



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Adriano de Oliveira França

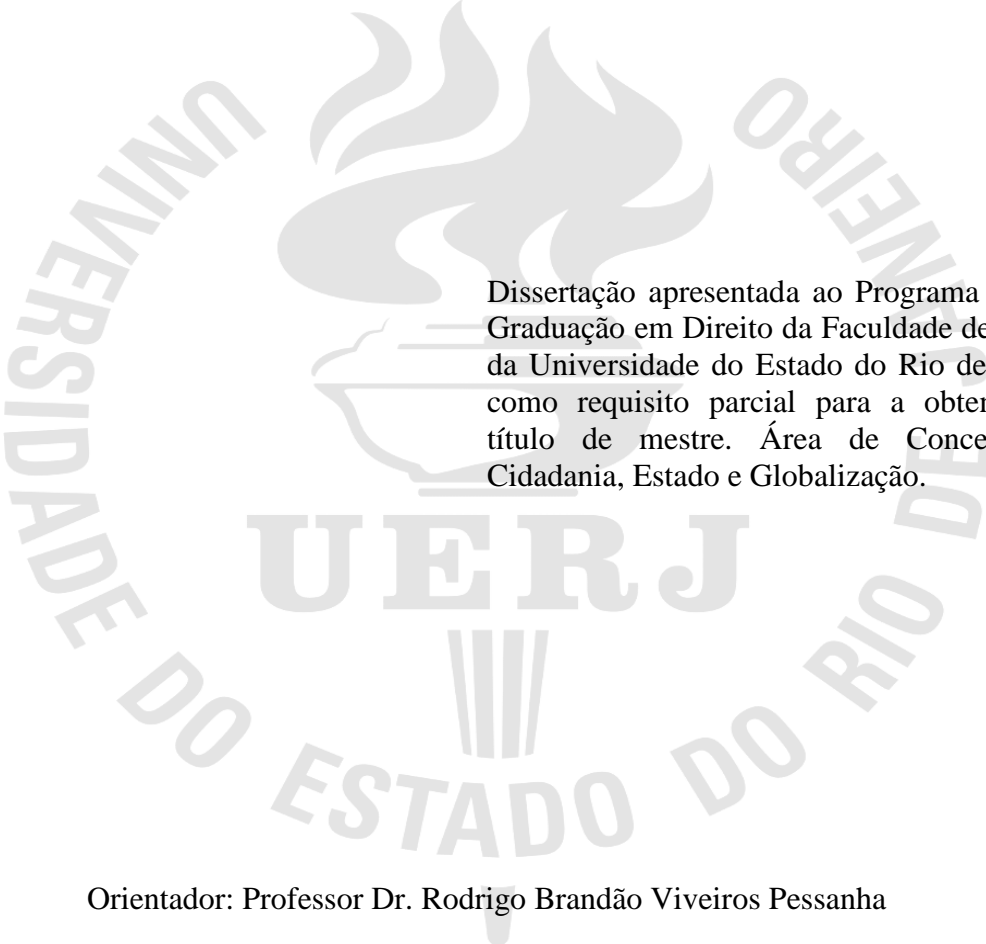
Deliberação no STF: proposições para o aprimoramento da deliberação na fase decisional à luz das experiências da Colômbia, do Chile, dos Estados Unidos e do Reino Unido

Rio de Janeiro

2017

Adriano de Oliveira França

**Deliberação no STF:
proposições para o aprimoramento da deliberação na fase decisional à luz das
experiências da Colômbia, do Chile, dos Estados Unidos e do Reino Unido**



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F837

França, Adriano de Oliveira.

Deliberação no STF: proposições para o aprimoramento da deliberação na fase decisional à luz das experiências da Colômbia, do Chile, dos Estados Unidos e do Reino Unido / Adriano de Oliveira França. - 2017.
207 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Tribunais constitucionais - Teses. 2. Direito comparado - Teses.
3. Função judicial. - Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.56

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Adriano de Oliveira França

Deliberação no STF:

proposições para o aprimoramento da deliberação na fase decisional à luz das experiências da Colômbia, do Chile, dos Estados Unidos e do Reino Unido

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 24 de março de 2017.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Professora Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira
Faculdade de Direito – UERJ

Professor Dr. Eduardo Ribeiro Moreira
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2017

RESUMO

FRANÇA, A. de O. *Deliberação no STF: proposições para o aprimoramento da deliberação na fase decisional à luz das experiências da Colômbia, do Chile, dos Estados Unidos e do Reino Unido*. 2017. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Nesse trabalho foram comparadas as práticas deliberativas realizadas na fase decisional dos procedimentos deliberativos adotados no Supremo Tribunal Federal do Brasil, na Corte Constitucional da Colômbia, no Tribunal Constitucional do Chile, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América e na Suprema Corte do Reino Unido, com a finalidade de elaborar propostas para o aprimoramento da deliberação, a produção de *ratio decidendi* e, consequentemente, a superação da crise de funcionalidade na corte brasileira. A escolha dessas cortes estrangeiras para fins comparativos decorreu da adoção pelas mesmas de práticas deliberativas comuns e não adotadas na corte do Brasil, além de contribuições singulares e relevantes para a formação de decisões colegiadas em que há discussão sobre fundamentos e resultado, favorecendo a produção de *ratio decidendi*, nas cortes da Colômbia e do Chile; e da farta contribuição para a análise dos meandros da deliberação em julgamentos fechados e modelos de decisão *per curiam* e intermediário, nas cortes dos Estados Unidos e do Reino Unido. Por meio da presente pesquisa, foi possível identificar vícios deliberativos do julgamento fechado e dos modelos de decisão *per curiam* e intermediário, assim como a importância para o aprimoramento da performance deliberativa das práticas de formulação de perguntas aos advogados, em *hearings*; circulação de propostas de decisão; e discussão dos fundamentos em conjunto com o resultado. Por fim, pôde-se elaborar uma proposta de procedimento deliberativo ideal para o Supremo Tribunal Federal à luz das referidas experiências estrangeiras.

Palavras-chave: Deliberação. Fase decisional. Direito constitucional comparado.

Corte Constitucional da Colômbia. Tribunal Constitucional do Chile.

Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Suprema Corte do Reino

Unido. Propostas para a deliberação no Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

FRANÇA, A. de O. *Deliberation at STF: Propositions for the improvement of the deliberation at the decisional phase in light of the experiences of Colômbia, Chile, United States and United Kigndom*. 2017. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

In this work were compared the deliberative practices regarding the decisional phase of deliberative proceedings assumed in the Federal Supreme Court of Brazil, the Constitutional court of Colombia, the Constitutional Court of Chile, the Supreme Court of the United States of America and the Supreme Court of United kigndom, with the finality of elaborating propositions for the improvement of deliberation, the production of *ratio decidendi* and, consequently, the overcome of the functionality crises of the brazilian court. The choice of these foreign courts for comparative purposes comes from the assumption by them of common deliberative practices not implemented by the brazilian court, besides of peculiar and relevants contributions for the production of colegial decisions in wich there is discussion about reasons and results, favoring the production of *ratio decidendi*, considering the courts of Colombia and Chile; and the plenty contributions for the analisis of the practice of deliberation in the secret judgments and *per curiam* and intermediate decision models, regarding the Supreme Court of the United States of America and the Supreme Court of United kigndom. Through this research, it was possible to identify deliberative vices of the secret judgment and the *per curiam* and intermediate decision models, as wel as the importance for the development of deliberative performance of the question to lawyers practice, through hearings; the circulation of decision drafts; and the reasons and results joined discussions. Finally, it was possible to elaborate an ideal deliberative proceeding proposition for the Federal Supreme Court of Brazil in light of the mencioned foreign experciences.

Palavras-chave: Deliberation. Decisional Phase. Comparative consitutional law.
Constitutional court of Colombia. Constitutional Court of Chile.
Supreme Court of the United States of America. Supreme Court of
United kigndom. Propositions for the Federal Supreme Court of Brazil.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	7
1	PREMISSAS TEÓRICAS	20
1.1	Do conceito de deliberação política	20
1.2	Deliberação em órgão jurisdicional colegiado	23
1.2.1	<u>Do conceito</u>	23
1.2.2	<u>Deliberação interna e externa</u>	26
1.2.3	<u>Da possibilidade, da ocorrência e das características preponderantes da deliberação em órgãos jurisdicionais colegiados</u>	28
1.3	Deliberação em cortes constitucionais	33
1.3.1	<u>Fases deliberativas e características da deliberação nas cortes constitucionais</u>	33
1.3.2	<u>Exigência e promessas da deliberação em cortes constitucionais</u>	38
1.3.2.1	Exigência normativa de deliberação em cortes constitucionais	38
1.3.2.2	Promessas da deliberação	63
1.3.2.3	Da distinção e da virtude da deliberação em relação às demais formas de interação nas cortes constitucionais	66
1.4	Circunstâncias da deliberação e cortes constitucionais	69
1.5	Aferição do caráter deliberativo: parâmetros e objeto de comparação	72
2	MODELO DELIBERATIVO NO STF	81
2.1	Procedimento deliberativo	81
2.2	Práticas deliberativas na formação da decisão	84
3	MODELOS RELEVANTES NO DIREITO COMPARADO	101
3.1	Corte Constitucional da Colômbia	101
3.1.1	<u>Procedimento deliberativo</u>	101
3.1.2	<u>Práticas deliberativas na formação da decisão</u>	105
3.2	Tribunal Constitucional do Chile	106
3.2.1	<u>Procedimento deliberativo</u>	106
3.2.2	<u>Práticas deliberativas na formação da decisão</u>	111
3.3	Suprema Corte dos Estados Unidos da América	114
3.3.1	<u>Procedimento deliberativo</u>	114
3.3.2	<u>Práticas deliberativas na formação da decisão</u>	118

3.4	Suprema Corte do Reino Unido	130
3.4.1	<u>Procedimento deliberativo</u>	130
3.4.2	<u>Práticas deliberativas na formação da decisão</u>	134
4	PROPOSIÇÕES	139
4.1	Considerações iniciais	139
4.2	Práticas que devem ser mantidas pelo STF	142
4.2.1	<u>Decisão em sessão pública</u>	142
4.2.2	<u>Decisão em <i>seriatim</i></u>	160
4.3	Práticas deliberativas que devem ser desenvolvidas ou adotadas no julgamento do STF	169
4.3.1	<u>Perguntas aos advogados em audiência de instrução: desenvolvimento de prática prevista no RISTF</u>	169
4.3.2	<u>Circulação de propostas para a formação de decisão colegiada</u>	172
4.3.3	<u>Formação da decisão: Julgamento em separado das questões jurídicas e consideração sobre os fundamentos</u>	179
4.4	Resumo do procedimento deliberativo de decisão proposto	191
	CONCLUSÃO	194
	REFERÊNCIAS	199

INTRODUÇÃO

Quando do julgamento dos Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 2591 no Supremo Tribunal Federal (STF), os próprios ministros julgadores discordaram sobre qual fora o resultado da decisão embargada. Isso importou na necessidade de novo julgamento da matéria de fundo e a formação de uma nova decisão, como proficuamente salientam Adriana Vojvodic, Ana Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso. *In verbis*:

Para se atingir um consenso, os ministros realizam um debate durante o julgamento da ementa em que se busca um denominador comum dos votos. Verifica-se, nesse momento, que eles fazem um novo julgamento, desconsiderando seus votos anteriores e, portanto, mudando sua ratio decidendi. No momento em que os ministros reveem suas decisões e as discutem, pode-se dizer que há uma busca por uma ratio decidendi do Tribunal. A decisão unânime pela improcedência da ação demonstra que há um entendimento coletivo da corte¹.

A referida confusão na identificação da decisão da Corte é expressão de uma séria patologia inerente ao procedimento de formação de decisões, praticado no âmbito do STF, o déficit de deliberação. Decerto, a referida Corte brasileira adota procedimento decisório mais propício à soma de decisões individuais, do que ao diálogo entre os julgadores e à decisão sobre o mesmo objeto ou as mesmas questões². Este procedimento é marcado pela exposição sucessiva de votos, que pouco interagem entre si, em sessão de julgamento pública e com transmissão ao vivo. O ministro relator lê o relatório por ele produzido, os advogados das partes manifestam-se em sustentação oral e, após, os ministros passam, *incontinenti*, a expor seus votos mediante a leitura de seus votos escritos e previamente elaborados. Antes de tal encontro fortuito de decisões, não há um procedimento ou uma prática de deliberação comum entre os membros julgadores. Em consequência, os julgadores votam sem conhecer a ampla variedade de razões de seus pares.

Esta fragilidade deliberativa entre os ministros do STF não só implica prejuízo para a intelegibilidade de algumas decisões, mas também não se coaduna com a democracia

¹VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo**: Precedentes e Processo Decisório no STF. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009. p. 35.

²Nesse sentido, v. SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 33. Nesse sentido também, MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 09/04/2016.

deliberativa, o Estado democrático de direito e a legitimidade do controle de constitucionalidade. Além disso, esta característica impede que a Suprema Corte realize toda a potencialidade da formação colegiada de decisão, impedindo voos mais altos em termos epistêmicos; que dê efetividade à força vinculante de suas decisões; e exerça o seu papel de uniformizadora da interpretação constitucional.

De fato, em um Estado democrático de direito, como a República Federativa do Brasil, é virtuosa a harmonização da soberania popular com o Estado de Direito como elementos normativos decorrentes da junção das matrizes políticas modernas do liberalismo e da democracia³. É nesse plano que a democracia deliberativa revela-se como teoria política capaz de harmonizar referidos elementos, mormente em sociedades plurais, em que os desacordos morais razoáveis são vários⁴. Nesse prisma, a adoção desta forma ou sistema de governo implica a propagação da vertente deliberativa nos procedimentos de tomada de decisão adotados pelos diversos órgãos públicos, inclusive nas cortes constitucionais⁵.

Por outro lado, desenvolvem-se atualmente teorias modernas que vinculam a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade à deliberação nos órgãos jurisdicionais e, principalmente, em cortes constitucionais⁶. Em superação das teorias

³NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições Para a cooperação a Deliberação Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.19/20.

⁴NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições Para a cooperação a Deliberação Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.19/20; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007.p. 4; e GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.p. 211/214. Sobre as virtudes da democracia deliberativa também v. HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. P. 43; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. BENHABIB, Seyla. **Toward a deliberative model of democratic legitimacy**. In: Id. (org). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University press, 1996; BOHMAN, James. **Public deliberation: pluralismo, complexity and democracy**. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996; ELSTER, Jon. **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007.p. 38.

⁶Cortes constitucionais (ou Tribunais constitucionais) não se confundem com Supremas Cortes (ou Tribunais supremos). Aquelas, em sua acepção mais técnica, correspondem a Cortes de modelo kelseniano que não integram nenhum dos Poderes do Estado - nem o Judiciário, embora exerçam jurisdição -, e exercem o monopólio do controle de constitucionalidade. Enquanto estas integram a estrutura do Poder Judiciário e situam-se em um sistema de controle concreto e difuso, sem distinção entre os juízes, no que tange ao exercício desta função. v. TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais Constitucionais**. Câmara dos Deputados. Brasília - fevereiro/2009. p. 3; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 41/46. Em sentido Contrário, cf.. GUERRA, Otto Marroquín. **El Magistrado Constitucional**. In: Revista de Derecho - Latin America Journals. Num. 8. 2004. Disponível em

vocacionadas à adoção de critérios meramente formais sobre a legitimidade dos exercentes do poder, a filosofia política atual volta-se para critérios menos lineares e mais diversificados da legitimação, como os desenvolvidos por Mark Van Hoecke, quanto aos círculos de comunicação proporcionados pela deliberação nas cortes constitucionais, e por Conrado Hübner quanto à legitimação contextual e comparativa da deliberação intrainstitucional⁷.

Não se pode olvidar os benefícios que a deliberação pode proporcionar, suas “promessas”: a epistêmica; a de construção de consensos ou, pelo menos, de redução de dissenso; a psicológica, entre os participantes da deliberação, com ou sem poder de decisão; e a educativa⁸. São estas, assim, fatores que fazem coro por que a realidade prática do processo decisório do STF seja alterada.

Não obstante as variadas e múltiplas razões, de ordem normativa e teórica, em prol da deliberação, no campo prático, esta forma de interação torna-se premente para a manutenção da própria higidez da Corte brasileira. Esta higidez liga-se à necessidade de tornar viável o efeito vinculante das decisões do STF, como forma de reduzir o excessivo acúmulo de processos e o conseqüente atraso nos trabalhos na Corte.

A languidez da deliberação atualmente praticada no STF favorece o desencontro das razões de decidir e, conseqüentemente, a formação de decisões plurais (“plurality opinions” ou “no-clear-majority opinions”⁹), ao invés de decisões por maioria (“majority opinions”) ou

<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>. Acesso em 15/12/2016; cf.. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P 55. No Brasil como na América Latina, adota-se um modelo híbrido, em regra, com controle concentrado em órgão ápice e ao mesmo tempo controle difuso. Utilizar-se-á neste trabalho, apenas por didática, o termo “cortes constitucionais” para fazer referência tanto a cortes constitucionais em sentido estrito, quanto a supremas cortes. Nas referências específicas utilizar-se-á o nome oficial de cada corte.

⁷ HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy**: A Circular Model of Law Creation and Legitimation. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 415; MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p 190 e 203/204.

⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 63 e seguintes.

⁹ “Plurality opinion”, ou “no-clear-majority opinion”, corresponde à decisão de órgão jurisdicional colegiado em que o resultado decorre da combinação de duas ou mais opiniões, cf. DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples**: Plurality Opinions in the Supreme Court. Duke Law Journal, vol. 59, 1974. Com base em Luiz Marinoni, pode ser entendida como uma decisão majoritária quanto ao resultado, porém, baseada em fundamentos que não contam com a maioria dos julgadores. Segundo o autor: “Decisão plural é uma decisão majoritária que contém em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem com que qualquer deles esteja amparado pela maioria do colegiado. Em outras palavras, uma decisão plural é majoritária quanto ao resultado, mas incapaz de gerar *ratio decidendi*, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria”. V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

decisão da corte (“court opinion”¹⁰). Como consequência, resta patente a dificuldade de o STF produzir uma *ratio decidendi*, *holding* ou tese jurídica¹¹ em seus julgamentos e, assim, a vinculação de suas decisões jurídicas¹².

Em consonância, Adriana Vojvodic *et al* retratam alguns dos problemas que advêm do procedimento deliberativo do STF: a ausência de identificação da *ratio decidendi*, mesmo em casos de julgamento unânime; o julgamento de questões diversas, pelos ministros, em um mesmo caso; e, ainda, a dificuldade dos próprios julgadores em identificar a decisão da maioria¹³. De fato, tais razões retratam a realidade preocupante da Corte, porém, para além delas, muitas outras há por que o botão de alerta seja acionado.

Em relação à Suprema Corte dos Estados Unidos, John Davis e William Reynolds identificaram diversos efeitos negativos da “plurality opinion”. Entre eles, o prejuízo para o efeito de orientação e vinculação da decisão da corte julgadora, o que compromete a sua aceitação profissional e pública, reduz a força do precedente e importa em falha no seu papel

¹⁰ “Majority opinion”, ou decisão por maioria, pode ser entendida como a outra espécie de decisão majoritária, na qual há um ou mais fundamentos que contam com a maioria de votos dos membros julgadores. Nesse sentido: “Note-se que, dentro da decisão majoritária, pode existir i) um fundamento que conta com a maioria de votos dos membros do colegiado- quando não há decisão plural, mas ratiodecidendo interior da decisão por maioria – ou ii) um fundamento amparado pela maioria daqueles que sustentam a decisão plural quando há ‘fundamento majoritário’”, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

¹¹ Com base em Neil MacCormick, *ratio decidendi* pode ser definida como “uma norma expressa ou implícita produzida por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em julgamento pelos argumentos das partes em um caso, sendo uma questão em relação a qual uma norma era necessária para justificar a decisão do caso”, cf. V. MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. New York: Oxford university press. 2005. Pos. 3633. Sentido também adotado por MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 42. Analiticamente, a *ratio decidendi* corresponde a uma das partes integrantes do precedente judicial. Este engloba (i) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e (ii) a tese (ou princípio) jurídica fixada na motivação. Esta última, a tese jurídica que se identifica como *ratio decidendi* ou *holding*, com base em Fredie Didier Jr., é composta pela (i) indicação dos fatos relevantes da causa; (ii) pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão e (iii) pelo juízo decisório, cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2008. p. 350. Sobre a *ratio decidendi*, v. também. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 58.

¹² Em sentido semelhante, porém com uma ótica mais voltada aos precedentes que compõe os elementos da *stare decisis* e da *ratio decidendi*, v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 26/27.

¹³ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009. p. 28/36.

de orientar definitivamente as demais cortes, o Legislativo¹⁴, o Executivo e as agências administrativas; reduz a repercussão e influência da decisão no âmbito social; falha quanto ao exercício da função de promover estabilidade ao posicionamento da corte, considerando que possibilita maior liberdade para mudança de posicionamento dos julgadores; e possibilita o surgimento de confusão quanto à aplicação de suas decisões pelas cortes inferiores, em razão da ausência de *ratio decidendi*¹⁵.

No âmbito do Supremo Tribunal brasileiro, os efeitos negativos do excesso de decisões plurais não são muito díspares, mas possuem alguns contornos próprios, problemas que vão desde o prejuízo à eficácia normativa da Constituição da República de 1988 (CRFB/88), passando pela baixa segurança jurídica e pelo acúmulo de processos. Há prejuízo à eficácia normativa da norma constante do art. 102 §2º da CRFB/88 que estabelece o efeito vinculante da decisão produzida em sede de controle concentrado pelo STF¹⁶, em relação aos demais órgãos jurisdicionais e à Administração Pública, pois para que tal efeito seja efetivado, impõe-se a produção de uma *ratio decidendi* pela Corte, como pressuposto. Por outro lado, a ausência de formação dessa *ratio* também impossibilita a formação de súmula vinculante, eis que, para tanto, faz-se necessária a produção de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com respectivas razões, pelo Supremo, *ex vi* art. 103-A da CRFB/88 e 1º da lei nº 11.417/06. Essa fragilização ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais não é um problema exclusivamente normativo, o valor axiológico da igualdade, prevista também como direito fundamental no artigo 5º *caput* e I da CRFB/88 e no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, também resta afetado, eis que situações semelhantes podem receber, e recebem, tratamento diverso nos mais variados órgãos judicantes, ante a ausência de uniformização da interpretação constitucional¹⁷.

¹⁴ Em relação ao Legislativo, no entanto, algumas ressalvas podem ser feitas à luz da teoria dos diálogos constitucionais, segundo a qual não há que se falar em uma decisão judicial definitiva para o futuro, mas apenas para o passado ou última palavra para o passado. Sobre o tema, v. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe A Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

¹⁵ DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court.** Duke Law Journal, vol. 59, 1974. p. 63/74.

¹⁶ Cf. Art. 102 § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). O efeito vinculante também consta do art. 8º §1º da lei federal nº 9.882/99, que trata da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; do art. 28 parágrafo único da lei federal nº 9868/99.

¹⁷ Sobre o prejuízo ao princípio da isonomia em decorrência da falta de formação de uma *ratio decidendi* pelo STF, cf. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação.** Tese

Da mesma forma, a ausência de uma decisão por maioria da corte ápice do Brasil não contribui para a clareza e previsibilidade que compõem o valor segurança jurídica, imprescindível ao Estado de direito, imperativo comum a diversos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁸. Disso decorrem problemas para a compreensão e a previsibilidade das normas constitucionais, o que reflete em uma miscelânea de comportamentos díspares na Administração, nos órgãos judiciais inferiores e no seio da população em geral. De uma forma mais ampla, há prejuízo ao conhecimento pela sociedade do teor da decisão, e, conseqüentemente, para o exercício, pela corte do seu papel catalisador da deliberação pública nas esferas formais e informais da sociedade¹⁹.

Referida prática viciada também contribui para a manutenção do excessivo acúmulo de processos na Corte, o que decorre da abstenção de seu papel de uniformizadora da jurisprudência constitucional, seja no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, seja no âmbito de sua hipertrofiada atividade recursal. Em relação a esta, o novo código de processo civil (CPC) preceitua que a decisão produzida em sede de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos extraordinários repetitivos devem ser observados pelos juízes e pelos tribunais (administrativamente inferiores)²⁰. Além disso, os arts. 987 § 2º e 1.040, inc. II e III do CPC, expressamente, referem a relevância da tese jurídica fixada pelo STF em recurso extraordinário e sua força vinculante, em relação às instâncias jurisdicionais inferiores²¹.

Entretanto, se na prática não há formação de tese jurídica nos julgamentos de recursos

de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 240.

¹⁸ Em sentido semelhante v., MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 29. Nota de rodapé 59.: “The rule of law and its partial demands of clarity and predictability would be an example of the former, whereas the effectiveness and reputation of the institution would be an instance of the later”.

¹⁹ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993. p. 669.

²⁰ Art. 927 III do CPC: Art. 927. “Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”. A decisão produzida pelo STF também reverbera na possibilidade de julgamento monocrático nos tribunais inferiores; no julgamento de incidentes de arguição de inconstitucionalidade em tribunais; no julgamento de conflito de competência em órgãos jurisdicionais inferiores; no recebimento de recurso extraordinário; e no julgamento desses recursos, quando sobrestados e à luz dos recursos paradigmas, conforme art. 934 IV e V; 949 § único; 955 § único I; 1.030 I a; 1.039 e 1.040II e III do CPC.

²¹ A vinculação da tese jurídica fixada nesses termos demonstra uma aproximação ao sistema de precedentes. Estes também são fundamentados na doutrina com base no neoconstitucionalismo, cf. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 46/47.

extraordinários e repetitivos, não há vinculação dos órgãos jurisdicionais inferiores, o que pode tornar ineficazes as inovações introduzidas pelo novo CPC quanto ao seu objetivo de racionalizar o funcionamento da Justiça. O acúmulo e a conseqüente demora no julgamento de causas já foi objeto de preocupação de ministros do próprio STF e de estudos da academia. O ministro Luís Roberto Barroso já teve a oportunidade de salientar que “o Supremo se aproxima da terceira década de sua existência democrática sob severa crise de funcionalidade”²². Na mesma ocasião, em artigo de 2014, constatou o mencionado ministro a inevitável demora no julgamento pelo STF dos recursos extraordinários com repercussão geral já reconhecida. *In verbis*:

Tomando-se como referência a média anual de julgamento de processos com repercussão geral admitida, seriam necessários mais de 12 (doze) anos para julgamento do estoque de repercussões gerais já reconhecidas (330 : 27). Mesmo que se levasse em conta o número recorde de repercussões gerais julgadas em 2013, ainda assim seriam necessários mais de 7 (sete) anos para liquidar o estoque (330 : 44). E isso em um cenário contrafactual e indesejável, no qual não se reconheceria qualquer nova repercussão geral ao longo dos próximos anos²³.

Ainda sobre o acúmulo de processos no STF, em estudo empírico, Joaquim Falcão, Pablo Cerdeira e Diego Werneck retrataram a realidade processual em números do STF entre 1988 e 2009. De acordo com os autores, nesse período, a ampla maioria dos processos submetidos a julgamento na Corte, 91,69% (em torno de 1.120.597 processos), estão ligados à competência recursal, enquanto a competência originária e a constitucional somam 8,31%²⁴ do total. De fato, este estudo salienta que, com a emenda constitucional nº 45/2004, que introduziu instrumentos de contenção na competência recursal do STF, a repercussão geral e a súmula vinculante, houve uma redução no número de recursos distribuídos ao Tribunal²⁵. Porém, mesmo com a queda, houve uma estabilização em patamares ainda elevados de distribuição desses recursos, ao mesmo tempo em que o STF ainda remanesce com

²² BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 19/03/2016. p. 2.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 19/03/2016. p. 9.

²⁴ FALCÃO, Joaquim, Cerdeira, Pablo e WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. 2011. disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 19/04/2016. p. 21.

²⁵ Recursos extraordinário e de agravo de instrumento, os quais foram analisados.

capacidade para lidar com apenas 50% dos processos que chegam à Corte^{26 27}. Isso indica que a formação da tese jurídica no âmbito do julgamento de recursos desponta, também, como de extrema relevância para a manutenção da higidez do funcionamento do STF²⁸.

Uma das principais soluções para este problema do acúmulo de processos no STF perpassa o aprimoramento do engajamento da Corte na formação de decisões por maioria, com formação de *ratio decidendi*, o que depende da interação entre os ministros quando do julgamento das questões constitucionais, ou seja, do engajamento em práticas deliberativas internas²⁹. Em especial, devem os magistrados decidir não somente sobre o comando da decisão, parte dispositiva, mas também buscar formar maioria quanto aos fundamentos que o embasam. Não se sustenta, com isso, que sempre deverá o Supremo produzir *ratio decidendi*, principalmente, tendo em vista tratar-se de uma Suprema Corte³⁰, mas sim que se busque essa construção, enquanto for possível, o que não ocorre atualmente. Todavia, em prol dessa busca, os ministros do STF precisam conhecer o posicionamento de cada qual dos seus pares, debater e decidir sobre as mesmas questões jurídicas³¹.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a deliberação interna, per si, não é condição

²⁶ FALCÃO, Joaquim, Cerdeira, Pablo e WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. 2011. disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 19/04/2016. p. 59 e 61.

²⁷ No ano de 2016, foram proferidas 177 decisões finais pelo plenário do STF, de um montante de 3.374 decisões, incluindo recurso interno, interlocutória, liminar e repercussão geral, conforme dados obtidos no portal de estatísticas do STF, disponível em <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 20/01/2017.

²⁸ Cabe ressaltar, ainda, o alerta dos referidos autores quanto ao papel da corte ápice brasileira: “Em números absolutos, está muito mais próximo de uma ‘corte recursal suprema’. Não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte”. v. FALCÃO, Joaquim, Cerdeira, Pablo e WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. 2011. disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 19/04/2016. p. 21.

²⁹ A deliberação como caminho para a formação dos precedentes, o que inclui a *ratio decidendi*, também é defendida por Rafael Koatz. Cf. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. P. 26. Para o autor: “[...] O *segundo* fator que merece atenção diz respeito ao *processo de deliberação* do STF para a formação dos precedentes. Tornou-se frequente, na quadra atual, ao menos nas sessões plenárias do STF, que cada ministro leve um voto individual, escrito. Em razão disso, a cada julgamento observa-se enorme divergência de fundamentos, mesmo entre os ministros que estão do *mesmo lado*. Isso produz uma verdadeira babel e torna deveras difícil a deliberação e a compreensão daquilo que foi decidido”.

³⁰ As cortes supremas como já salientado adotam como característica a função de instância recursal última, e mesmo quando os fundamentos não atingem uma maioria na corte, precisam decidir sobre a correção das decisões produzidas por instâncias inferiores. Nesse sentido, ver também MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

³¹ Questões jurídicas não se confundem com argumentos. A apreciação das mesmas questões jurídicas e assim julgamento em separado, por exemplo, não impõe o julgamento dos mesmos argumentos. Nesse sentido, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 121 e seguintes.

suficiente para a produção de uma decisão por maioria em cortes constitucionais, seja em razão da ausência de técnicas de decisão eficientes para a transformação das diversas opiniões em uma opinião final (problemas de *design* institucional ou mal funcionamento), seja em razão dos inevitáveis casos de manutenção de divisão entre os julgadores, mesmo após a realização de práticas deliberativas, desaguando em decisões plurais³². Nesse sentido, assevera Conrado Hübner:

From the formal point of view, a deliberative decision may be manifested both as a single voice or multiple voice. It may be a pure *seriatim*, a *per curiam*, or stand somewhere in the middle, composed by a joint majority opinion, plus the occasional concurring and dissenting opinions. There is no immediate or foolproof causality between collegial engagement and a single voice, neither between the lack of internal deliberation and multiple voice decision. The presence or the absence of deliberation at the decisional phase are not automatically determinative of the *per curiam* or *seriatim* formats. Good quality collegial engagement cannot be easily presumed from that formal surface³³.

Nem mesmo pode-se falar, com rigor técnico, que a deliberação é condição necessária ou imprescindível para a produção de uma decisão por maioria em cortes constitucionais. Isso porque, votações³⁴, barganhas e imposições despidas de prévias práticas deliberativas, também podem ocasionar a produção de uma decisão por maioria ou até unânime. Contudo, a deliberação, como se verá, é o caminho que se impõe no âmbito das cortes constitucionais, em razão de sua exigência juspolítica e da superioridade de seus benefícios em relação aos demais meios de interação, inclusive no que tange ao comportamento judicial dos julgadores.

A deliberação, por sua vez, já foi objeto de inúmeras obras da teoria política, no plano internacional³⁵, assim como, da teoria constitucional. Neste caso, principalmente após a

³² A produção de eventuais decisões plurais não pode ser repelida e criticável em todos os casos, mas apresenta efeitos negativos, como os apresentados *supra*, que devem ser sopesados antes. Nesse sentido: “There may appear in what we have written above na implication that, on occasion, plurality opinions arte the product of design rather than the resultado f a failure in the eficiente operation of the colegial system. If the Court has at times deliberately chosen this path, it would indicate that some members of the Court must have decided that to promulgate such a cripple was the leas of the evils among the options available. It is impossible for na outsider to pass judgment on such a choice. However, the least that can be seid is that the evil inherent in decision bu plurality is not a minoro ne, and that members of the Court ”should consider well before choosing a path which leads to shch confusion both within and without the Court”, cf. DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court.** Duke Law Journal, vol. 59, 1974. P. 85/86.

³³ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 111.

³⁴ Acordos e desacordos também podem ser objeto de “meros acidentes de um processo decisional fragmentado e personalizado”, como salienta Conrado Hübner. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 140. Tradução livre.

³⁵ Entre outros, v. BENHABIB, Seyla. **Toward a deliberative model of democratic legitimacy.** In: Id. (org). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political.* Priceton: Princeton University press, 1996; BOHMAN, James. **Public deliberation: pluralismo, complexity and democracy.** Cambridge, Mass.: The MIT

seminal obra de John Ferejohn e Pasquale Pasquino³⁶, seguidos, dentre outros, por Harry Edwards³⁷, Mitchel Lasser^{38 39}, apesar de obras mais remotas sobre colegialidade nos Estados Unidos, que interagem com o tema⁴⁰. Todavia, no cenário brasileiro, o debate sobre o tema é mais recente, tendo como precursores Oscar Vieira⁴¹, Virgílio Afonso da Silva⁴² e Conrado Hübner^{43 44}. O enfoque da relação entre deliberação e *ratio decidendi* no Supremo Tribunal

Press, 1996; BOHMAN, James; REHG, William (Ed). **Deliberative Democracy**. Cambridge: The Mit Press, 1997. É certo que o debate político sobre o tema deliberação perdura em vastas obras do século XXI, especialmente à luz da democracia deliberativa. Cf. SHAPIRO, Ian. **Optimal Deliberation**. Oxford : **The Journal Of Political Philosophy**, 2002; PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation In Congress: the impact of judicial review in a separated system**. Durham: Duke University Press, 2004; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007; ROSTBOLL, Christian F.. **Deliberative Freedom**. Albany: State University Of New York Press, 2008; STEINER, Jurg. **Concept stretching: the case of deliberation**. Chapel Hill: European Consortium For Political Research, 2008; DRYZEK, John S.. **Deliberative Democracy and beyond**. Oxford: Oxford University Press, 2000; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007.

³⁶Entre outros, v. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice**. Wojciech Sadurski, 2002.

³⁷ EDWARDS, Harry T.. **The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making**. Local: University Of Pennsylvania Law Review, 2003.

³⁸ LASSER, Mitchel de S. -O. -L'E. **Judicial Deliberations**. New York: Oxford University Press, 2004.

³⁹A quantidade de obras no plano internacional é extensa. Cite-se como exemplo: FERREJOHN, John; FRIEDMAN, Barry. **Toward a Political Theory of Constitutional Default Rules**. Local: Editora, 2006. GRIMM, Dieter. **Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics**. Local: Nujs Law Review, 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 30 ago. 2016. Em uma abordagem um pouco mais ampla, BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd. **A Conceptual Definition and Theoretical Model of Public Deliberation in Small Face-to-Face Groups**. Local: International Communication Association, 2002.

⁴⁰ DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court**. Duke Law Journal, vol. 59, 1974; GINSBURG, Ruth Bader. **Communicating and Commenting on the Court's Work**. Local: The Georgetown Law Journal, 1995. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 30 ago. 2016; FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and Judicial Review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993.

⁴¹VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito Gv. São Paulo 4. n. 441-464. jul-dez 2008.

⁴²SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do Ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1.

⁴³MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁴⁴ v. também KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). 2015; SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016.

brasileiro e dos efeitos negativos ocasionados pelas decisões plurais também já foi objeto de preocupação de pesquisas nacionais, como as de Adriana Vojvodic *et al*, Rafael Koatz e Luiz Marinoni⁴⁵. Cite-se por todos:

O processo decisório, como é estruturado, permite tal escolha dos ministros, sobre qual problema querem resolver com sua argumentação, sem que haja um pronunciamento de todos os ministros sobre ele. Ao mesmo tempo, necessariamente, não há deliberação entre os ministros, para que cheguem a um acordo pelo menos com relação a qual é o principal problema trazido pelo caso⁴⁶.

Tendo em vista que a deliberação no momento do julgamento é um importante instrumento para a produção de *ratio decidendi*, a pesquisa sobre práticas deliberativas decisórias no âmbito de cortes constitucionais estrangeiras é um caminho para uma mudança consciente da realidade brasileira. Isto é: o estudo dessas práticas contribui para o desenho de um procedimento deliberativo mais eficiente e consciente a ser aplicado no STF e, conseqüentemente, para a produção de *ratio decidendi* nesta corte. Com o fim de demonstrar a veracidade de tal afirmação, analisar-se-á as práticas deliberativas implementadas pela Corte Constitucional da Colômbia, pelo Tribunal Constitucional do Chile, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Suprema Corte do Reino Unido.

A escolha dessas cortes estrangeiras decorre não somente do acesso informacional – o que é um fator de suma importância para o estudo comparado – mas, principalmente, por suas características comuns e peculiares. Decerto, essas cortes, embora com muitas características diversas, com cultura, história e contextos próprios, desempenham práticas deliberativas muito semelhantes na fase decisória, o que é digno de atenção. Em todas elas, os julgadores investem em perguntas aos advogados quando da audiência pública de sustentação oral; participam de uma conferência ou sessão fechada de julgamento; circulam minutas ou escritos a fim de se chegar a uma decisão final; adotam formas semelhantes de publicação de suas decisões, *per curiam* ou majoritária, com votos dissidentes ou concorrentes; e produzem decisões colegiadas que consideram não somente sobre a parte dispositiva, mas também os fundamentos da decisão.

⁴⁵ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação.** Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015; e MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas;** precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁶ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009. p. 33.

