que a Administração procedeu com erro e esta foi obrigada a acatar a decisão, e que o cidadão também deve fazê-lo. Afirmou que, no Estado de Direito, tanto cidadãos quanto a Administração devem se submeter ao Direito. Entendeu que, no caso, haveria injustiça com todos os que cumpriram a lei, atenderam ao edital e, não tendo passado, não vieram a desempenhar as funções, além de outros que, eventualmente, podem ter ingressado em juízo sem sucesso quanto à pretensão. O ministro Marco Aurélio lembrou que ele já teria tido a vantagem de receber pagamento por todos estes anos, mesmo tendo sido reprovado no concurso, de acordo com o edital. A ministra Cármen concordou. Lembrou caso de concurso de Minas Gerais, para provimento de cargo de professor, que contou com mais de um milhão de candidatos. Sendo o concurso feito para selecionar os melhores, entendeu correto adotar providências para proporcionar condições de eficiência para se chegar ao final.

O ministro Ricardo Lewandowski manifestou acompanhar o relator por seus fundamentos, afirmando que não ofende o princípio da isonomia uma norma editalícia de caráter geral, previamente estabelecida e pública, que estabelece distinções ou regras especiais para a participação de candidatos em concursos de natureza pública. Deu provimento ao recurso, adotando a tese geral ofertada. Acompanhou a proposta do Ministro Teori Zavascki, dizendo que, se o Plenário encaminhar-se para a modulação, ela deve dirigir-se no sentido de convalidar os vencimentos recebidos de boa-fé pelo candidato que tomou posse num cargo público.

O ministro Marco Aurélio observou que o edital, lei do certame, era conhecido pelos candidatos; que, embora a investidura não fosse decorrente de liminar, havia ciência de que poderia advir decisão contrária aos interesses do autor da ação, e que não se deve apostar na morosidade do Judiciário; que era preciso privilegiar aqueles que não ingressaram em juízo; que incidia a teoria do servidor de fato, já remunerado, não sendo aplicável a modulação de efeitos. Votou pelo provimento do recurso.

O Ministro Celso de Mello votou pelo provimento, de acordo com as razões expostas pelo relator. Entendeu não cabível a modulação de efeitos. O ministro Joaquim Barbosa também acompanhou o relator e optou por não modular os efeitos da decisão, no

entendimento de que fazê-lo seria cometer violação ao princípio da isonomia em relação outros candidatos que estavam em situação idêntica à do recorrido.

Concluída a votação, o acórdão ainda traz, em duas páginas, breve discussão entre os ministros Barroso e Marco Aurélio. Não consta manifestação do ministro Dias Toffoli, que, segundo a ata de julgamento, estava presente à sessão.

3.3.2.9. RE 658.026/MG

Cuida-se de recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, tendo por objeto Lei do Município de Bertópolis, que dispunha sobre contratação temporária de servidores públicos. O apelo extremo atacava decisão do TJ do Estado de Minas Gerais, que entendeu pela constitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei municipal nº 509/1999, e consignou estar a autorização para contratar na área de magistério, sem o devido concurso público, vinculada a uma situação emergencial, de necessidade temporária, configurando hipótese excepcional que, caso declarada inconstitucional, inviabilizaria a prestação do serviço educacional. Entendeu ser a discussão meramente de natureza moral, não cabendo julgamento meritório sobre o aspecto da legalidade da norma. Ressaltou aquela Corte a harmonia da aludida lei com o previsto no art. 22, caput, da Constituição do Estado de Minas Gerais e com o art. 37, IX, da Constituição Federal. No RE, o recorrente arguiu, em suma, que a norma violava o princípio da obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos da Administração, bem como não atendia aos pressupostos constitucionais de excepcionalidade e temporariedade. O feito foi julgado pelo Plenário na sessão de 09.04.2014, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli.

Eis a ementa do acórdão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX,

da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, da constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de *la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para ‘cultura de gestão estratégica’) que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito *ex nunc*, a fim de garantir o cumprimento do

princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.

O ministro relator identificou como “questão de fundo” a *admissão por concurso público, prevista no art. 37, II, CF, como regra extensível à Administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, Estados, DF e Municípios*. A regra não admitiria ponderação, sendo dever fundamental da Administração Pública garantir acesso, sob critérios igualitários, imparciais, e de forma eficiente, aos cargos e empregos públicos. Trazendo doutrina, reforçou que a regra possui finalidades primordiais, de efetivar valores de igualdade entre todos os interessados e à universalização do acesso aos quadros da Administração, busca a boa e eficiente gestão da coisa pública, e possibilita a aplicação do princípio da impessoalidade. Já recorrendo à jurisprudência da Casa, observou ser indeclinável a observância do postulado constitucional do concurso público para ingresso nos quadros da Administração. Considerou que as exceções a essa regra somente serão admissíveis caso previstas na própria Constituição Federal, sob pena de nulidade, e que a obrigatoriedade do concurso público se aplica tanto aos cargos e empregos já existente como àqueles que vierem a ser criados.

Considerou que na Constituição Federal existem cinco exceções ao princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas por meio de prévio concurso público, dentre as quais estão as contratações por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF). Esclareceu que não havia dúvidas quanto a esta possibilidade, mas destacou as condições para tanto: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional”. Fez prévias observações, como quanto à exigência formal da existência prévia de um enunciado normativo sobre o tema, e diferenciou a contratação temporária por excepcional interesse público prevista e o contrato de trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/1974 e da contratação extraordinária de pessoal por meio de locação de serviços. Indicou que, como exceção à regra do concurso público obrigatório, o inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretado de forma restritiva. Apontou que a lei que disponha sobre o assunto não pode ser genérica. Entendeu que caso esta lei não defina qual a contingência fática emergencial apta a ensejar a contratação, ou se preste a prover cargos para o exercício de serviços típicos de carreira e de cargos permanentes de Estado, sem concurso público, ou ainda, sem motivação de excepcional relevância que justifique a referida contratação, ela será inconstitucional.

Quanto à expressão “excepcional interesse público”, apontou que a atividade deve ser não só de interesse do todo, mas deve atender à dimensão pública dos interesses individuais. Em relação ao comando “necessidade temporária”, observou que as contratações temporárias só têm espaço onde, comprovadamente, há necessidade temporária de pessoal, e desde que a situação esteja previamente estabelecida na lei. Colacionou jurisprudência da Corte neste sentido. Em suma, defendeu que as necessidades que não se enquadrem estritamente no conceito de excepcionalidade e transitoriedade são insuficientes para legitimar a contratação e que a norma deve prever que a contratação somente seja admissível quando a necessidade se manifestar em situações temporárias e urgentes, e desde que a contratação seja indispensável.

O voto proferido pelo relator foi bastante longo e contou com a apresentação de uma série de decisões pretéritas da Casa para reforçar seu argumento principal. Foi repetitivo, por diversas vezes, quanto às suas conclusões. Ao final, resumiu que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários, permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. Entendeu, assim, que ausentes os requisitos desenvolvidos neste voto, a norma seria inconstitucional e/ou a contratação estaria eivada de ilegalidade, o que autorizaria a decretação de sua nulidade ou sua anulação. Decidiu pela inconstitucionalidade do diploma em exame, mas, reconhecendo a situação de fato, optou pela modulação dos efeitos da decisão, para que estes fossem apenas prospectivos, sob o fundamento da segurança jurídica e de se atender ao excepcional interesse social. Em relação aos contratos municipais, determinou que não poderiam ultrapassar o prazo máximo de doze meses, vedada a recontração. Assim, deu provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei municipal nº 509/1999, aplicando, ainda, a modulação da decisão.

O ministro Barroso afirmou que estava de acordo com todas as premissas teóricas e normativas apontadas pelo ministro Relator, mas esclareceu estar dando encaminhamento diferente, na linha de precedente julgado pela Corte há cerca de duas semanas antes. Observou que a situação era análoga àquela referida, hipótese em que se entendeu que era possível a contratação de professores pelo prazo máximo de doze meses e com a obrigatoriedade de realizar concurso. Propôs dar parcial provimento ao recurso para dar

interpretação conforme a Constituição, ao artigo da lei do Município de Bertópolis-MG, no sentido de que as contratações temporárias nele referidas somente pudessem ocorrer no prazo de doze meses, contados do encerramento do último concurso destinado a preencher os cargos cujas atribuições devam ser exercidas excepcionalmente por contratados temporários.

Após o voto do ministro Barroso, o ministro Fux interpelou ponderando que a lei objeto do precedente citado era menos genérica que a em exame no momento. O ministro Toffoli esclareceu que por isso colocou em seu voto que, havendo justificativas, não se impede a contratação. O ministro Barroso ponderou que, no caso do magistério, há de se ter meios para fazer uma reposição temporária do quadro, sob pena de obrigar o conjunto de alunos a ficar sem assistência em sala de aula. Nestes termos, reafirmou sua posição. O ministro Toffoli disse que sua proposta de decisão já abrangia a modulação, na verdade, manutenção dos contratos temporários.

Ministro Teori Zavascki acompanhou o relator, afirmando ver dificuldade em chancelar a constitucionalidade de uma lei que, genericamente, autoriza contratação para suprir a necessidade de pessoal na área de magistério. Ministra Rosa Weber, também entendendo muito genérico o enunciado normativo em exame, acompanhou o relator.

O ministro Fux iniciou seu voto manifestando que sempre tem posições muito semelhantes às do ministro Barroso, mas que desta vez entende que o enunciado foi genérico, não fazendo qualquer especificação para a contratação temporária. Mas externou sua preocupação com os inúmeros casos de contratação temporária, em que as unidades da Federação costumam ingressar com reclamação pelo descumprimento dos paradigmas já definidos pelo STF. Sugeriu, em termos práticos, que depois deste julgamento, a Corte tivesse a possibilidade de, em reclamações, julgar monocraticamente, tendo em vista a tese já pacificada da impossibilidade genérica de contratação temporária fora daquela previsão constitucional.

A ministra Cármen Lúcia também acompanhou o relator, identificando diferença entre a situação em exame e o precedente citado pelo ministro Barroso. O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relato na íntegra. O ministro Marco Aurélio também seguiu o relator, votando puramente pela inconstitucionalidade da norma, sem seguir a modulação de efeitos proposta. Não consta no acórdão manifestação dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, apesar de haver informação, na ata de julgamento, que eles estavam presentes à sessão.

3.3.2.10. Algumas conclusões

A análise dos acórdãos, acima, tinha por foco a observação da forma das decisões do STF, com vistas a compreender, sobretudo, a atuação da Corte no que pertine à terceira etapa do processo decisório colegiado, que compreende a formação do texto decisório, aquele que será divulgado como resposta final do Supremo Tribunal Federal para a questão jurídica submetida ao seu julgamento. Buscou-se investigar, ainda, por detrás dos acórdãos, a relação colegiada, a interação na construção da decisão. O objetivo era identificar se as decisões veiculavam um conjunto de opiniões individuais, puramente, ou se destas poder-se-ia depreender que houve troca de argumentos inclinada à formação um entendimento do colegiado.

A partir das intenções descritas, alguns aspectos merecem ser destacados. Em primeiro lugar, quanto à forma das decisões, vale observar a extensão destas. Em média, os acórdãos relacionados têm 45,8 páginas de extensão. Pode-se considerar que se tratam de decisões longas, posto que destinadas a fixar uma tese jurídica para a solução de casos concretos. Porém, são curtas se comparadas a outros acórdãos de casos mais rumorosos, como o da interrupção de gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54), que contou com 433 páginas; a liberdade de imprensa (ADPF 130), com 334 páginas; as pesquisas com células-tronco (ADI 3510), com 526 páginas; as uniões homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 178), com 323 páginas; e o “mensalão” (AP 470), julgamento mais longo da história, cujo acórdão contou com 8.405 páginas.