Essas práticas, por outro lado, não são adotadas no procedimento deliberativo aplicado atualmente ao Supremo Tribunal Federal. Por meio da análise da eficiência de cada prática, mediante confronto com parâmetros de desempenho deliberativo, torna-se possível propor o empréstimo constitucional consciente em prol do aprimoramento da deliberação na corte brasileira.

Além das características comuns, cada uma dessas cortes estrangeiras possui peculiaridades deliberativas que contribuem para o estudo pormenorizado e a construção de um modelo decisório ideal, quanto à performance deliberativa, seja por apontarem as práticas positivas, seja por revelarem os respectivos vícios. A Corte Constitucional da Colômbia contribui para a compreensão do caráter deliberativo da circulação de propostas antes da sessão de julgamento, não somente pelo relator, mas também pelos demais magistrados. O Tribunal do Chile leva a cabo um procedimento de julgamento que muito contribui para a formação organizada e em etapas da decisão colegiada, decisão sobre fatos para posterior decisão sobre questões jurídicas. Tanto a Corte colombiana quanto a chilena produzem decisões organizadas por questões jurídicas e fundamentos, o que é de extrema relevância para a identificação dos fundamentos compartilhados por uma maioria de julgadores e, conseqüentemente, para a formação de uma *ratio decidendi*.

As cortes dos EUA e do Reino Unido também permitem identificar os passos para a produção de uma decisão por maioria, mas os pontos fortes do estudo destas cortes são: a identificação do teor deliberativo indireto, da prática de perguntas aos advogados em audiência de sustentação oral – prática na qual os advogados atuam como interlocutores dos *justices*; da (in)eficiência deliberativa das conferências fechadas entre os julgadores, realizadas antes da circulação de escritos; da intensa atividade interativa - deliberativa ou não - durante a fase de circulação de minutas, incluindo seus meandros estratégicos, ideológicos e as eventuais inércias, em um contexto de sigilo da fase de julgamento.

Em suma, os atos deliberativos praticados pelas cortes constitucionais estrangeiras selecionadas trazem influxos positivos para o aprimoramento da deliberação, a produção de *ratio decidendi* e a diminuição das decisões plurais no âmbito da Suprema Corte brasileira. Neste ponto, parte-se da mesma reflexão de Davis e Reynold, no sentido de que, “de vez em quando, a decisão plural é produto do design, ao invés de resultado de uma falha na operação eficiente de um sistema colegial”^{47 48}.

⁴⁷ DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court.** Duke Law Journal, vol. 59, 1974. p. 86. Tradução livre.

A despeito da miríade de termos, ou “batalha de metáforas”⁴⁹, utilizada pelos estudiosos do direito constitucional comparado, na identificação do fenômeno⁵⁰, o que se afigura importante é traçar os contornos da metodologia a ser utilizada, de forma a identificar claramente a proposta comparativa. Esta importará na aplicação do método funcionalista e terá como objeto o estudo de casos⁵¹ concernentes à deliberação interna, entre os juízes, em cortes constitucionais estrangeiras quando do julgamento de questões de mérito. Mais especificamente, tem-se por objeto investigar como funcionam os procedimentos e práticas adotados pelas mencionadas cortes estrangeiras, bem como as observações doutrinárias e de juízes, ou ex-juízes, constitucionais estrangeiros – ideias constitucionais -, para, ao fim, propor práticas deliberativas que possam facilitar a produção de decisões majoritárias e claras pelo Supremo Tribunal Federal⁵².

Para a realização do escopo declinado, este trabalho será dividido em seis partes: a primeira consubstancia a presente parte introdutória, com a colocação do tema; a segunda será destinada às premissas teóricas; a terceira, corresponderá a um exame descritivo das normas e das práticas adotadas no momento decisório do STF; a quarta, a um exame, também,

⁴⁸ Não se desconhece doutrina que sustenta a possibilidade de formação de *ratio decidendi*, mesmo em decisões plurais, por meio do recurso ao “narrowest ground” em especial pela “broader opinion”. O implemento da deliberação e o manejo desses recursos podem ser somados na busca da *ratio decidendi* e não conflitam entre si. Sobre as técnicas de extração de *ratio decidendi* em decisões plurais v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 69/89.

⁴⁹ Transplante, empréstimo, migração, circulação etc. Sobre o assunto, v. PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford handbooks online. 2012. p. 4.

⁵⁰ Aqui utilizar-se-á a referência a empréstimos constitucionais, quando necessário e de forma genérica, em razão de sua projeção entre os estudiosos. Sobre o assunto v. JACKSON, Vicki C. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford handbooks online. 2012.

⁵¹ Por meio do método funcionalista cabe “identificar de instituições que existem em sistemas constitucionais diversos e explorar as respectivas funções”, ou “identificar um ou mais funções realizadas por instituições ou instituições constitucionais ou doutrinas em algumas sociedades, e analisar se de fato estas realizam uma função válida ou analisar se e como a função é realizada em outro lugar” (tradução livre). JACKSON, Vicki C. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford handbooks online. 2012. p. 5. A abordagem sob perspectiva adequa-se a esta última.

⁵² A abordagem é, portanto, também normativa e consequencialista (ou pragmática), o que se coaduna com o método, conforme Vicki Jackson: “Sometimes the approach is more normative, as where the scholar seeks to identify what constitutional designs or doctrines are better suited to producing consequences that are normatively valuable”; “Secondly, functional analyses may be reflected in more detailed case studies of how a constitutional institution or doctrine actually functions in two or more societies [...] Scholars may be attempting to analyze the functional consequences, for good or bad, of a particular institution [...]” cf. JACKSON, Vicki C. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford handbooks online. 2012. p. 5/6.

descritivo do momento decisório de cortes constitucionais estrangeiras; a quinta, às proposições de *lege lata* e *de lege ferenda* para a melhoria da deliberação interna, conseqüentemente, para a formação de decisões majoritárias e claras na Corte brasileira; e, por fim, uma conclusão.

1 PREMISSAS TEÓRICAS

1.1 Do conceito de deliberação política

O léxico da língua portuguesa define deliberação como “debate com o objetivo de resolver um impasse ou tomar uma decisão”; “questionamento, reflexão tendo em vista a resolução de um problema ou o planejamento de uma atitude”; ou, ainda, “ação empreendida após consulta e/ou reflexão”⁵³. Decerto, embora tal definição seja relevante, seu sentido é por demais aberto; encontra problemas de adequação às definições léxicas estrangeiras; e, ainda, não esclarece muito sobre o fenômeno no plano técnico.

No âmbito da Teoria Política, a obra conjunta “Deliberative Democracy” de 1998, editada por Jon Elster, é representativa da dificuldade de definir deliberação de forma inequívoca. Nela, Adam Przeworski salienta que deliberação corresponde a uma forma ou discussão voltada para mudar preferências sobre as bases em que as pessoas decidem como agir⁵⁴. Em sentido semelhante, Susan Stokes entende deliberação como uma mudança endógena de preferências resultante da comunicação⁵⁵. Diego Gambetta, com base em Austen-Smith, entende deliberação como conversa na qual indivíduos falam e escutam em sequência antes de tomar uma decisão coletiva⁵⁶.

Joshua Cohen salienta que “ de acordo com a concepção deliberativa, a decisão é coletiva apenas no caso de decorrer de arranjos de escolhas coletivas e vinculantes que estabeleçam condições de produção de decisão pública e livre entre iguais que são governados

⁵³ HOUAIS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 610.

⁵⁴ PZERWORSKI, Adam. **Deliberation and ideological domination**. In: ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 140.

⁵⁵ STOKES, Susan C. **Pathologies of deliberation**. In: ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 123.

⁵⁶ GAMBETA, Diego. “Claro!”: **An essay on discursive machismo**. In: ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 19.

pelas decisões”⁵⁷. Atento às divergências conceituais sobre a democracia deliberativa, Jon Elster identifica a concordância entre os autores da obra quanto ao elemento deliberativo, da seguinte forma: “a produção de decisão se dá por meio de argumentos oferecidos pelos e para os participantes, que estão comprometidos com valores de racionalidade e imparcialidade [...]”⁵⁸.

Stephanie Burkhalter, John Gastil e Todd Kelshaw, no âmbito da ciência política e da comunicação, dedicaram-se ao estudo pormenorizado e à formulação de um conceito de deliberação em uma relação face-a-face, sobre questões políticas, em encontros públicos, com estreitas restrições espaciais e temporais, dentro de uma realidade democrática⁵⁹, principalmente para jures civis, o que muito se aproxima da realidade das cortes constitucionais.

Para os autores, deliberação é a performance de um conjunto de condutas comunicativas que promovem discussão em um grupo⁶⁰, que possui as seguintes características: (i) amplo conhecimento de informação relevante, (ii) ampla variedade de soluções, (iii) informadas pelos membros ou pensadas de forma vicariante; (iv) utilização de critérios de valoração largamente ou universalmente compartilhados; (v) valoração de diversas soluções e seus impactos sobre os interessados; (vi) troca de informação necessária e disponível; (vii) abordagem de soluções representativas da diversidade de interesses ou visões e que considerem todos os pontos de vista morais em discussão; (viii) oportunidade suficiente para falar (expor argumentos); (ix) busca de adequada compreensão e consideração dos argumentos; e (x) no caso de grupos heterogêneos, com abertura a diversas formas de linguagem, justificação e diálogo⁶¹. Além disso, enfatizam o que não é deliberação, mas sim

⁵⁷ COHEN, Joshua. **Democracy and Liberty**. In: ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 186.

⁵⁸ELSTER, Jon. **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 8.

⁵⁹BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd. **A Conceptual Definition and Theoretical Model of Public Deliberation in Small Face-to- Face Groups**. Local: International Communication Association, 2002. p. 401.

⁶⁰BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd. **A Conceptual Definition and Theoretical Model of Public Deliberation in Small Face-to- Face Groups**. Local: International Communication Association, 2002 p. 401.

⁶¹ Os autores citam Pearce e Littlejohn para definir diálogo como orientação ao conflito (de ideias) aberta à mudança, não apenas quanto às crenças, mas também como a forma de falar e de pensar sobre problemas.

primos conceituais: a argumentação cooperativa, o diálogo, o debate, a discussão, protesto e o discurso ideal⁶².

Já no âmbito da teoria constitucional, Conrado Hübner reconhece a variedade conceitual, mas busca sistematizar um quadro conceitual de deliberação política que corresponda a um denominador comum entre os deliberativistas. Nessa esteira, salienta que deliberação importa em uma prática respeitosa e inclusiva para formação de decisão conjunta, que procura continuamente soluções, por meio de troca de razões e voltadas a obter consenso sobre o bem comum, embora não necessariamente este seja alcançado. Assim, participantes da deliberação, antes de contar votos, estão abertos para transformar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos⁶³.

Avança este autor ao enumerar sete elementos principais da deliberação: (i) a necessidade de tomar uma decisão coletiva que irá afetar diretamente aqueles que deliberam ou, indiretamente, pessoas ausentes; (ii) a consideração da decisão não como um fim da linha, mas como um ponto provisório de chegada, que será sucedido por novas rodadas de deliberação; (iii) é uma prática de raciocínio conjunto e de justificação de posições entre os demais deliberadores; (iv) importa em justificação por meio de um particular tipo de razão, imparcial ou ao menos traduzível em bem comum; (v) a abertura dos deliberadores à revisão e transformação de suas opiniões à luz de argumentos que impliquem uma “ética de consenso”; (vi) envolve um elemento ético de respeito; (vii) compreende um compromisso político de inclusão, empatia e de responsividade a todos os pontos de vista⁶⁴.

Hübner obtempera, no entanto, que é “certamente possível relaxar ou apertar os requerimentos deliberativos”⁶⁵, ou seja, a concepção de deliberação política e seus elementos integradores “dependerá dos propósitos de cada teoria, em razão de sua aplicabilidade e de sua justificação”⁶⁶. Isso permite que teorias se valham de diferentes misturas, ora com

⁶²BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd. **A Conceptual Definition and Theoretical Model of Public Deliberation in Small Face-to- Face Groups**. Local: International Communication Association, 2002. p. 402/411.

⁶³MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 14.

⁶⁴MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 14.

⁶⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 18.

⁶⁶MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. 18.

inclusão de alguns destes elementos, ora com exclusão, o que pode gerar concepções de processos deliberativos que se parecem, mas ficam aquém do padrão ideal definido pelos elementos *supra*⁶⁷.

Ressalte-se que é comum, ainda, entre os teóricos, a diferenciação entre deliberação e outros processos semelhantes, como a barganha e a votação. Esta diferenciação e a superioridade da deliberação em relação a estas serão objeto de tópico próprio.

1.2 Deliberação em órgão jurisdicional colegiado

1.2.1 Do conceito

Assim como no âmbito da teoria política, grassa certa celeuma entre os doutrinadores da área jurídica no que tange ao conceito de deliberação. Rita B. Garman, juíza da Suprema Court do Estado de Illinois nos Estados Unidos, em conferência de 2009 na Loyola University Chicago School of Law⁶⁸, por exemplo, definiu, com base no “Webster’s New World College Dictionary 364 (3d ed. 1997)”, o termo deliberar, como o ato de “consultar-se com outros para chegar a uma decisão”⁶⁹.

John Ferejohn e Pasquale Pasquino dedicaram-se a estabelecer os contornos da deliberação nos órgãos judiciais colegiados. Os autores elaboram sua concepção a partir da definição de deliberação (política) formulada por Aristóteles. Para este, deliberação corresponde a uma espécie de discurso⁷⁰, direcionado à avaliação crítica e talvez mudança de objetivos e preferências⁷¹. Contudo, complementam a referida concepção, ao acentuarem que

⁶⁷MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 18. Essa ressalva é importante para a definição de deliberação utilizada por Hübner para a compreensão de desempenho deliberativo.

⁶⁸ O discurso foi condensado no seguinte artigo: GARMAN, Rita. **Deliberation, Deference, and Discretion: Reflections on Decision Making at the Trial, Appellate, and Supreme Court**. 41 Loy. U. Chi. L. J. xiii (2010). Available at: <http://lawcommons.luc.edu/lucj/vol41/iss2/3>. Acesso em 15/10/2016.

⁶⁹ “‘To deliberate’ means to consult with others to reach a decision” (tradução livre). v. GARMAN, Rita. **Deliberation, Deference, and Discretion: Reflections on Decision Making at the Trial, Appellate, and Supreme Court**. 41 Loy. U. Chi. L. J. xiii (2010). Available at: <http://lawcommons.luc.edu/lucj/vol41/iss2/3>. Acesso em 15/10/2016. p. 2.

⁷⁰FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 30.

⁷¹FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy**

é por meio do fornecimento de razões e argumentos que os objetivos e propósitos podem mudar. E, assim, asseveram que deliberação é a participação em processo de julgamento (por meio de razões) sobre ação pública⁷², em que os participantes se encontram abertos ao convencimento por razões, *i. e.*, dispostos a alterar suas próprias preferências, crenças ou ações, em decorrência de razões convincentes; bem como dispostos a persuadir os demais, por meio de razões, ao invés de coerção ou engano⁷³.

A classificação da deliberação em interna e externa, aplicável às cortes constitucionais, também é atribuída a Ferejohn e Pasquino, pela doutrina⁷⁴. Com base nos autores, deliberação interna corresponde ao esforço dos membros de um grupo em persuadir e fornecer razões, com a finalidade de convencer os demais membros a decidir em uma mesma linha de ação⁷⁵, o que envolve fornecimento e recebimento de razões dos membros internos ao grupo⁷⁶; enquanto, deliberação externa, ao esforço em persuadir e fornecer razões com o fim de afetar ações tomadas fora do grupo, bem como envolve a atuação do grupo no sentido de fornecer e ouvir razões provenientes de fora do grupo⁷⁷. Neste ponto, esclarecem os autores que nem sempre os juízes constitucionais e a sociedade estão dispostos, sinceramente, a mudar de opinião.

and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002.p. 23.

⁷²FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 23.

⁷³FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002.p. 23.

⁷⁴SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. International Journal of Constitutional Law, v. 11, p. 560 e MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 93.

⁷⁵FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Adjudication: Lessons from Europe**. Local: Texas Law Review, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 24 ago. 2010. p. 1692 Tradução livre.

⁷⁶FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Adjudication: Lessons from Europe**. Local: Texas Law Review, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 24 ago. 2010. p. 1692 Tradução livre.

⁷⁷FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Adjudication: Lessons from Europe**. Local: Texas Law Review, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 24 ago. 2010. p. 1692.

De fato, na sociedade contemporânea, desacordos morais (ou “fato do pluralismo”⁷⁸) são comuns, não só em relação a políticas públicas, mas também a direitos fundamentais⁷⁹, o que torna a convergência de entendimentos mais difícil ou inalcançável. Esses desacordos são ainda potencializados em uma sociedade plural, na qual vigem doutrinas políticas, filosóficas e morais abrangentes incompatíveis entre si, mesmo que razoáveis⁸⁰. É representativo de tal realidade o processo judicial, no qual as partes que recorrem ao Judiciário, e também às cortes constitucionais, o fazem com o intuito de fazer prevalecer interpretações que lhes sejam mais favoráveis, *i. e.*, atuam no processo deliberativo judicial com a finalidade de convencer os julgadores, até mesmo de forma agonística e estratégica⁸¹.

Conrado Hübner reconhece a miscelânea de significados e, embora tenha proposto um padrão ideal de deliberação política, como abordado no item 1.1 *supra*, ao tratar de performance deliberativa, o autor dá preferência ao seguinte significado de deliberação, para fins de avaliação da performance deliberativa: “engajamento argumentativo interpessoal”⁸² ⁸³. O referido autor, ainda, observa a conexão entre adjudicação e deliberação por dois ângulos.

⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 447.

⁷⁹ v. 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. 187. v. FREDMAN, Sandra. **Adjudication as accountability: a deliberative approach.** In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. *Accountability in the contemporary constitution.* United Kingdom: Oxford. 2013. pos. 107/108.

⁸⁰ RAWLS. John. **O liberalismo político.** Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. XVII.

⁸¹ O litígio estratégico é um fenômeno que representa esta situação e corresponde a utilização de demandas que busca atingir impacto social e possibilitar o avanço jurídico sobre determinado tema, cf. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia.* 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-16052013-162225. Acesso em: 2016-12-21. p. 24: É possível contrapor uma advocacia *cliente-oriented* a um novo tipo de advocacia, *issue-oriented* ou *policy-oriented*. Basicamente a primeira vale-se do direito para atender às demandas e aos interesses do cliente. A segunda busca o impacto social que o caso pode trazer, como o avanço jurídico em um determinado tema, aplicando o método de litígio estratégico. Com esse fim, as entidades de advocacia *policy-oriented* costumam ter um trabalho preliminar de escolha do caso paradigmático, conforme o seu potencial impacto social no tema ou na política tidos como prioritários na agenda da entidade”.

⁸² MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 11: The term “deliberation” is used with more than one single meaning along the book. The definition stipulated in Chapter 1, which is my pivotal reference for the concept of deliberative performance, refers to deliberation as an inter personal argumentative engagement. Deliberation, however, has also been used by the literature in slightly different, yet related, senses. Sometimes, deliberation is conceived as mere reason-giving, as the reflexive balancing of reasons, as the exposure to reasons, or as a loose sort of conversation that leads to decision.

⁸³ Esta opção decorre do fato de que as definições de deliberação são várias e dependem dos propósitos de cada teoria. Assim, embora se possa definir um sentido ideal, como o fez para deliberação política, no que tange à deliberação em órgãos jurisdicionais colegiados, ressalta os elementos mais caros a sua teoria.

O primeiro diz respeito à feição conceitual da deliberação com o raciocínio jurídico, no sentido de que o Direito é deliberativo, pois permite sopesamento entre razões para agir, baseadas em lei ou não. Neste sentido, deliberação corresponde ao mero caráter da reflexividade. O segundo diz respeito à feição institucional, segundo a qual juízes deliberam em uma adjudicação colegiada⁸⁴.

Nada obstante estas considerações, para o referido autor, o “engajamento argumentativo interpessoal” corresponde ao principal sentido utilizado em sua obra e serve de critério para a avaliação da performance deliberativa. Este é também o sentido aqui adotado, como premissa teórica.

1.2.2 Deliberação interna e externa

Cabe, ainda, uma ressalva sobre os desdobramentos do conceito de deliberação judicial. Os conceitos propagados por Ferejohn e Pasquino de deliberação interna e externa são um avanço para a compreensão analítica do fenômeno deliberativo nos órgãos judiciais colegiados em geral, bem como é amplamente utilizado pela doutrina que busca sistematizar o tema⁸⁵, mas há alguns percalços nos escritos destes autores. Por vezes, estes deixam entrever uma inter-relação entre deliberação interna e decisão consensual única. Da mesma forma, relacionam deliberação externa a decisões com múltiplas vozes. *In verbis*:

The American Supreme Court acts publicly in several senses. First, access to its docket is open to litigants generally and its decisions on whether to take a case are public. On rare occasions members of the Court even announce their individual views on this issue. Secondly, public hearings are the norm, at least for the most important part of the Court’s docket, votes are recorded and dissenting (and

⁸⁴ O autor diferencia “colegiado” (“collegiate”) de “colegial” (“colegial”). Aquele é empregado em um sentido formal e técnico: órgão de decisão formado por múltiplos membros. Este é empregado em um sentido ético e cultural: atitude dos deliberadores, em busca de uma decisão supra-individual e despersonalizada. Além disso, ressalva que “colegialidade” (“collegiality”) em sua obra pode ser aplicada nos dois sentidos. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 53.

⁸⁵ v. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito Gv. São Paulo 4. n. 441-464. jul-dez 2008. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. International Journal of Constitutional Law, v. 11, p. 560 e MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 93. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 172/175. VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**: Deliberação, publicidade e sociedade sob a perspectiva dialógica. Curitiba: Juruá editor. 2016. p. 16.

concurring) opinions published. The Court rarely tries to speak with one voice, apparently preferring to let conflict and disagreement ferment⁸⁶. External deliberation was employed by the French Constituent Assembly, the proceedings of which took place openly amid the Parisian mob.²² And, perhaps ironically, it is a form of deliberation employed, to an extent, by the American Supreme Court with its practice of making visible multiple voices on most important issues^{87 88}.

Ocorre que a deliberação interna não necessariamente produz uma decisão única, basta pensar nos sistemas jurídicos em que os juízes podem produzir decisões divergentes. Isso porque, entre os elementos de uma deliberação ideal, antes declinados, estão a ausência de coerção e a possibilidade de que os participantes revejam suas opiniões anteriores, o que decerto afasta a imposição de uma única decisão ou mesmo exige a obtenção de consenso. Este pode ocorrer ou não em uma deliberação, ou seja, é um resultado contingente.

Por outro lado, a deliberação externa não necessariamente relaciona-se com decisões formadas por múltiplas vozes, aqui compreendidas todas as formas de decisão não unânime (opinião concorrente, dissidente ou múltipla). Todas estas formas de decisão podem participar de uma inter-relação da corte constitucional com as demais instituições e a sociedade em geral. Conrado Hübner em sentido semelhante ressalta que a ideia de deliberação externa atrelada à forma da decisão colegiada múltipla é ambígua, pois, se, por um lado, uma tomada de decisão caracterizada pela multiplicidade de votos tem o condão de interagir com o ambiente externo, incitando e afetando o debate público, por outro, uma decisão colegiada única também pode atingir o mesmo desiderato⁸⁹.

Além disso, o conceito de deliberação externa é um pouco restrito em relação à projeção do fenômeno deliberativo. Deliberação externa, nos sentidos adotados por Ferejohn e Pasquino, “esforço em persuadir e fornecer razões com o fim de afetar ações tomadas fora do grupo”; atuação do grupo no sentido de “fornecer e ouvir razões provenientes de fora do

⁸⁶ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech. London: Klumer law international, 2002, p. 36.

⁸⁷ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The Citizen's Assembly Model. In: WARREN, Mark E.; PEARSE, Hilary (Ed.). **Designing Deliberative Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 209.

⁸⁸ Tal observação também é feita por Conrado Hübner. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013 p. 95.

⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013 p. 96.

grupo”⁹⁰, não considera um fator importante, a propagação da deliberação fora das cortes constitucionais. Van Hoecke ao tratar da deliberação comunicativa como expressão da legitimidade das cortes constitucionais ressalta a projeção que uma decisão judicial pode gerar no âmbito da sociedade, principalmente no quarto e quinto círculos comunicativos, o que parece ser uma observação mais abrangente do fenômeno deliberativo.

1.2.3 Da possibilidade, da ocorrência e das características preponderantes da deliberação em órgãos jurisdicionais colegiados

A demonstração desse caráter deliberativo do Direito pode parecer extenuante para os adeptos do pós-positivismo, mas sua importância ainda se faz presente para manutenção de um diálogo com os adeptos de visões herméticas entre cognição e criação do Direito⁹¹. Pois bem. Como ressaltado por Hübner, o Direito é deliberativo no sentido de que possui um caráter reflexivo.

Mesmo para positivistas, a aplicação da lei permite a deliberação em razão de sua incompletude e vagueza⁹². Porém, isso ganha contornos mais claros com o avanço do modelo pós-positivista⁹³, após a segunda guerra mundial, pois segundo este modelo teórico, direito, moral e política passam a ser considerados abertamente como domínios que se influenciam reciprocamente⁹⁴. Os valores morais, em especial, que permitem desacordos razoáveis, não são considerados apenas no momento de elaboração da lei, mas também no momento de sua aplicação. Com base neste modelo superam-se as concepções, exclusivamente, cognitivas da ciência jurídica, para reconhecer o papel criativo da atividade interpretativa na ciência

⁹⁰FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Adjudication: Lessons from Europe**. Local: Texas Law Review, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 24 ago. 2010. p. 1692.

⁹¹ A questão é abordada por exemplo na obra MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. Porém, no presente trabalho revisita-se o tema.

⁹² Para uma análise aprofundada das diversas vertentes do positivismo v. STRUCHINER, Noel. **Algumas “proposições fulcrais” acerca do Direito: O debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo**. Perspectivas atuais da filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁹³ O pós-positivismo pode ser compreendido como concepção jusfilosófica caracterizada pela normatividade dos princípios, pela reabilitação da razão prática, pela formação de uma nova hermenêutica constitucional e pela construção de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, cf. BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 193.

⁹⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 248.

jurídica. Neste ponto, o caráter reflexivo deliberativo projeta-se de forma a ressaltar a possibilidade de deliberação no sentido de engajamento argumentativo interpessoal, pois a maior quantidade de possibilidades interpretativas possibilita a deliberação entre grupos de julgadores que precisam formar uma decisão. Nesse sentido, seja em casos difíceis ou em casos fáceis, quando a decisão não é óbvia, a deliberação torna-se possível⁹⁵.

Cabe ressaltar que a transformação por que passou a hermenêutica jurídica também corrobora para a inter-relação entre o caráter deliberativo em sentido reflexivo com o caráter de engajamento argumentativo interpessoal. Isso porque não mais se pode entender lei como norma, pois esta passa a ser compreendida como o resultado da atividade interpretativa que recai sobre aquela, texto normativo. Sob esta nova ótica, fato, texto e intérprete são igualmente relevantes para a produção das normas jurídicas em geral⁹⁶, o que traz à balha a importância da multiplicidade de visões para a interpretação, o que aumenta o dissenso e torna mais necessária a deliberação em órgãos de decisão colegiada.

Há, pois, um campo de atividade criativa na extração do sentido da norma jurídica e, portanto, passível de divergências, que podem ser superadas mediante atividades interpretativas interativas, dentre elas a deliberação⁹⁷. Tais considerações demonstram a possibilidade de sopesamento de várias razões para agir, baseadas em regras ou não⁹⁸, seja nos casos difíceis, seja nos fáceis⁹⁹. Além disso, como ressaltado, a estrutura de órgão colegiado impõe um procedimento capaz de transformar diversas opiniões em um entendimento do órgão - seja consensual ou majoritário. A possibilidade de equacionar essa necessidade por meio da deliberação, demonstra a possibilidade desta, em seu sentido institucional, *i. e.*, de engajamento argumentativo interpessoal¹⁰⁰.

⁹⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 59.

⁹⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 307/309.

⁹⁷ Nesse sentido, v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 60/61.

⁹⁸MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. P 53.

⁹⁹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013p. 61

¹⁰⁰MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 53

Ferejohn e Pasquino salientam que o viés deliberativo das cortes independe da possibilidade de mudança de ideias pelos membros julgadores. Salientam que a mudança de ideias entre os participantes da deliberação raramente ocorre. Mesmo assim, os órgãos jurisdicionais podem ser considerados fóruns de razão pública e deliberação¹⁰¹, pois as cortes produzem decisões que podem gerar efeitos de abrangências diversas, e essa variação permite concordância sobre questões diversas.

Conforme os referidos autores, as decisões das cortes podem gerar efeitos sobre casos hipotéticos ou concretos. Isso permite que, mesmo em casos de discordância sobre ideias mais abstratas, possam os juízes concordar em níveis mais concretos. Embora em relação àquelas os julgadores possam não ser abertos a rever seus entendimentos, podem ser mais flexíveis ou mesmo pragmáticos em níveis mais específicos, o que torna possível a deliberação¹⁰².

Mais do que possível, a deliberação ocorre na prática, mormente nas cortes constitucionais. A literatura jurídica é repleta de referências a práticas deliberativas, como na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no Tribunal Constitucional da Espanha, na Corte Constitucional da Colômbia e mesmo no Supremo Tribunal Federal brasileiro, que podem ocorrer em maior ou menor grau, por meios formais ou informais, públicos ou secretos, de acordo com cada contexto¹⁰³. A diferença de deliberação entre as cortes mais se situa em uma relação de grau do que de ocorrência ou não.

¹⁰¹FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 23.

¹⁰²FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 23.

¹⁰³ Sobre as práticas deliberativas nas referidas cortes, v. por todos, BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. p. 21/33, e REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. p. 4294, na Suprema Corte dos Estados Unidos; VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 159 e seguintes, no Tribunal Constitucional de España; BLANCO, Sergio Reyes. **Características procesales de control de constitucionalidade em Colombia**. Revista virtual via *inveniendi et iudicandi* "camino del hallazgo y del juicio" http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Acesso em 15/12/2016. p. 16, na Corte Constitucional colombiana; e, no Supremo Tribunal brasileiro, MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 209.

No STF, por exemplo, há práticas de viés deliberativo, como a possibilidade de retificação pelos ministros de seus entendimentos, na mesma sessão de julgamento¹⁰⁴; a possibilidade de o magistrado requerer a antecipação de seu voto, invertendo a ordem de exposição dos votos¹⁰⁵; ou mesmo troca de informações antes da sessão de julgamento, como por exemplo a prática realizada por alguns ministros relatores de circulação prévia de seus votos¹⁰⁶.

Contudo, há variações entre as características deliberativas de cada corte em razão de especificidades institucionais. Conrado Hübner elenca algumas especificidades do design institucional que influenciam os contornos deliberativos de cada corte: como a formalidade ou informalidade; a identidade dos julgadores; a capacidade destes; e a sua quantidade¹⁰⁷. O *design*, por sua vez, pode relacionar-se com diversos elementos, dentre os quais se encontram a expectativa epistêmica da instituição, a competência institucional, a respeitabilidade moral¹⁰⁸, o procedimento previsto, o tipo de razões válidas na prática deliberativa¹⁰⁹, o elevado grau de formalidade¹¹⁰ - embora não seja excluyente de práticas informais¹¹¹.

¹⁰⁴ Cf. ADI 903/MG. STF. Pleno. Min Rel. Dias Toffoli. DJe-026 Divulg 06-02-2014 Public 07-02-2014: “QUESTÃO DE ORDEM - Julgamento - Proclamação do resultado - Possibilidade de retificação dos votos já proferidos, desde que na mesma Sessão de julgamento - Votos vencidos . Os Ministros do Supremo Tribunal Federal podem, excepcionalmente, modificar os votos que proferiram na resolução da causa, mesmo que já proclamado o resultado da decisão colegiada, desde que o façam, no entanto, no curso da mesma Sessão em que efetuado o julgamento do processo”. O expediente foi utilizado, por exemplo, na Ação Penal nº 470 (AP 470), um dos casos mais emblemáticos julgados recentemente pelo STF, conhecido como mensalão, em que o Ministro Ricardo Lewandowski reviu seu entendimento quanto à configuração do crime de formação de quadrilha dos acusados. v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. 18 de outubro de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 20/12/2016.

¹⁰⁵ Cf. art. 135 do RISTF. Isso ocorreu por exemplo no julgamento da medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 (ADPF 402) em que o Ministro Celso de Melo solicitou a antecipação de seu voto, o qual sagrou-se vencedor para reformar a liminar monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio Melo para afastar da Presidência do Senado Federal o Senador Renan Calheiros.

¹⁰⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 203. v. também BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança**. BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. *Consultor Jurídico*, 28 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 05 fev. 2015

¹⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. 43/44.

¹⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 44.

¹⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 59.

¹¹⁰ No STF e nos demais órgãos judiciais colegiados do Brasil, a deliberação no julgamento é realizada em sessão de julgamento pública por força da aplicação do disposto no art. 93 inc. IX da CRFB/88: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de

Pode-se, porém, identificar algumas características marcantes mais comuns. Em regra, órgãos jurisdicionais são compostos por juízes advindos das instâncias jurisdicionais inferiores e admitidos por meio de concurso público de elevado grau de dificuldade técnica ou são, ainda, nomeados por representantes políticos. Também, pode-se ressaltar a configuração dos órgãos jurisdicionais em grupos pequenos, geralmente, menores que as casas legislativas¹¹², assim como há uma expectativa ou mesmo exigência de que os magistrados produzam razões aceitáveis no discurso legal, independentemente, do caráter substantivo¹¹³.

Questão fulcral diz respeito à linguagem mediante a qual deliberação jurisdicional se espalha, a linguagem jurídica, embora a classificação do que é jurídico ou não possa ser controverso¹¹⁴. De fato, a deliberação no âmbito jurisdicional não só deve envolver razões públicas, como sustentado por Gutmann e Thompson ao tratarem de democracia deliberativa¹¹⁵, mas para além disso, deve espalhar-se por meio de argumentos jurídicos, que são de extrema relevância para dar efetividade à autonomia do Direito inclusive, como se verá mais adiante.

Quanto à iniciativa do ato deliberativo, em uma perspectiva mais ampla, pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais são chamados a resolver disputas a partir da provocação externa de interessados, em regra. Isso decorre dos princípios da inércia judicial e da demanda,

nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Tal fato, somado ao regramento procedimental das sessões, demonstra a formalidade do ato.

¹¹¹ É possível a troca de informações entre os ministros antes de formar suas convicções finais. Isso ocorre, por exemplo, em razão da prática de alguns ministros do STF v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 209; Ocorre também na Suprema Corte dos Estados Unidos, v. Bickel BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. p. 29/33; e GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 nº 6. December 1992. p. 1193. v. REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2001. Pos. 4500.: “If a justice agrees with the draft and has no criticisms or suggestions, he will simply send a letter saying something like “Please join me in your opinion in this case.’ If a justice agrees with the general import of the draft but wishes changes to be made in it before joining, a letter to that effect will be sent, and the writer of the opinion will, if possible, accommodate the suggestions[...].”

¹¹²MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 65/66.

¹¹³MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 59.

¹¹⁴MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 59.

¹¹⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007. p. 4.

aplicável à vasta maioria dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro. Uma exceção ocorre, por exemplo, na Índia, em que a Suprema Corte tem competência para fazer “completa justiça” mesmo além da questão sob apreciação¹¹⁶.

Em suma, a deliberação em órgãos jurisdicionais colegiados, incluindo cortes constitucionais, possui características próprias, que a distingue da deliberação realizada em outros foros deliberativos. Por isso, a abordagem investigativa e as propostas de estímulo de práticas deliberativas devem possuir contornos próprios que não podem ser confundidos com a abordagem e as propostas atinentes à deliberação em órgãos de *pedigree* político ou em fóruns sociais não jurisdicionais. Exemplificam tal assertiva, as práticas deliberativas indiretas entre juízes, por meio de perguntas a interlocutores, como servidores, partes ou mesmo advogados; as realizadas por meios escritos e de forma provisória, antes da efetiva decisão final; e procedimentos diferenciados de votação, os quais englobam não só a prolação de uma decisão objetiva, mas também exposição fundamentada e lastreadas em argumentos jurídicos¹¹⁷.

1.3 Deliberação em cortes constitucionais

1.3.1 Fases deliberativas e características da deliberação nas cortes constitucionais

Conrado Hübner identifica três fases deliberativas e diacrônicas, nos julgamentos perante as cortes constitucionais: a fase pré-decisional, a fase decisional e a fase pós-decisional. Segundo o referido autor, a primeira se inicia com a existência de um caso formal e, portanto, é deflagrada por um litígio concreto; a fase decisional, para o autor, corresponde à

¹¹⁶Cf. art. 142 da Constituição da Índia: (1) A Suprema Corte no exercício da sua Jurisdição pode expedir decreto ou ordem se necessários para fazer completa Justiça em qualquer causa ou questão pendente perante ela, e qualquer decreto assim expedido ou qualquer ordem assim feita deverá ser cogente em todo o território da Índia da maneira que pode ser regulamentada pelo, ou de acordo com qualquer lei feita pelo, Parlamento e, até que regulamentação neste sentido seja feita, da maneira que o Presidente regulamentar por ordem. (2) Sem prejuízo das disposições de qualquer lei feita neste sentido pelo Parlamento, a Suprema Corte deve, em relação a todo o território da Índia, ter todo e qualquer poder para expedir qualquer ordem para a finalidade de garantir o serviço a qualquer pessoa, de descoberta ou produção de quaisquer documentos, ou a investigação ou punição de qualquer desonra feita a esta. (Tradução livre).

¹¹⁷ Essas práticas serão abordadas mais adiante em tópico próprio, quando da comparação.

deliberação interna das cortes, intramuros¹¹⁸ e entre os juízes¹¹⁹; e, por fim, a última se inicia com a elaboração de uma decisão escrita e segue com os debates na esfera pública¹²⁰.

Muito embora as definições da fase pré e pós-decisional, de fato, sejam embasadas em momentos temporais de um processo, a definição da fase decisional não segue a mesma lógica. Considera elemento espacial ou pessoal (intramuros e entre juízes). Isso traz uma distorção na classificação e não se adequa a práticas de deliberação, entre juízes constitucionais ou entre estes e o meio externo que ocorrem a portas abertas, de forma pública, como no Supremo Tribunal Federal brasileiro e em alguns casos na *Suprema Corte de Justicia de la Nación* do México. Nestas cortes, indubitavelmente, há deliberação, que pode ser interna ou com o meio externo, no momento de julgamento.

É possível, por outro lado, considerar a fase decisional como aquela que se inicia com a troca de argumentos entre os juízes sobre suas opiniões - de forma oral ou escrita, formal ou informal – perpassa a exposição pelos julgadores de suas opiniões, quando se der esta de forma pública, e termina com a promulgação do resultado da decisão da corte. Esta consideração também não permite a identificação clara do início e do término de cada fase acima e certamente possuirá contornos próprios nos mais variados procedimentos deliberativos adotados pelas cortes constitucionais¹²¹. Porém, parece mais homogêneo em relação ao critério classificatório e, ainda, é mais adequado às diversas realidades constitucionais, pelo que será esta concepção de fase decisional adotada neste trabalho quando a ela houver referência.

Não obstante tais considerações, Hübner salienta que os valores e as promessas da deliberação, razões instrumentais, manifestam-se de forma diferenciada em cada fase, pelo que o conceito de deliberação judicial deve ser maleável para se adequar a estas. *Pari passu*, nem todos os elementos do padrão ideal de deliberação se fazem presentes em cada fase¹²².

¹¹⁸MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 107; MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. In: VOJVODIC, Adriana et al. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros editors. 2012. p. 62.

¹¹⁹MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 107.

¹²⁰MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 105 e 107.

¹²¹ Por exemplo, no campo prático, a deliberação entre os *Lords* da Suprema Corte do Reino Unido ocorre também no momento de audiência com os advogados das partes, por meio de perguntas que, indiretamente, tem por finalidade promover interação entre o *Lord* que indaga e seus pares. O tema será abordado no tópico próprio.

¹²²MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 106/107.

Por exemplo, na primeira fase, as partes demandantes, ou que formulam pretensões, não buscam consenso e não estão, em regra, abertas a rever seus posicionamentos. Por outro lado, é possível que os juízes constitucionais estejam, em determinados casos, abertos ao consenso, na fase decisional.

Com base em tal proposta, o autor considera que o tipo ideal de corte deliberativa promove contestação pública na fase pré-decisional; estimula os julgadores a se engajarem sinceramente em um processo colegial (“collegial engagement”) na fase decisional; e busca redigir uma decisão escrita deliberativa na fase pós decisional. Em decorrência, o autor adota tais atividades como índices de qualidade da prática deliberativa¹²³. Deve-se ressaltar, também, que o escrutínio das cortes constitucionais tem características próprias e especiais em relação ao escrutínio levado a cabo pelos demais órgãos jurisdicionais, o que reverbera nas práticas deliberativas adotadas.

Neste prisma, Conrado Hübner refuta a ideia de que o maior grau de discricionariedade ou o caráter mais construtivo e contencioso do escrutínio constitucional sejam diferenças válidas para sua distinção em relação ao escrutínio judicial ordinário. Essas ideias escoradas no caráter abstrato, na abertura textual, na sobrecarga de conceitos morais ou políticos das constituições suporiam a ausência das mesmas características em todo o ordenamento jurídico, que, no entanto, também se manifesta em textos dotados de conceitos abertos e, assim, também possibilitam a formação de vontades e preferências justificadas.

Nem mesmo a ênfase ou frequência com que a atividade construtiva é exercida serviria para identificar claramente a diferença entre as referidas atividades, pois esse critério seria frágil, ante a submissão de casos fáceis e difíceis tanto aos juízes ordinários, quanto aos juízes de cortes constitucionais¹²⁴. Da mesma forma, Hübner refuta a ideia de que a diferença consistiria na atividade mais abstrata e prospectiva das cortes constitucionais, que não se voltariam para a aplicação de lei a fatos concretos, pois isso não seria aplicável a todos os sistemas jurídicos, em especial, àqueles em que os juízes monocráticos têm competência para exercício de decisão sobre constitucionalidade e para negar aplicação a estatutos por vício de inconstitucionalidade¹²⁵.

¹²³MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 107.

¹²⁴MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 74 e 75

¹²⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 75.

Em contraposição, para este autor, as características que realmente individualizam o escrutínio das cortes constitucionais em relação aos demais órgãos jurisdicionais, são: (i) o alcance e os efeitos das decisões, que, em regra, são *erga omnes*¹²⁶ e (ii) a sensibilidade política das cortes constitucionais, para antecipar reações e modular decisões adequadamente, ante a voltagem política do texto constitucional¹²⁷. De fato, essa é uma realidade brasileira e pode ser encontrada em larga escala nas cortes constitucionais estrangeiras. O efeito *erga omnes* das decisões do STF são observados nos casos de controle concentrado¹²⁸, de súmula vinculante¹²⁹ e, mais recentemente, de julgamento de recursos repetitivos, conforme o artigo 927 III do Código de Processo Civil¹³⁰ – CPC. Naqueles dois primeiros casos, inclusive, é possível o manejo da reclamação diretamente perante o STF para corrigir o descumprimento da súmula ou tese¹³¹.

Por outro lado, a positivação de matérias políticas na Constituição é uma característica das constituições analíticas e dirigentes, como a brasileira¹³². Nesse prisma, a sensibilidade

¹²⁶ Hübner reconhece que alguns casos concretos são pontos fora da curva e assim exceção, como a decisão de Magistrado Federal que determinou fosse aplicada em todos os aeroportos nacionais e a todos os americanos que adentrassem o território nacional, o mesmo rigor na identificação aplicado aos brasileiros nos aeroportos americanos, por força do princípio da reciprocidade. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 76.

¹²⁷ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 75.

¹²⁸ Art. 102 § 2º da CRFB/88; art. 8º §1º da lei federal nº 9.882/99; art. 28 parágrafo único da lei federal nº 9868/99.

¹²⁹ Art. 103-A da CRFB/88.

¹³⁰“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”; v. também: “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada”; “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...) III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior”;

¹³¹“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016); Art. 988 § 5º É inadmissível a reclamação (...) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)”.

¹³² Eis que seu texto aborda muitas matérias além de adotar elevado grau de detalhamento, bem como não trata apenas de direitos negativos, mas também elenca direitos positivos, estabelecendo metas ou programas para o Estado e para a Sociedade. v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p.170/171.

política do STF também é implementada na prática. Essas características são comumente compartilhadas pelas cortes constitucionais, em geral, com maior ou menor grau. Além disso, o caráter abstrato, a textura aberta e a carga político-moral das normas apreciadas por cortes constitucionais deixam de ser fatores distintivos marcantes, em uma era pós-positivista, em razão da força normativa dos princípios e da constitucionalização do direito que impõe uma aplicação direta e indireta da norma constitucional em todos os ramos do direito¹³³.

Note-se, igualmente, que as práticas deliberativas das cortes constitucionais se distinguem daquelas efetuadas por poderes com *pedigree* político. Além das diferenças ressaltadas anteriormente quando da análise das características da deliberação nos órgãos jurisdicionais, pode-se ressaltar que mesmo o reconhecimento da possibilidade de as cortes constitucionais exercerem, por meio do controle de constitucionalidade, a função de legislador positivo¹³⁴, isso não importa em igualar os contornos práticos de tal função, com aqueles próprios da mesma função realizada pelo Parlamento. Este exerce amplamente a condição de legislador, em seu sentido preciso, enquanto as cortes, apenas, quando exercem o controle de constitucionalidade; também, o Parlamento atua de forma proativa e de ofício, enquanto as cortes atuam de forma reativa e não têm o poder de sua agenda, eis que sua atuação é deflagrada por demanda de outrem. São inertes¹³⁵.

Da mesma forma, as instituições possuem estruturas e procedimentos diferenciados que influenciam na formação da decisão, diferenças essa atinentes às capacidades epistêmicas, aos sentidos que cada simboliza, ao capital político que cada detém e ao tempo que cada uma possui para a formação da decisão. Por fim, no campo do escrutínio constitucional, as cortes constitucionais atuam criativamente, mediante uma interação com os parlamentares eleitos,

¹³³BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 122 e 32/34.

¹³⁴ O exercício pelas cortes constitucionais de atividade de legislador negativo não gera maiores problemas na doutrina, porém o reconhecimento da atuação dessas cortes como legislador positivo é tabu, que vem sendo aos poucos enfrentado e reconhecido. A despeito da imputação ao positivismo, principalmente, a Kelsen, da restrição à atividade negativa, o mesmo reconheceu que as cortes poderiam desempenhar o papel de legislador positivo. v. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 394. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito[...] Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado”. Corroborar para a identificação de tal característica do controle de constitucionalidade, o manejo de novas técnicas de decisão, como as sentenças intermédias ou sentenças aditivas. Sobre o assunto v. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 206/224.

¹³⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 77.

em um processo dinâmico e elevado de produção legislativa¹³⁶, com avanços e retrações cambiantes na prática¹³⁷. Em sentido semelhante, também já se manifestou Richard Posner no contexto do sistema jurídico norte-americano:

Even if the Supreme Court is really just a legislature in most of its constitutional cases, the method of selecting Justices, the terms and conditions of their employment, the resulting qualities and attitudes of the Justices, and the methods they use in legislating differ from the corresponding methods and circumstances of legislators. The differences may be so great that the product, even if legislative in a sense, so differs from the characteristic product of the official legislatures— is so much more disciplined, impersonal, reasoned, nonpartisan— as to be “lawlike” in the same sense that the common law, although also legislative rather than interpretive, is lawlike. Maybe when all the characteristics of the Court as an institution are considered— especially the fact that the Justices try to justify their decisions in reasoned opinions, which, even when they are advocacy products largely drafted by law clerks wet behind the ears, reflect a degree of deliberation and a commitment to minimal coherence that are not demanded of legislative bodies— the correct conclusion is that the Justices’ legislative discretion is really rather narrowly channeled¹³⁸.

1.3.2 Exigência e promessas da deliberação em cortes constitucionais

1.3.2.1 Exigência normativa de deliberação em cortes constitucionais

A exigência de deliberação impõe-se com base em dois fundamentos normativos que podem ser divididos em (i) exigência de viés político-jurídico e (ii) exigência vinculada à legitimidade da *judicial review*, os quais passam a ser analisados.

- (i) Exigência de viés político-jurídico: democracia deliberativa e Estado democrático de direito

¹³⁶MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 78/79.

¹³⁷ Essa alternância entre avanços e restrições na interpretação constitucional pode ser comparada no âmbito das decisões majoritárias e contramajoritárias frente à opinião pública. O apoio difuso (*diffuse support*)- apoio suficiente na instituição, que permitirá tolerância em alguns desvios da corte - que não se confunde com apoio específico (*specific support*) - quando o povo gosta de determinada decisão ou desgosta -, pode gerar capital institucional para atuação contramajoritária em casos específicos. A dosagem do gasto desse capital é uma questão que se impõe à expertise administrativo-política da corte. Sobre o assunto, v. FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: How Public Opinion Has Influenced The Supreme Court And Shaped The Meaning Of The Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. Pos. 9019; e v. 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. 257.

¹³⁸ POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 304.

A forma de governo da democracia deliberativa¹³⁹ corresponde ao contexto político em que a deliberação, nos espaços públicos formais e informais, assume relevância. A definição desta forma de governo é deveras variada entre os cientistas políticos. Entre tantas acepções do termo, adere-se à de Amy Gutmann e Denis Thompson, para os quais, democracia deliberativa corresponde a “uma forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem, no presente, todos os cidadãos, mas que possibilitam uma discussão futura”¹⁴⁰.

A definição dos autores de democracia deliberativa revela quatro características relevantes: (i) a exigência de justificação das decisões, tomadas pelos cidadãos e por seus representantes – justificação esta que impõe a apresentação de motivos e resposta a questões formuladas pelos interlocutores, além de que, esses motivos devem ser aceitos por pessoas livres e iguais; (ii) motivos públicos - tanto na forma, expostos com publicidade, quanto no conteúdo, por meio de razões públicas¹⁴¹, o que realiza o valor moral “respeito mútuo”; (iii) decisões vinculantes por certo período de tempo – o que impõe efetividade à decisão e não discussões retóricas sem implementação prática; e (iv) continuação do debate – o que confere caráter provisório às decisões e a característica do dinamismo ao processo, coadunando-se com a ideia de que os processos de tomada de decisão são imperfeitos, bem como propicia maior aceitação pelos derrotados na arena política, eis que se lhes abre a possibilidade de rediscussão política¹⁴².

¹³⁹ A deliberação em um sistema de viés democrático remonta a longa data pretérita, tendo sido objeto de estudos de Platão, Aristóteles, Montesquieu, Madison, Jefferson entre outros, cf. MARTÍ, José Luis. **La República Deliberativa**: una teoría de la democracia. Madrid: Marcial Pons; 2006, p. 17. A expressão democracia deliberativa, no entanto, é atribuída a Joseph R Bessete, embora tenha ganhado notoriedade com Joshua Cohen, cf. VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 92.

¹⁴⁰ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007. p. 5.

¹⁴¹ Em síntese, razões públicas podem ser consideradas como razões que expressam valores políticos em relação aos quais pode-se esperar que cidadãos livres e iguais possam razoavelmente acatar. Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 533. Voltar-se-á ao tema mais adiante.

¹⁴² GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007. p. 4.

Essa feição deliberativa e contínua das democracias modernas reclama propagação nos diversos fóruns públicos, nos espaços formais e informais, e inclui o Parlamento, o Judiciário, grupos escolares, comissões de éticas etc. *In verbis*:

Os democratas deliberativos deveriam estar comprometidos em considerar os seus princípios como sujeitos à revisão, não apenas por meio da discussão moral entre eles mesmos, mas também por meio da discussão moral entre os cidadãos e seus representantes, deliberando juntos em fóruns políticos, incluindo quadros escolares, legislaturas e cortes¹⁴³;

What standards should be used to assess the process of making decisions about health-care policy? These decisions are increasingly made not only in governmental institutions such as legislatures, courts, and presidential commissions but also in HMOs, hospitals, ethics committees, review boards, professional associations, and task forces¹⁴⁴

A identificação dos termos elementares deste regime é aviada por John Elster na obra conjunta “Deliberative Democracy”. Para o autor, há uma concordância entre os teóricos, que participam da referida obra, sobre os elementos componentes da democracia deliberativa, quais sejam: quanto à parte democrática, a participação na produção de decisão de todos que podem ser afetados, diretamente ou por representantes; e quanto à parte deliberativa, a produção de decisão por meio de argumentos oferecidos pelos e para os participantes, comprometidos com valores de racionalidade e imparcialidade¹⁴⁵.

Conforme salienta Cláudio Pereira, a democracia deliberativa tem como característica a busca pela conciliação entre as duas matrizes da teoria política moderna, a político-liberal e a democrática, e, conseqüentemente, seus respectivos elementos normativos subjacentes dão ensejo aos princípios de expressão jurídico-política do Estado de direito e da soberania popular¹⁴⁶. Essa junção importa em uma harmonização de valores que, por vezes, se chocam,

¹⁴³ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007.p. 38.

¹⁴⁴ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.p. 139.

¹⁴⁵ ELSTER, Jon. **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 8.

¹⁴⁶ Estes princípios encontram-se, expressamente, positivados na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, especialmente pela adoção do estado democrático de direitos no art. 1º. Nesse sentido: NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições Para a cooperação a Deliberação Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.19/20. Neste sentido também STRECK, Lênio Luiz; e MORAIS, Jose Luis Bolzan. Estado Democrático de Direito. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, v. 1.p. 113: A Constituição do Brasil de 1988 – ao lado do princípio republicando e da forma federativa de Estado, princípios fundamentais da organização do Estado, inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito [...]”

como direitos fundamentais e a soberania popular¹⁴⁷. Além disso, nas sociedades modernas, o pluralismo sobressai-se como uma característica marcante, eis que questões públicas são interpretadas por diferentes doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes incompatíveis entre si¹⁴⁸, levando a dissenso, ou desacordos morais, igualmente legítimos e legitimados a participar dos processos institucionalizados nos Estados.

Na medida em que o processo decisório institucionalizado permite a participação das diferentes cosmovisões, ainda que por meio de argumentos traduzidos em razões públicas, e a rediscussão das decisões públicas, com o tempo; torna-se propício o respeito mútuo e a maior aceitação das decisões formadas provisoriamente¹⁴⁹. Nesse sentido, a democracia deliberativa torna-se vantajosa para harmonizar os desacordos morais, na sociedades contemporâneas e plurais, e garante maior estabilidade social¹⁵⁰.

(ii) A legitimidade da *judicial review* em razão do critério da deliberação

A legitimidade do controle judicial de constitucionalidade de leis também pode ser encarada como um substrato normativo político-jurídico (item “ii”). Porém, aqui abordar-se-á as teorias sobre a legitimidade especificamente da *judicial review* e que diretamente relacionam-se com a deliberação, portanto, não baseadas exclusivamente na incidência dos ideais da democracia deliberativa sobre os órgãos de decisão em geral.

Com efeito, legitimidade é uma palavra polissêmica, mas possui um núcleo comum, que corresponde à “justificação de uma dominação jus-política”¹⁵¹ ou, na linguagem de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sua substância corresponde à “coleção de valores consensuais de

¹⁴⁷ Esses princípios também são observados na doutrina como dimensões da própria democracia contemporânea em si. v. BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo.** In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política. Forense.* Rio de Janeiro: 2015. p. 4; e 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. 211.

¹⁴⁸ 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. 212.

¹⁴⁹ Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** In: *Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007.p. 4 e 211/214.*

¹⁵⁰ v. 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. 212.

¹⁵¹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna,** São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 42.

uma cultura que suporta um sistema de poder – portanto, um sistema juspolítico”¹⁵². Porém, na contemporaneidade, mormente em um mundo globalizado, não mais se sustenta a legitimidade sob uma expressão apenas formal (especialmente representativa eleitoral), mas também sob uma expressão material. Esta justificação jus-política, caracteriza-se, ainda, como um fenômeno antropológico que verifica a concordância, conjuntural e até casuística, entre o poder e os valores que o suportam. Entre as expressões desse poder encontram-se: a sua concentração, a sua atribuição, a sua distribuição, o seu acesso, o seu exercício e o seu controle¹⁵³.

Além disso, os fatores que refletem nesta justificação são vários, que “raramente são isolados e quase sempre confluentes”¹⁵⁴. Esses diversos fatores são instrumentalizados pelos teóricos em diversos critérios voltados para a aferição ou reconhecimento da legitimidade dos atos de poder. Nessa toada, os critérios, ou “tipos legitimatórios”, conforme Diogo de Figueiredo, podem ser classificados no âmbito jurídico em dois grandes grupos: as “legitimações jurídicas predominantemente materiais” e as “legitimações jurídicas predominantemente formais”¹⁵⁵. Aquelas se subdividem em pactual, moral e pragmática; e estas, em processual e eleitoral.

Não é objetivo do presente trabalho descer a minúcias sobre a classificação e todos os critérios utilizados para aferir a legitimidade de manifestações de poder, o que inclui o *judicial review*, mas sim fazer uma referência a algumas concepções de legitimidade que se relacionam e, por isso, impõem deliberação no julgamento de constitucionalidade. Ressalte-se, neste ponto, que a *judicial review* sofre, mais comumente, o influxo de teorias sobre a legitimidade que não estão diretamente relacionadas com a deliberação¹⁵⁶, as quais merecem

¹⁵² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 91. DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**, São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 42. p.1.

¹⁵³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 92.

¹⁵⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

¹⁵⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

¹⁵⁶ Sobre a concepção tradicional de legitimidade e suas respostas insatisfatórias v. 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; Patrícia Perrone aborda a legitimidade da *judicial review* vinculada à atuação contramajoritária das cortes constitucionais em defesa de direitos de minorias; na tutela do processo deliberativo; e no desbloqueio de instâncias majoritárias, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos Nos Bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 296/303. Sobre o tema da legitimidade da justiça constitucional v. BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional: Artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 151. Conforme este autor, a fonte de legitimidade da justiça constitucional está na integração dos cidadãos ao processo de interpretação da Constituição, no “plebiscito diário” das decisões de interpretação da constituição e na capacidade de estas decisões serem aceitas pela

uma breve digressão para o fim de ressaltar as diferenças e, assim, permitir uma individualização do enfoque deliberativo.

Com efeito, uma concepção tradicional, firmada a partir da decisão de *Marbury vs. Madison*, escora-se nos seguintes fundamentos: (i) Supremacia Constitucional sobre a lei infraconstitucional; (ii) a natureza jurídica da Constituição e, portanto, submetida à apreciação judicial e de cortes constitucionais; (iii) melhor capacidade do Poder Judiciário para defender direitos fundamentais em razão de seu insulamento político; (iv) a necessidade de atuação do Poder Judiciário para defender minorias contra eventuais opressões da maioria¹⁵⁷.

Essas justificativas normativas tradicionais sofreram intensas críticas de cunho institucional (sobre as capacidades institucionais do Judiciário e em razão dos efeitos sistêmicos negativos e não antecipados) e de cunho democrático (fundadas no desacordo moral razoável mesmo em questões de princípios e do constitucionalismo popular – especialmente quanto à inexistência de norma que atribua ao Judiciário a interpretação definitiva da Constituição)¹⁵⁸. Estudos empíricos, também, foram capazes de demonstrar que as cortes constitucionais podem atuar, e a Suprema Corte dos EUA atuou, de forma mais majoritária do que contramajoritária e que a opinião popular tem relevante impacto sobre o comportamento judicial^{159 160}.

sociedade. Alguns doutrinadores, principalmente no âmbito da teoria dos diálogos constitucionais, ressaltam que as preocupações com a legitimidade da judicial review diminuem dentro do contexto de diálogo constitucionais, pois as decisões das cortes constitucionais podem ser revistas; ou mesmo que a busca por tal legitimação é improdutiva, cf., respectivamente, HOGG, Peter W.; e BUSHELL, Allison A. **The Charter Dialogue between Courts and Legislatures** (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1 (1997). <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em 15/11/2016. p. 80; e FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 *Mich. L. Rev.* 577 1992-1993. p. 650: “my notion that the never-ending search for legitimacy is unproductive”.

¹⁵⁷ V. 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.

¹⁵⁸ Sobre um estudo sistematizado das críticas, v. 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. 183/197.

¹⁵⁹ MARSHALL, Thomas R. **Public opinion and the Rehnquist court**. Albany: State university of New York press. 2008. pos. 465 e 495. Segundo o relato das pesquisas, entre 1970 e 2005, a Suprema Corte dos EUA decidiu em ampla maioria das vezes de forma consistente com a opinião pública, alcançando picos de mais de 75% de conformidade em determinadas épocas. V. também FREDMAN, Sandra. **Adjudication as accountability: a deliberative approach**. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. *Accountability in the contemporary constitution*. United Kingdom: Oxford. 2013. Pos 111/113.

¹⁶⁰ Nesse sentido também, v. FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitucionalismo**. *Michigan Law Review*, Vol. 101. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=406620. Acesso em 15/11/2016. P. 2597.: “Similarly, it explains that the core premise of much legal scholarship — that judicial review is countermajoritarian — may well be wrong”.

Patrícia Perrone, sobre o assunto, salienta que a doutrina comumente ressalta a legitimidade da *judicial review* lastreada na atuação contramajoritária das cortes constitucionais em defesa de direitos de minorias e na tutela do processo deliberativo. Porém, alerta para a importância da atuação no desbloqueio de instâncias majoritárias¹⁶¹. Deve-se ressaltar também que em superação de concepções escoradas na supremacia, seja judicial, seja parlamentar, sobressai a teoria dos diálogos constitucionais que se vincula a uma visão mais realista das capacidades institucionais, ao ideal de democracia deliberativa e à separação de poderes (no sentido de freios e contrapesos norte-americano)^{162 163}.

O Diálogo constitucional, contudo, é termo que representa uma “metáfora ubíqua” concernente a diversas concepções que, no âmbito da teoria constitucional, descrevem a natureza das interações entre o Judiciário e os poderes políticos no que tange às decisões sobre matéria constitucional^{164 165 166}. Sua aplicação permite um mútuo controle entre os poderes e é vista como capaz de aprimorar o processo democrático e não de negá-lo¹⁶⁷. As

¹⁶¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos Nos Bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 296/303.

¹⁶² 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. 223/224.

¹⁶³ Sobre a dificuldade contramajoritária e a defesa do papel contramajoritário do judicial review em uma acomodação tolerável entre a teoria e a prática democrática, dentro de uma lógica de colóquio contínuo com instituições e a sociedade, v. BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press. 1962. p. 16/28; e 240.

¹⁶⁴ Para Hogg e Bushell, diálogo “consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on *Charter* grounds is followed by some action by the competent legislative body” .v HOGG, Peter W.; e BUSHELL, Allison A. **The Charter Dialogue between Courts and Legislatures** (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1 (1997). <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em 15/11/2016. P. 82. Sobre a sistematização das teorias dialógicas v. BATEUP, Chritine. **The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential Of Theories Of Constitutional Dialogue**. public law & legal theory research paper series working paper no. 05-24 . New York University of law. 71. November 2005.

¹⁶⁵ A teoria desenvolve-se a partir de seminal obra de Peter W. Hogg e Allison A. Bushell, no Canadá, cf. V. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe A Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nesse sentido, também, v. FREDMAN, Sandra. Adjudication as accountability: a deliberative approach. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. **Accountability in the contemporary constitution**. United Kingdom: Oxford. 2013. pos. 111/113.

¹⁶⁶ Em sentido semelhante, FREDMAN, Sandra. Adjudication as accountability: a deliberative approach. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. **Accountability in the contemporary constitution**. United Kingdom: Oxford. 2013. Pos. 110/111. Embora a autora trabalhe expressamente sobre as decisões sobre direitos fundamentais, suas considerações sobre o diálogo são aplicáveis para as decisões jurisdicionais em geral, ainda que não envolvam diretamente direitos fundamentais.

¹⁶⁷ V. FREDMAN, Sandra. Adjudication as accountability: a deliberative approach. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. **Accountability in the contemporary constitution**. United Kingdom: Oxford. 2013. pos 111/113.

teorias dialógicas não devem ser vistas de forma monolítica¹⁶⁸ e seus precursores ressaltam características diferentes da interação entre legisladores e juízes constitucionais. Uma das mais proeminentes vertentes é a de Barry Friedman, que resalta o papel catalisador das cortes constitucionais no debate público.

Não obstante isso, não há uma preocupação na definição de uma legitimidade específica para a *judicial review* no âmbito das teorias dialógicas. Hogg e Bushell, por exemplo, não definem expressamente essa legitimidade, mas reconhecem que esta é parte do diálogo, e que as preocupações com aquela diminuem dentro de um deste contexto, pois as decisões das cortes constitucionais podem ser revistas¹⁶⁹. Friedman também não define a legitimidade em questão e em verdade entende que a busca por tal legitimação é improdutivo¹⁷⁰. Reconhece, contudo, a legitimidade relativa dos três poderes, embora adjective tal questão como boba¹⁷¹ e reconhece o importante papel das cortes como catalisadoras da deliberação pública na sociedade¹⁷². Assim, embora não haja uma preocupação com a questão da legitimidade, os autores referem a importância do *judicial review* dentro de uma visão de diálogo, da repartição dos poderes e de seus efeitos, além disso, enfrentam a preocupação com a legitimidade contramajoritária das cortes, ressaltando que esta se torna menor com a possibilidade de revisão por demais instâncias¹⁷³

Gustavo Binenbojm aborda a questão diretamente e salienta que a abertura interpretativa é condição de legitimidade da jurisdição constitucional. De forma mais específica, salienta o autor, a fonte de legitimidade da justiça constitucional está na integração

¹⁶⁸ V. SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016. P.24.

¹⁶⁹ HOGG, Peter W.; e BUSHELL, Allison A. **The Charter Dialogue between Courts and Legislatures** (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1 (1997). P. 80. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em 15/11/2016.

¹⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993. P. 650: “my notion that the never-ending search for legitimacy is unproductive”.

¹⁷¹ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993. P. 630: “Absent a claim that legislative acts *actually* represent majority will, one only has an argument about the relative legitimacy - without regard to actual majority support - of each branch of government. But that is silly: the Constitution creates three "legitimate" branches of government, one of which is the judiciary”.

¹⁷² FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993: “Similarly, court decisions may act as a *catalyst*, causing society to debate issues that might not otherwise have stood at the top of the agenda”.

¹⁷³ Nesse sentido também, principalmente para as concepções normativas, v. BATEUP, Chritine. **The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential Of Theories Of Constitutional Dialogue**. public law & legal theory research paper series working paper no. 05-24 . New york University of law. 71. November 2005. P. 86.

dos cidadãos ao processo de interpretação da Constituição, no “plebiscito diário” das decisões de interpretação da constituição e na capacidade de estas decisões serem aceitas pela sociedade. Em razão disso, o acesso e a participação tornam-se elementos imprescindíveis para a legitimidade das cortes constitucionais. *In verbis*:

O desenvolvimento do tão almejado *sentimento constitucional* passa, necessariamente, por uma integração cada vez maior da cidadania no processo de *revelação e definição* dos significados constitucionais prevaletentes. A fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no plebiscito diário a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos.

Neste sentido, a democratização do acesso e da participação social nos processos de interpretação e aplicação da Constituição é condição imperiosa de legitimidade das decisões proferidas pelo tribunal Constitucional¹⁷⁴.

No âmbito das teorias da legitimidade do *judicial review* construídas sobre o pilar deliberativo, algumas proposições merecem destaque, embora igualmente submetidas a críticas. Dentre estas, encontra-se a teoria formulada por Robert Alexy, o qual propõe que controle judicial de constitucionalidade é conciliável com a democracia, com base em uma concepção de representação argumentativa. Isso decorre de sua visão da democracia que se subdivide em três dimensões, a formal, a material e a deliberativa. Esta última seria capaz de fomentar e justificar a deliberação nas cortes constitucionais. Contrapõe o autor a representação volitiva à argumentativa, atribuindo ao parlamento, composto por representantes eleitos, ambas, enquanto ao Judiciário, em regra, a argumentativa¹⁷⁵.

Jane Reis critica esta concepção. Segundo a autora, o “uso da ideia de representação como credencial democrática pelo próprio Judiciário pode converter-se em um sofisma que mascara interpretações maximalistas”, o que pode prejudicar o esforço argumentativo das cortes constitucionais para superar as decisões majoritárias, como também pode reverberar em discurso de justificação contra críticas às decisões dessas cortes¹⁷⁶.

Mark Van Hoecke aprofunda a discussão sobre a legitimidade da *judicial review*, sob a perspectiva da aceitabilidade da sociedade, a qual merece algumas digressões. Em termos gerais, o autor salienta que, para ser amplamente aceita na sociedade, a decisão judicial deve ter conteúdo que se adéque a “certos padrões morais mínimos” prevalentes na sociedade.

¹⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional: Artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. P. 151.

¹⁷⁵ Nesse sentido também BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Forense. Rio de Janeiro: 2015. 26.

¹⁷⁶ v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Revista Juris Poiesis, no 17, 2014. p. 12.

Porém, tal aceitabilidade envolve também uma mistura de fornecimento de razões morais, sociológicas e pragmáticas.¹⁷⁷

Conforme o autor, no último século, a relação entre cortes e legisladores tem sido apreciada sob a ótica da legitimação democrática e muitos argumentos a favor do *judicial review* foram formulados: embora não sejam diretamente eleitos por cidadãos, os juízes são apontados diretamente por representantes eleitos, como o Parlamento¹⁷⁸; o poder do juízes é mais limitado do que os do Parlamento e do Executivo, pois limitados ao caso sob apreciação; a decisão não se torna uma lei geral, salvo se for seguida por outros juízes ou pelo legislador; e as cortes não criam direito, mas sim abolem estatutos. Para o autor, esses argumentos se não excluem o problema da legitimidade democrática formal, reduzem consideravelmente a importância deste problema¹⁷⁹.

Para Hoecke, a eleição direta de juízes como ocorre nos EUA não oferece boas garantias em relação ao eleito, eis que as qualidades necessárias para ser um bom juiz são outras e não a popularidade e eleição pelo povo. Disso decorre que há razões que justificam a nomeação de juízes pelo Governo ou pelo Parlamento e não a eleição direta, especialmente, porque oferece melhor garantia da qualidade substantiva dos juízes, não obstante o fraco *pedigree* democrático. Para o autor, isso demonstra que a questão de legitimação formal democrática dos juízes não é o único nem o mais importante elemento de discussão¹⁸⁰.

Não obstante estes argumentos formais ou substanciais de legitimidade que remetem ao legislador constitucional, Hoecke considera estes argumentos lineares e propõe uma perspectiva circular de legitimidade. Segundo o autor, a legitimidade de decisões judiciais é diferente da aceitabilidade de um único julgamento. Este seria linear enquanto aquela seria

¹⁷⁷HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation.** Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 415.

¹⁷⁸ Nesse sentido também, e ante a realidade brasileira, v PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Representação democrática do Judiciário:** reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Revista Juris Poesis, no 17, 2014. p. 7: “Para a legitimação do Judiciário, porém, esse conceito de representação formalista tem aplicação mais restrita, embora não seja irrelevante. De fato, existe uma cadeia de legitimação genética que reconduz, ainda que de forma remota e oblíqua, a nomeação de juízes de tribunais superiores à vontade do povo. Em nosso sistema, a indicação dos ministros do STF pelo chefe do Executivo e a posterior sabatina pelo Senado integram esse processo de atribuição de poder”.

¹⁷⁹HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation.** Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 416/417.

¹⁸⁰ v. HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation.** Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 417.

sistêmica e inserida em uma consideração circular da legitimidade da *judicial review*¹⁸¹. Aquela, perspectiva linear e de abordagem vertical é baseada em reações históricas contra reis e juízes que não eram considerados democraticamente legítimos pelo critério formal e nem pelo critério do conteúdo das decisões.

Na Europa, por exemplo, por volta da segunda metade do século XX, foi reconhecida a insuficiência da concepção apenas formal de democracia, pois esta produz “supressão democrática, discriminação e ainda eliminação física de todos os tipos de minorias”¹⁸². Diante disso, os direitos foram levados mais a sério, com a criação de um tratado de direitos humanos e o estabelecimento da corte europeia de direitos humanos com o poder de condenar os estados e suas legislações em caso de violação a referidos direitos. Por outro lado, os Estados estabeleceram, também, cortes nacionais com o poder de anular a legislação interna em casos de violações de princípios estabelecidos nas respectivas constituições¹⁸³.

Diante disso, para o autor, a relação entre cortes e parlamentos passou a confrontar com uma relação circular (“circular relationship”) de predomínio e inferioridade entre juízes e legisladores: o legislador constituiu o poder às cortes constitucionais; o legislador participa da nomeação dos juízes; porém, a corte constitucional tem a palavra final sobre a interpretação da constituição e da legislação¹⁸⁴. Em decorrência dessa relação circular, os Estados relacionam-se com, e submetem-se a, cortes comunitárias, como a Europeia; no plano do controle de constitucionalidade, as cortes passaram a obter explicitamente o poder de formular regras gerais, por meio de uma delegação mais limitada de poder legislativo, como nas previsões normativas que atribuem às cortes o poder de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade; e, ainda, estabelece-se uma relação entre as cortes constitucionais e a estrutura judicial interna quanto à obediência das decisões. Isso, no entanto, não representa uma fraqueza do sistema jurídico, mas sim uma manifestação do desenvolvimento de uma nova concepção de legitimidade democrática, que não se escora apenas em uma face formal.

Para Hoecke a questão fundamental dessa realidade é o fato de que a lei não é

¹⁸¹ v. HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 417.

¹⁸² HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 418.

¹⁸³ HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 418.

¹⁸⁴ HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 418. Esta palavra final é considerada provisória para o autor.

completamente criada em um único momento no tempo e, depois, aplicada na prática. Ela está submetida à constante criação, adaptação e desenvolvimento da prática jurídica, principalmente, por juízes em face de lacunas e mudanças nas circunstâncias¹⁸⁵. Nessa esteira, embora o juiz constitucional não tenha forte legitimação formal (proximidade com o voto)¹⁸⁶, a comunicação deliberativa (“deliberative communication”¹⁸⁷) legitima as suas decisões. Conforme Hoecke: “Assim como a lei é constantemente criada dentro e pela prática jurídica, legitimidade também é constantemente alcançada por meio de comunicação deliberativa”¹⁸⁸.

Essa comunicação deliberativa no âmbito judicial, por sua vez, manifesta-se em diferentes círculos. O primeiro diz respeito ao julgamento de uma questão jurídica submetida a apreciação de juízes em que há troca de argumentos com as partes para fins de convencimento. O segundo ocorre quando a decisão não convence as partes e, por meio de recursos, as partes levam a causa a uma corte hierarquicamente superior, e dilatam o processo de comunicação. Esta corte observará não só os argumentos das partes, mas também do juízo *a quo*. O terceiro corresponde aos casos relevantes, cujas decisões a academia comenta, critica ou apoia, o que pode também influenciar decisões futuras. O quarto, ocorre em casos, considerados raros, em que surge o interesse no debate da mídia e do âmbito não jurídico. Por fim, o quinto, ainda mais raro e o mais amplo, corresponde aos casos discutidos mais amplamente na sociedade, porque envolvem questões atuais e fundamentais de ética e política¹⁸⁹. Esses círculos representam um fórum público de várias formas e graus com a participação de diferentes esferas públicas¹⁹⁰.

Note-se que, nessa lógica, a corte constitucional pode apreciar casos que se encaixem nos diversos círculos dependendo do interesse em discussão, da abrangência dos efeitos da

¹⁸⁵HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 420.

¹⁸⁶ Em sentido semelhante, FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 27.

¹⁸⁷HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 420.

¹⁸⁸HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001.p. 420.

¹⁸⁹HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 421.

¹⁹⁰HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 421.

decisão, da sua relevância e do acompanhamento por parte de grupos de interesse ou movimentos sociais¹⁹¹. Em conclusão, Hoecke arremata que a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade e do ativismo judicial decorrem da função que as cortes exercem de fórum público. *In verbis*:

[A] legitimidade democrática do judicial review, e do ativismo judicial em geral, é oferecida por esse processo deliberativo. Isto é pela função de fórum público, por meio do qual o controle, a crítica e o debate públicos tornam-se possíveis¹⁹².

As considerações de Hoecke permitem inferir o autor admite as nuances da teoria do diálogo constitucional e da ideia de última palavra provisória, *ex vi*:

As a result, the vertical relationship between courts and legislators has evolved into a circular relationship. Instead of an absolute supremacy of (democratically elected) legislators over (not democratically elected) judges, we are now confronted with a circular relationship of predominance and inferiority between judges and legislators¹⁹³;

The way legal practice Works, as a permanent deliberative community, through which new legal concepts, new rules, new principles, new interpretations, new theories are proposed, discussed, elaborated and finally accepted, shows that it also, qualitatively, offers an added value, compared to law-making through delegation, which is (only) formally legitimated¹⁹⁴.