O texto final das decisões é formado pela transcrição dos debates. Isto implica em algumas conclusões. A forma textual dificulta a identificação dos fundamentos decisórios adotados por cada ministro, em razão de estes estarem diluídos ao longo do texto do acórdão. Para identificar o *iter* percorrido por um ministro a fim de demonstrar seu entendimento – e, portanto, as premissas sobre as quais ele assenta seu voto –, é preciso analisar todo o debate, as intervenções e apontamentos feitos por ele, já que, comumente, no momento de proferir seu voto, ele apenas se reporta ao posicionamento do relator ou à tese divergente, esclarecendo em que sentido decide. No conjunto, a verificação dos fundamentos decisórios do colegiado resta prejudicada. Sendo assim, pode-se afirmar que os acórdãos não são claros do ponto de vista da indicação de sua *ratio decidendi*.

Quanto às ementas, foi possível identificar que não há qualquer exigência de padronização. Como estes extratos da decisão ficam a cargo do ministro redator do acórdão, cada qual orienta sua confecção da forma que melhor lhe aprouver. Foi possível verificar

que algumas ementas são mais extensas, em palavras, do que outras; que algumas são mais analíticas do que outras; que algumas se reportam mais ao caso concreto e outras preferem destacar a tese jurídica adotada pela Corte. Ainda, que algumas refletem mais o posicionamento adotado pelo relator e outras se voltam ao entendimento geral. Cabe cogitar que estas variações podem ocorrer em função do perfil do ministro redator ou, ainda, do próprio caso em exame. De qualquer modo, tratam as ementas – ou deveriam tratar – da síntese da tese jurídica encampada pelo Tribunal, de modo que, neste ponto, é preciso primar por clareza e objetividade.

Outra questão identificada diz respeito à apresentação de fundamentos distintos como resposta à mesma questão. Não raro, os ministros convergem quanto a uma dada situação, mas lançam fundamentos distintos para justificá-la, conferindo interpretações ligeiramente diferentes para o mesmo ponto, às vezes mais restritas ou mais amplas. Além disso, foi possível observar que, não raro, o mesmo caso é analisado sob perspectivas distintas pelos ministros, fazendo-os chegar, necessariamente, a conclusões divergentes. Esta percepção aponta para uma possível falha procedimental que se liga à ausência de um momento de interação prévio à reunião do Plenário, em que se determine a identificação da questão central a ser decidida e a fixação dos pontos de julgamento. Estes podem englobar os aspectos materiais do caso concreto que devem ser considerados e as questões jurídicas a serem decididas. A determinação da problemática e dos seus limites é de extrema importância para o direcionamento da deliberação, cabendo-se cogitar de que quando todos se debruçam sobre as mesmas perguntas, ampliam-se as chances de se construir uma resposta mais consistente.

Neste ponto, pode-se destacar a baixa importância conferida ao papel do ministro relator quanto à determinação dos aspectos centrais dos feitos. Embora o procedimento preveja a possibilidade de elaboração de relatório pelo relator, tal é consignado como uma faculdade, a ser desempenhada, em especial, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. A prática não é instituída, muito menos com o objetivo de fixar os pontos de julgamento. Quanto ao relatório, em geral, este é lido ou resumido oralmente pelo relator como o primeiro ato do julgamento de um dado processo. Mas nota-se que este costuma versar apenas sobre elementos históricos e objetivos e da demanda, como a pretensão inicial da parte autora, a sentença de primeiro grau, a decisão em sede recursal, a argumentação desenvolvida pelo recorrente no apelo extremo e a opinião do *Parquet*.

É somente na exposição do voto que, inicialmente, o relator costuma consignar o que identificou como questão central e os aspectos relevantes para julgamento. Na forma

final das decisões, isto soa como se o voto daquele ministro contivesse dois relatórios, o que alonga a leitura do texto e não contribui para sua clareza. Além disso, não raro, nota-se que o relator despreza certos dados no momento da elaboração do seu relatório – não os toma por relevantes para o julgamento – e, ao longo do texto do acórdão, é possível identificar uma série de outras questões fáticas ou mesmo jurídicas que acabam tendo peso na formação da convicção de outros ministros. Isto também torna mais difícil a compreensão da decisão por parte do operador do Direito, além de evidenciar que os ministros, com boa frequência, vislumbram diferentes aspectos como mais relevantes para o julgamento, o que aumenta, conforme explicitado acima, o risco de divergências na decisão.

Todavia, apesar dos aspectos formais destacados, a própria configuração do texto final é capaz de apontar que as decisões, quanto à segunda fase decisória, que abarca a formação da convicção dos ministros, pelo menos nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, são tomadas na hora. Isto quer dizer que, na forma, as decisões refletem um conjunto de votos individuais, respeitando e valorizando o entendimento de cada membro do Tribunal. Porém, quanto ao conteúdo, não se pode afirmar que não há interação colegiada, e que o debate é inviável, em razão do procedimento. É nítida a influência da argumentação de um colega sobre o convencimento dos demais, tanto que, não raro se pode observar reajustamento de votos.³⁵⁶

Para além do elemento objetivo *interação colegiada*, há que se investigar a *colegialidade*, cuja ideia central é a *cooperação*, ligada ao emprego de esforços de todos para o atingimento de interesse do grupo em detrimento das preferências do julgador. É de se considerar que a *disposição para trabalhar como um time* é dado abstrato, que não é fácil de ser verificado. A valorização das ideias dos pares e a troca de razões de decidir, no caso do STF, conforme mencionado, não pode ser ignorada. Isto não significa, porém, que os ministros estejam sempre empenhados em persuadir ou abertos a serem persuadidos. Algumas discussões mais calorosas costumam culminar com alegações de que “se respeita a opinião do colega” e que “não se pretende convencer ninguém” sobre um dado ponto de vista.

Tal, aliás, é uma das características marcantes da Corte. Cabe destacar que o ambiente cordial, de civilidade e respeito, orientado pelo bom tratamento entre os membros do grupo é um elemento essencial da colegialidade. Pode-se afirmar que isto se faz presente, em geral, no Supremo Tribunal Federal. Mas não é possível asseverar que o bom tratamento

³⁵⁶ A razão pelas quais os ministros reajustam seus votos não interessa por ora. Mas pode-se constatar, de fato, que a mudança de opinião é um efeito da interação colegiada.

é característica espontânea na Corte brasileira. Tradicionalmente, os ministros chamam-se por “Vossa Excelência”, e dirigem as palavras de maneira excessivamente reverente aos pares, por exemplo, ao pedir vênua a um colega em razão de divergir dele num julgamento – o que se observa com absoluta frequência no dia-a-dia do STF. É de se cogitar que o formalismo acentuado tende a dificultar a interação colegiada e a verdadeira cooperação entre os ministros.

Outro aspecto da colegialidade diz respeito às *condições de igualdade*, formal e material entre os colegas. Formalmente, não há hierarquia entre os ministros, todos podem se manifestar nas sessões de julgamento e votam com igual peso para a decisão final. Materialmente, o estabelecimento de ordem de manifestação gera algumas consequências. Foi possível observar um destacamento dos ministros que, pela regra, pronunciam-se antes dos demais. As posições encampadas pelos ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki – os primeiros a votar, por serem os membros mais novos da Corte – comumente orientam o debate, contrastando ou endossando o voto do relator, e trazem elementos que costumam ser considerados para a decisão final. Cogita-se que a obrigação de proferirem mais cedo seus votos gera para tais ministros um ônus de convencimento dos pares maior do que para os demais ministros que votam na sequência, o que pode ser um dos fatores que explica certo traço de analiticidade nas exposições destes ministros.³⁵⁷ Por outro lado, a ordem de votação não pode ser considerada um elemento materialmente determinante para a formação da decisão, já que existe possibilidade de apartes e até de adiantamento de votos pelos membros da Corte.

Através da análise dos acórdãos do STF, notou-se a presença de alguma consciência sobre a necessidade de atuar de maneira a construir decisões mais uniformes quanto ao conteúdo. Todavia, identificou-se como aspecto problemático a forma pela qual as decisões são veiculadas. Em síntese, vislumbra-se que a alteração do procedimento, sobretudo quanto à terceira fase do processo decisório, de redação do texto final da decisão, pode ser uma importante medida para tornar mais claras e as emanções da Corte. Mas não é só. É preciso que haja uma mudança, também, na postura decisória da Corte, o que pode trazer transformações mais profundas e, inclusive, viabilizar a própria alteração do procedimento decisório.

³⁵⁷ Outro fator a explicar esta característica, por óbvio, pode ser o próprio perfil dos ministros. Não se afirma, aqui, que as explicações dos primeiros ministros a votar são sempre analíticas. Pode acontecer, por exemplo, de o voto do relator, exposto anteriormente, expressar-se exatamente na linha argumentativa desenvolvida por tais ministros, sem que haja, portanto, maior necessidade de repisar os fundamentos decisórios por parte destes.

CAPÍTULO IV

POR DENTRO DA CORTE: OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE O PERFIL DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O estudo do processo decisório no Supremo Tribunal Federal, conforme já mencionado, enfrenta a complexidade de lidar com dados nada fáceis de serem demonstrados empiricamente. Partindo-se, aqui, da noção de que para compreender a Corte é preciso observar o que os juízes fazem em vez do que eles dizem³⁵⁸, somente, buscou-se desenvolver pesquisa de campo, com viés etnográfico, no intuito de identificar como o próprio STF se percebe em termos deliberativos.³⁵⁹ Com isto, esperava-se conferir maior densidade e concretude à análise da Corte. A visita ao Supremo Tribunal Federal ocorreu entre os dias 21 e 23 de outubro de 2014. Durante este período, foram realizadas entrevistas com assessores de ministros, o que consistiu na principal fonte de obtenção de dados da pesquisa. Além disso, todos os elementos observados na Corte tiveram importância para a construção de uma visão global acerca do STF.

4.1. Sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal

A pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal revelou, em primeiro plano, que o funcionamento da Corte é muito maior e mais complexo do que é capaz de expor a TV Justiça. Para o desempenho de suas atividades, movimenta-se a uma gigantesca máquina administrativa. O STF ocupa uma grandiosa estrutura física no coração da Praça dos Três Poderes, em Brasília, que abriga todos os gabinetes dos ministros, as salas de sessão das duas Turmas e do Plenário, biblioteca, alguns restaurantes e garagem subterrânea. Os três prédios que compõem sua estrutura são interligados, o que permite a circulação dos servidores entre estes sem que deixem as dependências do Tribunal. Ao tempo da pesquisa, a Corte contava com 1.122 servidores efetivos, 745 servidores comissionados, e dez ministros.³⁶⁰ Os números apontam para uma média de 186,7 servidores para cada ministro.

³⁵⁸ A ideia é a mesma esposada por Del Dickson na obra *The Supreme Court in conference*, ao fazer observação empírica de como se comportam os juízes na Suprema Corte americana. Op. cit., p. xxiii.

³⁵⁹ Inspiraram esta pesquisa as ideias do antropólogo e advogado americano George E. Bisharat, que em artigo em que relatou suas vivências nos dois campos de estudo, ressaltou a importância de analisar as questões jurídicas com um olhar interdisciplinar. Cf. BISHARAT, George E. *Anthropology and Law as two sibling rivals*. *Antropolítica*, Niterói, n. 34, p. 121-136, 1. sem. 2013.

³⁶⁰ Cf. informações constantes do site do STF. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaQuantitativoPessoal/anexo/Transparencia__Demonstrativo_de_Pessoal.pdf. Acesso em 12.01.2015.

Dentre os aspectos que chamam atenção a partir da simples circulação pelos corredores do STF é a segurança – como é de se esperar –, impondo-se a necessidade de identificação de visitantes para ingresso nas diversas áreas da Corte, a cada vez que se deixa um setor e se adentra outro. A presença de vigilantes se faz notar, sobretudo, nos salões de sessão, tanto das Turmas, quanto do Plenário. O ingresso neste órgão é especialmente fiscalizado, já que o Plenário ocupa o prédio principal do Tribunal e os visitantes, ainda que estejam nas suas dependências, devem deixá-las e se dirigir à lâmina frontal pelo exterior dos prédios – diferente do que ocorre com os servidores. Todavia, como por regra em qualquer prédio público, não há dificuldades de circulação, bastando, para tanto, apresentar identificação e passar pelos sistemas eletrônicos de segurança.

A biblioteca do Supremo Tribunal Federal, aberta ao público, é ampla, dotada de um grandioso acervo de obras jurídicas. O serviço de consulta bibliográfica está disponível também para todo o Brasil, podendo as solicitações de trechos de obras serem efetuadas por email, sendo as respectivas cópias encaminhadas digitalizadas, via correio eletrônico, ou fisicamente, por Correios, mediante pagamento. Além disso, os servidores da Corte, especialmente os assessores de ministros, dispõem de um serviço específico de consulta, destinado à viabilização de seus trabalhos de assessoramento. As questões doutrinárias podem ser submetidas a uma equipe de pesquisa, que realiza a busca e envia os resultados através dos canais de comunicação internos da Corte.

A visita ao Tribunal tende a ser agradável pela arquitetura e pela qualidade das instalações. Em cada andar, há serviço de copeiros disponível, para a comodidade de todos que trabalham na Corte. Foi possível notar que, durante as manhãs, o movimento de pessoas é menor. Embora a partir das onze horas o prédio e as secretarias já estejam abertos aos advogados e ao público em geral, é à tarde que a circulação de pessoas aumenta consideravelmente. Nos gabinetes, em especial, os servidores, assessores e ministros costumam atuar mais no período vespertino, estendendo suas atividades até a noite. Não se pode afirmar que esta seja uma regra, mas durante os dias da pesquisa, notaram-se vários servidores deixando o Tribunal em horários noturnos e houve relatos de que isto frequentemente acontece. Talvez, o próprio agendamento das sessões colegiadas para as 14:00 horas acabe conduzindo a esta situação. Além disso, e possivelmente também em virtude dos dias de sessão de julgamento, o Tribunal tende a ser mais movimentado entre as

terças e quintas-feiras – o que, popularmente, se denomina, em toda Brasília, de “sistema TQQ” (terças, quartas e quintas-feiras).³⁶¹

Um elemento interessante que pode ser observado no STF são os incontáveis televisores dispostos em diversos locais de circulação comum, transmitindo, ao vivo, as sessões das Turmas e do Plenário e a programação da TV Justiça. Nos gabinetes dos ministros, há televisores individuais para cada assessor ou juiz auxiliar, em suas próprias salas ou baias, servindo justamente para possibilitar o trabalho de assessoramento aos ministros durante os encontros colegiados. Também para viabilizar esta atuação, os assessores e os ministros se valem do aplicativo eletrônico *Spark*, que serve para troca de mensagens instantâneas entre um grupo de indivíduos e é utilizado para comunicação entre eles – para esclarecimentos e informações solicitadas pelo ministro –, ao longo das sessões de julgamento. Houve informação, por parte de um assessor entrevistado, de que o serviço de suporte técnico em relação aos equipamentos de informática, em geral, é bastante eficiente no Supremo Tribunal Federal.

A visita aos gabinetes também evidenciou um aspecto importante a respeito da ausência de padronização quanto às instalações. O gabinete da Presidência localiza-se no prédio principal, nos andares superiores, sobre o Plenário, e suas instalações são mais modernas e luxuosas. Os demais gabinetes situam-se em prédio anexo, espalhados pelos seus andares. Foi possível identificar que até gabinetes localizados no mesmo andar, a poucos metros de distância um do outro, conservam características distintas quanto à divisão interna do espaço, aos acabamentos e até à decoração. O gabinete do Ministro Marco Aurélio, por exemplo, situa-se na cobertura do edifício, e conta com amplo espaço e boa iluminação natural. Informações “de corredores” apontam que o privilégio se deve à antiguidade do ministro na Corte.

Por certo, todos os ministros dispõem de espaço e conforto necessários para o digno desempenho de suas atividades. Um dado interessante é que todos os ministros têm à sua disposição elevadores particulares que, em geral, desembocam dentro de seus próprios gabinetes, permitindo que eles nem mesmo circulem pelos corredores, mas acessem suas instalações diretamente da garagem. Mas é possível inferir que o visual, como um todo, aponta para diferenças que podem ir além do espaço físico, simplesmente. Cada gabinete

³⁶¹ A expressão foi mencionada, em tom crítico – e oportunamente –, por um dos assessores entrevistados. De fato, a crítica procede, no sentido dos dias mais movimentados na Corte serem os mesmos dias das sessões de julgamento. Todavia, não se pode afirmar que esta dinâmica se aplique aos ministros e, principalmente, a seus assessores. Vários entrevistados destacaram o atarefado dia-a-dia que costumam enfrentar no desempenho de suas funções, relatando a extenuante jornada de trabalho todos os dias da semana.

parece refletir um pouco da personalidade do ministro titular. Alguns exemplos mais marcantes foram a sala de visitas no gabinete do ministro Luiz Fux, que é decorada pelos vários certificados, títulos e homenagens recebidos pelo ministro; a ante-sala no gabinete do ministro Dias Toffoli, de decoração sóbria, que ostenta uma grande pintura do perfil do ministro; e a destacada tela em homenagem à torcida do time de futebol carioca Flamengo, que decora coluna central na secretaria do gabinete do ministro Marco Aurélio.

Do mesmo modo, notou-se, em cada serventia, a presença de normas próprias de funcionamento, quanto às atividades desempenhadas por cada assessor ou funcionário – que também são tipicamente delimitadas no interior de cada gabinete – e, inclusive, no que diz respeito ao tratamento dispensado pelos servidores e à receptividade em relação aos que visitam a serventia – como no caso desta pesquisa. Na maioria dos gabinetes foi possível ingressar para realizar as entrevistas. Em um deles, porém, o assessor preferiu falar do lado de fora, e noutro, o acesso só foi concedido após ser constatado que a incursão se dava, de fato, com a finalidade de desempenhar pesquisa acadêmica, sem pretensões ligadas à advocacia, sob o argumento de que o ministro titular não permitia a presença de advogados.³⁶²

4.2. Entrevistas com assessores de ministros do Supremo Tribunal Federal

O objetivo da pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal, conforme mencionado, era compreender como a própria Corte se percebe em termos deliberativos, à luz do procedimento de formação da convicção dos ministros e dos elementos de interação entre eles, bem como a forma que o Tribunal se comporta em relação à produção de suas decisões finais. As questões que seriam indagadas aos entrevistados, portanto, focalizavam estes pontos, sem prejuízo de outros aspectos correlatos que não podem ser desconsiderados quando se trata do complexo processo decisório do Supremo Tribunal Federal – tendo em vista a intenção de produzir uma investigação de amplitude.

Sendo assim, as perguntas foram elaboradas a partir da pesquisa que já se encontrava em curso, ou seja, das observações e apontamentos surgidos em virtude do estudo teórico do procedimento decisório de grupo, da leitura de textos específicos sobre a Corte brasileira, da observação das sessões de julgamento do Plenário e da análise de

³⁶² Conforme será esclarecido adiante, as entrevistas foram sendo viabilizadas através de contatos entre os próprios entrevistados, razão pela qual se infere que o acesso aos gabinetes, em boa parte deles, apenas foi garantido a partir de uma relação de confiança entre os assessores que participaram da pesquisa.

decisões colegiadas (cujos resultados estão expostos nos capítulos anteriores). As questões dirigidas aos entrevistados foram as seguintes:

1 – Como é o dia-a-dia nos bastidores da mais alta Corte do Brasil e de que maneira os assessores contribuem para o trabalho dos ministros?

2 – Sabe-se que o STF recebe e lida com um imenso volume de processos. Qual o impacto disto para a atuação da Corte?

3 – Sobre a relação do Supremo Tribunal Federal com a opinião pública, e especificamente sobre os meios de comunicação da Corte com a sociedade, é possível afirmar que o fato de as sessões do Plenário serem transmitidas ao vivo possui alguma influência para o comportamento individual e deliberativo dos ministros?

4 – Quanto ao poder do Presidente de pautar processos para julgamento, cujos critérios não estão expressos em Regimento Interno, qual o impacto deste exercício para o Supremo Tribunal Federal?

5 – Sobre as inovações tecnológicas para celeridade dos trabalhos da Corte, como o exemplo do Plenário Virtual, é possível apontar algum aspecto negativo para a interação deliberativa entre os ministros?

6 – Quanto à dinâmica nas sessões do Pleno, é possível observar uma ritualística bem definida, no que diz respeito à ordem de manifestação dos ministros, por exemplo. É possível falar em acentuação ou atenuação desta característica conforme o passar do tempo ou em razão de algum outro fator?

7 – Sobre a fase de formação da convicção dos ministros, a doutrina aponta que estes decidem isoladamente, e que o fato de chegarem às sessões com seus votos prontos prejudicaria o atingimento de resultados mais consensuais. É possível afirmar que os ministros, de fato, decidem isoladamente e que isto torna o debate menos efetivo?

8 – Pode-se afirmar que os ministros se preocupam com a formação de consenso quanto aos fundamentos da decisão? Há alguma classe processual ou matéria em que se pode verificar maior esforço deliberativo dos ministros no sentido da formação de uma decisão una?

9 – Atualmente, tem-se observado o emprego de alguns recursos não previstos no Regimento Interno da Casa, no sentido de aprimorar o processo decisório, como a circulação prévia do voto ou da proposta de ementa do julgado. Com que

frequência isto ocorre na Corte e quais os fatores determinam esta postura? Esta prática tem mesmo gerado efeitos positivos para o processo decisório?

10 – Que outras iniciativas, caso existentes, podem ser pontadas como responsáveis pelo aprimoramento da atuação decisória da Corte?

11 – Sobre a fase de confecção da decisão final da Corte, aponta-se que o STF costuma emitir decisões muito extensas, nas quais é tarefa difícil identificar a *ratio decidendi*. Qual é a razão para os acórdãos trazerem a íntegra dos debates? É possível afirmar que a redação dos votos de maneira independente entre os ministros se liga a uma pretensão de preservar a independência decisória dos próprios ministros?

12 – Do ponto de vista de quem trabalha no interior da Corte, é possível enxergar o STF como instituição, no sentido da conservação de uma unidade? Ou a atuação da Corte pode ser melhor traduzida através de uma lógica fragmentada, marcada pela atuação individual dos onze ministros?

Por ocasião da visita ao Supremo Tribunal Federal, foram realizadas dez entrevistas em sete dos onze gabinetes dos ministros, sendo que, ao tempo da pesquisa, a Corte contava apenas com dez gabinetes em funcionamento normal, tendo em vista a vacância da cadeira ocupada pelo ex-ministro Joaquim Barbosa, aposentado em 31.07.2014. Entre os entrevistados, estiveram assessores jurídicos e juízes auxiliares³⁶³ incumbidos, em geral, de prestar suporte aos ministros da Corte.³⁶⁴

É importante considerar que as entrevistas somente foram sendo viabilizadas aos poucos. Inicialmente foram agendadas apenas três, a partir de contatos de colegas da Academia com assessores de ministros da Corte. Depois, já no STF, um primeiro e bem sucedido encontro possibilitou outros. Vários entrevistados contataram colegas solicitando que eles concedessem seus depoimentos e, assim, realizaram-se as dez entrevistas. Ainda, cumpre ressaltar que a pesquisa encontrou certa dificuldade para ser desenvolvida. Foi possível perceber um desconforto por parte dos assessores em receber e dar informações a um pesquisador, como se considerassem demasiada exposição de suas próprias figuras e/ou

³⁶³ Por razões didáticas, todos os entrevistados serão aqui tratados como *assessores*, termo que remete à atividade de assessoramento desempenhada por eles, independente de sua qualidade formal de assessor jurídico ou de juiz auxiliar.

³⁶⁴ Os entrevistados tinham formação jurídica e desempenhavam atividades típicas da função judicante, submetidas às determinações dos ministros a que são vinculados. Apenas não será mais minuciosamente relatada, nesta etapa, uma única entrevista realizada com um servidor integrante da Secretaria da Presidência, que relatou mais aspectos administrativos do que ligados às questões jurídicas ora destacadas.

dos ministros a que estavam vinculados. Um dos entrevistados chegou a alertar sobre a possível “limitação de sinceridade”³⁶⁵ a que a pesquisa estaria sujeita, já que os entrevistados poderiam não responder de forma desinteressada, mas defensivamente, sempre atentos quanto às possíveis consequências das suas afirmações.