Uma outra abordagem da legitimidade do *judicial review* que tem repercussão em alguns aspectos da deliberação, mormente quanto ao grau de transparência e *accountability*, é realizada por Mitchel Lasser na obra “Judicial deliberation: A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy”¹⁹⁵. Nesta, o referido autor investiga os fundamentos da legitimidade de cortes judiciais diversas, dentro de cada contexto histórico e cultural. A abordagem visa a identificar e comparar os meios institucionais e argumentativos que produzem legitimidade judicial, quanto à atuação da Suprema Corte dos EUA, da Corte de Cassação francesa e da Corte de Justiça europeia¹⁹⁶. Esta análise aborda de forma mais

¹⁹¹ Sobre a necessidade de uma estrutura de support à atividade jurisdicional para realização de direitos, v. EPP, Chales R. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. The University of Chicago Press. 1998.

¹⁹² HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 421 tradução livre.

¹⁹³ HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 418

¹⁹⁴ HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 422.

¹⁹⁵ LASSER, Mitchel de S. -O. -L’E. **Judicial Deliberations**. New York: Oxford University Press, 2004.

¹⁹⁶ LASSER, Mitchel de S. -O. -L’E. **Judicial Deliberations**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 27.

contundente e contextualizada a “mentalidade” de cada um dos três sistemas jurídicos de acordo com as influências históricas, institucionais, conceituais, argumentativas e de estruturas pertinentes. Embora não trate apenas de cortes constitucionais, a pesquisa permite analisar com maior proximidade o contexto de cada sistema e suas bases normativas.

A Corte francesa funda-se mais em um corpo judicial escorado na meritocracia, em processos sancionatórios do estado francês¹⁹⁷. Neste, segundo Mitchel, o sistema jurídico deu preferência à deliberação colegiada judicial em comparação com a publicidade. Já nas estruturas institucionais do sistema norte-americano produziram sua legitimidade primeiramente por meio da argumentação pública, ou seja, a legitimidade da decisão judicial tem maior relação com a lógica e a argumentação concernentes a um determinado julgamento, e não com uma legitimidade estrutural baseada no aparato judicial. Por fim, a Corte de Justiça europeia combinaria elementos das cortes anteriores. Este estudo traz alguns *insights* relevantes sobre a legitimidade judicial em cada realidade e em diferentes perspectivas, mas não importa em uma teoria com pretensão de universalidade sobre legitimidade da *judicial review*, como as demais.

Conrado Hübner, por sua vez, propõe uma interessante visão sobre o assunto, segundo a qual, as interações deliberativas intrainstitucionais e interinstitucionais¹⁹⁸ têm “maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais”¹⁹⁹, o que corresponde para o autor a “uma” condição de legitimidade da revisão judicial²⁰⁰. Tal teoria foi objeto de uma abordagem mais minuciosa pelo autor na obra “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”²⁰¹ e merece maiores digressões.

¹⁹⁷ Lasser critica a crença de que o processo é igualitário para ingresso, fundada no fato de que todo o sistema educacional é aberto a todos e gratuito e, a partir daí, aqueles que se destacam alcançam os cargos mais elevados. No entanto, essa igualdade não se aplica às famílias mais desfavorecidas em que ao invés de estudar, os filhos têm que trabalhar para se manter. Além disso, conforme o autor, as cadeiras nas “*grandes écoles*”, ensino superior especializado – como L’École Nationale de la Magistrature, a qual prepara para a magistratura na França -, são ocupadas por pessoas de classe econômico-social privilegiada e principalmente de Paris. Cf. LASSER, Mitchel de S. -O. -L’E. **Judicial Deliberations**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 184 e 332/334.

¹⁹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 190 e 203/204.

¹⁹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 190.

²⁰⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 190.

²⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 204.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o referido autor busca uma superação de teorias que imputam papéis mais modestos às cortes constitucionais identificados pelas metáforas: “veto players”, guardiãs, curadoras, fóruns exemplares de razão pública, fóruns de princípios e interlocutoras. De fato, a ideia de que as cortes constitucionais atuam como “veto players” decorre da concepção de que estas atuam como “atores individuais ou coletivos com capacidade de parar o jogo ou impedir o avanço de uma agenda”²⁰². Isso importaria em limitar o poder, evitando tirania e arbitrariedade. Nesse sentido, as cortes constitucionais seriam um possível bloqueio negativo às atividades do Legislador. Este precisaria da concordância daquelas para que suas decisões constitucionais fossem consideradas válidas e efetivas²⁰³.

Por outro lado, a concepção de cortes como guardiãs relaciona-se com uma concepção de que a haveria um sentido único do texto normativo, cujo sentido deveria ser aferido pelo Poder Judiciário, em especial, pelas cortes constitucionais. Não haveria atividade criativa ou volitiva nessa prática interpretativa, mas apenas aplicação desinteressada e tecnocrata. O Judiciário seria “*la bouche de la loi*”²⁰⁴. Diante disso, ao Poder judiciário caberia verificar a validade da legislação ordinária com a constituição e, assim, exercer o papel de guardião da Lei Maior.

Muitos dos cientistas políticos que abordam a forma de governo da democracia deliberativa resistem em atribuir peso às cortes constitucionais, pois enxergam elitismo e restrição na linguagem jurídica. Porém, outros tantos deliberativistas acomodam o controle de constitucionalidade dentro da lógica da referida forma de governo. Fazem-no, porém, sem atribuir eminência deliberativa ao processo de revisão constitucional das cortes²⁰⁵. Entre estes,

²⁰²BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Forense. Rio de Janeiro: 2015.p. 24.

²⁰³ Nesse sentido também, V. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. P. 2.; Em sentido um pouco diverso, V. TSEBELIS, George. **Processo Decisório Em Sistemas Políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo**. *British Journal of Political Science*, 25,1955, Tradução de Vera Pereira. Revisão Técnica de Fernando Limongi. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/>. Acesso em 21/12/2016 p. 289-325.: “Um *veto player* é um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política. O conceito de *veto player* origina-se da idéia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII”.

²⁰⁴MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 2.

²⁰⁵ Gutmann e Thompson, por exemplo, defendem que a deliberação deve ser espalhada em diversos fóruns, sem maiores preocupações em relação a deliberação nas cortes. V. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.p. 139. Conforme Hübner, para estes autores, a qualidade da democracia depende da promoção da deliberação fora das cortes e não necessariamente

Jürgen Habermas realizou importante contribuição para a compreensão das características que informam a democracia contemporânea. O filósofo traçou um esboço teórico e seminal sobre a interação política no liberalismo, no republicanismo e na democracia deliberativa (ou “política deliberativa”²⁰⁶) que contribui para a compreensão da dimensão deliberativa desta.

Para Habermas, no âmbito do liberalismo, a política corresponde essencialmente a uma “luta por posições”, mediante um processo de concorrência na formação da opinião e da vontade políticas na esfera pública²⁰⁷. Este processo de interação é caracterizado como estratégico e possui viés coordenador e escorado em barganhas²⁰⁸. Contudo, no republicanismo, a concepção de política corresponde a uma “prática de autodeterminação de cidadãos”, entrelaçada com estruturas de “comunicação pública orientada pelo entendimento”²⁰⁹. Neste modelo, a política compreende um processo de argumentação racional e não de vontade, de persuasão e não de poder, orientado para a obtenção de um consenso quanto a boa e justa ordenação das relações sociais²¹⁰, impondo-se, assim, uma interação de estilo deliberativo, focada na coordenação e no argumento.

Estabelece-se uma “diferença estrutural entre o poder comunicativo, que surge da comunicação política na forma de opiniões majoritárias discursivamente formadas e o poder administrativo, próprio do aparato estatal”. Nessa relação, “o exercício continuado do discurso político tem força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político”, pelo que, arremata Habermas, o “poder administrativo somente pode ser empregado com base nas políticas e nos limites das leis que surgem do processo democrático”²¹¹. Por fim, o referido

nestas V. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 84.

²⁰⁶HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. p 45.

²⁰⁷HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. P. 43; e HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 337.

²⁰⁸HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. P. 43; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 337.

²⁰⁹V. HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. P. 43; e v. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 338.

²¹⁰HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. P. 43; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 338.

²¹¹HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. P. 43

filósofo justifica a possibilidade de entrelaçamento entre os modelos liberal e republicano, em um cenário de pluralismo cultural e social, por meio da deliberação²¹². Para tanto, deve-se cuidar das “condições de comunicação e dos procedimentos que outorgam à formação institucionalizada da opinião e da vontade políticas sua força legitimadora”²¹³.

Para Jürgen Habermas, as cortes constitucionais são necessárias para a garantia da autodeterminação deliberativa de uma sociedade²¹⁴, mas não aponta para o caráter deliberativo das cortes constitucionais em si. Diante disso, cabe à constituição positivar o estado do direito, em especial os direitos fundamentais que informam as condições necessárias ao processo democrático, mesmo contra a vontade de uma maioria. Isso porque, nesse caso, a restrição ao princípio majoritário se justifica na defesa da própria soberania popular, por garantir os pressupostos comunicativos da democracia deliberativa²¹⁵.

John Rawls e Ronald Dworkin centram-se principalmente no aspecto da justificação por meio de razões (“public reasoners”) das cortes constitucionais²¹⁶. Compreendem estas como “fórum exemplar de razão pública” e “fórum de princípios”, respectivamente. Essas concepções possuem algumas semelhanças entre si, como a concepção de que as cortes se inserem em um ambiente de insulamento político e de prática argumentativa e isso lhes permitiria uma condição única na proteção de direitos em decisões justificativas²¹⁷.

²¹² “Assim, esses dois tipos de política que Michelman contrapõe em termos típico-ideais podem entrelaçar-se de forma racional. A política dialógica e a política instrumental podem entrelaçar-se no campo das deliberações, quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas. HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993.p. 45.

²¹³HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Valência: Editora, 1993. p. 45.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 347. V. também BUSTAMANTE, Thomas. **The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic Yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?** (September 8, 2014). *Modern Law Review*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2493598> . acesso em 15/11/2016. p. 2.

²¹⁵NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições Para a cooperação a Deliberação Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155.

²¹⁶ RAWLS. John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 272/284; DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. London: Cambridge University Press, 1985. p. 69/71. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 86/89; BUSTAMANTE, Thomas. **The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic Yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?** (September 8, 2014). *Modern Law Review*, Forthcoming. p. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2493598> . acesso em 15/11/2016.

²¹⁷MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. P. 3.

John Rawls pode ser considerado o expoente do modelo substantivo de democracia deliberativa²¹⁸, modelo dentro do qual também se encontra Dworkin. Aquele salienta que no regime constitucional, a razão pública é a razão de sua corte suprema, cabendo à corte em razão de sua capacidade institucional, e prática baseada em razões públicas, atuar como “modelo [ou exemplar] de razão pública”²¹⁹, realizando os anseios da demanda liberal quanto à proteção dos direitos fundamentais²²⁰. Para Dworkin, por outro lado, a corte constitucional representa um “fórum de princípio” que defende direitos morais de cada indivíduo contra eventuais incursões espúrias da política, com vistas a garantir o bem coletivo²²¹.

Assim, pela vertente rawlsiana, as deliberações políticas devem basear-se, exclusivamente, em razão pública²²², não podendo o foro político decidir por meio de interesses individuais ou doutrinas abrangentes. E como forma de controle, a revisão das leis pelas cortes constitucionais se justifica na ideia de que estas possuem melhores condições para realizar a defesa dos elementos “constitucionais essenciais”, que abrangem as liberdades básicas, dentro do qual se insere o mínimo social²²³, e a “igualdade equitativa de

²¹⁸ 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. 97.

²¹⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. P. 272/284.

²²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 87.

²²¹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 88.

²²² “We must distinguish, however, between how the ideal of public reason applies to citizens and how it applies to various officers of the government. It applies in official forums and so to legislators when they speak on the floor of parliament, and to the executive in its public acts and pronouncements. It applies also in a special way to the judiciary and above all to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court’s special role makes it the exemplar of public reason (§6)”. Rawls, John. **Political liberalism**. Expanded edition. Columbia classics in philosophy. New York. 1992. P. 215.

²²³ A referência ao mínimo social, conforme salienta a doutrina ganha tratamento diverso ao longo das publicações das obras de Rawls. Em uma teoria da justiça, Rawls definia o mínimo social a partir do “princípio da diferença”, devendo ser garantido no plano legislativo e não no constitucional. Porém em “O liberalismo político”, passa Rawls a compreender o mínimo social vinculado às necessidades básicas dos cidadãos e assim devendo ser concretizado no plano constitucional. V. 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. 124 e 125.

oportunidades” políticas²²⁴. Já na vertente dworkiana, o Judiciário como fórum de princípio é aquele que possui a capacidade para preservar princípios da invasão da política, possuindo capacidade de resposta às alterações da opinião pública e dos princípios públicos²²⁵.

Robert Alexy, por outro lado e como já salientado, sustenta que o controle de constitucionalidade pode ser conciliável com a democracia, na medida em que corresponde a uma forma de representação do povo, de viés argumentativo. Inclui na expressão da democracia mais um pilar normativo, uma dimensão deliberativa, além dos direitos fundamentais e da soberania popular (dimensões substantiva e formal da democracia). Contrapõe o autor a representação volitiva à argumentativa, atribuindo ao parlamento, composto por representantes eleitos, ambas, enquanto ao Judiciário, em regra, a última²²⁶.

Mattias Kumm, por sua vez, justifica a legitimidade do controle de constitucionalidade na prática de contestação socrática. Para este, o constitucionalismo democrático de viés liberal escora-se não só no direito igualitário ao voto, mas também em uma contestação socrática, atribuível ao judiciário para que garanta que os indivíduos possam discutir as decisões proferidas pelos representantes eleitos e verificar se estas decisões foram tomadas racionalmente e com base em boas razões²²⁷. Conforme Kumm, a contestação socrática tem probabilidade de gerar “um efeito disciplinar sobre as autoridades públicas e ajuda a nutrir uma confiança cívica entre os cidadãos”; além de ter probabilidade de “melhorar os resultados” das decisões públicas²²⁸.

O papel das cortes como interlocutoras, em suma, não conflita com a teoria de Hübner. Em verdade este papel tem íntima relação com a teoria dos diálogos constitucionais, a qual

²²⁴ Nesse sentido, v. 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. 121/126.

²²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 89.

²²⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 156; v. também BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo*. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Forense. Rio de Janeiro: 2015. 26. Em sentido contrário e como já salientado, cf.. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão**. Revista Juris Poiesis, no 17, 2014.

²²⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.p. 89.

²²⁸ KUMM, Mattias. **Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review**. 2007. Disponível em <<http://cadmus.eui.eu/>>. Acesso em 16/09/2016. p. 21.

ressalta a existência de uma conversa contínua em termos de interpretação constitucional entre os Poderes e entre estes e a sociedade²²⁹ - teoria com a qual Hübner deixa claro concordar, em diversos trechos de suas obras. Nesse prisma, as cortes constitucionais fornecem razões públicas para a audiência externa e reconhecem que a última palavra é provisória, assim como participam dessas sucessivas rodadas, fornecendo argumentos, ouvindo e lidando com os argumentos de fora. E, assim, catalisam a deliberação constitucional interinstitucional e social²³⁰. Porém, Hübner ressalva que esta concepção ignora como os juízes constitucionais se comportam internamente e não se preocupa se estes decidem por meio de barganha ou por agregação²³¹.

Em sentido semelhante, Sandra Fredman salienta que o modelo dialógico seria limitado para esse desiderato, sob o fundamento de que (i) este modelo diria respeito a relação entre corte e legislativo, apenas, enquanto que, no plano ideal, o processo de interpretação de direitos humanos deveria ser aberto a um leque mais amplo de participantes²³²; (ii) o modelo dialógico teria por enfoque apenas o resultado da decisão judicial (“output”), ao contrário do modelo deliberativo que preocupa-se com o processo de decisão; (iii) o modelo dialógico teria por função prover soluções alternativas às do legislativo sobre direitos humanos, enquanto o deliberativo tem por enfoque a qualidade da deliberação, que seria importante forma de proteção de direitos humanos e de fortalecimento da democracia. E conclui que para o modelo deliberativo, a decisão judicial enquanto resultado (“output”) seria apenas parte do processo deliberativo.

De acordo, ainda com Sandra Fredman, a solução deliberativa é necessária para evitar

²²⁹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 90 e BUSTAMANTE, Thomas. **The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic Yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?** (September 8, 2014). *Modern Law Review*, Forthcoming. p. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2493598>. acesso em 15/11/2016.

²³⁰MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 3.

²³¹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013 p. 86/87.

²³²No âmbito do diálogo e considerando uma interação mais ampla do Judiciário com o povo, v. POST, Robert; Siegel, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. 42 *Harv. C.R.-C.L.L. Ver.* 2007. p. 385. “Democratic constitutionalism invites us to pay close attention to how the court actually responds to conditions of disagreement and contestation”; The political grammar of backlash is similar. Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law”; v. FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 *Mich. L. Rev.* 577 1992-1993. p. 585: Courts, as described here, do not stand aloof from society and declare rights. Rather, they interact on a daily basis with society, taking part in an interpretive dialogue. Rights, by the same token, do not override majority will. Rather, “the People” define and redefine their rights every day as the interpretive dialogue proceeds”.

que o interesse de minorias seja substituído por interesses de maiorias. Baseia-se na concepção de coordenação orientada por valores de Habermas para afirmar que em relação a esta, diferentemente do que ocorre com a coordenação governada por interesses, não se debate com base em interesses fixos, mas sim os deliberadores buscam justificar seus objetivos por meio de razões, que todas as partes podem aceitar, bem como estão abertos à persuasão. Isso decorre, para a autora, da ideia de que o compromisso com a deliberação requer que os participantes estejam abertos para rever suas preferências e convicções. Assim, esta prática não é focada em poder de fato, mas sim, na habilidade dos participantes de aduzirem razões que sinceramente entendem como persuasivas aos demais. Nesse cenário, o viés deliberativo contesta, principalmente, a ideia de que as preferências são formadas completamente antes da realização do processo político²³³. Porém, assim como Hübner, Fredman não rechaça o diálogo entre poderes e sociedade. *In verbis*:

Clearly, judges should not have the last word on the meaning of human rights values, nor should they be fossilized by non-revisable decisions; [...] The way forward is to regard courts' decisions as binding for the issue before them, but revisable in the long term through the dynamic forum of deliberative democracy²³⁴

Apesar da autonomia da deliberação em relação ao diálogo constitucional, não se pode recusar a interseção entre os dois fenômenos. Hübner refere-se ao diálogo como produto necessário da separação dos poderes, o que se relaciona com a expressão normativa de diálogo constitucional, e ao diálogo no interior da decisão judicial, por meio da realização de virtudes passivas e ativas da decisão colegiada. Porém, a deliberação permite vislumbrar um diálogo no processo de formação da decisão, mais robusto nas fases pré-decisional e pós-decisional, e que se expressa também na fase decisional em si. Esta expressão do diálogo que não é restrita aos poderes constituídos, mas é também aberta à participação dos indivíduos envolvidos, de associações e da sociedade em geral - eis que podem participar direta ou indiretamente deste diálogo: os indivíduos que figurem como parte; os entes federativos que participem do processo, por meio de seus advogados públicos, especialmente do advogado-geral da União nas ações de controle concentrado²³⁵; os *amici curiae*; setores da sociedade

²³³ FREDMAN, Sandra. Adjudication as accountability: a deliberative approach. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. **Accountability in the contemporary constitution**. United Kingdom: Oxford. 2013. Pos 115/117.

²³⁴ FREDMAN, Sandra. Adjudication as accountability: a deliberative approach. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. **Accountability in the contemporary constitution**. United Kingdom: Oxford. 2013. pos 123/124.

²³⁵ Arts. 8º da lei federal nº 9.868/99 e 5º §2º da lei federal nº 9.882/99.

organizada em audiências públicas; meios de comunicação; e movimentos sociais, inclusive por meio da relevante manifestação pública em passeatas, protestos etc²³⁶. Isso tudo, dentro de um ambiente em que o argumento jurídico deve ser o instrumento mais importante para o atingimento dos objetivos e não a força de eventual maioria política ou de coligações. Essa interrelação entre diálogo constitucional e procedimento deliberativo nos órgãos públicos pode ser um campo promissor para o estudo jurídico, porém extravasa os objetivos do presente trabalho.

Considerando este contexto, pode-se abordar a primeira vertente da teoria da legitimidade de Hübner, que recai sobre a ótica intrainstitucional da deliberação. Segundo esta, o Legislativo e o Judiciário possuem uma legitimidade contextual e comparativa. Esta teoria não rechaça, como salientado, a ideia de que as cortes fornecem razões, que dialogam e, assim, catalisam a deliberação constitucional entre os poderes e a sociedade. Não obstante, o autor procura ir além e salienta que a legitimidade da *judicial review* depende de uma singular performance deliberativa.

Hübner salienta que a ciência política denuncia que “o juiz constitucional é um ator político que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça”²³⁷. Nesse prisma, revelam-se relevantes a reatividade das cortes para atender à opinião pública; e as interações entre as instituições, que resultam em acomodações “contingentes e instáveis”, ocasionando um cenário de funções institucionais cambiantes. Em consequência, a legitimidade das instituições sofre oscilações.

Ocorre que, para o referido autor, a legitimidade dessas oscilações não é um exercício empírico, mas sim normativo, ou seja, “o que interessa não é uma descrição das causalidades, mas as razões que fundamentam a demanda de obediência às decisões oriundas desse processo”²³⁸. Diante disso, o autor perscruta uma justificação para essas oscilações e constrói seu entendimento com base em uma formulação da legitimidade cujas variáveis “não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados”. Com base em tal análise conjunta, torna-se possível “que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível

²³⁶ Diferentemente do que alega Sandra Fredman, a teoria dos diálogos, principalmente, as formulações de Post e Siegel (constitucionalismo democrático) e de Friedman (constitucionalismo popular mediado) observam o fenômeno do diálogo de forma mais ampla, incluindo a sociedade no âmbito do debate, como ressaltado.

²³⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.p 193.

²³⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.p. 194.

com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer independentemente de seu *pedigree* (subvertendo a estrutura formal) ”²³⁹.

A tensão entre procedimento (ou forma) consubstanciadas na teoria da autoridade (quem deve decidir) e a substancia da teoria da justiça (como se deve decidir) é incorporada como uma manifestação virtuosa na teoria de Hübner²⁴⁰. Adere, assim, à vertente filosófica que encampa o *esquema procedimental incompleto*²⁴¹ e se afasta do *esquema procedimental completo*²⁴². Ressalta, ainda, a possibilidade de oscilações de legitimidade e espaço (político), entre os poderes constituídos, que podem e devem se desafiar, desde que por meio de articulações lastreadas em razões de melhor qualidade^{243 244}.

²³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. pl 194.

²⁴⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.p. 192 e 204.

²⁴¹ O esquema procedimental incompleto, defendido entre outros por Dworkin e Rawls, afasta a pureza entre as dimensões da teoria da autoridade e da teoria da justiça, admitindo a comunicação entre elas. Assim, os procedimentos devem ser sujeitos a um exame consequencialista em que o “conteúdo mais ou menos aceitável de decisões substantivas pode repercutir, por isso, no arranjo de poderes”, v. MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 194.

²⁴² MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 194 e195.

²⁴³ Razões públicas para o autor, o que o aproxima da concepção de Rawls. O autor expressamente referenda essa compreensão: “A interpretação de Rawls que esbocei acima constituirá o guia par ao restante do capítulo”; “Basta-me, aqui, sinalizar o caminho para resgatar os argumentos de Rawls (e também de Dworkin) em face do ataque de Waldron e firmar a adesão à razão pública como critério substantivo adequado para a justificação das oscilações inerentes à separação de poderes” ; É a proposta de Rawls, como vimos. Minha resposta se aproxima a essa, com algumas qualificações”. MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 195, 200 e 201, respectivamente.

²⁴⁴ Razões públicas podem ser compreendidas como razões que expressam valores políticos em relação aos quais pode-se esperar que cidadãos livres e iguais possam razoavelmente acatar. No entanto, ressalta-se que A concepção de razões públicas é mais elaborada do que essa breve síntese e possui pelo menos cinco aspectos diferentes: “(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatas a cargos públicos); (3) seu conteúdo tal como especificado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de Direito legítimo para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das tais concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade” V. RAWLS. John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 524. Porém, a síntese acima permite uma compreensão sobre o núcleo do conteúdo de razões públicas. V RAWLS. John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 533: “Um cidadão participa da razão pública, então, quando ela (sic) delibera com base naquilo que sinceramente entende ser a concepção política de justiça mais razoável, que expresse valores políticos que seja razoável esperar que outros, na condição de cidadãos livres e iguais, também possam razoavelmente acatar”. É nesse sentido também o sentido utilizado por Hübner. V. MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 196: “Esse princípio estabelece a reciprocidade como critério para o uso válido de poder: a coerção é apropriada somente quando acreditamos que as razões que oferecemos podem razoavelmente ser aceitas por outro cidadão qualquer, independentemente de suas convicções abrangentes”.

Nesse contexto, a corte constitucional não é garantidora exclusiva de uma decisão correta – assim como o Parlamento, acresce-se. A corte é, segundo Hübner, “um mecanismo que tenta evitar o esfriamento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença e a omissão de certas razões tidas como fundamentais na legitimação política”²⁴⁵; e “busca alimentar uma cultura pública de maior densidade deliberativa. Será legítima à medida que cumprir essa função”. Assim, Hübner incorpora em sua tese sobre a legitimidade política, a virtude do caráter competitivo da interação entre os poderes. Segundo o autor a busca pela maximização dos respectivos desempenhos deliberativos é benéfica para a democracia organizada, pois, como consequência, “estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibração ao regime”²⁴⁶.

Ressalta-se que o autor revela entender que as cortes constitucionais são proeminentes candidatas a instituições deliberativas exemplares, porém isso não pode ser presumido e deve ser conquistado (mediante resultados atinentes à qualidade da referida performance, como se verá). *In verbis*:

This strand of normative theory, admittedly, does not buy judicial review at any price. It grants legitimacy under the condition of a singular deliberative performance. Or so I understand it. A constitutional court, in this light, becomes a paramount candidate for the “exemplar deliberative institution.” This burdensome title cannot be presumed. It needs to be earned²⁴⁷.

Nessa toada, para a conquista dessa legitimidade contextual e comparativa, deve a corte constitucional promover seu desempenho deliberativo intrainstitucional, embora reconheça também o referido autor uma legitimidade adicional, não comparativa, mas agregativa, a deliberação interinstitucional, que se funda no potencial epistêmico da interação entre decisões do Judiciário e do Legislativo²⁴⁸.

É neste contexto que Hübner define, no plano intrainstitucional, que a legitimidade

²⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 203.

²⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 204.

²⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013 p. 102.

²⁴⁸ Essa relação entre legitimidade e deliberação, além da já abordada concepção de Mark Van Hoecke supra, também é observada por Maya Sen, cf. SEN, Maya. **Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System**, 27 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 303. 2013. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol27/iss2/1>. Acesso em 10/11/2016. p. 308: A third benefit is that deliberation confers a certain amount of legitimacy upon the decision making process. If citizens believe that a law was born out of genuine participation – guided by reasoned deliberation – they will be more likely to accept it.

política é um predicado institucional volátil dependente do resultado (alimentar uma cultura pública de maior densidade deliberativa), cuja medida é o desempenho deliberativo. Este desempenho permite comparar as decisões constitucionais do Poder Judiciário e do Parlamento, em uma relação de competição, pelo que a legitimidade é concebida como contextual e comparativa²⁴⁹. *In verbis*:

Torna-se possível, assim, pensar na legitimidade de cortes e parlamentos de maneira contextual e comparativa. Legitimidade política é um predicado institucional volátil, que dependerá, em parte, dos resultados, e não somente das credenciais prévias. É uma meta a ser conquistada e conservada a cada decisão. Esboçar uma escala de critérios qualitativos que permitam mensurá-lo é nesse sentido, uma tarefa fundamental da teoria democrática. O desempenho deliberativo pode ser tal princípio regulador das oscilações entre corte e parlamento^{250 251}.

Em razão de seu entendimento, a legitimidade política na relação entre os poderes pode ser considerada flutuante, pois cortes “podem ser mais ou menos legítimas a depender de seu respectivo desempenho”. Além disso, a última palavra provisória gera apenas uma expectativa de provável acerto e eventual decisão não embasada em justificativas razoáveis e transparentes, embora não retire a autoridade do poder que a prolatou, torna legítimo o desafio por outro poder.

Por outro lado, no plano interinstitucional, há uma legitimidade, não comparativa, mas sim decorrente da agregação dos esforços das instituições, decorrente de uma deliberação autêntica entre os poderes, consubstanciada em uma maior probabilidade de se chegar a uma resposta melhor (potencial epistêmico), para os dilemas constitucionais ao longo do tempo. *In verbis*:

Sustento que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo. Essa seria uma razão adicional para embarcar no projeto da revisão judicial e, ao mesmo tempo, uma condição de sua legitimidade²⁵²;

²⁴⁹ O autor expressamente manifesta-se no sentido de que uma análise mais ampla da separação dos poderes requerer a análise também do Poder Executivo, mas não aborda tal poder em sua teoria, seguindo a opção tradicional da teoria constitucional e sob o fundamento de que o Poder Executivo não é considerado candidato à última palavra em direitos fundamentais cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 105.

²⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 204.

²⁵¹ Ideia semelhante é desenvolvida por Maya Sen: “After all, if the courts embrace more fully the principles of deliberative democracy, then their decision making ought to be more well reasoned and citizens should feel more incorporated into the process. In addition, we would expect some additional legitimacy to attach to judicial decision making”. SEN, Maya. **Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System**, 27 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 303. 2013. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol27/iss2/1>. Acesso em 10/11/2016. p. 310

²⁵² MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 191.

Finalmente, consideremos a plausibilidade de uma promessa epistêmica embutida numa deliberação autêntica. A expectativa é que a separação de poderes deliberativa tenha maior probabilidade de chegar à resposta certa²⁵³.

Mesmo neste plano, o autor defende que a deliberação seja praticada, ainda, por meio de “reatividade política” e com base em argumentos. Assim, parlamentos e cortes devem adotar uma atitude deliberativa que leva em consideração os argumentos expostos em seus desafios recíprocos, pois quando o fazem considerando ter a melhor alternativa, tornam-se as prováveis respostas ou soluções, mais criativas do que no modelo conflitivo ou adversarial. *In verbis*:

Ao tratar de um modelo de interação que se oriente por princípios deliberativos e que se preocupe em criar uma “cultura da justificação” para além de um puro jogo de forças, tento defender um tipo mais desejável de “reatividade política”, onde o bom argumento cumpra algum papel. Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial²⁵⁴.

Em suma, há uma miríade teórica sobre a legitimidade da *judicial review* levada a cabo por cortes constitucionais, muitas são as teorias e muitos são os respectivos critérios de justificação traçados pelos teóricos. Decerto as teorias mais tradicionais não vinculam diretamente a legitimidade dessa função à deliberação, porém teorias em ascensão apontam para a profunda relação entre este procedimento de interação e a teoria da justiça. Especialmente, a teoria da legitimidade comparativa de Hübner tem a virtude de relacionar as decisões políticas com a busca pela realização máxima do critério moral razão pública, dentro de uma ótica de esquema procedimental incompleto e interação entre os poderes constituídos. Consequentemente, a deliberação torna-se um elemento relevante para a construção de *designs* institucionais e para as discussões mais abrangentes sobre diálogos constitucionais. Por fim, adotadas essas premissas teóricas de legitimação da *judicial review* atrelada à deliberação, esta torna-se impositiva normativamente às cortes constitucionais.

1.3.2.2 Promessas da deliberação²⁵⁵

²⁵³ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.p. 208/209.

²⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.p. 210/211.

²⁵⁵ Conrado Hübner denomina este primeiro grupo como razões apenas, porém aqui optou-se por denomina-las de promessas em sentido amplo, pois os resultados situam-se no campo da probabilidade e não da certeza, como

Além da imposição normativa acima, a deliberação também possui benefícios ou razões que justificam a sua adoção. Nesse sentido, Conrado Hübner sustenta que essas razões são de dois tipos: (i) razões independentes de deliberação (“*deliberation-independent reasons*”)²⁵⁶ e (ii) razões dependentes de deliberação (“*deliberation-dependent reasons*”)²⁵⁷. As primeiras dizem respeito às razões para a adoção de órgão colegiados no Judiciário ao invés de órgãos singulares, pelo menos nas instâncias mais elevadas²⁵⁸. As segundas se subdividem em dois grupos: (ii.1) razões instrumentais da deliberação, seus prováveis benefícios (também chamadas, pelo autor, de razões consequencialistas ou “promessas da deliberação”²⁵⁹) e (ii.2) razões de valor intrínseco.

Em relação às “*deliberation-independent reasons*”, ou razões favoráveis a colegialidade, estas englobam a (i.1) despersonalização, (i.2) a prudência política, (i.3) a abertura para diversas vozes e (i.4) o provável benefício epistêmico. A primeira, despersonalização, funda-se na ideia de que a formação de colegiado promove a impessoalidade, pois evita a individualidade e favorece o comprometimento com decisão da instituição²⁶⁰. A prudência política assume dois sentidos: evita a concentração de poder e, conseqüentemente, eventuais abusos; e fortalece a instituição judicial, dotando-a de maior capacidade para resistir a ofensivas contrárias de setores políticos. Abertura a diversas vozes, por sua vez, possibilita uma abertura argumentativa do Direito a diversos pontos de vista. E, por fim, o provável benefício epistêmico funda-se na ideia de que duas cabeças pensam

se verá. No entanto, a proposta de classificação preocupa-se apenas com a organização das justificativas normativas.

²⁵⁶ Embora possa parecer contraditório e contra intuitivo, as *deliberation-independent reasons* deságuam em conclusões que se identificam com os benefícios da deliberação, como se verá adiante.

²⁵⁷ Embora Hübner não utilize esta nomenclatura “*deliberation-dependent reasons*”, é possível aplicá-la aqui em contraposição ao outro grupo de razões. De qualquer forma, “*deliberation-independent reasons*” correspondem às razões para instituição de órgãos colegiados e “*deliberation-dependent reasons*” correspondem às razões instrumentais e de valor intrínseco para a deliberação. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 63/70.

²⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 63.

²⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 66/67.

²⁶⁰ O autor salienta que a impessoalidade pode ser vista como as duas faces de Janus, pois dependendo da quantidade de membros de um órgão de decisão e de seus procedimentos, mesmo no colegiado pode ser sobrelevada a característica da pessoalidade. v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 63.

melhor do que uma. Esta última relaciona-se com a “teoria de condorcet”, cuja ideia motriz é a de que “poucos” decidem melhor do que “um”, porém se submetem a menos fricção do que “muitos”²⁶¹.

No que tange às “deliberation-dependent reasons”, e mais especificamente às razões instrumentais, a primeira corresponde aos (ii.1.1) prováveis benefícios epistêmicos. Estes, em comparação com a agregação de votos, favorecem a produção de: clareza e organização das premissas em jogo; informação necessária para a decisão²⁶²; soluções criativas e não antecipadas pelos deliberadores individualmente; e decisão qualitativamente melhor. A segunda promessa diz respeito à (ii.1.2) construção de consenso ou minimização de dissensos por meio da deliberação, o que permite a produção de compromissos legítimos, como os pragmáticos e os de parceria, além de contribuir para o Estado de direito com inteligibilidade e uniformidade²⁶³. A (ii.1.3) promessa psicológica da deliberação envolve o sentimento de respeito gerado entre os participantes que decidem e, entre estes e os litigantes, pois gera a percepção de que os respectivos pontos de vista foram devidamente sopesados, o que contribui para a aceitabilidade da decisão. Por fim, o (ii.1.4) efeito educativo relaciona-se com o aprimoramento, pela prática, das habilidades deliberativas²⁶⁴.

Com efeito, as (ii.2) razões de valor intrínseco para a deliberação no âmbito dos órgãos jurisdicionais colegiados não são as mesmas que se manifestam em deliberações públicas informais ou instituições formais participativas. Nestas, a deliberação se impõe como forma de proporcionar a equidade entre cada indivíduo e consideração por cada ponto de

²⁶¹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 63/64. Sobre o teorema de condorcet, v. SUNSTEIN, Cass. **Group Judgments: Deliberation, Statistical Means, and Information Markets**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 219, 2004 p. 7

²⁶²Note-se que clareza e organização das premissas em jogo e informações necessárias para decisão estão intimamente relacionadas com a probabilidade de produção de uma decisão clara das cortes constitucionais. No sentido de que a deliberação pode produzir melhores decisões, v. também EDWARDS, Harry. T. **The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making**. Local: University Of Pennsylvania Law Review, 2003. P. 1684.

²⁶³Esta razão instrumental também está relacionada com a produção de uma decisão clara das cortes constitucionais.

²⁶⁴Sandra Fredman também reconhece benefícios semelhantes para a deliberação judicial, em relação a questões sobre direitos humanos. Para a autora, a deliberação impõe justificação em razões que podem ser aceitas e assim evita defesa de preferências que não podem ser justificadas; importa em uma associação pluralista; Segundo a autora, ainda, o uso de acordos teóricos incompletos, na deliberação, permite reciprocidade, harmonia e respeito; e, mesmo que o consenso não seja atingido e tenha-se que resolver a decisão por meio de votação ou barganha, a deliberação permite igual oportunidade de influência entre os participantes. Cf. FREDMAN, Sandra. **Adjudication as accountability: a deliberative approach**. In: BAMFORTH, Nicholas; e LEYLAND, Peter. **Accountability in the contemporary constitution**. United Kingdom: Oxford. 2013. pos. 117/118.

vista²⁶⁵. Por outro lado, a deliberação em órgãos jurisdicionais é caracterizada por uma separação mais nítida entre cidadãos e autoridades julgadoras. Neste caso, os julgadores não devem decidir em seu benefício próprio, antes devem, em consideração à tarefa que lhe é concedida, buscar elaborar a melhor decisão. Diante disso, o valor intrínseco da deliberação em órgãos jurisdicionais decorre de uma relação indireta com as próprias promessas epistêmicas, ou seja, a deliberação aumenta as chances de uma decisão melhor, o que denota consideração e torna a tentativa de deliberação um valor em si mesma. *In verbis*:

Judges, or any other decision-making official, do not and should not deliberate for its own sake. They rather do and should do for coming up with the best outcome they can on the respective decisional task that was bestowed on them. The thrust of judicial deliberation is primarily epistemic. If that is right, the plausibility of the epistemic promise is a necessary condition for demanding that judges deliberate. If, in turn, this probabilistic expectation is really sound, it may be possible to rescue, in a conditional way, that intrinsic grounding: since deliberation increases the chances of a better decision, practicing it denotes considerateness. This will be valuable, therefore, even if, eventually judges fail to fulfill that epistemic promise. One it is accepted that, probabilistically, deliberation is the most plausible means to reach the best answer; the mere attempt has a value in itself²⁶⁶.