Em virtude desta evidente resistência e da notória preocupação dos entrevistados com a repercussão de suas respostas, optou-se pela não identificação dos assessores. Esclareceu-se, também, que a pesquisa não tinha qualquer intenção de investigar os ministros ou gabinetes individualmente, mas de obter uma compreensão global da Corte sobre seu procedimento decisório e os resultados de sua atuação, de modo que respostas e questões concretas em particular não interessavam mais do que a visão sobre o conjunto. Por esta razão, até, não se vislumbrou prejuízo quanto à não identificação dos entrevistados.

Após as entrevistas, foi possível constatar alguns pontos de confluência entre as respostas. E, talvez, isto muito interessasse do ponto de vista da unidade, já que garantiria uma uniformidade de premissas tendente a conduzir a uma uniformidade de atuação. Todavia, os aspectos que merecem destaque por refletirem esta convergência são justamente aqueles nos quais se reafirma a característica de fragmentação que abaliza o Supremo Tribunal Federal. A resposta à questão sobre a atuação dos assessores, por exemplo, já apontou que cada qual, em cada gabinete, atua de uma maneira específica – embora, de modo geral, todos auxiliem a atividade judicante do ministro –, sinalizando que os gabinetes são células independentes dentro da Corte, tendo sua organização e funcionamento apenas determinados pelos ministros titulares.

A questão sobre o volume de processos submetidos à Corte também teve respostas bastante semelhantes, e, de modo geral, foi possível perceber que esta é uma questão central, que tem “impacto direto” sobre a atuação do STF, orientando-a em vários sentidos. Uma informação prestada pelos entrevistados remeteu-se ao expressivo número de processos “de massa”, como recursos extraordinários e agravos de instrumento em recursos extraordinários. Mencionaram-se, também, como significativas em termos numéricos, as reclamações, as ações ligadas à magistratura – como em face das decisões do CNJ, e as de matéria de pessoal (direito administrativo), direito tributário e direito penal. Realçou-se a “baixa liquidez do Pleno” para decidir ações de controle concentrado, sendo distribuídas, em números aproximados, cerca de vinte ADIs por gabinete por ano. Também foi ressaltado o “gasto de energia para afastar do exame do Supremo ações que não deveriam ser submetidas

³⁶⁵ Os termos que serão ressaltados com aspas reproduzem expressões empregadas pelos entrevistados, que, pela forma como foram colocadas, sintetizam suas ideias sobre a atuação da Corte quanto ao ponto indagado.

à Corte”, e o fato de os ministros estarem em constante vigilância sobre o acesso de feitos ao Supremo para “continuarem a ser capazes de prestar a jurisdição constitucional”.

Até este ponto não houve divergências relevantes. Mas em aparente postura defensiva, lembrou-se que os ministros, ao iniciarem os trabalhos na Corte, já “herdam acervo” e sempre precisam empenhar grande esforço inicial para diminuir o volume de trabalho. Alguns entrevistados se reportaram aos acervos dos gabinetes em que estão lotados, elogiando o trabalho interno no sentido de diminuir a quantidade de feitos. Outros se apressaram em esclarecer que “o ministro (a que estão subordinados) lê tudo”, enfatizando que o volume de processos não inviabiliza sua atuação individual. Destacou-se que tal volume de trabalho é típico do Judiciário e pode não ser um problema; para tanto, o “fluxo de trabalho deve ser preciso”, no sentido de que o gabinete deve se estruturar para bem gerir e decidir os feitos.

Por outro lado, ressaltou-se que a quantidade de processos “prejudica a Corte e compromete sua efetividade”, já que teria o condão de comprometer a energia individual dos ministros, que precisam fazer “esforço maratônico”, e a interação entre eles. Entendeu-se, ainda, que o volume de processos gera sobre o Tribunal uma constante pressão por produtividade, cujas tentativas de solução se materializam nas estatísticas mensais. Estas são divulgadas no sítio eletrônico da Corte e informam, por ministro, os números do acervo ao final do ano anterior, os processos distribuídos e baixados no ano corrente e o acervo atual. Além disso, consta a produção por mês, classificada de acordo com o tipo de decisão proferida, a indicação dos feitos conforme a competência (originária ou recursal), por classe, por situação e por localização física/eletrônica.

Este sistema, na opinião dos entrevistados que se reportaram a ele, produz um “ambiente ruim”, um “clima de competição velada entre os ministros”, instaurado em função da “ditadura da estatística”, a prejudicar a necessária harmonia no interior de um órgão colegiado e a cooperação entre os pares. Relatou-se que alguns ministros chegam a empregar certas “estratégias”, como lançar as decisões no sistema apenas último dia, possivelmente para não revelar aos colegas o quanto vêm produzindo e não estimulá-los a produzir mais. Relatou-se, ainda, que o volume de processos acaba por inviabilizar a atenção minuciosa a todos os feitos, e que o perfil do ministro, neste sentido, acaba sendo o vetor determinante de sua própria atuação, já que se torna inevitável separar os feitos a serem priorizados e os que serão objeto de análise menos acurada. Afirmou-se que, comumente, os ministros conferem maior relevância aos feitos de que são relatores, trabalhando apenas na medida do possível em relação os demais.

Alguns entrevistados defenderam a redução de competências por interpretação (sem alteração do texto constitucional) e ainda o instituto da repercussão geral, como mecanismos capazes de reduzir o número de processos submetidos à Corte. Entretanto, outros lembraram que o instituto da súmula vinculante, ao mesmo tempo em que objetiva sedimentar um entendimento jurisprudencial e evitar o ajuizamento de novos feitos, abre nova porta de acesso à Corte através das reclamações, que permite um amplo acesso *per saltum* das demais instâncias ao Supremo Tribunal Federal.

Sobre a terceira pergunta, atinente à relação da Corte com a opinião pública, notou-se certa convergência quanto à interferência da transmissão ao vivo das sessões no comportamento individual e deliberativo dos ministros. Ressaltou-se a diferença entre a atuação das Turmas, cujas sessões não são transmitidas, e do Plenário. Houve quem afirmasse, de maneira mais contida, não ser possível assegurar a alteração de comportamento individual – entendendo que o ministro ao qual estava submetido se comportava da mesma maneira na Turma e no Pleno –, sem deixar de reconhecer, contudo, que existem diferenças na atuação geral de cada órgão, em função da possibilidade de julgamento por listas de processos nas Turmas, por exemplo.

Outro relato, mais crítico, considerou que o telejulgamento gera a “projeção cênica de alguns ministros”, podendo até levar a uma queda em sua produtividade. Em geral, apontou-se que a “ultraexposição” do Plenário faria com que os ministros se preocupassem mais em “sair bem na foto”, impelindo-os a buscarem “atuações (individuais) de alto nível”. Todavia, várias respostas confluíram no sentido de destacar pontos positivos desta publicidade, especialmente sob a perspectiva colegiada. A sensação de exposição tenderia a fazer os se prepararem melhor para os julgamentos, e isto poderia elevar a qualidade da deliberação à medida que seriam trabalhados argumentos mais consistentes e profundos.

A questão da preparação individual para as sessões de julgamento esbarra no tema das próximas perguntas, em especial sobre o poder do Presidente de pautar processos para julgamento. “Discrecionabilidade absoluta” foi uma das expressões utilizadas para designar a ausência de critérios para a confecção da pauta e designação de data de julgamento pela Presidência do Tribunal, e o poder de determinar a agenda da Corte. Em geral, observa-se que esta, que é considerada uma das principais atividades do órgão, reflete perfil e preocupações individuais do Presidente.³⁶⁶

³⁶⁶ Foram destacadas as preocupações com a eficiência da Corte, em termos quantitativos, por parte do ministro Ricardo Lewandowski, atual Presidente, que têm pautado reiteradamente recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida a fim e liberar casos semelhantes que aguardam decisão do STF; bem como sua

Além disso, afirmou-se que a elaboração das pautas também seria determinada pelas influências externas à Corte, como a opinião pública. O apelo midiático maior ou menor de um determinado caso pode fazer com que varie também o tempo e o interesse em pautá-lo para julgamento. Um exemplo dado foi o caso da ADI sobre o financiamento de campanhas eleitorais (ADI nº 4650), que ingressou na Corte em 05.09.2011 e, após manifestações, realização de audiência pública e ingresso de *amicus curiae*, em 28.11.2013 teve sua inclusão em pauta requerida pelo relator, ministro Luiz Fux, o que foi prontamente atendido, iniciando-se o julgamento do feito na sessão de 11.12.2013, em menos de um mês.³⁶⁷ Temas como este “deslizam facilmente pela pauta”, afirmou-se.

O ponto envolve, ainda, a questão sobre o volume de processos. De modo geral, entende-se que a divulgação da pauta dita o ritmo das atividades no Tribunal. Várias respostas foram no sentido da pouca antecedência com que as pautas são divulgadas, o que faz com que haja um tempo muito reduzido para análise mais aprofundada dos feitos a serem julgados (dois ou três dias úteis), sobretudo diante da quantidade de processos que costumam a ser pautados, entre trinta e quarenta por semana, em números aproximados. Isto prejudicaria a deliberação, pois obstaría a elaboração de um trabalho de conhecimento, pesquisa e construção de argumentos mais aprofundados. A “superficialidade da análise aumentaria as chances de erro da Corte”, além de “estimular o caráter individual” nas deliberações.³⁶⁸ Por outro lado, quando são pautados muitos processos para um mesmo dia, a tendência é que haja uma deliberação de qualidade inferior. O exemplo mencionado por um dos entrevistados foi a designação de cinco ADIs para uma só sessão, “na verdade, não ocorre deliberação”, entendeu.

Mais sobre o aspecto interacional entre os ministros, indagou-se se certas inovações tecnológicas que objetivam conferir celeridade à atuação da Corte, como o Plenário Virtual, afastam os ministros, em termos deliberativos, já que eles se absteriam de debater sobre questões relevantes como a presença de repercussão geral. Houve certo consenso quanto à necessidade e positividade destas ferramentas para o trabalho do Tribunal, em virtude da

atenção para designar julgamento novamente àqueles processos pautados e não apreciados na sessão em que foram agendados.

³⁶⁷ A referida ADI questiona dispositivos da atual legislação que disciplina o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais (Leis 9.096/1995 e 9.504/1997). A ação teve seu julgamento suspenso, pela segunda vez, no dia 02.04.2014, em razão do pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Até a presente data, o feito não foi devolvido à apreciação do Plenário.

³⁶⁸ No gabinete da Presidência, obteve-se a informação de que está em andamento projeto para divulgação com maior antecedência das pautas de julgamento, com vistas a conferir previsibilidade à atuação dos ministros e da Corte. Todavia, a questão esbarraria em limites objetivos, como os pedidos de inclusão e retirada de processos da pauta na última hora (sobretudo aqueles de matéria penal, que têm preferência, nos termos do Regimento Interno), prática muito comum no STF.

maior celeridade que imprimem aos feitos submetidos à votação eletrônica. Ainda, mencionou-se a possibilidade, defendida por alguns ministros, de ampliação do uso do Plenário Virtual para decisão de outras questões preliminares além da presença de repercussão geral.

Todavia, não se negou, também, certo prejuízo que o mecanismo traria à deliberação. Um dos entrevistados considerou que “o problema do Plenário Virtual não seria de concepção, mas de operação”, já que não existem meios de garantir que o ministro compareça à votação eletrônica. Diferentemente do que ocorre no Plenário físico, onde os ministros se preocupam em justificar eventuais ausências, no ambiente virtual não há este controle e, por esta razão, é comum haver casos em que a repercussão geral é reconhecida por abstenção de votos dos ministros. As consequências podem advir depois, por exemplo, em casos em que o colegiado acaba discutindo, em Plenário, a possibilidade de exclusão da repercussão geral sobre um dado caso.

Sobre a Presidência, ressaltou-se o papel orientador que o órgão tem em relação à instituição. Cabe ao órgão a tarefa de integrar os onze ministros. Quanto ao formalismo observado nas sessões de julgamento, entendeu-se que é tarefa do Presidente primar pela ordem na Casa, ordenar o debate de forma democrática, “manter o capital de legitimidade da Corte, pois a sociedade não pode ver o Supremo Tribunal Federal como uma feira”, afirmou um entrevistado. Ponderou-se, também, que o Presidente pode ter postura mais ativa quanto à colheita dos votos, buscando construir um entendimento e não se cingindo somente à parte dispositiva. Afirmou-se, ainda, que o atual Presidente da Corte costuma conduzir os trabalhos de forma bastante cordial, conferindo possibilidade de manifestação a todos os ministros, inclusive fora da ordem regimental de votação.

Quanto à fase decisória, de debates orais em sessão Plenária de julgamento, em geral entende-se que a crítica sobre a formação isolada de convicção dos ministros, antes das sessões, é válida, mas que seria uma “ingenuidade achar que não haveria formação de precompreensão” no momento da preparação individual para o momento da deliberação. Houve quem fosse veemente no sentido de afirmar que “ocorre verdadeiro teatro”, já que antes das sessões já se tem noção do resultado, e que esta ocorreria por mera formalização, o que seria, inclusive, um “desrespeito com o trabalho do advogado” que comparece para fazer sustentação oral. Todavia, várias respostas foram comuns no sentido de reconhecer os benefícios da preparação de voto individual antes da sessão para elevar o debate, em razão da qualidade dos argumentos que trazem a esta ocasião. Um dos entrevistados ponderou que “a deliberação não se inicia às 14:00 horas da quarta-feira, quando os ministros se reúnem

em sessão.” A deliberação, acerca de um determinado feito, começaria bem mais cedo, quando este é pautado para julgamento, e certas influências externas, como da mídia, bem como os movimentos de bastidores, começam a arquitetar os contornos do julgamento.

Outras respostas foram no sentido de que é impossível preparar e finalizar todos os votos (em função do volume de processos), e que por mais que este seja redigido previamente à sessão de julgamento, o momento é importante para aperfeiçoar o processo de decisão, já que ocorrem dúvidas, questões ficam em aberto, e só têm resolução após o debate em Plenário. A modulação temporal dos efeitos da decisão foi citada como exemplo de questão que costuma ser tratada somente após os debates. Este momento serviria, ainda, para externar as individualidades, que têm considerável peso na solução de questões pelo STF. Também se entendeu que não é rara a alteração dos votos dos ministros após as sessões de julgamento, o que denotaria certa disposição ao convencimento pelos pares, independente da elaboração prévia de suas opiniões. De modo geral, entende-se que o processo de deliberação não é perfeito, mas que o procedimento adotado pela Corte brasileira, neste aspecto, não é responsável por eventuais déficits no resultado geral da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a formação de consenso, vários entrevistados afirmaram que este objetivo é valorizado mais por alguns ministros do que por outros. Além disso, afirmou-se que a formação de consenso nem sempre é um importante orientador das decisões. Também se reconheceu variação da preocupação com o consenso conforme a natureza do processo. Neste sentido, apontaram-se, reiteradamente, os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e as propostas de súmula vinculante como casos em que se confere maior atenção ao consenso. Os entrevistados afirmaram nota-se, até, preocupação quanto ao convencimento dos pares, porém, sem que a impossibilidade deste inviabilize a tomada de decisão.

Foi possível observar certa ausência de consciência sobre a relevância do consenso quanto aos fundamentos das decisões, diante da diversidade de respostas convergindo no sentido de que não há maiores preocupações em relação ao tema. Reconhece-se, até, que “há espaço para concessões, mas também pontos inegociáveis”, sobre o que os ministros assentam suas convicções. Assim, em geral, apontou-se que o ministro se preocupa, ao defender uma determinada tese, que esta se sagra vencedora, mas não necessariamente em razão dos fundamentos que levaram à sua construção.

Um dos entrevistados considerou que a consciência sobre a necessidade da formação de consenso depende da composição da Casa. Avaliou, ainda, que a “composição

(majoritariamente) professoral” da Corte atual, ao mesmo tempo em que tende a elevar a qualidade dos argumentos e fundamentos de decisão, pode “atrapalhar” a formação de consenso, já que o destacamento de detalhes nos julgamentos pode gerar maiores divergências entre os ministros e aumentar o ônus de convencimento dos pares. Outro entrevistado, em sentido semelhante, apontou que a elevada racionalização dos temas postos em julgamento, ao mesmo tempo em que pode ser positiva para qualidade das decisões finais, poderia, também, prejudicar a consecução do principal desiderato da Corte, que é pôr fim aos conflitos, decidir. Em tom crítico, considerou que a excessiva “criatividade das proposições”, assim como as “ilusões”, os votos “manual de instruções”, deveriam ser excluídos da atuação do Judiciário, sob pena de inviabilizar o próprio consenso.

Sobre as iniciativas não previstas em Regimento Interno que têm sido apontadas como responsáveis pelo aprimoramento do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, todos os entrevistados mencionaram a troca de votos entre os ministros, mas não conferiram a mesma importância à atividade, tendo alguns, inclusive, criticado-a. Segundo informações, a prática foi instituída há cerca de um ano, por iniciativa de assessores do ministro Luiz Fux, e tem sido cada vez mais aceita no Tribunal. Ficou claro, todavia, que a troca de votos não é um procedimento institucionalizado (ainda que somente inscrito nas práticas), mas baseado na relação de confiança entre alguns ministros.³⁶⁹ À exceção do ministro Marco Aurélio, que declaradamente não adere à prática³⁷⁰, sob o argumento da preservação de sua liberdade decisória, todos os demais ministros têm por hábito trocar votos antes das sessões.

A frequência e a forma com que isto acontece é que variam, de acordo com critérios particulares de cada ministro. Costuma-se circular a íntegra do voto e/ou a proposta de ementa. Obteve-se a informação de que, em geral, os votos são distribuídos de forma impressa, em envelopes fechados, entregues diretamente aos gabinetes dos colegas. Todavia, observou-se que este é um mecanismo empregado não somente pelos ministros, mas utilizado de maneira mais ampla e informal também pelos assessores, que não raro trocam votos entre si – por via eletrônica, por exemplo – sempre com anuência dos ministros, e

³⁶⁹ Segundo informações, quanto à prática da troca de votos, há maior interação entre os gabinetes dos ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli, Teori Zavascki e Roberto Barroso. Sobre o assunto, foi possível observar uma clara afinidade entre os gabinetes dos ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, que contam com diversos assessores egressos da mesma instituição, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, de onde também provêm os referidos ministros. Cabe considerar que tais contatos prévios tendem a estreitar relações na Corte, e facilitar o intercâmbio de informações.

³⁷⁰ O Marco Aurélio não adere à prática de troca de votos antes das sessões, sob os argumentos de defesa de sua independência decisória e da publicidade dos julgamentos. Cf. COSTA, Sylvio. SARDINHA, Edson. Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF. *Congresso em Foco*, 17.04.2014. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em 04.11.2014.

travam debates sobre o caso. Estes atos geram intercâmbio de informações, que serão levadas aos ministros e, de alguma forma, também repercutem para a composição dos seus votos.

Alguns entrevistados ressaltaram, criticamente, que a troca dos votos poderia ser mais prejudicial ao consenso do que benéfico, já que os ministros que divergissem das opiniões dos colegas poderiam melhor preparar seus votos para rebater os argumentos dos pares. Um dos entrevistados manifestou preocupação com o vazamento de informações, especialmente quando em discussão casos que despertam maior interesse social e midiático – a reforçar a importância das relações de confiança (sempre questionáveis) entre os ministros da Corte. Por outro lado, reconheceu-se a possibilidade de diminuir as incidências de pedidos de vista, caso os ministros cheguem às sessões mais afinados quanto às posições dos seus pares, e já tendo tido contato com argumentos e teses que não estiveram no raio de suas considerações.

Além da circulação prévia dos votos, os ministros possuem outros mecanismos de interação extra Plenário que podem interferir na solução dos feitos em julgamento. Os entrevistados apontaram o intervalo das sessões, em que os ministros se reúnem num café privativo, como um momento propício à troca de opiniões e informações de processos. Também mencionaram as sessões administrativas, previstas em Regimento Interno³⁷¹, como oportunidades para discussão de questões relevantes relativas aos casos sob apreciação da Corte. Informou-se que é raro, mesmo para os assessores, tomar ciência a respeito da interação, nos bastidores, entre os ministros. Todavia, afirmou-se que estes se conhecem, sabem das trajetórias, tendências e preferências uns dos outros, e que muitos têm afinidades entre si, e podem se comunicar, buscar harmonizar entendimentos com vistas a obterem associação ou apoio para suas teses.

Sobre a redação final das decisões, a maioria das respostas convergiu no sentido de criticar o fato de as decisões da Corte serem, em geral, extensas, e de reconhecer que há dificuldades para identificar a *ratio decidendi* da mesma. Apontou-se como problemática a ausência de uma fase pós-decisória, à semelhança do que ocorre na Corte americana, por exemplo. Considerou-se negativo que as decisões do STF constituam uma mera reprodução do que ocorre na fase decisória, especificamente nos debates do Pleno. Também, entendeu-se que a exposição dos votos individuais de cada ministro no acórdão guarda alguma pretensão de se preservar a figura individual do julgador, mas nem todos os entrevistados

³⁷¹ Arts. 151 a 153, RISTF.

consideraram isto um problema. Vários deles apontaram como positiva a divulgação dos debates e das opiniões individuais, como forma de dar publicidade à atuação da Corte, bem como para a “manutenção histórica dos argumentos”, no sentido de se garantir a possibilidade de, a qualquer tempo, verificar como evoluiu o pensamento do Tribunal a respeito de determinado instituto.

Sobre o tamanho das decisões, um entrevistado considerou que “em tempos remotos, não havia tecnologia para que a Corte lançasse votos longos”, e que tal característica das decisões é um advento da modernidade. Também a composição da Casa por magistrados acadêmicos contribuiria para a redação de votos mais longos, já que estes tenderiam a ser mais minuciosos em termos teóricos. Além disso, admitiu-se a frequente dissonância entre as ementas, que geralmente refletem a posição do relator, e a redação da íntegra dos julgados. Houve quem apontasse que esta é a tendência natural das decisões (de o relator expressar seu ponto de vista nas ementas), e também quem criticasse a ausência de “mecanismo institucional que previna a ocorrência destas situações”. Alguns entrevistados reforçaram a ideia de que as ementas deveriam ser mais claras, contendo “relato resumido dos fatos, da controvérsia, notícia sobre o que se decidiu e a tese fixada”. Isto, segundo mencionado, facilitaria o trabalho da Corte em processos futuros (indicando a possibilidade de valorização da própria jurisprudência da Casa), e seria benéfico para o tempo de tramitação dos feitos, pela possibilidade de evitar a oposição de embargos de declaração, por exemplo.

Em geral, os entrevistados reconheceram que as decisões finais do Supremo Tribunal Federal, pela forma como são divulgadas, causam problemas para a comunidade jurídica, à medida que dificultam a utilização e aplicação dos precedentes pelos diversos operadores do Direito. Mas não se pode afirmar que exista uma unanimidade a respeito dos custos disto para a atuação da Corte. Alguns entrevistados entenderam, mais resignadamente, que se trata de questão típica da cultura jurídica brasileira a fidelidade somente à Constituição e aos seus termos. Apontou-se, ainda, que tal não repercutiria para a legitimidade do STF perante a sociedade, já que, para esta, não seriam relevantes os fundamentos invocados para a decisão, mas somente a decisão em si. Um entrevistado apontou que a “percepção social sobre a Corte restaria intacta” mesmo diante da divulgação de decisões de fraco caráter institucional quanto aos seus fundamentos – denotando que a formação de consenso não seria relevante para a sociedade, já que “a legitimação não poderia se basear em critérios não dominados pela massa”.