Assim, diversas são as justificativas que apontam para a imposição da forma de interação deliberativa nas cortes constitucionais. Isso, contudo, não infirma a importância dos estudos de casos voltados para a pesquisa sobre os efeitos positivos dos atos deliberativos, mormente na seara dos procedimentos decisórios, como a que tem vez no presente trabalho. Pelo contrário, as razões instrumentais e teórico-normativas acima reforçam e subsidiam tais objetivos.

1.3.2.3 Da distinção e da virtude da deliberação em relação às demais formas de interação nas cortes constitucionais

Conforme já salientado, para a obtenção de decisões majoritárias, as cortes constitucionais devem adotar meios de interação. Dentre estes, a deliberação, além de ser uma exigência normativa, goza de superioridade em relação à votação e à barganha, pelo que se passa a distinção entre esses meios ou formas e à análise da superioridade da deliberação.

Com base em Conrado Hübner, pode-se salientar que a barganha corresponde a uma negociação típica de mercado, em que as partes abertamente expõem seus interesses privados

²⁶⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 69.

²⁶⁶MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 70.

e fazem mútuas concessões para estabelecer um acordo que otimize suas características, e, assim, colide com a deliberação; enquanto a votação pode ser considerada um método justo e agregativo de posições individuais de igual peso e, assim, não é necessariamente incompatível com a deliberação²⁶⁷.

A votação pode manifestar-se de três formas ou padrões: pode consistir em uma etapa ou estágio final de uma deliberação em que não se obteve o consenso e remanesce discordância, o que não colide, mas é conforme ao ideal deliberativo; pode ser uma simples agregação de preferências individuais brutas, o que é contrário ao ideal da deliberação; e, ainda, em um ponto intermediário entre as duas possibilidades anteriores, pode servir para combinar julgamentos refletidos sobre o bem comum que não passaram por um exame crítico interpessoal. Esta manifestação também não realiza o ideal deliberativo²⁶⁸.

Nessa toada, o autor ainda adverte que uma separação clara entre os processos de deliberação, de barganha e de votação pode ser difícil na prática, pois estes processos, muitas vezes, ocorrem simultaneamente, assim como as decisões coletivas são raramente deliberativas ou não deliberativas, sem sentido puro. Mesmo assim, o autor salienta que cabe aos teóricos dissecar como esses diferentes componentes operam na prática, sobressaindo importante, contudo, manter estas categorias sem contaminação para o bem da análise²⁶⁹.

Amy Gutmann e Denis Thompson também ressaltam a diferença entre deliberação, votação e barganha. Em relação ao primeiro processo, os autores salientam que a deliberação precisa terminar em uma decisão, porém a democracia deliberativa não determina um único processo para a formação da decisão final, isso “pode recair sobre outros processos, mais notavelmente votação, que em si não é deliberativa²⁷⁰. Por outro lado, barganha ou negociação exigem que os participantes conheçam melhor suas preferências ou interesses, enquanto na deliberação, “eles expandem seus conhecimentos, incluindo ambos, seus

²⁶⁷MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 18/19.

²⁶⁸MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.p. 19.

²⁶⁹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.p. 19.

²⁷⁰GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 18.

entendimentos próprios e o entendimento coletivo sobre o que melhor servirá cidadãos parceiros”²⁷¹.

Maya Sen salienta um ponto crucial da votação no ambiente político, especialmente no ambiente do Parlamento, que pode ser contraposto à votação que ocorre nos órgãos jurisdicionais. Segundo a professora assistente da universidade de Harvard, no Congresso, a votação ao final do processo de formação de decisão se dá sem justificção lastreada em razões. O público geralmente não revela as comunicações que levam a suas decisões individuais, assim como raramente há nuances no caminho intelectual utilizado para a realização do voto. Assim, o resultado final é a concepção de que as preferências não precisam ser justificadas e pouca importância é dada às razões que os cidadãos e os seus representantes usam ou falham em usar²⁷².

Não bastassem as vantagens ou promessas da deliberação de viés pragmático e moral, não extensíveis às demais formas de interação, estas também não se adequam às funções e expectativas das cortes constitucionais.

A barganha, por exemplo, que é guiada por interesses privados, como salientado, colide com a imparcialidade que deve nortear a decisão judicial²⁷³. Além disso, os órgãos jurisdicionais não são representantes, no sentido formal, do povo e, assim, devem buscar a melhor decisão em consideração à tarefa que lhes foi concedida²⁷⁴.

É importante ressaltar que a barganha também não se confunde com compromissos de parceria ou compromissos pragmáticos, embora haja uma proximidade. Estes são produtos de uma etapa deliberativa prévia e não um substitutivo da deliberação²⁷⁵, ou seja, pressupõem a ocorrência desta. Mais especificamente, aquele compromisso importa em uma deferência ao ponto de vista do interlocutor de modo principiológico e pressupõe esteja o deferente familiarizado com este ponto de vista. Este, compromisso pragmático, é mais desejável após

²⁷¹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 12.

²⁷² SEN, Maya. **Courting Deliberation**: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System, 27 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 303. 2013. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol27/iss2/1>. Acesso em 10/11/2016. p. 311/312. p. 309.

²⁷³ cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p 65.

²⁷⁴ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 70.

²⁷⁵ cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 65

prévia deliberação, eis que o participante com poder de decisão pode comparar as alternativas possíveis com o *status quo* e com a sua primeira escolha²⁷⁶.

Quanto à votação, e conforme salientado anteriormente, no âmbito das casas legislativas este processo de formação de decisão dispensa, em regra, justificação baseada em razões. O público, geralmente, não conhece as comunicações dos bastidores e o raciocínio utilizado para a realização do voto, o que importa acomodação da ideia de que não há necessidade de os votos serem justificados e de que há pouca importância nas razões utilizadas pelos cidadãos e seus representantes²⁷⁷. Esta situação é bem diversa da realidade dos órgãos jurisdicionais colegiados, o que também se aplica às cortes constitucionais. Os juízes que compõem estes órgãos não são representantes dos cidadãos²⁷⁸ e precisam justificar suas decisões. Isso traz contornos diferenciados para a votação nestes órgãos.

Assim, embora diversas formas de interação possam, no plano hipotético, ser ventiladas para a formação de uma decisão majoritária em cortes constitucionais, a deliberação é o caminho necessário e mais eficiente para a realização deste desiderato.

1.4 Circunstâncias da deliberação e cortes constitucionais

Ao tratar da deliberação política, Hübner salienta que nem sempre a mesma deve ser normativamente exigida. Casos há em que a realização da deliberação não tem potencial de realizar os seus efeitos positivos, antes pode inviabilizar a consecução das promessas da deliberação ou mesmo causar prejuízos maiores a direitos e garantias constitucionais. Esses casos devem ser observados no campo prático e estão relacionados com a análise das circunstâncias em que tornam possível e proveitosa a deliberação. Circunstâncias estas que decorrem do conceito mais elaborado e exigente de deliberação, adotado comumente pelos teóricos da deliberação, segundo os quais, há necessidade de atendimento de requisitos específicos para se falar em deliberação política, como o fornecimento de razões públicas, o engajamento argumentativo, respeito interpessoal, inclusão, empatia e responsividade²⁷⁹.

²⁷⁶ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 27/28.

²⁷⁷ SEN, Maya. **Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System**, 27 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 303. 2013. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol27/iss2/1>. Acesso em 10/11/2016. p. 309.

²⁷⁸ A questão está interligada com a legitimidade do próprio judicial review e será abordada em tópico próprio.

²⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 36.

Nesse sentido, Conrado Hübner, em sua obra “Constitutional Courts and Deliberative Democracy”, propõe três testes para investigar as circunstâncias em que a deliberação deve ocorrer, as quais importam em um sopesamento de custo-benefício decorrente da adoção do processo deliberativo. Isto é: parte-se da pré-compreensão de que a deliberação é, em si, uma prática valorada positivamente, que somente deve ser afastada quando as circunstâncias são prejudiciais à consecução de seus objetivos e promessas.

O primeiro teste verifica a possibilidade da deliberação em si e a disposição dos participantes para tanto, ou seja, se no caso concreto os elementos que compõem o conceito de deliberação estão presentes e se os participantes assumem seriamente os ônus de deliberar e serem responsivos entre si. Do contrário, não há possibilidade de deliberação. Além disso, pré-condições de cunho socioeconômico e político devem estar presentes, pois em situações de excessiva iniquidade, subordinação, medo, intolerância e incivilidade afastam uma verdadeira deliberação não tem vez. O segundo teste, busca examinar o quanto contencioso determinado assunto é, pois se há concordância estável, não se faz presente a disputa argumentativa, necessária para justificar a realização de deliberação. A insistência em deliberar em casos de manifesta e atual concordância pode ser infrutífera. Já o terceiro, visa a examinar a urgência de uma decisão, pois em alguns casos a urgência justifica o afastamento da deliberação. Demora e indecisão podem inclusive privilegiar o *status quo*²⁸⁰.

Também é possível, no caso concreto, perscrutar, além dos casos propícios à deliberação (quando deliberar), o quanto se deve deliberar, para identificar o momento adequado de cessar a deliberação e passar à produção da decisão, ou seja, até que ponto a insistência argumentativa é proveitosa. Mesmo que em cenários formais, o design institucional deva prever prazos finais para a deliberação, haverá no campo prático alguma parcela de discricionariedade dos participantes para decidir quando e o quanto deliberar, como uma discussão de segunda ordem²⁸¹.

A análise das circunstâncias da deliberação política em casos concretos pode ser repleta de complexidades e nuances que não se adequam perfeitamente ao campo da deliberação em órgãos jurisdicionais²⁸². Porém, a consideração de circunstâncias que tornam

²⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 36/38.

²⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 38/39.

²⁸² Sobre a discussão e exemplificação de algumas destas nuances, v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative Democracy**. Oxford University press. United Kingdom. 2013. p. 39/40.

viável a deliberação é igualmente relevante no âmbito das cortes constitucionais e pode ajudar na formulação de designs institucionais mais eficientes.

Mutatis mutandis e considerando o conceito de deliberação aplicável às cortes é exigível quando houver possibilidade de interação por meio de argumentos jurídicos entre os julgadores, pois interações não embasadas em argumentos jurídicos não atendem ao conceito de deliberação jurisdicional e, assim, não implicam este meio de interação. Da mesma forma, as pré-condições socioeconômicas e políticas devem estar presentes, e normalmente estão, nas cortes constitucionais. Isto é: deve haver igualdade entre os julgadores, tolerância, civilidade e ausência de subordinação ou medo para o exercício de suas funções. Nos casos em que há concordância atual e estável sobre determinada questão jurídica, não resta possível a disputa argumentativa, requisito para a deliberação, o que pode ocorrer em casos repetitivos, já sedimentados, em que não há novos argumentos ou nova expressão social sobre o assunto. Os efeitos da decisão produzida em casos paradigmas, no procedimento de julgamento de recursos repetitivos, pode ser um bom exemplo da relevância deste teste e autoriza o relator a negar provimento monocraticamente aos recursos contrários à decisão paradigma²⁸³. No caso de tutelas de urgência, há necessidade de um provimento célere, sob pena de prejuízo ao direito em discussão ou mesmo ao resultado útil do processo, o que justifica a prolação de decisão monocrática e relaciona-se com o acesso à Justiça. Neste caso, a deliberação pode ser postergada por prazo razoável e não *ad aeternum*.

No campo prático, também, a possibilidade de deliberação em cortes constitucionais pode se esgotar e uma decisão deve ser tomada por meio de votação. Quando todos os posicionamentos são conhecidos e as divergências remanescem parece incidir um limite prático à deliberação, um ponto de viragem em que a deliberação deve ser interrompida e a votação deve ser iniciada. Insistir na deliberação para além desse ponto pode ser estéril ou, ainda pior, violar as pré-condições, deflagrando iniquidades, subordinação ou medo nos julgadores. Em se tratando de julgamento em cortes constitucionais, que respeitam a um rito formal, é importante que o fomento de práticas deliberativas seja seguido de prazos preclusivos para etapas da deliberação, até mesmo para evitar desvios, como a paralisação estratégica do processo de decisão por um dos julgadores, mediante o pedido de vista, mesmo em casos de maiorias já formadas. Contudo remanescerá alguma margem de discricionariedade para esta interrupção em alguns casos, como, por exemplo, a interrupção

²⁸³ Cf. art. 932 IV do CPC.

razoável de sucessivos apartes infrutíferos pelo julgador que preside um julgamento face a face.

Tais circunstâncias não correspondem aos parâmetros utilizados para a aferição da performance deliberativa, que serão abordados no próximo item, mas devem ser considerados quando da elaboração de *designs* deliberativos, pois são pressupostos lógico-normativos para o fomento da deliberação. Em consonância, no decorrer deste trabalho, haverá expressa menção a tais circunstâncias quando repercutirem no procedimento deliberativo.

1.5 Aferição do caráter deliberativo: parâmetros e objeto de comparação

No intuito de avaliar o desempenho deliberativo das cortes constitucionais, Conrado Hübner propõe o modelo de três níveis (“the three-tiered model of deliberative performance”). Dentre os níveis propostos, encontram-se: “the core meaning of deliberative performance”, “the facilitators” e “the hedges”²⁸⁴ - aqui traduzidos em razão do conteúdo de cada, para, respectivamente, o núcleo, os facilitadores e os limites da performance deliberativa.

O primeiro nível do modelo, o núcleo, corresponde à análise do comportamento deliberativo, na prática, de determinada corte constitucional; a identificação daqueles que participam da deliberação, diferenciando os que são encarregados de decidir e os que não o são; e a identificação dos estágios do processo deliberativo, bem como os objetivos e os valores inerentes a estes estágios²⁸⁵. O segundo nível corresponde aos desenhos institucionais que podem galvanizar, ou, ao contrário, dificultar ou desencorajar, a deliberação. Dentro destes desenhos encontram-se os incentivos institucionais e a mentalidade dos membros. Neste nível, a comunidade política precisa decidir os procedimentos de deliberação e precisa estar apta a selecionar e treinar os que desempenharão a função de julgadores. Também neste nível, a deliberação deve ser apreciada no que concerne aos procedimentos e à virtude ética²⁸⁶. Por fim, o terceiro nível da performance deliberativa corresponde ao que deve ser deliberado que, no caso de corte constitucional, engloba não só o material legal, como também as circunstâncias políticas. Aquele diz respeito ao tipo de razão pública admissível na

²⁸⁴MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 103.

²⁸⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 103/104

²⁸⁶MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 103/104.

deliberação. Estas, aos dilemas políticos que as cortes devem manejar a fim de que suas decisões sejam aceitas e aplicadas²⁸⁷.

Este modelo tem a vantagem de ser dotado de um nível médio de abstração, permitindo a construção de um caminho para a avaliação da performance deliberativa nas mais variadas cortes constitucionais. O conteúdo de cada fase, no entanto, pode variar em razão das peculiaridades de cada corte, de forma a permitir-se uma reorganização para melhor adequação à realidade de cada sistema jurídico²⁸⁸.

No plano da fase decisional, o engajamento colegial²⁸⁹ corresponde ao índice de qualidade, como antes ressaltado. Esse parâmetro sofre o influxo, segundo o modelo de três níveis do referido autor, dos facilitadores e dos limites. Aqueles bifurcam-se em virtudes éticas e incentivos institucionais. Estes incentivos, por sua vez, estão relacionados com o *design* institucional, o qual pode ser decomposto em desenho ou padrão de constituição das cortes constitucionais e desenho das fases pré-decisional, decisional e pós-decisional. É o desenho da fase decisional sobre o qual recai a pesquisa do presente trabalho. Em relação a esta fase, Hübner traça também diretrizes de desenho que, segundo o autor, podem potencializar a deliberação²⁹⁰.

Referidas diretrizes abrangem os seguintes pontos: Sessões de julgamento, modo de interação e decidibilidade (ou grau necessário de concordância para a formação da decisão)²⁹¹. Segundo Hübner, as sessões de julgamento podem ser públicas ou secretas, cada possibilidade com seus benefícios e prejuízos para a deliberação. A publicidade é capaz de proporcionar transparência, o que corresponde a um importante meio de controle. Porém, pode ser prejudicial à qualidade da deliberação, pois pode importar em demagogia dos julgadores e impedir um diálogo genuíno, entre outros fatores, porque os juízes podem desenvolver uma personalidade pública e uma identidade peculiar perante a audiência externa, que teria um

²⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 103/104.

²⁸⁸ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 120.

²⁸⁹ Na obra conjunta “Jurisdição Constitucional no Brasil”, Hübner vale-se da expressão em português “interação colegiada” ao referir-se ao mesmo conteúdo abordado pela expressão em inglês “colegial engagement”. Utiliza-se aqui a tradução desta última no sentido de engajamento colegial, pois ressalta uma postura pró-ativa em relação à colegialidade e por ser esta expressão em língua inglesa a mais recentemente utilizada pelo autor.

²⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 142/145.

²⁹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 164.

plausível incentivo para protegerem-se de uma situação ridícula em público. Nesse prisma, a mudança de posicionamento pode parecer uma fraqueza de caráter ou do intelecto para os espectadores. Disso decorre que a publicidade pode ser prejudicial para a colegialidade, especialmente porque, para proteger-se de vexames e embaraços, os juízes devem resistir a mudanças de posicionamento²⁹². De outro lado, não se pode afirmar peremptoriamente que a publicidade sempre promova uma interação individualista, assim como as sessões secretas podem, na verdade, esconder as falhas de deliberação e proteger os julgadores contra um controle público²⁹³. Diante disso, Hübner salienta que a conjugação da interação pública com a secreta pode ser um caminho proveitoso²⁹⁴.

Quanto aos meios de interação, o referido autor aborda a relevância dos dilemas entre deliberação face a face ou escrita e deliberação formal ou informal, para a aumento da performance deliberativa. As razões entre os julgadores podem ser trocadas mediante reuniões pessoais ou minutas escritas e, neste caso, há um entrelaçamento com a tarefa de redação da decisão, incluída por Hübner na fase pós-decisional^{295 296}. Além disso, as interações formais, como por exemplo, as ordens rígidas de exposição de votos, podem desfavorecer uma deliberação espontânea, ao mesmo tempo que a deliberação necessita de uma organização, de forma que todos os julgadores possam se manifestar e considerar as opiniões dos pares. Nesse prisma, também assume relevância a liderança prática no julgamento do relator e do *chief justice*, bem como as respostas dos demais juízes àqueles^{297 298}.

²⁹²MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 165.

²⁹³MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 165.

²⁹⁴ O autor ainda salienta que para Freund, a melhor solução para esse dilema é a combinação entre deliberação secreta com publicidade posterior. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 165/166.

²⁹⁵MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 166.

²⁹⁶De fato, como se verá, é comum a utilização por cortes constitucionais de deliberação por meio de minutas antes da publicação da redação final da corte, pelo que, nestas cortes, esta tarefa mais se adequa à fase de tomada de decisão.

²⁹⁷MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 167.

²⁹⁸ Como se verá também, a participação do relator e dos *chief justices* impactam bastante a performance deliberativa nas cortes constitucionais.

Por fim, a fase decisional também é, segundo o referido autor, influenciada pelo grau de concordância exigido entre os julgadores, para a formação da decisão final da corte. Este grau exigido pode ser a unanimidade, uma maioria qualificada ou uma maioria simples. Isto não se confunde com a forma em que a decisão é divulgada, *seriatim* ou *per curiam*, pois a corte que julga em sessão fechada, pode decidir por maioria e, no entanto, divulgar uma decisão *per curiam*, ou mesmo decidir por unanimidade e, no entanto, permitir que juízes escrevam suas razões²⁹⁹. Nessa toada, a exigência de unanimidade promove maior pressão por deliberação, o que, no entanto, exige persuasão, compromissos principiológicos ou barganha, sob pena de paralisar os trabalhos na corte. Essa unanimidade, no entanto, atribui um poder obstrutivo ao juiz dissidente e assim força compromissos em razão da exigência de consenso, o que pode favorecer mais a barganha do que propriamente a deliberação. No outro extremo, a maioria simples está mais vinculada ao método agregativo em que a persuasão é menos encorajada do que um comportamento estratégico. Neste, a barganha pode ser usada para formar coalizões ou mesmo consenso na corte. Diante dessas considerações, Hübner salienta que as formas de maioria qualificada podem trazer uma proporcionalidade vantajosa³⁰⁰.

A veracidade destas diretrizes não é afirmada de forma peremptória por Hübner, ante estas diretrizes são apresentadas como conjecturas baseadas em correlações plausíveis amplamente aceitas, eis que não formuladas com base em evidências empíricas. *In verbis*:

The exact causal relationship between the listed variables of institutional design hinges on empirical test. Due to the lack of stock of empirical evidence about the connection between judicial behavior and each device, let alone the interaction between variables, the chapter plays with conjectures that draw upon largely accepted knowledge about plausible correlations. The state of the art of our discipline forbids categorical conclusions on each one. If, on the one hand, we are still not able to discern strong causalities, some correlations are visible from comparative experience. We can, at least, single out the main causative agents that matter for deliberation, even if we are not sure about the aggregate weight or the exact net effect they will have in each circumstance³⁰¹.

Essa perspectiva moderada efetivamente aponta para melhores performances deliberativas na realidade prática das cortes constitucionais? Se efetivamente promove a melhor performance deliberativa, qual a melhor configuração ou desenho possível para essas

²⁹⁹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 168. Evidentemente em julgamento aberto, o público tem conhecimento da opinião de cada participante, mesmo que este apenas exprima sua concordância em relação a voto anteriormente exposto por um dos pares, pelo que esta distinção não é identificada neste modelo de deliberação.

³⁰⁰MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 168.

³⁰¹MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148.

práticas? A análise dos procedimentos e das ideias constitucionais pertinentes a cortes estrangeiras é capaz de indicar respostas mais balizadas e evitar problemas futuros com mudanças açodadas e irrefletidas no procedimento deliberativo do STF. Assim, não se deve propor mudanças no procedimento deliberativo da corte brasileira sem antes verificar como são estas práticas em outras cortes constitucionais.

Para averiguar analiticamente a eficiência das práticas decisórias sem subverter a doutrina utilizada como marco teórico no presente trabalho, precisa-se recorrer ao índice de qualidade “engajamento colegial”, proposto por Hübner³⁰². Nesse ponto, cabe valer-se dos componentes da força motora do engajamento colegial, indicados pelo próprio autor. São três: (i) “o esforço de levar em conta todas as posições que a corte foi capaz de coletar”, que exige a oitiva e incorporação das razões dos pares e da opinião pública, assim como os imaginados vicariamente; (ii) “a busca da melhor resposta jurídica”, neste caso, representada pela exigência de argumentação franca e permeabilidade a “um amplo espectro de argumentos expostos por variadas formas”; e (iii) “a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso”, consubstanciada na tentativa árdua para alcançar opiniões comuns^{303 304}. Estes são os parâmetros utilizados no presente trabalho para verificar se determinada prática efetivamente favorece a deliberação.

³⁰²v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 108; No mesmo sentido e do mesmo autor, v. MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. In: VOJVODIC, Adriana et al. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros editores. 2012. P. 62.

³⁰³Hübner já se manifestou em obra anterior, de 2011, no sentido de uma classificação diversa da tratada aqui tratada, baseada na obra “Constitutional Courts and Deliberative Democracy”, 2013. Naquela o autor referiu-se aos momentos de pré-deliberação, deliberação (propriamente dita) e pós-deliberação, assim como elaborou sobre parâmetros mais amplos e critérios mais específicos de cada momento. Dentro do momento de deliberação e de critérios específicos o autor salientara a existência de dois parâmetros, a diversidade dos deliberadores e a deliberação intrainstitucional. Este não conflita com a fase decisional e o engajamento colegial tratados na obra mais recente, a qual é utilizada no presente trabalho. v. MENDES, Conrado Hübner. **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF**. In: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri. (Org.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 347/354.

³⁰⁴ cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 108/109. A boa decisão, em si, corresponde a um critério que deve ser aferido *ex post* e caso a caso, como exposto no tópico sobre legitimidade intrainstitucional, o que inviabiliza a sua utilização como meio de investigação que recai sobre os procedimentos deliberativos, mas os parâmetros traçados por Hübner neste momento indicam uma presunção de boa decisão no caso de argumentação franca e permeabilidade ao amplo espectro de argumentos, pelo que, nestas condições, é possível seu manejo como parâmetro para aferição da performance deliberativa. V. tb. MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. In: VOJVODIC, Adriana et al. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros editores. 2012. P. 62/63.

Burkhalter, Gastil e Kelshaw, pesquisadores com diversos trabalhos sobre deliberação pública, principalmente no âmbito da ciência política e da comunicação³⁰⁵, referem-se a parâmetros semelhantes para a potencialização da deliberação de grupos pequenos de debate público face a face. Segundo esses autores, aprimora a deliberação a discussão que incorpora cuidadoso conhecimento de informação relevante; que leva em consideração o maior número de perspectivas sobre o assunto; que considera valores mais amplos, incluindo objetivos e valores de pessoas diferentes; na qual há valoração abrangente dos impactos das diversas soluções; em há oportunidade suficiente para os participantes falarem; em que os participantes se manifestam de forma inteligível; que acomoda diferenças quanto à forma de falar e às razões dos participantes, incluindo diferentes pontos de vista, conhecimentos e valores; que acomoda diferentes tipos de argumentos; e na qual os participantes estão abertos a rever não só seus entendimentos, mas também a forma de falar e de pensar³⁰⁶.

De fato, alguns destes elementos se entrelaçam com as três expressões da força motora da fase de engajamento colegial, salientadas por Hübner, outros mais se relacionam com as demais fases da deliberação. Assim é que a consideração do maior número de perspectivas sobre os assuntos, identifica-se com o esforço das cortes em considerar todos os posicionamentos coletados (primeiro parâmetro); a consideração de valores mais amplos e de pessoas diferentes, interage com a permeabilidade às posições coletadas no processo constitucional (segundo parâmetro); a valoração abrangente dos impactos também relaciona-se com o primeiro parâmetro e a busca pelo consenso (terceiro parâmetro), a oportunidade suficiente de o participante se expressar é necessária para a permeabilidade e da consideração de todas as posições nas cortes (segundo e primeiro parâmetros); e a possibilidade de revisão dos próprios entendimentos entrelaça-se com a busca pelo consenso (terceiro parâmetro).

³⁰⁵ Entre os trabalhos publicados pelos referidos autores, encontram-se: V. GASTIL, J. **Political communication and deliberation**. Thousand Oaks, CA: Sag. 2008. NABATCHI, T., GASTIL, J., WEIKSNER, M., & LEIGHNINGER, M. (Eds.). **Democracy in motion: Evaluating the practice and impact of deliberative civic engagement**. New York: Oxford University Press. 2012. Gastil, J., Knobloch, K., Kahan, D., & Braman, D. (In press). Participatory policymaking across cultural cognitive divides: Two tests of cultural biasing in public forum design and deliberation. *Public Administration*. 2016. KELSHAW, T.. **Understanding abnormal public discourses: Some overlapping and distinguishing features of dialogue and deliberation**. *International Journal of Public Participation*, 1(2), 69-90. 2007. KELSHAW, T.. **Public deliberation and the rhetorical “real”**: Balancing accomplishment and complication in republicandemocratic structures. In B. Warnick and M. Smith (Eds.), *The responsibilities of rhetoric*. Long Grove, IL: Waveland Press. 2010. P. 117- 128; BURKHALTER, S., GASTIL, J., & KELSHAW, T.. **The self-reinforcing model of public deliberation**. *Communication Theory*, 12(4), 398- 422. 2002.

³⁰⁶ BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd. **A Conceptual Definition and Theoretical Model of Public Deliberation in Small Face-to-Face Groups**. Local: International Communication Association, 2002. p. 401/411.

Já o cuidadoso conhecimento de informação relevante, mais se expressa na fase de contestação pública da deliberação em cortes e depende da participação das partes, principalmente, de seus advogados. A linguagem inteligível nas cortes constitucionais, por sua vez, manifesta-se por meio da argumentação jurídica que corresponde à linguagem que permeia o *ethos* dos julgadores. Contudo, não são perfeitamente adequados aos julgamentos em cortes constitucionais alguns dos elementos trazidos por Gastil *et al.*, pois a consideração das diversas forma de expressão e razões, dos diversos tipos de argumentos e da possibilidade de revisão da forma de falar e pensar sofrem constrição. Isso porque, as diversas razões, argumentos e formas de expressão ou pensamento, devem ser traduzidos, não só em razões públicas, mas também em argumentos jurídicos. Tais considerações comparativas permitem inferir a existência de fatores comuns à deliberação pública face a face em grupos pequenos e em cortes constitucionais que potencializam a referida prática interativa de formação de decisão, porém revela diferenças significativas entre esses dois âmbitos deliberativos, o que reforça a adequação e vantagem de se traçar critérios específicos para a deliberação neste último ambiente, como os elaborados por Hübner e aqui adotados.

Especificados os parâmetros, passa-se à especificação do objeto de comparação, as práticas com potencial deliberativo. O enfoque recai sobre a fase decisional do *design* institucional, mais especificamente, do procedimento deliberativo. Este também se encontra dentro do segundo nível do modelo de três níveis, e pode ser analisado em separado com relação ao outro componente, a mentalidade colegial das cortes, embora esses elementos se interpenetrem³⁰⁷.

No âmbito do Direito Processual, procedimento corresponde a uma sequência de atos normativamente previstos para o curso de um processo judicial³⁰⁸. Ele, no entanto, pode ter qualidades que variam em graus, o que permite adjetivar um procedimento como mais complexo ou menos complexo, como mais participativo ou menos participativo, mais público ou menos público etc. Porém, analisar o procedimento deliberativo em órgãos jurisdicionais é analisar um procedimento que engloba não só atos normativamente previstos -, portanto,

³⁰⁷v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 168: “The way each criterion will actually operate will heavily dependo on how the judges understand their role within a collegiate body”.

³⁰⁸Nesse sentido, v. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao direito processual civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 254; v. HARTMAN, Rodolfo Krnemberg. **Novo Processo civil**. Niterói: Impetus, 2016. p. 240. Também prefere-se não utilizar o termo processo, eis que adere-se a natureza jurídica deste, de longa data sedimentada, corresponde a uma relação jurídica que gera posições ativas e passivas aos participantes, o que não se coaduna com as práticas informais e entre juízes. Sobre a natureza jurídica do processo, v. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao direito processual civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 251.

comuns ao procedimento processual -, mas também atos ou práticas informais. Dessa forma, procedimento no âmbito processual não se confunde com procedimento deliberativo, embora estejam intimamente relacionados.

Note-se que, em consonância, a análise do procedimento deliberativo não se reduz à observância dos atos normativamente previstos para determinados processos judiciais, ou, *in casu* processos constitucionais. A investigação deve recair não somente sobre aquilo que está expresso em lei ou em atos normativos, mas também sobre os atos não escritos e praticados no âmbito da formação da decisão coletiva. Isso tem uma implicação relevante quanto às fontes de pesquisa, pois o sucesso desta impescinde da verificação das informações divulgadas pelos que efetivamente participam, ou participaram em algum momento, do procedimento deliberativo decisório. Estas informações chegam ao conhecimento público por formas variadas, entre obras doutrinárias, entrevistas, *memoirs*, escritos informais etc., e em maior ou menor quantidade dependendo do costume jurídico de cada país, ou seja, o acesso a essas informações pode ser mais ou menos amplo em cada sistema jurídico. Da mesma forma, nem sempre essas informações são uníssonas, o que demanda maior cautela. Isso tudo impacta nos estudos comparativos e importa em pesquisas caracterizadas por tentativas de erros e acertos, de avanços e recuos.

Apesar disso, é possível encontrar informações suficientes sobre as práticas decisórias do procedimento deliberativo efetivado na Corte Constitucional da Colômbia, no Tribunal Constitucional do Chile, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América e na Suprema Corte do Reino Unido, cortes escolhidas em razão de suas contribuições já declinadas na parte introdutória do presente trabalho. A identificação das práticas (objetos de comparação) é realizada a partir de uma reconstrução objetiva dos parâmetros apontados por Hübner para a aferição da performance deliberativa. Esses parâmetros, como visto, são impregnados por elementos subjetivos decorrentes, principalmente, do emprego dos verbos “esforço” e “busca”. Isso está em consonância com a análise bifronte de Hübner quanto aos facilitadores que englobam a mentalidade dos julgadores e os incentivos institucionais, ou de design institucional. Porém, para definir as práticas com potencial deliberativo, faz-se necessário extrair critérios objetivos dos parâmetros *supra*. A partir da identificação de que práticas podem proporcionar deliberação, em um segundo momento, pode-se verificar quais realmente incrementam a performance deliberativa.

De forma a realizar tal desiderato com máxima responsividade ao marco teórico, pode-se inferir também três parâmetros mínimos para identificar as práticas com potencial deliberativo. Inicialmente, para que haja “o esforço de levar em conta todas as posições que a

corte foi capaz de coletar”, faz-se necessário que os julgadores (i) tenham conhecimento das diversas posições. Por outro lado, “a busca da melhor resposta jurídica”, por meio de argumentação franca e permeabilidade ao amplo espectro de argumentos, exige que (ii) haja divulgação dos argumentos dos julgadores, que possam ser confrontados com outros argumentos do próprio julgador, e a demonstração pública de que os argumentos produzidos são considerados. Esses elementos expõem o julgador à contestação socrática e críticas democráticas que pressionam para a produção de razões públicas³⁰⁹, mormente nos casos de variações não justificadas de posicionamentos, favorecendo maior franqueza nos argumentos, assim como responsividade dos julgadores aos argumentos das partes. Por fim, “a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso”, por meio de tentativa árdua para alcançar opiniões comuns, exige que os magistrados (iii) conheçam as razões de seus pares sobre uma determinada questão; e possam, posteriormente, concordar com essas razões.

Outros critérios poderiam e podem ser criados pela doutrina, porém acredita-se que estes parâmetros objetivos mínimos estão em consonância com o marco teórico e atendem ao desiderato de permitir a identificação de práticas com potencial deliberativo para exame em cada corte. A comprovação disso pode decorrer de uma avaliação lógica dos parâmetros com sinal trocado. Especificamente, se os julgadores não possuem conhecimento sobre as diversas posições, não podem se esforçar em levar em conta todas elas; se os julgadores não divulgam suas opiniões ao público e a consideração dos argumentos em suas decisões, não é possível verificar uma argumentação franca e a permeabilidade aos referidos argumentos; e, se não decidem sobre as mesmas questões, não conhecem a opinião dos pares e não podem se manifestar sobre elas, não há esforço em construir consenso.

Mediante a aplicação destes últimos parâmetros objetivos, pode-se identificar as seguintes práticas decisórias com potencial deliberativo no STF: a circulação prévia do voto do relator, sessão pública de julgamento e votação em *seriatim*. Nas cortes constitucionais examinadas é possível identificar de plano práticas comuns, o que inclusive foi determinante para a seleção desses órgãos jurisdicionais, quais sejam: perguntas aos advogados em audiência pública; conferência ou sessão fechada de julgamento; circulação de minutas, ou escritos em geral, a fim de se chegar a uma decisão final; exposição, entre si, de suas opiniões em ordem, com posterior publicação *per curiam* ou majoritária, incluindo votos dissidentes ou

³⁰⁹ V. CHAMBERS, Simone. **Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation.** Toronto: The Journal Of Political Philosophy, 2004. p. 83.

concorrentes; e preocupação com o resultado e também com os fundamentos, durante a formação da decisão.

Nos capítulos “2” e “3”, será realizada uma análise descritiva do procedimento deliberativo no STF e nas cortes estrangeiras, respectivamente. A análise abrangerá duas etapas em cada corte: a primeira busca elucidar o procedimento deliberativo como um todo; e a segunda etapa, a partir da identificação das práticas decisórias com potencial deliberativo, verificará a performance deliberativa na prática, mediante o confronto com os três parâmetros que compõem o índice de qualidade “engajamento colegial”. O capítulo “4” corresponderá às proposições para o aprimoramento da deliberação no STF à luz do direito comparado, também em duas etapas. Primeiramente, considerar-se-á as práticas da Corte brasileira que devem ser mantidas, em razão da ineficiência comprovada pelo estudo comparado quanto às práticas conflitantes e realizadas pelas cortes estrangeiras examinadas. Posteriormente, observar-se-á as práticas deliberativas estrangeiras eficientes e que devem ser adotadas pelo STF a fim de potencializar a deliberação, procedendo-se, quando necessário, a proposições adaptativas para o empréstimo.

2 MODELO DELIBERATIVO NO STF

2.1 Procedimento deliberativo

A ação³¹⁰ ou recurso de competência do plenário do STF³¹¹ são protocolados, registrados e classificados³¹². Depois, distribuídos por sorteio automático ou prevenção a um ministro relator³¹³. Este examina o processo; elabora um relatório, que normalmente descreve os argumentos dos litigantes e como as cortes inferiores decidiram o caso, em se tratando de recurso. Este relatório é distribuído aos demais ministros – alguns ministros, quando relatores,

³¹⁰ Aqui trata-se das ações que deflagram controle concentrado de constitucionalidade, processo objetivo pois. Há ações que deflagram processo subjetivo de competência oriunda no STF e que se submetem a outro rito, o previsto na lei nº 8.038/90, mas que não se encerram dentro do escopo do presente trabalho.

³¹¹ Arts. 97, 102 e 103-A da CRFB/88 e 5º a 8º do regimento interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF. O referido regimento possui natureza jurídica de lei em sentido material (Conforme já decidiu o STF, por seu tribunal pleno na ADI 1105 MC / DF, DJ 27-04-2001); foi elaborado antes da entrada em vigor da atual Constituição (publicada no Diário de Justiça em 27/10/1980); e recebeu diversas emendas regimentais.

³¹² Arts. 54 a 56 do RISTF.

³¹³ Art. 66 RISTF. Inclusive os ausentes e os de licença por até 30 dias e com exceção do Ministro Presidente cf. art. 67 RISTF.

adotaram a prática informal de encaminhar um projeto de voto aos demais³¹⁴; e, por fim, o relator pede dia para julgamento da causa³¹⁵. Ao presidente do Tribunal cabe definir a pauta de julgamento que deve ser observada nas sessões de julgamento³¹⁶.

Uma vez pautada a causa para apreciação do plenário de matéria constitucional, a sessão de julgamento, que é pública³¹⁷ e transmitida ao vivo³¹⁸, instaura-se com a presença (*quórum*) de oito ministros³¹⁹. Nela, o relator expõe o relatório³²⁰, após o que, é facultado aos advogados das partes fazer requerimentos, realizar sustentação oral e responder a perguntas

³¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 209.

³¹⁵ Arts. 9º da lei federal nº 9.868/99 e 20 da lei federal nº 9.882/99; e arts. 87 e 172 do RISTF.