A última questão das entrevistas, no intuito de sintetizar os pontos trabalhados, dizia respeito à compreensão da Corte sob a ótica de quem atua nos seus bastidores, vivendo o seu dia-a-dia. Buscava-se entender como o próprio Supremo Tribunal Federal se percebe, em termos deliberativos. Indagou-se se o STF poderia ser melhor definido como unidade ou como fragmentação. Neste ponto, todas as respostas, unanimemente, apontaram que o Supremo se trata de uma Corte pautada pela lógica da fragmentação. É interessante destacar que muitos entrevistados se mostraram surpreendidos pela pergunta, afirmando que nunca haviam refletido mais profundamente sobre este aspecto. Todavia, acabaram por afirmar que prevalecem as individualidades dos ministros em detrimento de um sentimento institucional. Metáforas interessantes foram empregadas pelos entrevistados para definir o Supremo Tribunal Federal, como “onze autarquias”, e “onze camisas 11”.³⁷²

Diante da exaltação das figuras individuais dos ministros, observou-se convergência no sentido de que é a Presidência o órgão responsável pela integração entre os membros da Corte, conduzindo os trabalhos de forma a uni-los e a harmonizar os interesses. Houve algumas respostas no sentido de apontar que a Corte somente se comporta como instituição quando estão em cheque as prerrogativas e a manutenção do seu poder frente aos demais Poderes da República e à própria sociedade, ou seja, quando em postura defensiva, corporativa. Dois entrevistados mencionaram, como exemplo, a decisão do Plenário da Corte que confirmou a liminar concedida pelo ministro Gilmar Mendes no caso da prisão temporária do banqueiro Daniel Dantas, durante a operação Satiagraha da Polícia Federal, em 2008. Na ocasião, o Supremo foi alvo de intensas críticas e precisou reafirmar sua posição institucional.³⁷³

³⁷² Não foi possível identificar se estas metáforas se reportavam à expressão “onze ilhas”, cunhada pela doutrina. Mas, notou-se que tal expressão não foi mencionada pelos entrevistados que utilizaram referidas metáforas, que também manifestaram certo desconhecimento sobre a discussão ao verbalizarem ausência de reflexão prévia sobre o assunto. Estas observações levam a crer que, tal como a doutrina, a percepção da Corte sobre ela mesma também se liga a uma lógica mais fragmentada, menos de unidade institucional.

³⁷³ No julgamento do mérito do *habeas corpus* 95009, impetrado pelo banqueiro Daniel Dantas e sua irmã Verônica Dantas, o Plenário confirmou liminares concedidas monocraticamente pelo ministro Gilmar Mendes, garantindo a liberdade dos pacientes. A decisão foi tomada por maioria de seis ministros. No caso, o Supremo sofreu muitas críticas, em razão do contexto de concessão das liminares. O juiz federal Fausto Martin de Sanctis, da 6ª Vara Criminal de São Paulo, havia determinado a prisão preventiva de todos os investigados na operação Satiagraha. Com a impetração do HC pelo banqueiro, foi concedida liminar pelo ministro Gilmar Mendes para sua soltura. O juiz federal decidiu, novamente, no dia seguinte, sob a alegação de novas provas juntadas aos autos, pela prisão do banqueiro, e, mais uma vez, o ministro do STF determinou a soltura por meio de liminar. Gilmar Mendes, em sua decisão, criticou explicitamente o juiz Fausto de Sanctis, considerando que ele estaria se recusando a cumprir decisão do STF. Na época, o caso teve grande repercussão, e o ministro Gilmar Mendes foi alvo de muitas críticas por parte da mídia, de magistrados e membros do Ministério Público.

4.3. Audiência de sessão colegiada

Durante a visita no Supremo Tribunal Federal, houve oportunidade, ainda, de assistir a sessões de julgamento de Turma e do Plenário. De fato, há diferenças entre os ambientes, que já começam pelas próprias competências dos órgãos, passam pelo número distinto de julgadores em cada um deles, e pelo diferente nível de exposição dos respectivos atos. A partir da audiência da sessão da Primeira Turma, observou-se que os julgamentos são mais céleres. Além disso, não somente não há transmissão televisiva dos encontros, como a plateia que assiste às audiências é diminuta. Aqueles que comparecem, sobretudo advogados, não costumam acompanhar toda a sessão, mas apenas o julgamento daqueles processos que os interessam. No Plenário, ao contrário, as sessões constantemente são assistidas por um número maior de pessoas. Comumente, além dos advogados que aguardam julgamento dos feitos que patrocinam, comparecem estudantes e visitantes em geral.

A transmissão via TV Justiça, contudo, não revela alguns elementos que puderam ser observados ao vivo. Um elemento que pode ser ressaltado de antemão é a exigência de traje social para adentrar ao Plenário – com exigência de blazer inclusive para mulheres – o que foi comunicado pela equipe de segurança na ocasião do acesso ao salão do Pleno. Entretanto, já no interior do órgão, foi possível observar algumas pessoas trajando roupas menos formais. A sessão é marcada por formalismos. Durante esta, os ministros são assessorados pelos seus “capinhas”, ou assistentes de plenário, disponíveis para auxiliar os magistrados no que for necessário.³⁷⁴ Aqueles que sobem ao tablado, além dos ministros e dos capinhas, como é o caso de um assistente de informática eventualmente requisitado, precisam usar as vestes solenes.

É comum imaginar que os ministros pouco interagem durante as sessões, para além dos debates travados entre todos eles. Isto é verdade até certo ponto, encontrando barreira, de fato, no formalismo que orienta as manifestações. Mas a audiência das sessões revelou algumas conversas informais entre os pares. Numa ocasião na sessão assistida, o ministro Marco Aurélio levantou-se e dirigiu-se a falar com o ministro Luiz Fux, em particular. Na

³⁷⁴ Os “capinhas” são considerados verdadeiros anjos da guarda dos ministros em Plenário. Eles providenciam cópias, arrumam os livros, servem água e café, carregam papeis, vestem a toga dos ministros e puxam suas cadeiras quando estes vão se sentar na bancada. Alguns deles convivem durante anos com os ministros, e conhecem seus gostos e manias. Ver COSTA, Fabiano. Saiba quem são os capinhas, 'anjos da guarda' dos ministros do STF. *GI*, Política, 13/08/2012. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/08/saiba-quem-sao-os-capinhas-anjos-da-guarda-dos-ministros-do-stf.html>. Acesso em 03.02.2015.

mesma sessão, o ministro Dias Toffoli, de seu assento, chamou o ministro Luis Roberto Barroso e questionou se ele negaria provimento ao pleito em discussão, obtendo um aceno positivo, com a cabeça, como resposta. Estas manifestações também podem ser consideradas de bastidores, já que não se tornam públicas nem envolvem os demais ministros, e, por certo, têm alguma influência sobre os posicionamentos individuais e sobre o resultado final da demanda.

A sessão Plenária também revelou que a exposição do relatório pelo ministro relator do feito, bem como a leitura de votos pelos demais ministros, são momentos em que se observa alguma dispersão entre os pares. Durante os relatórios na sessão assistida, os magistrados mantiveram-se checando seus computadores, falando com seus “capinhas”, concentrando-se em leituras particulares ou conversando entre si e, não necessariamente se concentraram naquele ato inaugural do julgamento. O mesmo foi observado quanto às sustentações orais, que nem sempre são objeto de atenção pelos ministros. Também, durante a leitura de um voto, flagrou-se o ministro Celso de Mello em meio a um breve cochilo. Os ministros também deixam o Plenário durante as sessões. Não é possível verificar a frequência com que tal ocorre; na sessão assistida, pelo menos os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Luiz Fux se retiraram da bancada durante o julgamento, não sem antes falarem ao ouvido do ministro Presidente.

4.4. Algumas conclusões

A pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal serviu exatamente ao seu propósito inicial, de obter uma visão da Corte sobre si mesma, em busca de respostas para a hipótese de que a alteração do procedimento decisório pode tornar a Corte mais deliberativa. Antes de tecer comentários sobre os resultados em relação à hipótese, cabe revelar algumas outras impressões obtidas através das entrevistas. Dentre os entrevistados, havia juristas com as mais variadas formações e experiências profissionais anteriores ao ingresso no STF. Diante do propósito de não identificar os entrevistados, não foram feitas perguntas sobre a formação acadêmica, mas foi possível perceber uma maior inquietação quanto aos aspectos perguntados por parte de alguns entrevistados que demonstravam ter *background* acadêmico e dominar, ainda que parcialmente, a discussão sobre a possibilidade de aprimoramento do Supremo Tribunal Federal através da alteração do seu procedimento. Já outros entrevistados que demonstraram perfil mais prático, revelaram-se mais conformados e criticaram menos a atuação decisória da Corte.

Um aspecto que saltou aos olhos foi a imensa estrutura física e de pessoal do Supremo – o que, na verdade, é algo esperado quando se trata da mais alta Corte do país, com jurisdição em todo o território nacional, e que atende tão vultoso volume de processos. Mas é a operacionalização de todo o trabalho que, neste contexto, merece ser considerada, já que seria impossível, para onze ministros, lidar com todo o trabalho por si sós. Um entrevistado relatou que o desafio das atuações dos assessores é pensar, no desempenho de suas funções, como se fossem os próprios ministros, por razões de coerência da atuação deles e de celeridade. Ou seja, ainda que todo o trabalho seja revisto pelos ministros, nos gabinetes há estruturas que refletem o ministro titular, como se cada integrante e, sobretudo, cada assessor (que lida diretamente com trabalho intelectual), fossem tentáculos deste. É isto – este forte traço individualista – que viabiliza a atuação do Tribunal.

Sobre a fase decisória e a interação entre os ministros, um entrevistado apontou dois fatores que teriam ocorrido concomitantemente e teriam sido responsáveis por uma sensível transformação da Corte: o advento da TV Justiça, em 2002, e as mudanças na composição da Casa, sobretudo após 2003, com as indicações do Governo Lula. Estas situações teriam tornado o STF mais aberto e politizado, o que também teria contribuído para o afastamento dos ministros e a diminuição da interação entre eles.³⁷⁵

Todavia, de modo geral, foi possível perceber um sentimento comum de que o Supremo está a atravessar fase de transição. O destaque da Corte na mídia e na cena política parece ter deixado-a mais vulnerável a estudos e críticas de diversas naturezas. E talvez sejam estes os estímulos que estejam determinando algumas das transformações que estão por vir. Neste sentido, um entrevistado foi enfático ao definir que “o Supremo não muda por forças internas, mas pelas movimentações que vem de fora”. A afirmativa denota que o Tribunal é muito suscetível às questões políticas, e que esta característica vem se intensificando com o passar do tempo.

As entrevistas revelaram que o Supremo Tribunal Federal se afigura mais como uma Corte fragmentada. É, em sua essência, um Tribunal de onze ministros independentes. Tal não se observa somente através das afirmativas daqueles que reconheceram, expressamente, o isolamento entre os membros do Tribunal, mas também nos conjunto dos próprios depoimentos tendentes a “proteger” ou enaltecer as atuações individuais dos

³⁷⁵ Lembrou-se, ainda, que em tempos mais remotos, quando os ministros residiam em apartamentos funcionais mantidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, as relações pessoais entre eles eram mais estreitas, cogitando-se da existência de inúmeras possibilidades de discussão dos feitos para além do momento do Plenário, além de uma maior afinidade que se coadunaria com um processo decisório mais tranquilo e mais tendente ao consenso.

ministros. Ficou nítido que cada gabinete é uma célula independente, e que há um problema generalizado de comunicação. Mas isto não parece ser uma questão relevante para a Corte. Embora haja alguma consciência a respeito destas características, pouco se questiona sobre elas. Sob perspectiva deliberativa, portanto, foi possível perceber que há, sim, déficit de colegialidade, enquanto postura decisória. Por conseguinte, de responsabilidade quanto à formação de decisões institucionais.

No que tange à formação e divulgação das decisões, pode-se observar que este é um aspecto mais facilmente identificado como problemático. Os entrevistados reconheceram a necessidade de produção de decisões mais homogêneas e de fundamentação clara, e quase todos apontam como responsáveis por esta falha fatores histórico-culturais. Alguns aspectos pontuais do procedimento foram destacados para serem aprimorados, como a divulgação das pautas com maior antecedência, para permitir melhor preparação dos votos; e maior atenção à redação da decisão, em especial às ementas, que deveriam ser mais claras e conter resumo dos fatos, da controvérsia e da decisão.

CONCLUSÃO

No contexto atual, de ascensão política do Poder Judiciário, fenômeno de proporções globais, o presente trabalho se propõe, como objetivo geral, a discutir a legitimidade da atuação judicial observando o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, através de uma perspectiva institucional. Vislumbrada a possibilidade de encontrar soluções para tal dilema dentro do próprio Poder Judiciário, e identificado que, por aqui, muito pouco se questiona a atividade judicial em si, seguiu-se a estudar a Corte sob viés crítico quanto ao modo como esta se coloca perante os jurisdicionados.

Tomando como marco teórico doutrina recente que aponta que o Supremo Tribunal Federal se apresenta mais como “onze ilhas” do que como uma unidade institucional, buscou-se investigar quais elementos poderiam concorrer para esta dinâmica. Destacaram-se, nesta seara, os fatos de os ministros decidirem em isolamento e previamente às sessões de julgamento, e de as decisões da Corte constituírem uma soma das decisões individuais. Identificou-se, assim, que o procedimento estabelecido em Regimento Interno e consolidado como prática institucional poderia ter repercussões sobre um possível déficit de colegialidade, enquanto postura decisória, e de impossibilidade de clareza quanto aos fundamentos das decisões.

Para avaliar estas questões, na prática do Supremo Tribunal Federal, valeu-se, em primeiro plano, de um estudo teórico destinado a compreender o processo decisório colegiado, obtendo premissas para a avaliação do caso brasileiro. Foi possível identificar que o processo decisório pode ser dividido em pelo menos três fases, das quais se ressaltam, para a realidade em exame, as fases decisória e pós-decisória. Estes dois momentos comportam a formação da convicção e a redação da decisão. Compreendeu-se, também, que, em colegiado, os indivíduos estão sujeitos a uma série de pressões típicas da pluralidade de julgadores e que, neste sentido, diversas variáveis podem concorrer para a tomada de decisão no grupo. Ainda, neste intróito teórico, discutiu-se que as decisões podem passar por diferentes regras de redução argumentativa, assumindo diferentes formatos. Em cada um destes momentos, frisou-se a importância de um referencial deliberativo a coordenar as ações, sob pena de se perder na própria efetividade das determinações judiciais.

Num segundo estágio, antes de analisar o Supremo Tribunal Federal à luz dos referenciais teóricos do primeiro capítulo, valeu-se de breve esforço comparativo, a fim de compreender as experiências de jurisdição constitucional americana e alemã. A escolha dos referidos modelos se deu em razão da intensa influência que eles exercem sobre o caso

brasileiro, mas, sobretudo, em virtude das profundas diferenças que podem ser verificadas em cada um deles. Buscava-se compreender o procedimento decisório e suas consequências na Suprema Corte dos Estados Unidos da América e no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com pretensões de obter elementos para entender as possíveis falhas e/ou virtudes do procedimento no Supremo Tribunal Federal.

Foi possível constatar que a Suprema Corte americana, em geral, adota modelo de decisão que pode ser considerado um híbrido, uma vez que a formação da convicção dos *justices* se dá de forma independente, mas existem mecanismos procedimentais que induzem esforços deliberativos para que a decisão produzida seja una, sem prejuízo das divergências. O processo decisório nos EUA é externo, já que a Corte sofre muitas influências políticas e decide de maneira aberta ao público, privilegiando a interlocução com este. Ao contrário, o Tribunal Alemão privilegia a deliberação no interior do órgão judicial, decidindo em sessões secretas e divulgando decisões que, normalmente, representam a opinião institucional. Este arranjo facilita a construção de decisões consensuais, mas perde em publicidade e transparência, que são características do modelo oposto de procedimento decisório.

Estas constatações foram importantes para nortear o estudo do STF. Nesta etapa, ainda, trabalhando de forma mais analítica do que em relação às outras realidades estrangeiras, analisou-se o procedimento decisório do STF e discutiu-se sobre algumas peculiaridades do caso brasileiro. Foi possível compreender, a partir disso, que no Supremo os ministros formam suas convicções no isolamento de seus gabinetes, tomando contato com o processo, individualmente, antes da sessão de julgamento. Esta ocasião é a única oportunidade prevista para análise e discussão sobre o feito, e não são estabelecidos maiores procedimentos para a última fase do processo decisório, quanto à redação da decisão final. O processo decisório no STF, neste sentido, pode ser reputado puramente agregativo e externo.

Nos terceiro e quarto capítulos, através de pesquisa empírica, procurou-se investigar, no dia-a-dia da Corte, como estes fatores se manifestam. Além disso, intentava-se averiguar se, de fato, haveria um déficit de colegialidade e se o procedimento poderia estar relacionado a tanto. Sem prejuízo, o estudo ainda buscou analisar a forma das decisões, a clareza quanto aos fundamentos e a tese jurídica fixada. Para a consecução dos referidos objetivos, valeu-se de uma análise global do STF, cuja complexidade demandava a sua avaliação por diversas frentes. Além da audiência das sessões de julgamento, foram analisados acórdãos de mérito em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, e, ainda, realizou-se pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal, com entrevistas a assessores dos ministros da Corte.

Os resultados apontam que o Supremo Tribunal Federal pode ser melhor definido como “onze ilhas” do que como uma unidade institucional. A pesquisa de campo foi capaz de revelar que há, enraizada na Corte, uma cultura de fragmentação. Isto se reflete no procedimento decisório, mas não é o procedimento que determina o isolamento entre os colegas. Exatamente por isto, pode-se afirmar que a alteração do procedimento não basta para que o Supremo se torne mais deliberativo em sua atuação. Mais do que isso. Cogita-se até que haja certa inviabilidade de alteração do próprio procedimento em função da tradição de salvaguardar a independência de cada julgador.

Esforços neste sentido vêm sendo empenhados por alguns ministros. Mas a adesão não é total. O ministro Marco Aurélio, como visto, opõe-se veementemente a iniciativas como a troca de votos, sob o argumento da preservação de sua independência decisória. Neste sentido, pode-se afirmar que o procedimento está intimamente ligado à lógica de fragmentação que permeia a Corte, mas sua alteração não basta para amenizar o déficit de interação entre os colegas. Ao contrário, é a transformação da mentalidade que pode determinar tais mudanças. Isto significa que, possivelmente, nada disto acontecerá de pronto, mas dentro de algum tempo, dependendo, portanto, também de elementos como a composição da Casa – ou seja, de concepções individuais dos seus membros.

Por outro lado, a análise dos acórdãos permitiu identificar que já há alguma preocupação com o assunto. A repercussão geral, instituto que só recentemente passou a ser utilizado como filtro recursal no STF, representa moderna alternativa ao imenso volume de processos que congestionam a Corte, além de demandar maior esforço deliberativo no sentido da fixação de uma tese jurídica capaz de por fim ao conflito no caso concreto, bem como orientar a atuação do Judiciário em casos futuros. Não foi por acaso que se elegeram estes feitos como objeto de estudo. É notória a preocupação dos ministros, nos julgamentos de RE com repercussão geral reconhecida, com a clareza daquilo que se decide. Isto é verbalizado com certa frequência e costuma constar, inclusive, do inteiro teor dos acórdãos. Não se despreza, também, a justiça do caso concreto, razão pela qual, constantemente, se decidem os REs de forma minimalista, optando-se pela modulação dos efeitos da decisão, para que esta atinja somente casos futuros.

Dos acórdãos de RE com repercussão geral reconhecida, verificou-se, ainda, que as decisões raramente são tomadas sem que haja uma densa discussão. Em boa parte das vezes, notou-se a presença de apartes feitos por quase todos os ministros presentes. Isto, evidentemente, significa que argumentos variados estão sendo trazidos e, portanto, considerados para a decisão final. Os casos analisados revelaram que, na maioria das vezes,

o voto do relator sofre alguma modificação, ou é complementado por sugestões trazidas por outros ministros. Também foi possível perceber que os próprios ministros se referem aos seus votos ou dos demais membros da Corte como “proposta”, sinalizando alguma disposição em persuadir e ser persuadido pelos colegas. Esta é, nos termos definidos neste trabalho, uma postura colegiada, que viabiliza a deliberação.

Vale observar, ainda, que, por mais que os votos venham (pré) prontos de cada gabinete, após reflexões prévias às sessões, as decisões nos REs pareceram ser tomadas na hora. Foram observados o ajustamento de votos, a concessão quanto a termos e expressões que não agradavam aos ministros, e mesmo a concordância quanto ao resultado final em contextos de divergência. É possível inferir também, a partir disto, que existe consciência sobre a necessidade de emanção de decisões consensuais, tanto quanto possível. Ao menos em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Todavia, por diversas vezes, foram flagradas manifestações opostas a este espírito decisório, em defesa dos próprios posicionamentos, ou de que “não se pretendia convencer ninguém”. Quase sempre, tais manifestações se seguiram a discussões calorosas ou ocorreram em momentos em que se percebeu que o acordo em relação a algum ponto específico era impossível. Se a postura deliberativa do STF não é a ideal, pode-se cogitar que, aqui, há um germe para algumas possíveis transformações futuras.

Quanto à forma das decisões e à clareza quanto aos fundamentos que se espera das emanções da mais alta Corte do país, pode-se afirmar que, neste ponto, identifica-se a questão mais gravosa. Mesmo nos RE com repercussão geral reconhecida, onde manifestamente se atenta para a nitidez e objetividade da tese jurídica, os acórdãos são pouco conclusivos. Os fundamentos decisórios estão diluídos ao longo do texto – é o mesmo que acontece com as demais decisões – e a tese apenas se faz resumida na ementa, que nem sempre reflete a amplitude dos fundamentos carreados por todos os ministros. Nota-se a inexistência de procedimentos na terceira fase decisória, além da transcrição da sessão e da revisão do texto e elaboração de ementa pelo relator. Além disso, a ótica fragmentada prevalece nesta etapa, já que a redação somente fica a critério do ministro designado para tanto, sem a participação, por regra, dos demais. Ou seja, não há interação deliberativa quanto à redação da decisão. É possível constatar, assim, que a dificuldade de identificação da *ratio decidendi* das decisões, com todas as implicações que isto poderia gerar, são consequências do procedimento. Com a ressalva, contudo, de que este é que é reflexo da cultura decisória do STF.

Aqui, cabe, portanto, sistematizar alguns dos apontamentos que se relacionam para aprimoramento do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, identificados a partir desta pesquisa. Convém destacar, ainda, que os resultados produzem conclusões apenas em relação às fases decisória e pós-decisória, que foram alvo de observação:

i) Criação de agenda de julgamentos

Identificou-se que a ausência de critérios para divulgação das pautas de julgamentos obsta que os ministros se preparem melhor para as sessões, no sentido de produzirem votos mais bem fundamentados, em razão do menor tempo e condições que reúnem para tanto. Tendo em conta o volume de processos da Corte, a situação impõe aos ministros a “escolha” de feitos para serem priorizados, o que significa que alguns processos merecerão menor dedicação do que outros, de modo que não será possível, sempre, garantir o esgotamento da análise dos casos. A divulgação das pautas com maior antecedência, assim, foi vislumbrada como uma importante iniciativa a fomentar a qualidade das decisões do STF. Além disso, a redução das pautas também é medida desejável, para evitar que, na prática, os feitos acabem sendo decididos pelos relatores, uma vez que os demais ministros ficam inviabilizados de se dedicar igualmente a todos os processos. Neste sentido, cabe considerar a criação de uma agenda de julgamento, com divulgação de pautas abrangendo apenas o número de feitos que podem ser debatidos numa sessão, com, no mínimo, um mês de antecedência.

ii) Instituição de procedimento preliminar para fixação dos limites objetivos da demanda e dos pontos de julgamento