³¹⁶ Tal competência extrai-se do art. 13 III do RISTF. Nesse sentido, v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 232. Conforme, ainda, o próprio site do STF: “Compete ao Presidente selecionar, dentre os processos liberados, aqueles que serão julgados na sessão. Publicação: despachos de inclusão do feito em pauta são publicados no DJe. Há intimação pessoal nos casos previstos em lei. Divulgação: às sextas-feiras de cada semana, é disponibilizada na página do STF na internet a relação dos feitos que podem ser chamados a julgamento nas sessões da semana seguinte”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>. Acesso em 19/04/2016. Essa atribuição do Presidente tem influência determinante sobre a agenda a ser discutida pela Corte, assim como pode influenciar no teor da decisão. v. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado**. Revista Forense v. 327. p. 155. E v. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. RFD-Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em 16/09/2016. p. 41.

³¹⁷ Embora o art. 124 do RISTF determine que poderão ser secretos os julgamentos quando assim o determinar o regimento interno ou quando assim deliberar o plenário ou a turma, este artigo não foi recepcionado *in tontum* pela CRFB/88, que em seu art. 93 inciso IX determina a publicidade dos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário, salvo nos casos em que a preservação da intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação e assim a lei determinar. Neste caso em que a presença poderá ser limitada às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

³¹⁸ A transmissão dos julgamentos é inovação do Direito brasileiro, seguida apenas - pelo que se sabe atualmente - no Direito mexicano. No Brasil, a transmissão se dá por meio da TV Justiça, da Rádio Justiça e na internet pelos endereços www.tvjustica.jus.br; www.radiojustica.jus.br; pelo canal do STF no You Tube e pelo Twitter. A transmissão pela TV Justiça, que teve sua criação autorizada pela lei federal nº 10.461/02, que alterou a lei federal nº 8.977/95, foi sancionada pelo Ministro Marco Aurélio, quando em exercício interino da Presidência da República. Sobre o tema v. tb. VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 229/230; v. SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016. p. 56.

³¹⁹ Art. 22 da lei federal nº 9868/99, art. 8º da lei federal nº 9882/99 e art. 143 §ú do RISTF.

³²⁰ Arts. 125 e 126 do RISTF

formuladas pelos ministros³²¹. Igualmente, terceiros intervenientes podem realizar sustentação oral³²², bem como o Procurador-Geral da República pode manifestar-se oralmente³²³.

Em sequência, o presidente colhe, em série, o voto integral do relator e dos demais ministros, sucessivamente, na ordem crescente, ou inversa, de antiguidade^{324 325} e por fim o presidente da corte³²⁶, sendo necessária, para o julgamento da matéria constitucional, a convergência da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou seja, seis ministros³²⁷. Durante a votação é possível a realização de apartes orais e, ainda, de pedido de vista³²⁸. Ao fim, o presidente verifica e pronuncia o resultado³²⁹, que corresponde ao somatório das conclusões, não havendo que se falar no caso brasileiro em agrupamento dos votos da maioria e da minoria³³⁰.

A redação do acórdão caberá ao relator, caso vote com a maioria. Do contrário, a redação será atribuída ao ministro que tiver proferido o primeiro voto vencedor ou ao revisor, nos casos em que couber³³¹. Os ministros assim encarregados, geralmente redigem o acórdão

³²¹ Arts. 126 §ú e 124 §ú do RISTF.

³²² Art. 131 §3º do RISTF.

³²³ Art. 132 §1º do RISTF

³²⁴ Art. 135 do RISTF.

³²⁵ É possível que os ministros requeiram prazo para vista do processo, caso não se considerem habilitados para pronunciar seu voto. Art. 134 do RISTF; Art. 1º da Res. 278 de 2003 da Presidência do STF; e Art. 940 §2º do CPC.

³²⁶ O presidente sempre vota, não apenas nos casos de empate, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. p. 658.

³²⁷ Art. 97 da CRFB/88 e art. 22 da lei federal nº 9.868/99 e art. 101 do RISTF.

³²⁸ Arts. 133 e 134 do RISTF. Esse instrumento é uma tradição no Direito brasileiro e já constava do Código de Processo civil brasileiro de 1973, cf. FALCÃO, Joaquim, Cerdeira, Pablo e WERNECK, Diego. **III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o tempo**. 2011. p. 90. disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 19/04/2016. O pedido de vista é um instrumento que interrompe a deliberação e pode ser utilizado de forma estratégica pelo ministro que o solicita, como forma de impedir o debate no momento em que a composição do Tribunal seja desfavorável ao seu entendimento. Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211. Contra o pedido de vista, v. também SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P. 572. Esses pedidos ainda importam em considerável aumento do tempo de duração do processo, cf. PEREIRA, Saylor Alves. **Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade**. Monografia de Conclusão de Curso. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDp. 2010. p. 35.

³²⁹ Art. 135. § 2º do RISTF.

³³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 201.

³³¹ Art. 97 II e 98 do RISTF c/c art. 93 IX da CRFB/88 c/c 135§ 3º e 4º c/c 23 do RISTF c/c 941 CPC.

e a ementa da decisão com base nos fundamentos de seus próprios votos³³². Nos casos de maior repercussão, em regra, todos os ministros produzem votos escritos³³³. Todavia, de acordo com o RISTF, deve haver a transcrição do áudio do julgamento, incluindo o relatório, a discussão, os votos fundamentados, as perguntas feitas aos advogados e suas respostas. Referida transcrição deve ser juntada aos autos, depois de revista e rubricada pelos ministros³³⁴.

2.2 Práticas deliberativas na formação da decisão

Antes de analisar, propriamente, as práticas deliberativas efetivadas no momento de formação da decisão no STF, duas observações relevantes para o procedimento deliberativo na Corte brasileira são necessárias. A primeira corresponde ao fato de que não há previsão e nem relatos de prática deliberativa que envolva todos os ministros antes da sessão de julgamento. Esta lacuna no procedimento deliberativo do Supremo é constatada, inicialmente, pela ausência de previsão normativa de troca de informações entre os magistrados antes da sessão de julgamento. Além disso, no campo prático, atuais ministros do STF também já ressaltaram, em entrevistas, que não há troca antes do julgamento, sequer informal, de opiniões sobre processos.

Decerto, o art. 151 do RISTF prevê a realização de sessões administrativas. Estas eram realizadas de forma secreta no STF, em passado remoto, exigindo-se à época apenas a motivação das decisões, conforme redação original do art. 93 X da CRFB/88³³⁵. Isso foi alterado com a emenda constitucional nº 45/2004, que passou a determinar que as decisões administrativas além de motivadas, devem ser também produzidas em sessão pública³³⁶. Ocorre que essas sessões secretas, também chamadas de “sessões de conselho” foram, até

³³² Nesse sentido VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009. p. 33. v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 202.

³³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 200.

³³⁴ Art. 96 do RISTF.

³³⁵ “Art. 93 (...) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”;

³³⁶ “Art. 93 (...) X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Nesse sentido v. MS 25.747. STF. Pleno. rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-5-2012, P, DJE de 18-6-2012.

1990, utilizadas também para a discussão de processos judiciais, não obstante a determinação originária e ainda em vigor, constante do art. 93 XI da CRFB/88, que impõe a publicidade dos “julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário”³³⁷. No entanto, desde 1990, os ministros não mais realizam essas sessões secretas previamente ao julgamento. De acordo com André Ruffino:

A ausência quase completa de deliberações prévias entre os Ministros nem sempre foi a prática predominante no Supremo Tribunal Federal. Como anteriormente mencionado, até o final da década de 1980 as sessões administrativas do Tribunal podiam também ser aproveitadas para deliberar previamente sobre casos mais complexos e de grande repercussão³³⁸;

As sessões do “conselho”, como eram denominadas no Tribunal, podiam ser convocadas a pedido de qualquer Ministro que sentisse a necessidade de debater previamente com o colegiado sobre questões que considerasse de difícil solução e que de alguma maneira pudessem gerar impasses na deliberação plenária. Essas sessões de “conselho” eram realizadas em ambientes internos do Tribunal, normalmente no gabinete da Presidência, sem qualquer divulgação ou publicidade externa³³⁹.

Também sobre o assunto, manifestou-se um dos ministros entrevistados pelo autor acima mencionado:

O Supremo, até os anos 1980 e início dos anos 1990, realizava as sessões administrativas; ou seja, a sessão plenária sempre foi pública, aberta, mas havia a sessão administrativa prévia, para as questões de maior (repercussão)... a sessão administrativa era completamente fechada e a deliberação era tomada na sessão administrativa, com divergência, unanimidade ou seja lá o que fosse, e depois iam para o Plenário e faziam lá aquela coisa simples. Em 1988, com a Constituição Federal estabelecendo a regra das sessões públicas e que não poderia haver sessões secretas, o Supremo não suspendeu as sessões administrativas, mas um dos Ministros nomeados em 1989 ou 1990 se opôs à realização de sessões administrativas para discutir o mérito de matérias; dizia que não discutiria e que a sessão seria administrativa no sentido estrito, para decidir questões administrativas. E aí morreram as sessões administrativas para esse objetivo (sessão prévia fechada para discutir mérito de processos). Quando entrei no Supremo, as sessões administrativas (com aquele objetivo) já não existiam mais; as sessões administrativas que existiam eram no sentido estrito, para questões de administração interna³⁴⁰.

³³⁷ Art. 93 [...] “IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” (redação original).

³³⁸ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 244.

³³⁹ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 244.

³⁴⁰ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 233/234.

Em sentido semelhante, outro ministro assim se manifestou:

Nos casos mais importantes, mais relevantes, existiam as sessões de “conselho” (sessões prévias de deliberação fechada). Pedia-se “conselho”. Ou o Presidente sugeria. Depois um ou outro começou a discordar, a não comparecer...então isso foi acabando. O que foi lamentável, pois sempre que se fazia um conselho, as questões eram debatidas ali com mais abertura, a busca da verdade se fazia com mais frequência³⁴¹.

Ministros da atual composição da suprema corte também já ressaltaram a inexistência de uma prática deliberativa, mesmo que informal, em pleno ou em grupo, antes da sessão de julgamento³⁴². Sobre o assunto, em entrevista ao projeto “História oral do Supremo”, o Ministro Luiz Fux respondeu que não há conversa prévia, que essa ausência de diálogo decorre do hábito dos ministros e que não haveria problema em dialogar previamente com alguns ministros. Transcreve-se:

[F F] — Mas não conversa?

[L F] — Não conversa.

[F F] — A que o senhor atribui essa não conversa?

[L F] — Não sei. Hábito. Hábito.

[F F] — O que o senhor acha que poderia acontecer se o senhor tentasse conversar com alguém?

[L F] — Se eu chegar para o Barroso e trocar voto com ele, zero, não tem problema nenhum. O Gilmar, a mesma coisa. Com o Celso pode trocar. Eu acho que é uma questão de começar. Instituir uma prática assim que...³⁴³

Também o Ministro Luís Roberto Barroso informou não haver discussão anterior ao julgamento quando perguntado sobre a dificuldade de convencer outros ministros. Salientou que gosta do sistema em que as votações não são discutidas anteriormente, mas que é a favor da troca prévia de votos, para que cada ministro possa se preparar para concordar ou divergir na sessão de julgamento. *In verbis*:

Eu gosto desse sistema em que as votações não são discutidas anteriormente, que os votos não são combinados. Mas sou a favor da distribuição dos votos, ou pelo menos da ementa ou da conclusão alguns dias antes da sessão, para que cada um possa se preparar ou para concordar ou para divergir, o que diminuiria drasticamente os pedidos de vista. Uma prática que eu tenho procurado desenvolver e aplicar é, se for para acompanhar o relator, dizer apenas “acompanho o relator”. No máximo com uma frase complementar, sem precisar ler o voto integralmente³⁴⁴. (grifou-se)

³⁴¹ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 241.

³⁴² Situação semelhante foi relatada pelo *Chief Justice* John Robert e *justice* Anthony Kennedy na Suprema Corte norte-americana. Segundo suas excelências, antes da fase de argumento oral, os julgadores não debatem o caso, o que seria uma norma interna adotada pelos *justices*. Abordar-se-á este ponto mais adiante.

³⁴³ FUX, Luiz. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. v. 12. p. 112.

³⁴⁴ Em entrevista ao site jurídico “conjur”. Disponível em www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte. Acesso em 30/12/2016.

O ex-ministro do STF Eros Grau, também em entrevista, disse não se lembrar de ter presenciado qualquer troca de ideias, antes da sessão de julgamento, embora tenha demonstrado dúvida e até deixado no ar a possibilidade de ter ocorrido. Salientou o ex-ministro o seguinte:

Não, não seria. É possível até que, em algum momento, tenha surgido alguma troca de ideia, mas isso não era a regra. Eu não me lembro, assim, de coisas... Pode ser que, ocasionalmente, alguma coisa. Não me lembro, sinceramente³⁴⁵.

A segunda observação oportuna corresponde ao fato de que o julgamento pelos ministros tem início imediatamente após a sustentação oral das partes, intervenientes ou membro do Ministério Público³⁴⁶, sem a existência, assim, de tempo razoável para a compreensão dos argumentos das partes e reflexão sobre os mesmos. A situação é ainda mais crítica em razão do hábito dos ministros de valerem-se na sessão de julgamento da leitura de votos escritos e previamente elaborados³⁴⁷. Esta prática, afronta os direitos fundamentais de ampla defesa e contraditório, previstos no art. 5º inciso LV da Constituição de 1988, eis que infirma a possibilidade de as partes influenciarem o resultado³⁴⁸. Para além disso, é manifestamente prejudicial à deliberação e implica em produção de decisão sem discussão prévia dos argumentos dos advogados das partes quando da exposição de seus votos. Não há esforço para considerar todas as posições em debate e não há permeabilidade às referidas posições (primeiro e segundo parâmetros aqui definidos para a avaliação da performance deliberativa).

Assim, não há previsão ou mesmo relatos fidedignos de atos deliberativos que envolvam todos os ministros julgadores, e nem de conversas informais entre grupos de ministros, antes da sessão de julgamento. A exceção à absoluta falta de diálogo entre os ministros, antes do julgamento, corresponde à prática de circulação prévia de votos por alguns ministros, quando relatores. Além disso, constata-se a inexistência de tempo hábil para que os ministros absorvam os argumentos provenientes das sustentações orais das partes em seus votos expositivos.

³⁴⁵ GRAU, Eros. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. p. 84.

³⁴⁶ Art. 937 do CPC e 126 §ú e 131 do RISTF.

³⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P. 570.

³⁴⁸ Sobre os elementos didireito à ampla defesa, possibilidade de manifestação e possibilidade de influenciar o resultado, v. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 81.

Quanto às práticas com potencialidade deliberativa, pode-se identificar as seguintes: (i) apenas alguns ministros, quando desempenham a função de relator em processos sob julgamento, circulam seus votos antes da realização da sessão de julgamento; (ii) a deliberação entre os ministros julgadores, como um todo, ocorre primordialmente na sessão de julgamento e, assim, o conhecimento pelos ministros da opinião dos pares, também só ocorre nesta fase processual; (iii) a deliberação entre os ministros ocorre na forma de uma exposição de votos em série começando pelo relator e, depois, segue, em regra, a ordem crescente de antiguidade; e (iv) não há uma exigência de debate e votação sobre as mesmas questões jurídicas e consideração dos mesmos fundamentos jurídicos. Estas circunstâncias merecem ser analisadas mais detidamente.

(i) Da circulação prévia do voto do relator

A circulação prévia do voto do relator atende de forma fraca ao primeiro e ao terceiro parâmetros deliberativos, ou seja, permite, quando muito, um esforço de levar em conta a posição de um ministro, apenas. Favorece somente o consenso com as posições deste. Porém, não tem o condão de possibilitar o conhecimento das razões dos demais julgadores e, assim, considerá-las. Corresponde a um passo à frente, mas ainda incipiente e tímido.

No plano fático, esta prática informal, não prevista em ato normativo, mas também não vedada pelo ordenamento jurídico, ocorre antes da sessão de julgamento. A doutrina salienta que o seu objetivo é estimular a reflexão e a troca de opiniões antes do julgamento³⁴⁹. Além disso, os que advogam o exercício de tal prática sustentam que ela proporcionar a fácil troca de informações, a adesão dos demais ministros ao voto do relator, a elaboração de votos concorrentes, o desestímulo a votos extensos pelos ministros, o desestímulo ao pedido de vista, a elaboração de votos divergentes mais informados, o julgamento de maior número de processos em uma mesma sessão e a redução de adiamentos na resolução dos processos, em razão da diminuição dos pedidos de vistas³⁵⁰. O Ministro Luís Roberto Barroso, um dos adeptos da prática, ressalta que esta é capaz de aumentar a eficiência e a qualidade das deliberações. *In verbis*:

³⁴⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 203.

³⁵⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 203. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em 16/09/2016.

Até 48 horas antes do julgamento, os relatores deveriam circular a minuta do seu voto entre os demais, respeitado, naturalmente, casos excepcionais, a critério de cada Ministro, bem como o direito dos que não concordam com a prática. Este procedimento tem sido adotado na Primeira Turma e, parcialmente, no Plenário, com inequívoco aumento da eficiência e da qualidade das deliberações³⁵¹.

Em pesquisa, Virgílio da Silva constatou haver convergência entre os ministros quanto ao caráter facilitador da deliberação desempenhado pela circulação prévia de votos do relator, possibilitando ganho de tempo em uma corte assoberbada³⁵².

Nesse ponto, parece haver uma convergência entre os ministros, no sentido de que receber o voto do relator seria proveitoso, e isso por várias razões. Em primeiro lugar, e talvez como razão mais citada, haveria um enorme ganho de tempo, um efeito extremamente relevante em um tribunal assoberbado de casos a julgar. Vários ministros mencionaram esse efeito positivo. De forma mais detalhada, o ministro B afirma que, se o relator enviasse seu voto com antecedência, haveria uma clara "economia de tempo, também porque, se houvesse concordância, não haveria necessidade de tanta extensão e às vezes de tanto debate prévio"³⁵³.

O Ministro Marco Aurélio de Mello também teve a oportunidade de salientar a ocorrência da prática, embora não concorde com a mesma e entenda que a prática gera uma votação simbólica do plenário. Segundo o ministro:

Os colegas agora resolveram, para ter uma votação em plenário praticamente simbólica, distribuir e trocar os votos, (...) Hoje um colega disse que não recebe. Eu também não recebo para proferi-lo³⁵⁴;

Outros argumentos contrários também são elencados por alguns ministros ou ex-ministros, como a possibilidade de acompanhamento do relator por simples inércia, a potencialização do grau de influência do relator no julgamento em detrimento dos demais. Conforme Virgílio:

Os poucos ministros que são contrários à ideia de que o relator possa ou deva distribuir seu voto com antecedência são aqueles ou que entendem que isso pode levar muitos ministros a acompanhar o relator por simples inércia, ou que entendem que o grau de influência do relator poderia ser potencializado, ou ainda que supõem que o julgamento já estaria decidido antes de se iniciar a sessão, antes de se ouvirem os advogados em suas sustentações orais, quando fosse o caso. Esse receio, contudo, não leva em consideração a possibilidade de que primeiro sejam ouvidas as

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. p. 2/3. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 19/03/2016.

³⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 193.

³⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 193.

³⁵⁴ MELO, Marco Aurélio. **Nunca troquei figurinhas**. Entrevista ao blog os constitucionalistas. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/marco-aurelio-nunca-troquei-figurinhas-e-nao-vou-trocar>. Acesso em 09/04/16.

sustentações orais de advogados, procuradores e outros participantes para que, em sessão distinta, o relator apresente seu voto e haja deliberação. Esse é, de resto, o modelo mais comum em tribunais constitucionais e supremas cortes³⁵⁵.

A doutrina e as manifestações dos ministros informam que esta prática não é realizada por todos os ministros que compõem a corte, mas apenas pelo ministro que atua como relator, no bojo de um processo. Ainda assim, nem todos os ministros no desempenho desta função, de relator, promovem tal circulação prévia. Quando o relator, ministro que tem maior contato com o caso, não circula previamente sua proposta, suas considerações somente são conhecidas no momento da sessão pública de julgamento³⁵⁶. Apesar disso, alguns ministro e ex-ministros do STF já salientaram a importância do papel do relator, como constatou Virgílio Afonso da Silva em pesquisa em que entrevistou 17 ministros ou ex-ministros, dentre os quais 5 ainda estão em atividade. Conforme Virgílio:

Em geral, os ministros do STF veem o papel do relator como decisivo na deliberação. Esse papel é traduzido por expressões como "ele baliza todo o debate", "é uma posição preponderante", "ele fixa a moldura do debate", "é um ponto de partida para discussão". Mesmo assim, há vozes discordantes sobre esse papel preponderante e também indicações de outros papéis decisivos do relator³⁵⁷.

Um outro problema da prática também pode ser a postura do relator mais voltada para a defesa de sua decisão do que para permitir a deliberação, não formula propostas de debate com confrontação de argumentos, mas sim participa como vota e ressalta seus argumentos. Diversas são as razões para a compreensão deste fenômeno. Conforme pesquisa de Virgílio da Silva, entre 17 ministros e ex-ministros, alguns sustentaram que a condição humana tende a favorecer a defesa do ponto de vista e que a decisão judicial se assemelha mais a uma decisão política e outros reconheceram que na prática o relator defende realmente suas convicções. *In verbis*:

O papel do relator como fornecedor de subsídios para um debate franco poderia supor um dever de que ele exponha, com a maior isenção possível, os principais argumentos envolvidos, ainda que, ao final, ele opte por uma das decisões possíveis e pelos argumentos que a sustentem. Caso contrário, isto é, caso o relator exponha apenas os argumentos que sustentem sua tese e esconda os argumentos a ela contrários, seu papel privilegiado na deliberação diminuiria e ele seria apenas o ministro que defende uma posição pessoal em primeiro lugar.

³⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 195.

³⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P. 570.

³⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 188.

Contudo, na percepção dos ministros, mesmo daqueles poucos que entendem que o relator deveria expor todos os lados do debate, a prática corriqueira no STF é justamente a do ministro relator que fala antes, mas não necessariamente de forma mais qualificada e mais interessada no debate. Seja porque "a condição humana é forte, você tende a defender o seu ponto de vista", seja porque se entende que "uma decisão judicial se assemelha mais a uma decisão política do que uma discussão acadêmica", a percepção dominante é a de que "são raros os momentos em que isso [a exposição de argumentos contrários] ocorre", de que "normalmente nós procuramos construir o nosso voto com a doutrina que chancela o nosso entendimento; dificilmente nós levamos correntes diferentes"³⁵⁸.

Parece que tais considerações são pertinentes, pois a exposição de votos tende a atingir o convencimento de sua audiência ou interlocutores. Essa exposição pode ser mais vívida até porque o voto jurídico tem por finalidade o convencimento dos jurisdicionados. Ocorre que a circulação prévia de voto não corresponderia a uma circulação de proposta. Esta, ainda, pode ter elementos conscientemente e inconscientemente voltados para a persuasão, mas parece que com maior grau de abertura à revisão. Para além disso, o relatório não é um ato de decisão e de convencimento, mas tem que ser fidedigno às questões de fato e de direito apresentadas para julgamento. O relatório, assim, parece necessitar de uma construção mais isenta, imparcial, abrangente e verídica.

Apesar disso, alguns ministros já salientaram que sequer leem o relatório, em razão da carga de trabalho ou mesmo de este ser muito extenso³⁵⁹. De fato, se o relatório não desempenha qualquer papel na condução do debate e não vincula os demais juízes, estes proferem votos individuais e podem desconsiderar o relatório.

(ii) Da sessão pública de julgamento – modelo aberto de julgamento

A sessão de julgamento é pública no STF, em conformidade com o previsto no art. 93 IX da CRFB/88. Neste momento, os ministros tomam conhecimento das posições de seus pares. Esta prática, ainda, tem o condão de permitir o conhecimento pelo público da opinião de cada ministro, o que dificulta as decisões puramente estratégico-ideológicas escamoteadas em adesões, sem argumentos à opinião de outros ministros, mantendo maior controle sobre a sinceridade das decisões dos ministros pela população, eis que decisões contraditórias dos julgadores serão expostas a críticas. Além disso, permite ao público em geral verificar se as

³⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 195/196.

³⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 188.

posições das partes estão sendo efetivamente consideradas pelos ministros. Durante a sessão de julgamento, não há uma exigência para que cada ministro expresse ainda que sucintamente suas opiniões, podendo simplesmente concordar com a opinião de um par sem maiores considerações, assim como não há exigência de que os ministros apreciem todas as razões levantadas pelas partes, nem mesmo para brevemente rechaçar a pertinência dessas razões para a resolução do caso. Apesar disso, esta prática toca o segundo parâmetro deliberativo, pois possibilita controle sobre a argumentação dos ministros e a verificação da permeabilidade aos argumentos produzidos pelas partes.

Não obstante isso, a característica principal desta prática adotada no STF é a sua fragilidade em permitir a consideração da posição dos pares e a obtenção de consenso (primeiro e terceiro parâmetros), pois apenas nesta sessão de julgamento, os ministros têm conhecimento da opinião de seus pares e, assim, não há razoável compartilhamento de posições, diálogo e confrontação de argumentos³⁶⁰, pelo que o modelo brasileiro tem sido caracterizado como agregativo, não deliberativo³⁶¹, por vezes, até agonístico³⁶², não cooperativo e individualista³⁶³.

Em consonância, se, nos casos complexos, todos levam seus votos escritos para lerem em sessão de julgamento, sem antes conhecer o posicionamento dos demais, torna-se difícil a mudança de opinião³⁶⁴. Isso, mesmo se houver esclarecimentos sobre fatos ou questões jurídicas, na sessão de julgamento, que apontem para uma realidade diversa daquela que o ministro pensou ao elaborar o voto. No mínimo, se uma dúvida for incutida e o ministro, diante dessa surpresa, resolver realmente enfrentá-la, poderá pedir vista dos autos e paralisar a deliberação e o julgamento.

Deve-se esclarecer, todavia, que muito embora seja um consenso tal fragilidade deliberativa, não se pode rechaçar totalmente a existência de alguma interação na referida sessão. Nesta é possível ocorrer, por exemplo, o manejo de apartes orais³⁶⁵ - que por

³⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. p. 570/571.

³⁶¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 200.

³⁶² v. MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 09/04/2016

³⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P. 578.

³⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um Voto Qualquer'?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 192.

³⁶⁵ Art. 133 parágrafo único do RISTF.

ocorrerem em sessão pública, muitas vezes, geram alguma fricção³⁶⁶ -; a retificação do voto antes do fim da sessão de julgamento; e a inversão da ordem de julgamento requerida por um dos ministros julgadores³⁶⁷. Pode-se dizer também que não é impossível a mudança de opinião nesta fase, eis que mesmo diante dessa fragilidade argumentativa, há em alguma medida troca de informações e até persuasão entre os pares. Em sentido semelhante, também se manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso:

Aí, acho que faz parte do meu papel, mas não sou um comentarista-geral da república, por estilo; cada um vive a vida do modo que escolhe. Quanto à TV Justiça, eu acho que ela traz algumas consequências negativas. Primeiro, a exposição tira um pouco da espontaneidade e, segundo lugar, e há estatística sobre isso, há uma pesquisa empírica, os votos ficaram maiores. Em terceiro lugar, ela dificulta um pouco o processo de deliberação, porque, numa conversa informal, você pode ir, vir, reajustar. Ao vivo e em cores para todo o Brasil, esse processo circular, que num debate informal pode acontecer, de avanços e recuos, concessões, é mais difícil, embora não seja impossível³⁶⁸.

A doutrina acrescenta que a peculiaridade da transmissão ao vivo das sessões de julgamento do STF tem contribuído para uma postura mais individualista dos ministros, o que dificulta a deliberação. O tema da transmissão ao vivo, principalmente, por meio do canal de televisão da “TV Justiça”, é tema complexo que suscita diversas discussões sobre o comportamento judicial. Há críticos e defensores da transmissão. Em um plano geral, a crítica, em regra, sustenta-se na concepção de que os julgadores podem passar a ter uma postura mais voltada para o público externo do que para com seus pares - comportamento populista -; a delonga em decorrência da produção de votos longos; e a preocupação com julgamentos justos com acusados em processos criminais. Em contraposição, os defensores da transmissão ao vivo, salientam a contribuição de tal prática para a transparência, controle social, maior conhecimento e preocupação da sociedade com as questões jurídicas e a ampliação do efeito pedagógico e de orientação dos cidadãos. No entanto, não é o objetivo aqui discutir este tema, o que certamente exigiria relevante ampliação da pesquisa e extravasaria os limites deste trabalho. Neste discute-se o debate entre julgamento público e julgamento secreto, em decorrência do confronto com as práticas adotadas nas cortes

³⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. p. 108.

³⁶⁷v. ADI 903/MG. STF. Pleno. Min Rel. Dias Toffoli. DJe-026 Divulg 06-02-2014 Public 07-02-2014: art. 135 do RISTF

³⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. p. 123.

estrangeiras examinadas, um debate que é prévio e pressuposto à própria transmissão ao vivo do julgamento em meios de comunicação³⁶⁹.

(iii) Do modelo de decisão em *seriatim*

Parte da doutrina sustenta que o STF se vale de um modelo institucional misto, com fundamento na possibilidade de a Corte prolatar votos divergentes ou convergentes³⁷⁰. Parte outra, entende que se adota o modelo em *seriatim* de deliberação³⁷¹, com fundamento no fato de que cada ministro profere seu voto individualmente, havendo, posteriormente, a condensação em um documento escrito. Esta divergência é, no entanto, conceitual e sem maiores repercussões para o momento. Neste momento descritivo, cabe apenas ressaltar que ambas as características acima são encontradas no funcionamento do STF. O que se pode afirmar desde já é que a referida corte não adota um modelo *per curiam*, ou seja, modelo de decisão em que se divulga a opinião da corte como instituição, sem que se possa identificar o juiz ou juízes que redigem a decisão³⁷².

³⁶⁹ Sobre o tema de transmissão das sessões de julgamento, v. YOUM, Kyu Ho. **Cameras in the courtroom in the twenty-first century: the U.S. Supreme Court learning from abroad?** Brigham Young University Law Review, 2012; MCELROY, Lisa T.. **Cameras at the Supreme Court: a rhetorical analysis.** Brigham Young University Law Review, 2012; TUMA, Clara. **Open courts: how cameras in courts help to keep the system honest.** Cleveland State Law Review, vol. 49, 2001; SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. **Entre a Transparência e o populismo judicial.** Site dizer o direito.

<http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>; e VELLOSO, Carlos. **A TV justiça e o seu papel.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarlosVelloso/ArtigosJornais/846037.pdf>. Acesso em 09/04/2016; e GRAU, Eros. **Quem tem medo da publicidade.** Entrevista ao blog Direitos fundamentais.

Disponível em <https://direitosfundamentais.net/>. Acesso em 09/04/2016. Alguns doutrinadores qualificam este modelo do STF como de publicidade extrema. v. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. p. 580/583; SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência.** Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016. p. 56.

³⁷⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação.** Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. P. 69.

³⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P.568: “The decision-making process is purely aggregative. Every justice writes her own opinion and all opinions are published. The form of publication is thus seriatim. Even if a decision was made unanimously, all written opinions are published This means that a concurrent opinion may, but must not, adduce different reasons for the decision. Strictly speaking, there is no opinion of the court, but only a series of eleven written opinions”; VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais.** Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). P. 264.

³⁷²V. GARNER, Bryant A. **Black’s law dictionary.** 9th edition (Abridged). West. Thonson Reuters business. 2009. P. 1201/1202: “Uma opinião formulada por uma corte de apelação sem identificar individualmente o juiz que escreveu a opinião”. (tradução livre)

Deve-se ressaltar que há características peculiares nesta forma de votação do STF. A primeira é o fato de que a exposição dos votos é, a um só tempo, votação e também deliberação, ainda que fraca. Como ressaltado, os ministros julgadores podem retificar seus votos antes do fim da sessão de julgamento e, assim, podem ser influenciados pela exposição dos pares. Além disso, também são possíveis apartes nesta fase que, guardadas as proporções, também podem importar em engajamento argumentativo interpessoal. A despeito disso, a característica mais especial é que, no momento em que se vota em *seriatim*, em público e sem diálogo prévio, a construção da decisão da corte se dá ao mesmo tempo em que se publica a opinião de cada magistrado. Embora a separação de tais atividades seja uma regra em cortes que decidem de forma fechada³⁷³, no caso brasileiro, há uma junção, pelo que a forma de publicação da decisão encontra-se aqui tratada na fase decisional e não na fase pós-decisional, como proposto no modelo de Conrado Hübner³⁷⁴.

Com base no procedimento de decisão *supra*, a doutrina classifica o modelo de deliberação do STF como predominantemente agregativo, externo e de votos em série³⁷⁵. De fato, os ministros trabalham como solistas em relação a seus pares, levando, por vezes, a embates mais conflitivos³⁷⁶, assim como a prática leva ao somatório de onze decisões, ao invés de uma decisão da Corte, ao final da sessão de julgamento. Além disso, a deliberação desenvolve-se, predominantemente, para com o ambiente externo e com frágil prática de troca interna de informações³⁷⁷. Contudo, podem ser observados como fatores positivos do

³⁷³ Sobre a diferença entre essas atividades, v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 169.

³⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 169 e seguintes.

³⁷⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 200. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 100. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 250, 2009. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em 16/09/2016.v. SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016; e v. VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada).

³⁷⁶ v. BARROSO, Luís Roberto. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. p. 105.

³⁷⁷ v. BARROSO, Luís Roberto. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. p. 123: “Primeiro, a exposição tira um pouco da espontaneidade e, segundo lugar, e há estatística sobre isso, há uma pesquisa empírica, os votos ficaram maiores. Em terceiro lugar, ela dificulta um pouco o processo de deliberação, porque, numa conversa informal, você pode ir, vir, reajustar. Ao vivo e em cores para todo o Brasil,

procedimento adotado pelo STF, a transparência e o esforço dos ministros na preparação e produção de seus respectivos votos, mormente considerando a transmissão ao vivo das sessões³⁷⁸.

(iv) Ausência de debate e votação das mesmas questões jurídicas e mesmos fundamentos

Como não há exigência para que os ministros decidam sobre as mesmas questões jurídicas e apreciem os mesmos fundamentos jurídicos, as decisões do STF são formadas pela soma de decisões³⁷⁹. Diante disso, torna-se uma árdua tarefa a interpretação da decisão, pelas partes, doutrina, juízos inferiores, e a sociedade em geral, mormente porque os ministros, por vezes, consideram fundamentos jurídicos diversos no julgamento da causa³⁸⁰ e, ainda, adotam múltiplos fundamentos interdependentes e não autônomos para formar as conclusões³⁸¹. Isso pode gerar uma miríade de fundamentos utilizados por cada julgador, o que dificulta, e, por vezes até impossibilita, a identificação de uma única *ratio decidendi*³⁸². Por fim, o relator redige o acórdão e a ementa da decisão de forma monocrática, pois utiliza os fundamentos de seu próprio voto, o que pode não representar os fundamentos dos demais ministros que compõem a maioria³⁸³.

esse processo circular, que num debate informal pode acontecer, de avanços e recuos, concessões, é mais difícil, embora não seja impossível. Mas eu acho que dificulta ligeiramente algum tipo de acomodação que possa produzir consensos, o que talvez seja bom”.

³⁷⁸ PERTENCE, Sepúlveda. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. 3 v. p. 109.

³⁷⁹ Nesse sentido, v. SILVA, Virgílio Afonso da. 'Um Voto Qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, 2015. v. 1. p. 33. Nesse sentido também, MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 09/04/2016.

³⁸⁰ Nesse sentido VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009. p. 31.

³⁸¹ Nesse sentido, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 201/202.

³⁸² V. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. p. 575.

³⁸³ Nesse sentido VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009. p. 33. v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 202.

Dentro da realidade brasileira, tais fatos dificultam a produção de decisões claras e importa prejuízos para a segurança jurídica e para o Estado de direito. Também dificultam a aplicação do efeito vinculante da decisão do STF, que, conforme Guilherme Peña, corresponde à ampliação dos efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada: quanto ao aspecto subjetivo, além de oponível *erga omnes*, também passa a ser em relação à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; e quanto ao aspecto objetivo, além do dispositivo, também se tornam obrigatórios os fundamentos determinantes da decisão³⁸⁴. A Suprema Corte brasileira já adotou esta concepção de efeito vinculante, em julgamento plenário de 2005, no âmbito da Reclamação 2.363. Este entendimento também já foi manifestado em diversas decisões monocráticas de ministros, como os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Maurício Corrêa e Gilmar Mendes³⁸⁵. A ementa do julgado proferido pelo pleno é a seguinte:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente³⁸⁶.

Entretanto, em decisões mais recentes, tanto do plenário quanto de turma, a Corte adotou posicionamento diverso, ao não considerar a extensão do efeito vinculante aos fundamentos da decisão paradigma, restringindo tal efeito ao conteúdo constante do dispositivo. Em razão disso, o STF tem julgado improcedente reclamação constitucional fundada em descumprimento de fundamentos proferidos em decisão anterior da própria corte mesmo em caso de decisão por maioria e em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sob o entendimento de não se admitir a transcendência dos motivos determinantes. Transcreve-se a ementa da decisão proferida na reclamação nº 11.479/CE e excertos relevantes de decisões da corte brasileira:

³⁸⁴ v. MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 220/221.

³⁸⁵ Respectivamente: Rcl 4.387-MC. STF. Rel. Celso de Melo. DJ 02/10/2006; Rcl 4.692/MC. STF. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 14/11/2006; Rcl 1.987-MC. STF. Rel. Min. Maurício Correa. DJ 21/05/2004; e Rcl 2.291-MC. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 01/04/2003.

³⁸⁶ Rcl 2363/PA – PARÁ. STF. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 01-04-2005.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS POR PREFEITO AO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. INAPLICABILIDADE DA TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES ADOTADOS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.715/TO, 1.779/PE E 849/MT. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO³⁸⁷.

No entanto, a aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal, sendo exemplo disso: Rcl 5.703- AgR/SP, de minha relatoria, DJe 16.9.2009; Rcl 5.389-AgR/PA, de minha relatoria, DJe 19.12.2007; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 6.8.2010; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.5.2010; Rcl 2.475- AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.1.2008; Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008; Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007; Rcl 5.365- MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007³⁸⁸;

Em não tendo sido aplicado o dispositivo declarado inconstitucional, não há que se cogitar de atender à pretensão da reclamante, nesta estreita via processual³⁸⁹.

Apesar disso, essa inversão do posicionamento da corte não se sustenta. Em primeiro lugar, mediante interpretação literal do art. 102 §2º da CRFB/88, verifica-se claramente o emprego do conectivo “e” entre as expressões “eficácia contra todos” e “efeito vinculante”, do que se extrai necessariamente tratar-se de institutos diversos. Se a eficácia da decisão é oponível contra todos (*erga omnes*), ela se aplica inevitavelmente aos demais órgãos jurisdicionais e à Administração Pública.