A determinação precisa dos fatos e das questões jurídicas que demandam ser decididas no caso concreto são de extrema relevância para o resultado final das lides. Isto porque se todos partem das mesmas premissas e concentram esforços na busca de respostas para as mesmas perguntas, aumentam as chances de se alcançarem soluções consensuais. Esta medida poderia ser implementada através da criação de um procedimento preliminar na fase decisória, e as sugestões iniciais caberiam ao próprio relator, cujo papel, nesta etapa dos julgamentos, deveria ser enaltecido. O relator poderia circular as propostas entre os colegas, que, tendo também contato com os autos, poderiam assentir e se dedicar somente sobre aqueles pontos, ou propor outros pontos de destaque a serem decididos na demanda. Esta medida facilitaria o trabalho e garantiria maior possibilidade de aprofundamento das discussões durante a sessão colegiada pública de julgamento.

iii) Divulgação prévia do voto do relator

Como visto, esta medida já vem sendo adotada pela Corte, através da circulação do voto escrito do relator, mas de maneira informal. Vale considerar que institucionalizar a prática poderia trazer benefícios regulares. Já é possível observar que a circulação prévia do voto do relator permite aos demais colegas melhor estruturar as divergências, caso haja, o que contribui para a qualidade do debate pela pluralidade de argumentos levados à discussão. Além disso, caso eles assintam com a posição do relator, podem poupar tempo evitando escrever um voto que, na forma, pode ser dispensado da decisão final.

iv) Estabelecimento de reuniões periódicas entre os ministros

Seria ideal que, assim que os feitos fossem incluídos em agenda de julgamento, os ministros pudessem ter um momento de interação interna, para além das câmeras da TV Justiça presentes nas sessões do Pleno, para discussão dos feitos em busca da construção de entendimentos mais consensuais. Todavia, esta medida poderia soar como uma tentativa de burlar a publicidade dos julgamentos e reforçar as críticas sobre a “teatralidade” do momento em Plenário, além de demandar mais tempo para a solução de cada feito e congestionar ainda mais os trabalhos na Corte. Neste sentido, reuniões periódicas, quinzenais, internas, não para discutir feitos específicos, mas quaisquer casos que possam ser eleitos pelos próprios ministros, poderiam ser instituídas para fomentar a deliberação, já que garantiriam maior espaço de interação e troca de informações entre os colegas.

v) Padronização das ementas e aprovação pelos pares

A ementa é o extrato das decisões do STF. Foi possível perceber que não há qualquer padronização, ficando sua redação, bem como a revisão final do acórdão, a critério do ministro redator. É importante que a ementa traga um breve resumo da controvérsia e a síntese clara do julgado e que, na sua forma, veicule tais informações de modo a facilitar a identificação de cada elemento pelos demais operadores do direito. Também, seria recomendável que todos os ministros aprovassem a redação final, verificando se a integralidade dos fundamentos decisórios constou do resumo. Por fim, cabe considerar que esta medida se compatibiliza com as demandas por transparência e/ou publicidade dos julgamentos, podendo o inteiro teor do acórdão, formado pela transcrição dos movimentos da sessão, continuar sendo publicado, desde que acompanhado por uma ementa mais completa, que reflita fielmente o decidido.

A observação da Corte, em síntese, aponta que os ministros do Supremo Tribunal Federal têm consciência da necessidade de atuarem de forma colegiada para, através da deliberação, produzirem melhores decisões e assegurarem a legitimidade da atuação da Corte. É o que se depreende das palavras do ministro Marco Aurélio em seu discurso em homenagem à posse do Presidente da Casa, Ricardo Lewandowski, em setembro de 2014:

“(...) A divergência pertence ao mundo jurídico, ao mundo dos fatos, às relações sociais, e ajuda a evoluir. O direito fundamental a ser diferente, a pensar diferente, não resulta no isolamento. Certa vez, chamaram-nos de ‘onze ilhas’. Não podemos ser. O diálogo entre os pares dignifica e legitima o processo decisório. Em colegiado, completamo-nos mutuamente. Temos o dever, cada um de nós, de respeitar as opiniões contrárias e de levá-las em consideração. É nosso sacerdócio defender o direito de expressão do dissenso e, a partir dele, construir o consenso. Apenas assim este Tribunal contribuirá para a construção da cidadania e para o fortalecimento da democracia. (...)”

Entre a teoria e a prática, no entanto, ainda há muito a caminhar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I – Livros e Artigos de periódicos

ALARIE, Benjamin. GREEN, Andrew. Should they all just get along? Judicial ideology, collegiality and appointments to the Supreme Court of Canada. *University of New Brunswick Law Journal*, v. 58, p. 73-91, 2007.

ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. Godos no Supremo: *seriatim* vs. integridade. Documento de trabalho. Disponível em <http://www.direitoeliberalismo.org/discussao-de-textos/godos-no-supremo-seriatim-vs-integridade/>. Acesso em 22.08.2014.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, n. 49, p. 25-46, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 13.12.2013.

_____. Direito e política: a tênue fronteira. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-e-politica-a-tenue-fronteira>. Acesso em 07.12.2013.

_____. Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. *Consultor Jurídico*, 28.12.2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em 20.12.2014.

BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Ninth Edition. Washington DC: CQ Press, 2006.

_____. *Judges and their audiences. A perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BISHARAT, George E. Anthropology and Law as two sibling rivals. *Antropolítica*. Niterói, n. 34, p. 121-136, 1. sem. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRENNER, Saul; Whitmeyer, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2009.

BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CALDEIRA, Gregory A. WRIGHT, John R. Organized interests and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *The American Political Science Review*, v. 82, n. 4, dez. 1988.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Constituição, emoção estratégia e espetáculo*. Tese de Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. 2014.

CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, James. REHG, William. *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1997.

COLE, Charles D. O *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. *Revista dos Tribunais*, n. 87, v. 752, p. 11-21, jun. 1998.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2.ed. São Paulo: UNESP, 2006.

CROSS Frank B. TILLER, Emerson H. Understanding collegiality on the court. *Journal of Constitutional Law*. University of Pennsylvania Law School, v. 10, p. 57-271, 2008.

DAVIS, John F. REYNOLDS, William L. Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, v. 59, p. 59-86, 1974.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis. Para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DICKSON, Del. *The Supreme Court in conference – 1940-1985. The private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, vol I: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. n. 151, p. 1652-1662, maio 2003.

ELSTER, John. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington DC: CQ Press, 1998.

_____. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. *Political Science Paper*. n. 275, 1995.

FALCÃO, Joaquim. CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em números – o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim. CHAVES, Victor P. HARTMANN, Ivar A. III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FALCÃO, Joaquim. OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, 2013.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, John. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FEREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FINE, Toni N. O uso do precedente e o papel do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, n. 89, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FREEDMAN, Shin. Collegiality matters: how do we work with others? *Proceedings of Charleston Library Conference*, p. 377-385, 2009. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5703/1288284314771>. Acesso em 11.06.2014.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu*. Trad. Renato Zwick e Edson Sousa. Porto Alegre: L&PM Editores, 2013.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, vol. 84, p. 257, 2005.

GERBER, Scott Douglas. The Supreme Court before John Marshall. In GERBER, Scott Douglas (Org.). *Seriatim: the Supreme Court before John Marshall*. New York: New York University Press, 1998.

GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinions. *Minnesota Law Review*, n. 95, p. 1-8, 2010.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, volume II: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Direito Público*, vol. 1, n. 2, p. 83-137, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. *O federalista*. Verbete n. 78. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HENDERSON, Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 186, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HETTINGER, Virgínia A. LINDQUIST, Stefanie A. MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, v. 31, 2003.

HORBACH, Beatriz Bastide. FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por seus assessores*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KIRBY, Michael Donald. Judicial dissent – common law and civil law traditions. *Law Quarterly Review*, n.123, p.382-395, 2007.

KLAFKE, Guilherme Forma. Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2010. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf. Acesso em 25.09.2014

KOMMERS, Donald P. Germany: balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting constitutions. A comparative study*. New York: Oxford University Press, 2007.

KORNHAUSER, Lewis. SAGER, Lawrence. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, v. 81, 1993.

KRAMER, Larry D. *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luis Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig et. al. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – a jurisdição na “sociedade órfã de pai”. In: MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

_____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisdição constitucional do Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERRYMAN, John. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo, e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard. A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RIBEIRO, Caio Gentil. Voto-vista e deliberação no Supremo Tribunal Federal. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. 2011. Disponível em http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=182. Acesso em 08.07.2014.

RODRIGUES, Aroldo. ASSMAR, Eveline Maria Leal. JOBLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade. Deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, nº 250, p. 197-227, 2009.

_____. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SMITH, Jean Edward. *John Marshall. Definer of a nation*. New York: Henry Holt and Company, LLC, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? *Revista Consultor Jurídico*, 15.05.2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em 05.07.2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana. et. al. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. *A era do radicalismo. Entenda por que as pessoas se tornam extremistas*. Trad. Lucienne Scalzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. SCHKADE, David. ELLMAN, Lisa M. SAWICKI, Andres. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington D.C. Brookings Institutions Press, 2006.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In MacCORMICK, Neil. *Interpreting Precedents*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András. *The Oxford Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. et. al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Rubem George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2., p. 441-464, São Paulo, jul.-dez. 2008.

VOJVODIC, Adriana. MACHADO, Ana Maria França. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, n. 5, v. 1, p. 21-44, São Paulo, jan.-jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Orgs.). *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WOOD, Diane P. When to hold, when to fold, and when to reshuffle: the art of decisionmaking on a multi-member court. *California Law Review*, v. 100, n. 6, p. 1445-1478, dec. 2012.

YOUNG, Peyton. Optimal voting rules. *Journal of Economic Perspectives*, v. 9, n. 1, p. 51-64, 1995.

II – Notícias e Publicações em veículos de comunicação não jurídicos

ALENCAR, Kennedy. STF faz debate prévio sobre denúncia do mensalão. *Folha de São Paulo*, 09.08.2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/colunas/brasiliaoonline/ult2307u321102.shtml>. Acesso em 07.07.2014.

ARGUELHES, Diego Werneck. RECONDO, Felipe. Nada mudou: a genealogia de uma confusão no Supremo. *Jota*, Opinião, 25.06.2015. Disponível em <http://jota.info/nada-mudou-a-genealogia-de-uma-confusao-no-supremo>. Acesso em 30.06.2015.

BINENBOJM, Gustavo. A justiça na TV. *Folha de São Paulo*, Opinião, 02.05.2009. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200909.htm>. Acesso em 15.10.2014.

BULLA, Beatriz. GALLUCCI, Mariângela. Ministros pedem pauta “menos ambiciosa” a Lewandowski. *Estadão*, Política, 15.10.2014. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-pedem-pauta-menos-ambiciosa-a-lewandowski,1577422>. Acesso em 12.12.2014.

COSTA, Fabiano. Saiba quem são os capinhas, 'anjos da guarda' dos ministros do STF. *G1*, Política, 13.08.2012. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/08/saiba-quem-sao-os-capinhas-anjos-da-guarda-dos-ministros-do-stf.html>. Acesso em 03.02.2015.

COSTA, Sylvio. SARDINHA, Edson. Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF. *Congresso em Foco*, 17.04.2014. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em 04.11.2014.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. *Folha de São Paulo*, Opinião, 27.04.2012. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz39484-o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf.shtml>. Acesso em 20.12.2014.

MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. *Folha de São Paulo*, Opinião, 01.02.2010. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em 08.07.2014.

_____. Sessão de leitura no STF. *Folha de São Paulo*, Opinião, 05.10.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0510201007.htm>>. Acesso em 08.07.2014.

RECONDO, Felipe. GALLUCCI, Mariangela. Telefonema entre Serra e Mendes gera tensão na Corte. *O Estado de São Paulo*, 01.10.2010. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,telefonema-entre-serra-e-mendes-gera-tensao-na-corte-imp-,618141>. Acesso em 07.07.2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, Opinião. 11.05.2009. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas*.

_____. Metas para o biênio 2015-2016 incluem prioridade para repercussão geral e novas súmulas vinculantes. *Notícias*, 12.01.2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283300>. Acesso em 14.01.2015.

_____. Balanço 2010: Após 11 anos, acervo do STF é inferior a 90 mil processos. *Notícias*, 17.12.2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168440>. Acesso em 24.09.2014.

_____. Ministro da Suprema Corte dos EUA diz que Judiciário brasileiro já é reconhecido internacionalmente. *Notícias*, 14.05.2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108198>. Acesso em 24.09.2014.

III – Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*.