Por outro lado, o efeito vinculante não se confunde com coisa julgada ou com efeitos *erga omnes*. A Constituição refere-se a esses três institutos em artigos diversos, pelo que se depreende a distinção entre eles. A coisa julgada, direito fundamental previsto no art. 5º XXXVI da CRFB/88, corresponde à imutabilidade da norma jurídica individualizada, constante da parte dispositiva, que pode ter efeitos *inter partes* ou *erga omnes* (contra todos). Se a decisão judicial já produz imutabilidade da parte dispositiva e a constituição atribui eficácia *erga omnes* a essa decisão, a menção ao efeito vinculante no sentido restrito, adotado recentemente pelo STF, seria despiciendo na Constituição. Em sentido semelhante:

³⁸⁷ Ag.Reg. Na Reclamação 11.479 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 25-02-2013.

³⁸⁸ Ag.Reg. Na Reclamação 11.479 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 25-02-2013.

³⁸⁹ Ag.Reg. Na Reclamação 7672/Goiás Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 19-08-2016.

É certo por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei³⁹⁰.

Também uma análise histórica do debate sobre o instituto contribui para a compreensão dos contornos do instituto do efeito vinculante. Ainda sob a égide da Constituição de 1967, e após o ato institucional nº 1 de 1969, a EC nº 7/77 introduziu a representação interpretativa, que foi disciplinada pelo art. 187 do RISTF. Este previa expressamente que a interpretação constante do acórdão, com suas conclusões e ementa – e não apenas a parte dispositiva - teria eficácia vinculante. Além disso, a PEC 130/92 (Roberto Campos-PSD/RJ) que tratava do tema, expressamente salientava a diferença entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Atribuindo-se àquele a vinculação dos fundamentos ou motivos determinantes. *In verbis*:

Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*)³⁹¹.

A emenda constitucional que introduziu o efeito vinculante na CRFB/88, emenda constitucional nº 3, foi publicada logo no ano seguinte, 1993, e conforme Gilmar Mendes e Lênio Streck, inspirou-se na proposta de emenda Roberto Campos *supra*³⁹². Também a lei federal 9.868/99 traz redação parecida com a prevista no art. 102 §2º da Constituição, mencionando tanto o efeito *erga omnes*, quanto o vinculante, o que reforça a distinção.

No direito comparado, é comum que as decisões de supremas cortes submetidas ao *common law* de tribunais constitucionais, no âmbito da *civil law*, produzam efeitos vinculantes quanto ao resultado e aos fundamentos determinantes, a exemplo do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte norte-americana. Aliás, as cortes

³⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; e STRECK, Lênio Luiz. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

³⁹¹ BRASIL. Câmara dos deputados. Proposta de Emenda Constitucional nº 130/1992. Roberto Campos (PSD-RJ). Apresentação em 22/09/1992. Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 20/12/2016.

³⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. E STRECK, Lênio Luiz. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P. 1400.

estrangeiras analisadas no presente trabalho produzem decisões com fundamentos vinculantes por meio da *ratio decidendi*, quando formada em seus julgamentos³⁹³.

Além disso, o efeito vinculante da fundamentação que compõe a *ratio decidendi* desponta como caminho necessário para superar a crise de funcionalidade do STF, seja nas decisões em sede de controle concentrado, seja nos recursos repetitivos. Para tanto justifica-se o pleno aproveitamento dos efeitos das decisões da Corte brasileira, pelo que sobressai também a sua relevância pragmática. Assim, a aplicação do efeito vinculante em relação à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário nos casos de controle concentrado e de recursos repetitivos, importa e deve importar na transcendência dos motivos ou fundamentos determinantes para atingir os casos semelhantes e não apenas a vinculação ao comando constante da parte dispositiva³⁹⁴.

Deve-se ressaltar, contudo, que mesmo que o efeito vinculante nestes casos não venha a ser assegurado pelo STF, a formação de *ratio decidendi* tem importante impacto na orientação dos demais órgãos jurisdicionais e dos jurisdicionados, atuando como fator uniformizador e redutor da litigiosidade e do acúmulo de trabalho, nas cortes brasileiras³⁹⁵.

Por sua vez, o princípio da igualdade ou da isonomia também é violado quando não há uniformização da jurisprudência, pois permite-se que casos semelhantes sejam submetidos a decisões díspares no âmbito do Poder Judiciário nacional³⁹⁶. A ausência de tal uniformização, ainda, prejudica o conhecimento pela sociedade do teor da decisão, e,

³⁹³Sobre a aplicação do instituto no Tribunal Constitucional alemão v. MENDES, Gilmar Ferreira. E STRECK, Lênio Luiz. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P.1400/1403. Sobre a vinculação no aspecto objetivo e subjetivo das decisões proferidas pelas demais cortes constitucionais v. BRANDÃO, Rodrigo (Org). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. No prelo.

³⁹⁴ Adotam este posicionamento: MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 220/221; MENDES, Gilmar Ferreira. E STRECK, Lênio Luiz. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P.1401; MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 36/37.

³⁹⁵Sobre o papel de orientação do Poder Público e dos jurisdicionados das decisões proferidas pela maioria do STF, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 37. Para uma análise da eficácia dos precedentes, sob um aspecto normativo, impositivo intermediário e persuasivo, inclusive no Brasil, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁹⁶ Também nesse sentido, v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 240.

consequentemente, o exercício do papel da corte como catalisadora da deliberação pública nas esferas formais e informais da sociedade³⁹⁷.

De lado isso, o crescente e alarmante acúmulo de processos no Supremo Tribunal põe em xeque o próprio funcionamento da Corte. Essa crise de funcionalidade³⁹⁸ decorre em sua grande parte do acúmulo de recursos na corte – mais de 90%³⁹⁹ –, ou seja, da hipertrofia de sua função recursal, o que poderia ser resolvido pela implementação da força vinculante. Para essa vinculação, no entanto, a Corte brasileira precisa, primeiro, ser capaz de produzir *ratio decidendi*.

3 MODELOS RELEVANTES NO DIREITO COMPARADO

3.1 Corte Constitucional da Colômbia

3.1.1 Procedimento deliberativo

O controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, por meio de ação pública de inconstitucionalidade⁴⁰⁰, pode ser deflagrado por qualquer cidadão⁴⁰¹ e sua disciplina normativa consta dos artigos 241, 1, 4 e 5; e 242 1 da Constituição Política da Colômbia de 6 de julho de 1991; do acordo nº 01 de 1992 e suas posteriores atualizações, inclusive, o acordo

³⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993. p. 669.

³⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 19/03/2016. p. 2.

³⁹⁹ FALCÃO, Joaquim, Cerdeira, Pablo e WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. 2011. disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 19/04/2016. p. 21.

⁴⁰⁰ Entre os sistemas de controle de constitucionalidade da Corte Constitucional colombiana, incluem-se, além do controle de inconstitucionalidade por ação pública cidadã, o forçado ou automático, por via de cruzamento (ou de objeções presidenciais ou prévio), por via de exceção ou incidental, paralelo de atos administrativos ou deslegalizados, subjetivo de atos administrativos e “outros mecanismos constitucionais” (*writs* e ações constitucionais - como *habeas corpus*, *habeas data*, tutela etc.), cf. BLANCO, Sergio Reyes. **Características procesales de control de constitucionalidade em Colombia**. Revista virtual via *inveniendi et iudicandi* "camino del hallazgo y del juicio"

http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Acesso em 15/12/2016. p. 6 e 7. Esses podem ser agrupados em modelos de controle prévio de vetos presidenciais, concreto e abstrato, cf. CAPECCHI, Daniel. **Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

⁴⁰¹ O qual também pode intervir como impugnante ou defensor de normas submetidas a controle em qualquer processo deflagrado por outrem ou mesmo em processos não atinentes a ação pública, cf. MESA. Vladimiro Naranjo. **La nueva Jurisdicción constitucional colombiana**. Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016. p. 618.

nº 02 de 2015 da Corte Constitucional da Colômbia (regramento da Corte Constitucional); e do decreto nº 2.067 de 1991 e suas alterações posteriores. Este trata do trâmite de todos os processos submetidos à Corte Constitucional colombiana⁴⁰².

Este sistema de controle inicia-se com a apresentação de uma demanda por escrito em duas vias⁴⁰³. O processo é distribuído pelo presidente da Corte, conforme disciplina normativa prevista no “programa de trabajo e reparto”, a um “magistrado sustanciador” (de instrução do feito), o qual decidirá sobre a admissibilidade⁴⁰⁴. Uma vez admitido, o referido magistrado edita o auto de admissão e ordena a fixação do processo em lista, para que qualquer cidadão possa defender ou impugnar o ato, inclusive *amici curiae*⁴⁰⁵; a realização de provas, conforme a necessidade do caso; o envio de comunicação ao Presidente da República e do Congresso⁴⁰⁶; e o encaminhamento ao Procurador Geral da Nação (órgão do Ministério Público) para que emita parecer⁴⁰⁷. Pode também o referido magistrado instrutor atuar de forma mais ativa e

⁴⁰² BLANCO, Sergio Reyes. **Características procesales de control de constitucionalidade em Colombia**. Revista virtual via *inveniendi et iudicandi* "camino del hallazgo y del juicio" http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Acesso em 15/12/2016. p. 14.

⁴⁰³ Deve conter, ainda, a indicação das normas acusadas de inconstitucionais, das normas constitucionais infringidas, das razões que sustentam a alegação de inconstitucionalidade e, quando for o caso, também do procedimento legiferante previsto. Cf. Art. 2º do decreto nº 2.067 de 1991.

⁴⁰⁴ Art. 6º do decreto nº 2.067 de 1991. Os requisitos formais podem ser supridos por meio de emendas, devendo o *magistrado sustanciador* indicar os defeitos antes de rechaçar a demanda. Cf. Sentença 131 de 1993 da Corte Constitucional. v. BLANCO, Sergio Reyes. **Características procesales de control de constitucionalidade em Colombia**. Revista virtual via *inveniendi et iudicandi* "camino del hallazgo y del juicio". v. também MESA. Vladimiro Naranjo. **La nueva Jurisdicción constitucional colombiana**. Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016. p. 619. http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Acesso em 15/12/2016. p. 15; SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional**. Ano 51 Número 203 jul./set. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/>. Acesso em 15/12/2016. p. 196.

⁴⁰⁵ v. C-194/13, na qual se reconhece a intervenção cidadã e de instituições acadêmicas. O prazo para esta manifestação corre concomitante com o do Procurador Geral da Nação, cf.. MESA. Vladimiro Naranjo. **La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana**. In: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016. p. 619. v. também sobre o assunto CAPECCHI, Daniel. **Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

⁴⁰⁶ Art. 244 da Constituição Política de Colômbia de 1991 c/c art. 11 do decreto nº 2.067 de 1991.

⁴⁰⁷ BLANCO, Sergio Reyes. **Características procesales de control de constitucionalidade em Colombia**. Revista virtual via *inveniendi et iudicandi* "camino del hallazgo y del juicio" http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Acesso em 15/12/2016. p. 16; e SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional**. Ano 51 Número 203 jul./set. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/>. Acesso em 15/12/2016. p. 197. Os prazos para impugnação ou defesa do ato pelos cidadãos correm simultaneamente com o do Procurador Geral cf. art. 7º do decreto nº 2.067 de 1991.

convidar determinadas entidades públicas, organizações privadas e expertos em matérias relacionadas ao processo, para que apresentem manifestação por escrito⁴⁰⁸.

Na sequência, o “magistrado sustanciador” terá o prazo de 30 dias para elaborar um projeto de sentença e apresentá-lo aos demais magistrados, para deliberação em “sala de ponencia”, deliberação esta que deve ocorrer dentro de cinco dias⁴⁰⁹. Após o término do prazo para apresentação pelo relator do projeto de decisão, a Corte deverá tomar a sua decisão em até 60 dias⁴¹⁰. Não obstante isto, qualquer magistrado, em até 10 dias anteriores ao escoamento do prazo para decisão, pode propor a realização de audiência para ouvir os que participaram da elaboração da norma impugnada, o demandante e os intervenientes. Sobre a proposta de magistrado quanto à realização de audiência, a Corte deve decidir por maioria. Com o término das audiências, seguem as deliberações internas da Corte.

As deliberações em “sala de ponencia de fallo”⁴¹¹ (de propostas de decisão)⁴¹², entre os juízes, têm caráter reservado⁴¹³, e nelas todos os julgadores podem intervir livremente⁴¹⁴. O autor do projeto de decisão, então, faz uma exposição oral, após o que os autores de eventuais propostas divergentes também podem fazer tal exposição⁴¹⁵. Em seguida, os magistrados expõem oralmente ou de forma escrita suas opiniões, mediante concessão do uso da palavra pelo presidente da Corte. Antes de encerrar o debate, qualquer magistrado pode requerer a suspensão da deliberação, pelo prazo máximo de 8 dias⁴¹⁶. Ao fim da deliberação e não havendo mais interessados em se manifestar na sala de propostas, o presidente declara encerrado o debate⁴¹⁷.

⁴⁰⁸ Art. 13 do decreto nº 2.067 de 1991.

⁴⁰⁹ Salvo nos casos de objeção a projetos de lei ou de urgência nacional, cf. art. 8º do decreto nº 2.067 de 1991. Os magistrados poderão encaminhar ao *magistrado sustanciador* suas concepções sobre o assunto, para que este avalie na elaboração do projeto. Cf. art. 32 do regramento da Corte.

⁴¹⁰ v. artigo 8º do decreto nº 2.067 de 1991.

⁴¹¹ Com quórum de maioria absoluta para instauração, cf. art. 2º do regramento da Corte.

⁴¹² Tradução livre.

⁴¹³ Art. 34 do Regramento da Corte e Art. 19 do decreto nº 2.067 de 1991.

⁴¹⁴ Salvo nos casos de evidente urgência, em que a intervenções dos magistrados podem ser limitadas pelo presidente da Corte a 2, de 20 minutos cada. Cf. 30 do Regramento da Corte.

⁴¹⁵ Em ordem alfabética de sobrenomes. Cf. art. 34 2º do regramento da Corte.

⁴¹⁶ Art. 34 5º do regramento da Corte.

⁴¹⁷ Art. 34 5º do regramento da Corte.

Terminado o debate, terá vez a votação, primeiro da parte dispositiva, a qual depende de maioria absoluta da Corte; e, depois, da motivação, que depende de maioria simples ou relativa⁴¹⁸. Quando há várias propostas, inicia-se a votação da primeira proposta de decisão e caso esta não seja aprovada, segue-se a análise das demais propostas por ordem alfabética do sobrenome dos magistrados proponentes⁴¹⁹. Se alguma proposta atingir a maioria, mas houver dissidência de votos, a cada magistrado dissidente será concedido o prazo de 5 dias para *aclarar* (produzir voto concorrente – concordância com a parte dispositiva ou “resolutiva” e discordância quanto à motivação) ou “salvar” (produzir voto divergente – discordância quanto à parte dispositiva e quanto à motivação)^{420 421 422}.

A decisão final é pronunciada “em nome do povo e por mandato da Constituição”⁴²³, que embora pareça indicar uma decisão da Corte, *per curiam*, permite a identificação de um magistrado que redator. Tal decisão final deve ser comunicada pelo presidente da Corte à opinião pública, no máximo, até o dia seguinte em que foi proferida, especificando o sentido da sentença e dos votos concorrentes (“aclaraciones”) e os votos divergentes (“salvamentos”). Por fim, após a comunicação *supra*, as providências devem ser assinadas pelos magistrados em 15 dias, ou no máximo em 30 dias em caso de alteração substancial do projeto de decisão original, com o que será publicada e notificada⁴²⁴.

⁴¹⁸ Art. 34 7º do regramento da Corte e art. 14 do decreto 2.067 de 1991.

⁴¹⁹ Art. 34 7º do regramento da Corte.

⁴²⁰ Cf. art. 34 2º do regramento da Corte.. Se o projeto original de decisão não obtém a maioria, passa-se ao primeiro magistrado, em ordem alfabética de sobrenome, que compõe a maioria, para elaborar novo projeto. O *magistrado substanciador* poderá conservar seu projeto quando concorra com a maioria, v. art. 8º, inc. primeiro, do regramento da Corte. E não havendo maioria, os magistrados voltarão a discutir e a votar os pontos discordantes, v. art. 15 do decreto nº 2.067 de 1991.

⁴²¹ Sobre o sentido dos votos de *aclaración* e *salvamento*, v. art. 16 do regramento da Corte e o teor da sentença C-194-13, disponível em:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htm?CiWebHitsFile=/relatoria/2013/c-194-13.htm&CiRestriction=%23filename%20%2Ac-194-13%2A.htm&CiBeginHilite=%3CB%20CLASS=HIT%3E&CiEndHilite=%3C/B%3E&CiHiliteType=Full>.
 Acesso em 19/12/16.

⁴²² Haverá ata sobre o resumo do que ocorrido na sessão, inclusive quanto às exposições dos magistrados, se o exigem ou as apresentam por escrito. A divulgação dos projetos e das providências tomadas na sala plena somente pode ocorrer depois da subscrição pelos magistrados, sob pena de falta grave. v. 37 e 38 do regramento da Corte.

⁴²³ Cf. art. 20 do decreto 2.067 de 1991.

⁴²⁴ Art. 36 do regramento da Corte. cf. CAPECCHI, Daniel. **Corte Constitucional da Colômbia**: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

3.1.2 Práticas deliberativas na formação da decisão

Nas audiências, as partes do processo e eventuais intervenientes na condição de impugnantes ou defensores, podem ser questionados e, assim, responder a perguntas de forma a aclarar suas manifestações escritas. Essas audiências são eventuais, porém são públicas, permitindo-se o acesso de qualquer cidadão e dos meios de comunicação aos locais de sua realização⁴²⁵. Vladimiro Mesa informa que não há debates públicos nestas audiências, mas sim, são utilizadas como uma forma de “esclarecer a Corte sobre aqueles pontos que sejam suscetíveis de ampliação verbal ou escrita”⁴²⁶. Por outro lado, as audiências públicas também têm garantido maior participação e debate público, com o conseqüente incremento da legitimidade da Corte⁴²⁷. A despeito da discussão sobre a deliberação de faceta externa, neste caso, não há relatos claros de deliberação de forma indireta entre os juízes, como ocorre na Corte do Reino Unido e dos EUA.

Há também, circulação de projeto de decisão, pelo menos, do “magistrado sustanciador” com antecedência mínima de 5 dias, em regra, da data da sessão de deliberação. Além disso, a Corte delibera a portas fechadas. Contudo, esta deliberação se dá após a troca de propostas de decisão por magistrados, como ressaltado acima, o que permite um conhecimento prévio sobre a posição do magistrado instrutor, mas também não exclui o oferecimento de propostas e respectiva circulação pelos demais magistrados⁴²⁸. Ressalta-se também que a Corte exige maioria absoluta quanto à parte dispositiva e maioria simples quanto à motivação para se formar uma decisão, o que facilita a produção de uma “majority opinion”, até de permitir a produção de votos concorrentes (“aclaraciones”) e divergentes (“salvamento”)⁴²⁹.

⁴²⁵ MESA, Vladimiro Naranjo. **La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana**. In: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016.p. 621. Tradução livre.

⁴²⁶ MESA, Vladimiro Naranjo. **La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana**. In: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016.p. 620/621.

⁴²⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de justicia. 2010. p. 174/175.

⁴²⁸ Cf. art. 34 2º do regramento da Corte.

⁴²⁹ Cf. art. 34, numero 8, inciso 2º, e art. 56, inciso 4º do Regimento Interno da Corte Constitucional da Colômbia.

Por outro lado, a Corte adere a uma interessante técnica de decisão em que há duas fases nítidas, uma de debate e outra de votação. Inicialmente, debate-se a proposta escrita pelo “magistrado sustanciador” e, depois, as demais propostas divergentes ou concorrentes, com a faculdade de que os demais magistrados exponham suas opiniões oralmente ou por escrito. Encerrado o debate, passa-se à votação, também na referida ordem das propostas de decisão, primeiro a do “sustanciador”, e depois as demais. Além disso, esta votação recai, primeiramente, sobre a parte dispositiva de cada proposta e depois sobre cada fundamento⁴³⁰, de forma que todos os magistrados que se posicionam em um mesmo sentido sobre o resultado, também se manifestem sobre os mesmos fundamentos.

Por fim, Vladimiro Mesa ressalta o papel pedagógico da Corte Constitucional da Colômbia em sua jurisprudência⁴³¹ e, conforme se pôde identificar, a legislação exige maioria em relação aos fundamentos, ainda que simples e não absoluta, como condição para a formação da decisão.

3.2 Tribunal Constitucional do Chile

3.2.1 Procedimento deliberativo

O Tribunal Constitucional do Chile acumula diversas competências previstas no art. 93 da Constituição Política do Chile de 1980⁴³², previstas, em boa parte, na lei orgânica constitucional do mencionado Tribunal, “ley 17.997”⁴³³. No entanto, aqui será abordado o procedimento atinente à apreciação de inconstitucionalidade de um preceito legal declarado inaplicável, em razão de sua amplitude em relação aos demais procedimentos, bem como em

⁴³⁰ art. 34 2º do regramento da Corte.

⁴³¹ MESA. Vladimiro Naranjo. **La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana**. In: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016.623.

⁴³² Conforme José Egaña, é a corte com maior número de competências. v. EGAÑA, José Luis Cea. **Derecho Constitucional Chileno Tomo III**. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Agosto 2013. Pos. 873/874: “En su lugar fue ya realizado que el Tribunal Constitucional de Chile es la magistratura que, en su especie, puede ser considerada la titular del más alto número de atribuciones. Revisado el derecho comparado se constata la exactitud de esa aseveración”.

⁴³³ Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981

razão da peculiaridade de seu resultado, decisão com efeitos *erga omnes, ex nunc* e vinculante⁴³⁴.

As ações que deflagram esta competência têm início com o requerimento formulado por escrito ao Tribunal, requerimento este que dá origem a processo que segue em autos físicos⁴³⁵. Em sequência, o pleno exerce juízo prévio de admissibilidade em sentido amplo, bipartido em análise de acolhimento, “acogida”,⁴³⁶ e de “admissibilidade”⁴³⁷.

Após, são notificadas as partes e o processo é incluído em um rol, “estado de pauta”⁴³⁸. Cabe ao presidente do Tribunal estabelecer a pauta de julgamento, devendo observar a ordem cronológica de ingresso dos processos na referida pauta, salvo pedido justificado de preferência, formulado pelo presidente, e a respectiva aprovação pelo pleno⁴³⁹⁴⁴⁰. Com a formação da pauta, o presidente do Tribunal designará relator responsável⁴⁴¹ e audiência (“vista de la causa”).

⁴³⁴ v. EGAÑA, José Luis Cea. **Derecho Constitucional Chileno Tomo III**. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Agosto 2013. p. 978/979; CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 1710. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/>. Acesso em 06/02/2016; e art. 37 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

⁴³⁵ Art. 34 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981.

⁴³⁶ Embora o termo lembre a palavra “acolhida” em português, o qual por sua vez deriva de acolhimento, não se confunde com o sentido que o termo “acolhimento” assume no sistema jurídico brasileiro. Neste, acolhimento corresponde a um juízo positivo tanto de admissibilidade, quanto de mérito recursal. No ordenamento jurídico chileno, esse acolhimento corresponde a uma primeira etapa de juízo de admissibilidade aplicável em procedimentos taxativamente determinados na Lei Orgânica Constitucional do Tribunal. Esta fase, assim, nem sempre é obrigatória, depende do procedimento submetido à apreciação do Tribunal, cf. EGAÑA, José Luis Cea. **Derecho Constitucional Chileno Tomo III**. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Agosto 2013. p. 866

⁴³⁷ Uma vez acolhida a tramitação do requerimento, pode o Tribunal determinar, de ofício ou mediante pedido, medida cautelar, como a suspensão do procedimento, mesmo que não tenha havido ainda juízo de admissibilidade, v. Art. 30 bis da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981. Isso, sem prejuízo de normas especiais previstas na lei que autorizam o Tribunal a decretar medidas cautelares em geral.

⁴³⁸ Isso quer dizer que o processo torna-se passível de entrar em pauta, segundo a ordem cronológica de chegada, o que será registrado no registro geral de ingressos na secretaria do Tribunal, cf. Artigo primeiro do auto acordado sobre ingressos, formação de tabelas e vista de causas de 3 de dezembro de 2009 do Tribunal Constitucional do Chile. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/normas/normas-reguladoras>. Acesso em 06/02/2016.

⁴³⁹ Art. 29 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981 c/c Art. Terceiro do auto acordado sobre ingressos, formação de tabelas e vista de causas de 3 de dezembro de 2009 do Tribunal Constitucional do Chile.

⁴⁴⁰ O Presidente do Tribunal sempre poderá solicitar ao pleno ou à sala que conheça de causas de natureza urgente, mesmo que não figurem em estado de pauta, o que somente será efetivado mediante acordo unânime, cf. art. terceiro do auto acordado sobre ingressos, formação de tabelas e vista de causas de 3 de dezembro de 2009 do Tribunal Constitucional do Chile.

Em audiência, cabe ao relator elaborar a “relación”, *i. e.*, exposição razoada e metódica feita ao Tribunal, para que os juízes constitucionais tenham conhecimento da causa⁴⁴², de forma oral e pública⁴⁴³. Os ministros podem, durante a relação ou ao seu término, fazer perguntas ou observações ao relator. Após, o presidente consulta aos advogados presentes se há necessidade de alguma ampliação ou retificação, que em caso de silêncio, entender-se-á pela sua conformidade com a relação. Após, passa-se à oitiva das alegações orais dos advogados que houverem requerido a sustentação, na forma do disposto no auto acordado nº 3 de dezembro de 2009. Os advogados dos requerentes manifestam-se primeiro e após os das partes interessadas. Na ocasião, não poderão apresentar ou ler defesas escritas, salvo mediante autorização prévia e escrita do presidente do Tribunal⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Esse relator, não é em verdade um juiz da Corte, mas sim um advogado servidor que compõe a estrutura do referido órgão constitucional, que, contudo, não exerce atividade jurisdicional. A Suprema Corte possui 2 advogados relatores, número que poderá ser ampliado até 4, conforme arts. 74 e 75 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981. Além disso, o relator pode substituir o secretário do Tribunal, que, por sua vez, tem como função autorizar todas as providências e demais autuações do Tribunal, além de desempenhar outras funções de mesmo caráter que lhe caibam ou as que lhe sejam encomendadas, cf. Art. 9º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981.

⁴⁴² Por meio da relação, o relator dá conta à Corte também de todo vício ou omissão substancial que notar nos processos, de abusos e de todas as faltas aos quais a lei imponha multas, cf. art. 373 do código orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943. São funções do relator no ordenamento jurídico do Chile: Dar conta diária das solicitações apresentadas na qualidade de urgente, das que não puderem ser despachadas pela só indicação de súmula e dos negócios que a Corte [vier a] atribuir a eles; 2. Pôr em conhecimento das partes ou de seus advogados o nome das pessoas que compõem o Tribunal, no caso do artigo 166 do Código de Processo Civil; 3. Revisar os expedientes que lhes são entregues e certificar que eles estão em um estado de relação; 4. Se necessário, trazer documentos à vista do Tribunal, cadernos separados e expedientes não acompanhados ou executar trâmites processuais prévios à audiência, informar ao presidente do Tribunal, que dará as ordens correspondentes; 5. Fazer relação dos processos; 6. Anotar o dia da audiência de cada caso, os nomes dos juízes que participaram na mesma, se não for despachada imediatamente 7. Cotejar com os processos os informes em direito, e registrar sob firma a conformidade ou desconformidade que notar entre o mérito e os fatos expostos. 8. Antes da relação deve dar conta ao Tribunal de todos os vícios ou omissões substanciais que notar nos processos; abusos que possam dar crédito para o Tribunal a exercer os poderes previstos nos artigos 539 e 540 do Código Orgânico de Tribunais e todas as falhas ou abusos que as leis punem com multas. 9. Anunciar na pauta de julgamentos antes de começar a relação dos demais, as causas que ordene tramitar, as suspensas e as que por qualquer motivo não devem ser vistas. Também, nesta oportunidade, deve indicar aquelas causas que não serão vistas durante a audiência, por falta de tempo. A audiência deverá ser prorrogada, se necessário, até ver a última causa que reste na pauta. 10. A relação deve ser feita de forma que o Tribunal reste inteiramente instruído sobre o assunto submetido a conhecimento, dando fielmente razão para todos os documentos e circunstâncias que possam contribuir para aquele objetivo. 11. Tem expressa proibição legal de revelar as sentenças e decisões do Tribunal antes de estarem firmadas e publicadas, cf. INFOUS. **Dicionário Jurídico Chileno**. Disponível em <http://www.juicios.cl>. Acesso em 15/02/2016 (tradução livre). v. também, CHILE. Poder Judicial. **Glossário de términos legales**. Disponível em http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/GLOSARIO_web.pdf. Acesso em 15/02/2016.

⁴⁴³ Art. 17º do Autor Acordado nº 3 de dezembro de 2009.

⁴⁴⁴ Art. 18 do Autor Acordado nº 3 de dezembro de 2009.

Durante e após a sustentação oral dos advogados, os ministros podem, mediante autorização do presidente da corte, formular perguntas aos advogados ou solicitar que estes façam maiores considerações sobre algum ponto de fato ou de direito^{445 446}. Esta prática de perguntas tem sido considerada pela doutrina como positiva em razão de favorecer maior conhecimento sobre a causa pelos ministros e, ainda, estimular os advogados a prepararem-se melhor para a exposição clara de seus argumentos^{447 448}. Após as manifestações orais, os advogados poderão entregar ao Tribunal minuta de suas alegações.

Uma vez encerrado o debate em audiência, restará terminada a tramitação da causa, o público, então, é convidado a se retirar⁴⁴⁹, e o processo se encontrará pronto para prolação de sentença⁴⁵⁰. Os ministros debatem em particular⁴⁵¹, podendo, no entanto, os mesmos chamar os relatores ou outros empregados quando julgarem necessário⁴⁵². Quando algum ou alguns ministros requererem mais tempo para estudar o caso, o debate será suspenso e será concedido o prazo de 15 (quinze) dias, no caso de pedido por um ministro, ou 30 (trinta) dias, caso haja requerimento por mais de um ministro, após o que, o processo deverá retornar para deliberação⁴⁵³.

⁴⁴⁵ Cf. art. 32 B c/c 25 C 8º da Lei Constitucional Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981.

⁴⁴⁶ Art. 19 do Autor Acordado nº 3 de dezembro de 2009

⁴⁴⁷ EGAÑA, José Luis Cea. **Praxis del control de constitucionalidad en Chile**. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, el jueves 27 de septiembre de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 18.

⁴⁴⁸ Essas perguntas são formuladas também de forma direta e podem gerar divergências com relação à relação produzida pelo relator. YANAGUI, Viviane. **Fórum cortes supremas do mercosul**. Programa Joaquim Nabuco. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 22

⁴⁴⁹ YANAGUI, Viviane. **Fórum cortes supremas do mercosul**. Programa Joaquim Nabuco. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p.22.

⁴⁵⁰ v. art. 223 e ss do Código de Processo Civil c/c art. 70 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943 c/c 17 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981.

⁴⁵¹ v. Art. 81 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943 e v. SCHÖNSTEINER, Judith. **El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno**: El mínimo común denominador. Revista de derecho. *VOLUMEN XXIX - Nº 1. 2016*. p. 218.

⁴⁵² Art. 81 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943. Os juízes deverão, em regra, debater e chegar a uma conclusão em 30 dias (arts. 35, 37 E, 47 I, 47, U, 48, 50 e 70 da Lei Orgânica Constitucional do Tribunal Constitucional), prazo que poderá ser prorrogado por até 15 dias, em casos especiais, mediante resolução justificada do órgão julgador (arts. 35, 37 E, 47 I, 47 U e 50 da Lei Orgânica Constitucional do Tribunal Constitucional).

⁴⁵³ Art. 82 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943.

Após o suficiente debate da questão ou das questões levantadas na causa, uma decisão deverá ser tomada. Conforme art. 17 da lei orgânica constitucional do Tribunal Constitucional, os acordos são regidos pelas normas do parágrafo 2º do título V do código orgânico dos tribunais, no que não for contrário àquela lei. O referido parágrafo, por sua vez, abrange os arts. 72 a 89 do código orgânico dos tribunais e traz disciplinas específicas quanto ao procedimento de debate e votação.

Segundo o artigo 83 do código orgânico dos tribunais, devem os julgadores, primeiramente, estabelecer os fatos sobre os quais se deve decidir e lidar com estes, sem adentrar a apreciação ou fazer observações que não tenham o único propósito de esclarecer esses fatos; se no debate for suscitada questão sobre a veracidade ou falsidade de um ou mais fatos controvertidos pela parte, cada uma das questões suscitadas será resolvida em separado. A questão que já tiver sido resolvida servirá de base, enquanto a relação ou o encadeamento dos fatos o exigirem, para a decisão das demais questões que surgirem no debate. Estabelecidos os fatos, procede-se à aplicação das leis pertinentes ao caso, se o Tribunal estiver de acordo com esse ponto. Se no debate forem suscitadas questões de direito, cada uma delas será resolvida em separado, e as questões resolvidas servirão igualmente de base para a resolução das demais.

Resolvidas todas as questões de fato e de direito suscitadas, as resoluções parciais serão tomadas como base para a resolução final do assunto⁴⁵⁴. Os votos serão, então, proferidos na ordem crescente de antiguidade⁴⁵⁵. Em regra, exige-se simples maioria para o Tribunal formar sua decisão, salvo nos casos em que expressamente for exigido *quorum* qualificado. Este é o caso da declaração de inconstitucionalidade de preceito reconhecido como inaplicável (quórum de 4/5 dos membros)⁴⁵⁶. Essa maioria legal deve ser formada em relação à parte dispositiva e pelo menos um fundamento em apoio a cada determinação compreendida na decisão, conforme art. 85 do código orgânico dos Tribunais (compreendido pelo parágrafo 2º do título V, como mencionado).

Uma vez obtido o acordo entre os ministros⁴⁵⁷, a decisão é atribuída ao Tribunal em si e será redigida por um ministro redator⁴⁵⁸, indicado pelo presidente do Tribunal⁴⁵⁹. Embora a

⁴⁵⁴ Art. 83 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943 (Tradução livre).

⁴⁵⁵ art. 17 da Lei Orgânica do Tribunal.

⁴⁵⁶ v. art. 93, 7º, da Constituição Política do Chile.

⁴⁵⁷ Este acordo dependendo da complexidade pode ser realizado mediante várias sessões EGAÑA, José Luis Cea. **Praxis del control de constitucionalidad en Chile**. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal

decisão seja atribuída ao Tribunal como um todo, o que parece adequar-se ao modelo de decisão *per curiam*, há a possibilidade de identificação de um redator na decisão, como regra. Porém, esta redação deve ser submetida à concordância dos ministros que compõem a maioria⁴⁶⁰ e, ainda, é possível que a redação da maioria seja imputada a mais de um ministro⁴⁶¹. Na sequência, a decisão (também denominada de auto ou sentença), será assinada pelos que participaram do julgamento, devendo-se fazer constar os votos que concorreram para a opinião majoritária, bem como para os votos dissidentes^{462 463}. Por fim, a resolução do Tribunal será publicada em sua página na web, sem prejuízo da publicação em diário oficial⁴⁶⁴.

3.2.2 Práticas deliberativas na formação da decisão

Durante a “vista da causa”, no procedimento *supra*, ocorre a sustentação oral das partes e intervenientes. Nesta os ministros podem fazer arguições não só ao relator, que é um servidor da Corte, assim como aos advogados das partes e intervenientes, com o fim de

de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, el jueves 27 de septiembre de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 18

⁴⁵⁸ Pode haver mais de um, EGAÑA, José Luis Cea. **Praxis del control de constitucionalidad en Chile**. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, el jueves 27 de septiembre de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. p. 18.

⁴⁵⁹ art. 8º, c, da Lei Orgânica Constitucional do Tribunal.

⁴⁶⁰ Art. 85 do código orgânico dos tribunais.

⁴⁶¹ v. por exemplo, CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 740. 18/04/2008. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=957>. Acesso em 03/12/15. Julgamento pela inconstitucionalidade da destruição na rede pública de saúde da pílula do dia seguinte, “píldora del día después”.

⁴⁶² Art. 31 Lei Constitucional Orgânica do Tribunal Constitucional do Chile, Ley 17997, publicada em 12-MAY-1981.

⁴⁶³ Cabe ressaltar que o disposto no art. 86 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943 traz disciplina procedimental interessante para a obtenção da maioria: “As opiniões que obtiverem menor número de votos serão excluídas e os ministros que as adotaram serão chamados para apreciar as demais opiniões e havendo duas opiniões minoritárias com igual quantidade de votos, continuará em debate aquela que contou com o voto do Presidente do Tribunal. Se este não se manifestou em nenhuma das duas, decidirá qual será excluída”. Porém, tal procedimento não se aplica em razão da natureza especial do art. 31 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional chileno e da própria ressalva constante do art. 17 desta lei, ou seja, aplica-se o parágrafo 2º do Título V do código orgânico dos tribunais no que não conflitar com a lei orgânica constitucional do Tribunal.

⁴⁶⁴ Como as decisões não são proferidas no dia do julgamento, há casos de vazamento à imprensa da decisão. YANAGUI, Viviane. **Fórum cortes supremas do mercosul**. Programa Joaquim Nabuco. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 22.

elucidar questões. Não foram observados comentários sobre a utilização desta prática para o fim de deliberação indireta entre os ministros, o que ocorre na Suprema Corte do Reino Unido e dos EUA, como se verá. Porém, a prática tem sido considerada proveitosa para o conhecimento da causa pelos ministros, assim como tem estimulado os advogados a prepararem-se e a argumentar claramente. *In verbis*:

Adicionalmente, la interacción de los Ministros con los abogados alegantes ha suscitado comentarios aprobatorios, porque denota la interiorización de los Magistrados y alerta a los letrados a prepararse y argumentar claramente⁴⁶⁵.

A adesão a esta prática, de formulação de perguntas, pelos ministros julgadores, pode ser demonstrada pelo estudo de casos concretos, como, por exemplo, o ocorrido em sessão plenária de 9 de junho de 2011, em que foi apreciado pelo pleno do Tribunal o julgamento de requerimento de inaplicabilidade formulado por concessionária de energia elétrica contra multa prevista em lei local por descumprimento de requisitos exigidos para a realização de obras em área de bosque. Neste caso, após a manifestação do relator em 30 minutos e da manifestação os advogados de cada parte também por 30 minutos, 4 dos 10 ministros formularam perguntas técnicas e complementares aos advogados. Perguntas que foram prontamente respondidas⁴⁶⁶.

As decisões são proferidas em sessão fechada. Há, após a “vista de la causa”, o esvaziamento do Tribunal para a realização de deliberação entre os ministros, os quais podem convocar o relator e servidores para esclarecer fatos. O prazo para debate é de até trinta dias, pelo que a deliberação pode ser extensa e realizar-se por meio de mais de uma reunião. Por outro lado, os ministros seguem um procedimento de votação, em ordem crescente de antiguidade⁴⁶⁷, após a deliberação, voltadas à formação de uma decisão por maioria.

Após, são decididas questões de fato e de direito, conforme art. 83 do código orgânico dos tribunais. Decididas estas, as decisões são formadas se houver atingimento de maioria, legalmente prevista, quanto ao dispositivo e pelo menos um fundamento que o sustente, por expressa determinação do art. 85 deste referido código. No plano fático essa sequência pode

⁴⁶⁵ EGAÑA, José Luis Cea. **Praxis del control de constitucionalidad en Chile**. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, el jueves 27 de septiembre de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 18

⁴⁶⁶ PEDREIRA, Deise Soares. **Fórum cortes supremas do mercosul**. Programa Joaquim Nabuco. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 10.

⁴⁶⁷ art. 17 da Lei Orgânica do Tribunal.

variar, pois aqueles que estão pouco certos sobre suas posições, podem optar primeiro por conhecer a opinião dos demais pares antes de decidir sobre a parte dispositiva. Nesse sentido:

No existe un orden particular entre estos dos niveles. Por ejemplo, un juez con una marcada preferencia individual debiera decidir primero acerca de la constitucionalidad del decreto, revisando después si su posición está en la mayoría o en la minoría. Por el contrario, un juez con una preferencia más débil seguramente intentará saber primero la opinión de sus colegas para después decidir aquella posición que mejor sintonice con sus creencias⁴⁶⁸.

Ressalta-se, por fim, que as decisões do Tribunal Constitucional do Chile são voltadas para a formação de *ratio decidendi* lastreada em uma maioria qualificada, absoluta ou quatro quintos (no caso de inconstitucionalidade de norma declarada inaplicável), pois os ministros devem formar maioria em relação ao dispositivo e também em relação a pelo menos um fundamento que o sustente. Conforme Humberto Alcalá:

A diferencia del caso chileno, la regla general en el derecho constitucional comparado europeo y latinoamericano es que el efecto de la sentencia constitucional mas allá de lo determinado en la parte resolutive del fallo para el conflicto específico, se comprende si se asume que la función de un Tribunal Constitucional es determinar la norma que emana del enunciado constitucional para hipótesis específicas y su utilización uniforme por los diferentes órganos constitucionales, vinculando así la conducta futura de órganos y personas, evitando que comportamientos declarados inconstitucionales vuelvan a repetirse o que se interpreten normas de una manera diferente a la declarada por el Tribunal Constitucional, otorgando una cierta seguridad jurídica de los caminos por los cuales los órganos y personas pueden transitar en el marco de la Carta Fundamental. Una sentencia de un Tribunal Constitucional tiene un alcance más pleno cuando de ella se deriva, además de su carácter declarativo que permite eliminar el vicio constitucional en el caso específico, *la fuerza vinculante* que establece el deber de los demás órganos estatales de seguir, de buena fe, en casos idénticos o de la misma clase los principios determinados por el Tribunal Constitucional. Tales principios se encuentran en la parte considerativa o motiva del fallo constitucional, constituyendo la “ratio decidendi” del mismo, pasando a tener una fuerza jurídica similar a la norma jurídica interpretada⁴⁶⁹.

Em muitos casos, é possível identificar o redator do acórdão, já em outros tantos, há divulgação do nome de mais de um ministro como redatores do voto vencedor. Cite-se o seguinte exemplo representativo:

Redactaron la sentencia los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y señora Marisol Peña Torres. La prevención, los votos concurrentes y las disidencias las redactaron sus

⁴⁶⁸ LORENZO, Diego; G. Pardow e RAMIREZ, Sergio Verdugo. **El Tribunal Constitucional Chileno y la reforma de 2005**. Um enroque entre jueces de carrera y académicos. Revista de Derecho v. XXVIII nº71 – Junio 2015. p. 132.

⁴⁶⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **la sentencia del tribunal constitucional en chile: análisis y reflexiones jurídicas**. Estudios Constitucionales, Año 5, Nº1. 2010. p. 94. Disponível em <http://www.scielo.cl/>. Acesso em 10/02/2016.

autores. La que suscriben conjuntamente los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, el primero de ellos⁴⁷⁰.

3.3 Suprema Corte dos Estados Unidos da América

3.3.1 Procedimento deliberativo

A Suprema Corte dos Estados Unidos tem competência ordinária e recursal, para apreciar casos ou controvérsias⁴⁷¹. Estas competências decorrem da previsão normativa constante do artigo III, seção 2, 2º parágrafo, da Constituição dos EUA. Aquela competência, a ordinária, diz respeito aos julgamentos que envolvem embaixadores, ministros cónsules e estado-membro. A competência recursal, por sua vez, pressupõe julgamento por órgão jurisdicional inferior e pode decorrer de questão de direito ou de fato⁴⁷². Dentre as formas específicas de acesso à Corte, a grande maioria dos casos corresponde ao “writ of certiorary”⁴⁷³. Este pode ser manejado por qualquer litigante vencido em decisão de corte federal de apelação ou da corte mais alta na estrutura jurisdicional estadual⁴⁷⁴, semelhante ao recurso extraordinário no sistema jurídico brasileiro. A apreciação do *writ*, contudo, e diversamente do caso brasileiro, subordina-se à discricionariedade da Corte⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 740. 18/04/2008. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=957>. Acesso em 03/12/15.

⁴⁷¹ Casos e controvérsias indicam que a competência da Corte recai sobre casos reais, em que há partes adversárias e prejudicados diretos, cf. Art. III section 2, parágrafo 2º da Constituição dos EUA. Disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 19/12/2016: “The use of “cases” and “controversies” emphasizes the nature of the judicial power. These words encompass the concepts of adversity between parties, and require that litigants must have suffered injury sufficient to invoke the power of a federal court”. Nem todos os casos apreciados pela Suprema Corte são diretamente constitucionais. Conforme relata Richard Posner, o percentual de casos primariamente constitucional no ano de 2004 não excedia a 50 %. v. POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 271

⁴⁷² v. art. III, seção 2, 2º parágrafo da Constituição dos EUA. Disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 19/12/2016. Sobre as formas detalhadas de acesso à Suprema Corte, *writ of certiorari*, competência originária, apelo, certificação e *extraordinary writ*, v. FREIRE, Alonso. **Suprema Corte Dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

⁴⁷³ Sobre as demais competências da corte v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; e FREIRE, Alonso. **Suprema Corte Dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

⁴⁷⁴ Excepcionalmente pode ser apreciada antes do curso do processo em cortes inferiores, cf. art. 11 da Rules of the Supreme Court of the United States de 2013.

⁴⁷⁵ v. FREIRE, Alonso. **Suprema Corte Dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo. v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 178, v. art. 10 da Rules of the Supreme Court of the United States de 2013.

Após o *writ* chegar à Corte, os assessores dos juízes fazem um resumo das questões de fato e de direito e opinam sobre a aceitação ou a rejeição, *i. e.*, sobre a admissibilidade da petição. O presidente da Corte é o primeiro a encaminhar lista de petições a serem submetidas a discussão sobre admissibilidade em conferência fechada entre os *justices*. Após o encaminhamento da lista do presidente, os demais *justices* também podem pedir a inclusão de petições, a eles distribuídas, na referida lista, para a discussão sobre a respectiva admissibilidade. Em sala de conferência não aberta ao público e exclusiva aos juízes, que ocorre a cada semana durante o ano judiciário⁴⁷⁶, os juízes decidem sobre a aceitação ou não dos “writs of certiorari”. Neste momento, a maioria das petições é rejeitada sem discussão e sem registro de voto⁴⁷⁷. No entanto, em relação aos *writs* admitidos, a Corte passa a decidir sobre a forma de julgamento, em exame pleno (“full consideration”) ou em exame sumário (“summary consideration”). Neste, o julgamento é feito com base nas provas já constantes dos autos. Naquele caso, as partes e *amici curiae* podem apresentar novo arrazoado e fazer sustentação oral em audiência. Esta, no entanto, é aberta ao público, não é televisionada, mas conta com divulgação do áudio na sexta-feira da semana de audiências⁴⁷⁸. Na referida audiência, as partes e os amigos da corte podem ser questionados pelos juízes⁴⁷⁹.

Disponível em: <https://www.supremecourt.gov>. Acesso em 19/12/2016: “Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (...)”

⁴⁷⁶ v. REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2001. pos. 3815. Nesta obra, o ex *justice* Rehnquist ressalta sua experiência e considerações sobre a Suprema Corte dos EUA, a qual serviu por 33 anos, como *associated justice* de 1972 a 1986 e como *chief justice* de 1986 a 2005.

⁴⁷⁷ A aceitação depende da manifestação neste sentido por no mínimo 4 dos 9 juízes (*rule of four*) e a maioria é rejeitada sem debate, inclusive sem justificção documentadas. v. REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2001. Pos 3815 e 3992: “If at a particular conference there are one hundred petitions for certiorari on the conference list, the number discussed at conference will range from fifteen to thirty. The petitions for certiorari that are not discussed at conference are denied without any recorded vote”. No mesmo sentido, Linda Greenhouse salienta que as petições são presumivelmente negadas, salvo se um juiz resolve tomar mais providencias, cf. GREENHOUSE, Linda. **The U.S Supreme Court: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 56. John Roberts, atual *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, em entrevista de 2009 à C-SPAN, empresa sem fins lucrativos fundada por companhias de tv a cabo, satélite e de telecomunicações, salientou que de 9.000 petições, a corte ouve em torno de 100 delas. Ex-membro da Corte norte-americana, Justice Antonin salintou que acredita que a Suprema Corte tem condições de trabalhar bem com até 100 casos por temporada, o que se mostra muito aquém do trabalho realizado pelo STF, conforme números já citados. Cf. LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The supreme Court: Featuring the justices in their own words**. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 344 e 660. v. também MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 179.

⁴⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Argument Audio**. Disponível em https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio.aspx. Acesso em 20/12/2016: “The audio recordings of all oral arguments heard by the Supreme Court of the United States are available to the public at the end of each argument week. The audio recordings are posted on Fridays after Conference. The

Após a audiência, os *justices*, e apenas eles⁴⁸⁰, se reúnem em nova conferência fechada para discutir e votar os casos. Primeiro manifesta-se o presidente da Corte e depois os demais juízes, seguindo a ordem decrescente de antiguidade, do mais antigo para o menos antigo na Corte⁴⁸¹. Nesta conferência, os juízes explanam suas razões e suas convicções em série, quanto ao julgamento do caso, em ordem sequencial, geralmente sem interrupção dos demais e, após a exposição do juiz mais novo, os membros já fazem ideia de qual a opinião majoritária⁴⁸². É possível que os juízes façam anotações da discussão em conferência e anotem os votos dos demais⁴⁸³. Caso, o presidente da Corte integre a opinião majoritária, redigirá a decisão ou determinará o membro que o fará, porém, se o presidente for vencido, caberá ao *justice* mais sênior redigir ou escolher o redator para a decisão⁴⁸⁴.

public may either download the audio files or listen to the recordings on the Court's Web site. The audio recordings are listed by case name, docket number, and the date of oral argument. The Court began audio recording oral arguments in 1955. The recordings are maintained at The National Archives and Records Administration. Prior to the 2010 Term, the recordings from one Term of Court were not available until the beginning of the next Term. The Archives will continue to serve as the official repository for the Court's audio recordings".

⁴⁷⁹ cf. REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4048/4092. Rehnquist relata que alguns *justices* preparam-se para a audiência de argumentos orais por meio de resumos produzidos pelos assessores enquanto ele lê algumas peças que entendem importante, ao mesmo tempo que solicita para um assessor seu fazer o mesmo, para com este debater antes da realização da audiência. V. também MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 180. FREIRE, Alonzo. **Suprema Corte Dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo. v. também SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016. p. 92.

⁴⁸⁰ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4272.

⁴⁸¹ Também nestas, os juízes podem declarar suas preferencias ou não e atuar estrategicamente, cf. EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17. O multicitado no presente trabalho destes pesquisadores corresponde a estudo empírico concernente a casos com audiência do período de 1983 e que constam dos registros do ex-juiz da Suprema Corte dos EUA, William Brennan; e casos importantes do período da corte Burger de 1969 a 1985, cf. EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 27. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 181.

⁴⁸² REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. p. 4315.

⁴⁸³ Essas anotações são utilizadas por Epstein e Knight para avaliar as mudanças de inclinações que sucedem esta fase. Uma fonte também importante é a anotação dos votos na folha de registro de circulação realizada pelo *Justice* Brennan. Inclusive com imagem destes documentos, v. EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17 e apêndices "B" e "C". E v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 181.

⁴⁸⁴ Cf. EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>.

Elaborada uma primeira redação do projeto de decisão, pelo redator (“opinion writer”), este circula a minuta para os demais membros, os quais podem informar ao redator se concordam com a opinião, se vão aguardar novos escritos, se pretendem dissentir ou solicitar ao redator que faça alterações na minuta⁴⁸⁵. Durante a circulação pode haver mudança de posicionamento, inclusive do próprio redator originário⁴⁸⁶. Ao final desta fase, os membros podem concordar com o desfecho e a fundamentação; concordar com o teor do voto, mas apresentar voto próprio (“regular concurrence”); concordar com o desfecho, mas apresentar fundamentação diversa (“special concurrence”); discordar do desfecho e fundamentação, e apresentar voto divergente; ou aderir à “regular concurrence”, à “special concurrence” ou ao voto divergente, de outros⁴⁸⁷.

Após o debate e inação do *chief justice*, os justices informam na ordem crescente de antiguidade quais decisões já se encontram prontas para divulgação, *i. e.*, em quais foram alcançada a maioria, redigida a decisão pelo “opinion writer” e recebidas as demais opiniões. Não havendo oposição quanto à divulgação, está será efetivada em sessão da corte. A decisão será anunciada na semana seguinte, antes do início de sessão pública para argumentos orais. Nesta ocasião, o redator descreve o caso, faz um sumário da fundamentação da Corte, anuncia o resultado com os votos separados e dissidentes⁴⁸⁸. Além disso, após o anúncio da decisão pela Corte, a mesma é publicada em seu sítio eletrônico na internet. Cabe, por fim, ao assessor

Acesso em 30/12/2016. p. 21/22. v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 182/183.

⁴⁸⁵ v. EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22: . BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. p. 27. v. também FREIRE, Alonso. **Suprema Corte Dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO: Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

⁴⁸⁶ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 25.

⁴⁸⁷ Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 183; e EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 24.

⁴⁸⁸ Cf. REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4537; Pode ainda o juiz que redigiu a decisão dissidente expô-la, cf. GREENHOUSE, Linda. **The U.S Supreme Court: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2012.p. 57.

do redator, preparar as opiniões na forma necessária para publicação, e ao editor de decisões da Corte, encaminhar para publicação na *United States Reports* (USR)⁴⁸⁹.

3.3.2 Práticas deliberativas na formação da decisão

No bojo da “full consideration”, realiza-se a audiência para sustentação oral das partes e dos intervenientes, assim como, os juízes podem formular perguntas diretamente aos advogados das partes⁴⁹⁰. Segundo Rehnquist, a fase dos argumentos orais é a única parte pública do processo de formação de decisão da Corte⁴⁹¹ em que todos os juízes julgadores estão presentes, pelo que a pergunta de um juiz aos advogados pode ser proveitosa para os seus pares, podendo servir para esclarecer eventual equívoco de determinado magistrado quanto aos fatos ou mesmo esclarecer interpretações diferentes sobre um mesmo precedente⁴⁹². Mesmo com a preparação prévia para a audiência dos magistrados, podem estes guardar dúvidas sobre a questão jurídica e os fatos, que podem ser supridas por meio das perguntas. *In verbis*:

The judges' questions, although nominally directed to the attorney arguing the case, may in fact be for the benefit of their colleagues. A good advocate will recognize this fact and make use of it during his presentation. Questions may reveal that a particular judge has a misunderstanding about an important fact in the case, or perhaps reads a given precedent differently from the way in which the attorney thinks it should be read. If the judge simply sat silent during the oral argument, there would be no opportunity for the lawyer to correct the factual misimpression or to state his reasons for interpreting the particular case the way he does. Each attorney arguing a case ought to be much, much more familiar with the facts and the law governing it than the judges who are to decide it. Each of the nine members of our Court must prepare for argument in at least two cases a day, on three successive days of each week. One can do his level best to digest from the briefs and other reading what he believes necessary to decide the case, and still find himself falling

⁴⁸⁹ v. art. 41 da Rules of the Supreme Court of the United States: “Thereafter, the Clerk will cause the opinions to be issued in slip form, and the Reporter of Decisions will prepare them for publication in the preliminary prints and bound volumes of the United States Reports”.

⁴⁹⁰ O que segundo Linda Greenhouse é frequente nas audiências, cf. GREENHOUSE, Linda. **The U.S Supreme Court: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 51.

⁴⁹¹ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4092.

⁴⁹² Segundo o *Chief Justice* John Roberts e o *associated justice* Anthony Kennedy, não há prévio debate entre os julgadores antes da fase de argumentos orais, o que decorreria de uma norma não escrita entre os justices. Roberts afirmou que “[E]ssa é a primeira vez que conhecemos o que os nossos colegas pensam sobre o caso. Nós não nos sentamos juntos antes da [fase de] argumentação e dizemos, ‘o que você pensa’ ou ‘é assim que eu vejo o caso’. Kennedy, por outro lado, afirmou: “antes de o caso ser ouvido, nós temos uma regra não escrita: nós não falamos sobre isso entre nós”. LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The Supreme Court: Featuring the Justices in Their Own Words**. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 400 e 964. Traduções livres.

short in one aspect or another of either the law or the facts. Oral argument can cure these shortcomings⁴⁹³.

Ainda, segundo o *ex chief justice* Rehnquist, as perguntas formuladas pelos julgadores aos advogados podem trazer a atenção dos pares de volta ao caso, se porventura esta for desviada durante a audiência:

An oral advocate should welcome questions from the bench, because a question shows that at least one judge is inviting him to say what he thinks about a particular aspect of the case. A question also has the valuable psychological effect of bringing a second voice into the performance, so that the minds of judges, which may have momentarily strayed from the lawyer's presentation, are brought back simply by this different sound⁴⁹⁴.

Isso permite uma troca capaz de municiar os juízes com informações e argumentos, bem como favorece um conhecimento mais homogêneo sobre a causa, em especial, sobre as questões de fato e de direito da causa sob exame. Mas não é só isso. Nesta fase, há deliberação entre os próprios julgadores, que por meio das perguntas aos advogados descobrem os posicionamentos de seus pares e dialogam entre si. Nesse sentido, já se manifestou o atual *Chief Justice* John Roberts:

Q: Oral argument, the part that people most associate with the Court, how does it work?

ROBERTS: [...]

It's a part of the process I thoroughly enjoy, because it does give you a lot of interaction with the bar, and through the lawyers, interaction with each other. It's the first time we learn what our colleagues think about a case. We don't sit down before argument and say, "This is what we think" or "This is how I view the case." We come to it cold as far as knowing what everybody thinks. So through the questioning we're learning for the first time what the other justices' views are of the case. And that can alter how you view it, right on the spot. If they're raising questions about an issue that you hadn't thought were important, you can start looking into that issue during the questioning a little bit. It's a very dynamic and very exciting part of the job.

[...]

Q: It sounds as if the justices are really communicating with one another through the questions.

ROBERTS: It can be that way sometimes, and this is where you get the justices acting as a devil's advocate. If I think that the lawyer has a good answer to a question that appears to be concerning one of my colleagues, I might ask an aggressive question that looks like I'm hostile. But I know he or she is going to come up with a good answer that might help respond to that other justice's concern.⁴⁹⁵

⁴⁹³ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4137.

⁴⁹⁴ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. p. 4181.

⁴⁹⁵ LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The Supreme Court: Featuring the Justices in Their Own Words**. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 423.

John Roberts, inclusive, ressalta expressamente que a etapa de argumentos orais é relevante para a formação da decisão dos *justices* e que estes podem rever seus entendimentos prévios, após o debate:

Q: Do you ever change your mind, listening?

ROBERTS: All the time. Partly because you don't make up your mind before you go into the courtroom. It's a continuous process of narrowing your decision window. [...] So you go into argument not with a totally blank slate, but you've moved a little bit back and forth, and you're more leaning one way than another, but you've got all these questions. How are they going to come out? You learned that others of your colleagues viewed this part of the case as more significant than you may have thought. So, you change your mind as "maybe"—and that happens sometimes too. You begin by saying, "I'm pretty sure I am going to do this," but you end up the other way. It's more a question of helping you get to the point of decision⁴⁹⁶.

Justice Antonin Scalia também já salientou a importância desta fase. E muito embora tenha afirmado que raramente muda de ideia nesta fase, salientou que não participa da fase de argumentação oral com sua opinião já formada. Transcreve-se:

Q: Let's talk about what goes on in that room in the process of oral argument. Can you talk about how you use oral argument, and why, in fact, when there's so much paper beforehand on all of the cases, oral argument is even needed?

SCALIA: Yes, a lot of people have the impression that it's just a dog and pony show. [...]

And the answer is that it is probably quite rare, although not unheard of, that oral argument will change my mind. But it is quite common that I go in with my mind not made up. A lot of these cases are very close, and you go in on the knife's edge. Persuasive counsel can make the difference. There are things you can do with oral argument that cannot be done in a brief. You can convey the relative importance of your various points⁴⁹⁷.

Por sua vez, a fase de julgamento é fechada ao público e é composta de duas fases bem nítidas. A primeira corresponde à conferência privada, na qual há exposição em série das opiniões, com possíveis debates orais, discussão sobre as questões a serem enfrentadas no acórdão, assim como, ao final, busca-se identificar a opinião da maioria. Epstein e Knight salientam que, neste momento, os juízes podem decidir sobre a forma de publicação da decisão, *per curiam* ou majoritária, antecipar completamente a opinião que irá resultar na corte; e, por vezes, podem decidir que o caso deve ser decidido sumariamente, mesmo após manifestações orais⁴⁹⁸. Nesta fase há possibilidade de engajamento deliberativo-

⁴⁹⁶ LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The Supreme Court**: Featuring the Justices in Their Own Words. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 462.

⁴⁹⁷ LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The Supreme Court**: Featuring the Justices in Their Own Words. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 776.

⁴⁹⁸ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 26.

argumentativo entre os juízes, embora também possa haver comportamento estratégico em que proferem-se manifestações não condizentes com a verdadeira intenção do julgador, para o fim de atingir o resultado que melhor se aproxime de seus posicionamentos ideais. Sobre o engajamento persuasivo nesta fase:

Conference discussion and votes provide several opportunities for strategic behavior; in particular, as Table 1 depicts, justices can misrepresent their preferences in their case statements and in their votes; and they can engage in strategic persuasion. Both have implications for the resulting *policy*, not to mention case *disposition*. But, to consider some of those consequences, it is necessary to backtrack a bit and address a more fundamental question: Why would justices act in sophisticated fashions or engage in persuasion?

Fortunately, the extant literature is replete with explanations. For starters, Murphy (1964) Schwartz (1990), and others suggest that justices act in sophisticated fashions to bring policy as close as possible to their ideal points⁴⁹⁹.

Contudo, há muitas críticas quanto ao efetivo teor deliberativo da fase de conferência. Rehnquist, por exemplo, já ressaltou o baixo caráter deliberativo desta fase e a fraca participação dos juízes mais novos, embora ressalte também algum a possibilidade deliberativa no ato, inclusive com mudanças (raras) de opinião:

When I first went on the Court, I was both surprised and disappointed at how little interplay there was between the various justices during the process of conferring on a case. Each would state his views, and a junior justice could express agreement or disagreement with views expressed by a justice senior to him earlier in the discussion, but the converse did not apply; a junior justice's views were seldom commented upon, because votes had been already cast up the line. Probably most junior justices before me must have felt as I did, that they had some very significant contributions to make, and were disappointed that they hardly ever seemed to influence anyone because people didn't change their votes in response to their, the junior justices', contrary views. I felt then it would be desirable to have more of a round-table discussion of the matter after each of us had expressed our ideas. Having now sat in conferences for nearly three decades, and having risen from ninth to first in seniority, I realize—with newfound clarity—that my idea as a junior justice, while fine in the abstract, probably would not have contributed much in practice, and at any rate was doomed by the seniority system to which the senior justices naturally adhere⁵⁰⁰;

[...] But my years on the Court have convinced me that the true purpose of the conference discussion of argued cases is not to persuade one's colleagues through impassioned advocacy to alter their views, but instead, by hearing each justice express his own views, to determine there from the view of the majority of the Court. This is not to say that minds are never changed in conference; they certainly are. But it is very much the exception and not the rule, and if one gives some thought to the matter, this should come as no surprise⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17.

⁵⁰⁰ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4337.

⁵⁰¹ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4400.

Segundo o referido autor, ainda, os juízes chegam à conferência com as suas opiniões já formadas e costumam reafirmar seus entendimentos, individualmente, embora relate também alguns casos em que foram formuladas críticas e realizados debates⁵⁰². Não obstante, Rehnquist prefira a exposição sem interrupção e discussão, reconhece que questionamentos podem lançar luzes sobre determinadas questões a serem decididas:

On rare occasions, questioning of a justice who is speaking by one who has already spoken may throw added light on a particular issue, but this practice carries with it the potential for disrupting the orderly participation of each member of the Court in the discussion. At the end of the discussion, I announce how I am recording the vote in the case, so that others may have the opportunity to disagree with my count if they believe I am mistaken⁵⁰³.

Compartilhava de opinião semelhante, Antonin Scalia, que asseverou que não é um momento propício para a persuasão e poucos mudam de opinião nesta fase, embora, ao mesmo tempo, reconheça essa possibilidade. Assim afirmou o *ex justice*:

Q: Can you talk about the next stage—conference—and how it works? SCALIA: I can't talk too much about it, but I can tell you we sit down together and there's nobody else in the room. I'm not giving away anything because Chief Justice Rehnquist wrote a book about the Court in which he acknowledged that conference is probably a misnomer. It is really not an occasion on which we try to persuade one another. Very few minds are changed at conference⁵⁰⁴.

No mesmo sentido da possibilidade de mudança de opinião também se manifestou John Roberts:

“And then you go to conference, and you talk about it with your colleagues, and that may cause you to move in an entirely different Direction”⁵⁰⁵.

Também relata Rehnquist que, em casos complexos, a conferência não é capaz de possibilitar a identificação da opinião majoritária sobre questões ou fundamentos, e demandará mais deliberação por escrito na fase seguinte, de circulação de minutas. Nesse sentido, a conferência seria capaz de identificar as opiniões em um sentido mais amplo, mas seria inadequada para fazer uma sintonia fina em relação às diversas posições. A exposição dos demais pares pode permitir a compreensão da opinião dos julgadores, mas não resolvem como será redigida a fundamentação, assim como questões subsidiárias e relevantes podem

⁵⁰²REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4315 e 4360.

⁵⁰³REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360.

⁵⁰⁴LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The Supreme Court: Featuring the Justices in Their Own Words**. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 769.

⁵⁰⁵LAMB, Brian, SWAIN, Susan H. e FARKAS, Mark C.(Ed). **The Supreme Court: Featuring the Justices in Their Own Words**. New York: PublicAffairs. 2010/2011. Pos. 462.

não ter sido discutidas na conferência, caso em que o redator e seu assessor podem ter que escrever uma solução ainda não discutida para suprir a lacuna, submetendo-se tal solução à apreciação dos demais julgadores, apenas no momento da circulação de minutas. Obtempera Rehnquist, também, que nas cortes em que há prévia circulação de opiniões antes da conferência, também haveria a necessidade de acomodá-las, após o debate face a face entre os julgadores. *In verbis*:

But if a majority answers the first question in the affirmative, then the Court's opinion will have to go on and discuss the other questions. Whether or not the first justice agrees with the majority on these other issues may not be clear from the conference discussion. The comment is frequently heard during the course of a discussion that "some things will have to be worked out in the writing," and this is very true in a number of cases. Oral discussion of a complex case will usually give the broad outlines of each justice's position, but it is simply not adequate to fine-tune the various positions in the way that the written opinion for the majority of the Court, and the dissenting opinions, eventually will. The broad outlines emerge from the conference discussion, but often not the refinements⁵⁰⁶;

The discussion in conference has been entirely oral and, as I have previously indicated, nine statements of position suffice to convey the broad outlines of the views of the justices; but these statements do not invariably settle exactly how the opinion will be reasoned through⁵⁰⁷.

Similarly, the conference discussion may have passed over a subsidiary point without even treating it; it is not until the attempt is made to draft a written opinion that the necessity of deciding the subsidiary question becomes apparent. Here again, we do the best we can, recognizing that the proof of the pudding will be the reaction of those who voted with the majority at conference when they see the draft Court opinion⁵⁰⁸.

So long as we rely entirely on oral discussion for the exposition of views at conference, I do not see how it could do more than it now does in refining the various views on particular issues. I understand that judges of other courts rely on written presentations circulated by each judge to his colleagues before the conference discussion; this practice may well flesh out more views on the details of a case, but the need to reconcile the differences in the views expressed still remains⁵⁰⁹.

Posner também salienta o baixo grau de deliberação nesta fase da adjudicação e ressalta que prevalece em relação a esta, a prática de votação, no âmbito da Suprema Corte dos EUA. Vale-se, para tanto, de acontecimento protagonizado pelo então *justice* Renquist, no outono de 2004, em que este optou por não participar de decisões da Corte, até se recuperar de uma doença, salvo se seu o voto fosse decisivo para o caso. *In verbis*:

⁵⁰⁶REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360.

⁵⁰⁷REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4448.

⁵⁰⁸REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4448.

⁵⁰⁹REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360.

the attitude of supreme court justices toward deliberation is illustrated by chief justice rehnquist's decision, when he fell seriously ill in the fall of 2004, to participate until he got better only in the decision of cases in which his would be the deciding vote. This bespeaks a voting model, not a deliberative model, of Supreme Court adjudication⁵¹⁰.

De acordo com Posner a participação no modelo deliberativo é importante não só quando os *justices* estão abertos à persuasão, mas também para a formação da melhor opinião unânime possível, enquanto que no modelo mais propenso para a votação, a participação torna-se desimportante, se o voto não for decisivo. Transcreve-se a concepção de Posner:

In a deliberative model, the participation of all members of the Court in every case is important not only because the Justices are assumed in that model to be open to persuasion but also because each may be able to contribute to making the opinion in even a unanimous decision the best that it can be. In a voting model, participation is unimportant if one's vote is not going to be decisive⁵¹¹.

Por outro lado, não é demais ressaltar que mesmo em casos de divergências e votos vencidos, a deliberação é, sim, importante. Também não se pode desconsiderar a importância da deliberação nos casos em que os julgadores ostentam ideologias políticas rígidas, pois mesmo que adiram a opiniões políticas abstratas e imutáveis, em questões mais específicas de um caso concreto, é possível haver concordâncias, conforme ressaltado por Ferejohn e Pasquino⁵¹².

Note-se que, não obstante as fortes críticas de Posner ao caráter deliberativo da Corte, na fase de julgamento como um todo, o mesmo reconhece a existência de algum grau de deliberação e de compromisso com uma coerência mínima na corte americana, em contraposição à realidade dos trabalhos do Poder Legislativo. *In verbis*:

Maybe when all the characteristics of the Court as an institution are considered—especially the fact that the Justices try to justify their decisions in reasoned opinions, which, even when they are advocacy products largely drafted by law clerks wet behind the ears, reflect a degree of deliberation and a commitment to minimal coherence that are not demanded of legislative bodies—the correct conclusion is that the Justices' legislative discretion is really rather narrowly channeled⁵¹³.

⁵¹⁰ POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 301.

⁵¹¹ POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 301.

⁵¹² FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: **Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p 23.

⁵¹³ POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 304.

Também Epstein e Knight constataram que, na fase de conferência, há possibilidade de mudança nas inclinações dos juízes, embora essas mudanças possam ser decorrentes de comportamentos estratégicos. Esse tipo de mudança, segundo os autores, decorre do fato de que os juízes, na prática, podem dissimular suas reais intenções de voto ou se manifestar de forma diferente da que realmente pensam para atingir um resultado mais próximo de sua própria opinião⁵¹⁴.

Após a “conference”, os juízes passam à fase de troca de minutas escritas⁵¹⁵, a qual ostenta robusto caráter deliberativo entre os *justices*⁵¹⁶. Nesse sentido:

Internal deliberation seems mostly to take place after the initial voting has taken place in conference, when the justices decide whether they can agree in whole or part with the opinion written for the Court. Such deliberation take place in writing for the most part and not through face to face interaction⁵¹⁷.

Durante esta fase, é regra os juízes dialogarem e negociarem alterações no teor ou na linguagem das propostas de decisão⁵¹⁸, no bojo dos papéis em circulação, bem como, lateralmente, por meio de memorandos⁵¹⁹. Conforme Epstein e Knight:

To see how this can work, again consider *Craig*. Immediately after Brennan circulated his first opinion draft: (1) Rehnquist told Brennan and the conference that he planned to write a dissent; (2) Blackmun wrote a memo, sent only to Brennan, asking for changes in the opinion; and (3) Burger told Brennan and the Conference

⁵¹⁴ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 19/22.

⁵¹⁵ Estas minutas podem ser redigidas por assessores do juiz encarregado da redação da decisão da maioria, com base nas anotações sobre as opiniões e do ocorrido na conferência fornecido por este. A minuta produzida é revista e se for o caso alterada pelo justice. Tudo conforme Rehnquist declina ter feito ao desempenhar a função e redator, cf. REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4448.

⁵¹⁶ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22 e MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 184.

⁵¹⁷ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Courts as Deliberative Institutions**: towards an institutional theory of constitutional justice. In: Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 36.

⁵¹⁸ Epstein e Knight referem-se a barganha, porém, acredita-se que muitas dessas trocas correspondem a compromissos de parceria ou compromissos pragmáticos, como já analisado, embora, não se possa descartar a ocorrência de barganha, sem atos deliberativos antecedentes, e práticas mais voltadas a interesses próprios e individuais, conforme já definido também.

⁵¹⁹ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22 e 28/29. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 184.

that “I thought I might be able to join a reversal in this case and I may yet do so as to the result. However, your ‘test’ goes beyond what I could accept. More later”⁵²⁰.

Epstein e Knight demonstram, ainda, por meio do citado estudo empírico, que, neste momento processual, há possibilidade de mudanças nas inclinações individuais de voto, assim como mudanças de entendimento quanto à forma de publicação da decisão, *i.e.*, a concordância entre os juízes no sentido de publicação de uma decisão por maioria, na fase de conferência, pode ser alterada no decorrer da troca de minutas, culminando, por exemplo, com acordo, ao final, para a publicação de uma decisão *per curiam*, ou vice-versa⁵²¹. Nesse sentido, Rehnquist também salientou que, em casos excepcionais, os juízes que não estão muito seguros de suas opiniões declinadas na conferência informam ao redator que pretendem aguardar o voto dissidente para depois decidir a que opinião irão aderir⁵²².

As abordagens da doutrina norte-americana e os relatos de ex-juízes da respectiva Suprema Corte deixam clara a possibilidade de alteração de posicionamentos nesta fase. Se por um lado, é possível que as mudanças de posicionamento decorram da circulação de minutas e memorandos voltados à discussão argumentativa sobre os contornos da decisão, também é possível o comportamento estratégico entre os juízes, não necessariamente baseado em argumentação franca, ou seja, as discussões nesta fase decisional da Corte americana podem ter ou não caráter deliberativo. Dois exemplos citados, respectivamente, por Bickel e por Epstein e Knight, demonstram essa diferença:

Van Devanter, though he hastened to say that this was “only a suggestion,” thought “it would be well” to add: But, as said Maxwell v. Newbold [a case earlier cited by Brandeis], “to bring that question [of a federal right] for decision in this court, it is not sufficient to raise the objection here, and to show that it was involved in the controversy in the state court, and might, and ought, to have been considered by it when making its decision. It must appear on the face of the record that it was in fact raised; that the judicial mind of the court was exercised upon it; Van Devanter’s care in Reading the opinions circulated by his brethren never flagged, and his understanding of jurisdictional issues was first rate. “Good suggestion,” Brandeis noted, doubtless intending to adopt it. But he never had a chance to do so”; Mc Kenna returned: “I voted the other way but –“And Pitney: “I still think they should be no affirmance, not a dismissal”⁵²³;

⁵²⁰ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22.

⁵²¹ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 32 e 34.

⁵²² REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos.4492.

⁵²³ BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. P .27/28 e 33;

Immediately after Brennan circulated his first opinion draft: [...] (3) Burger told Brennan and the Conference that “I thought I might be able to join a reversal in this case and I may yet do so as to the result. However, your ‘test’ goes beyond what I could accept. More later.”⁵²⁴

Conforme os multicitados Epstein e Knight, em mais da metade dos casos examinados, houve alteração na linguagem da opinião majoritária final em comparação com a primeira minuta circulada. A ocorrência de mudança na inclinação dos votos dos juízes entre o início e o fim da troca de minutas, no entanto, ocorreram em percentual bem inferior à constada quanto à linguagem jurídica, principalmente, nos casos mais complexos. Transcreve-se:

In 53% of the cases did an important change—from the first draft through the published version— occur in the language of the opinion. And, as Brenner suspected, changes were more likely to occur in important cases than in average ones (62 % versus 45%)⁵²⁵;

This finding, coupled with our other results, draws attention to the fact that changes in language occur in the absence of vote/dispositional changes. Just consider that policy/rationale alterations transpire in far more cases than do changes in disposition; moreover, of the 149 cases exhibiting a change in language, 35% did not experience a voteshift. One might speculate that had the opinion writer failed to accommodate various justices, more dispositional/vote changes would have resulted. What is beyond speculation, though, is that the second half of Murphy’s assertion— “hardly any major decision [is] free from significant alteration of...language before announcement to the public”—receives support from our data⁵²⁶.

Ruth Ginsburg, *associate justice* da Suprema Corte dos EUA contribui para o esclarecimento sobre esta fase de circulação. Segundo a magistrada, esta fase propicia maior facilidade de conversação, pois esta é mais fácil entre pequenos grupos de juízes do que entre todos os componentes da corte, assim como também salienta que esta fase gera uma maior necessidade de moderação e sensibilidade quanto à redação da proposta de decisão que se circula aos pares.

⁵²⁴ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22.

⁵²⁵ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 34

⁵²⁶ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 34.

In addition, one becomes weary after going round the table on a first ballot. It is ever so much easier to have a conversation-and an exchange of views on opinion drafts-among three than among nine or twelve.

In writing for the court, one must be sensitive to the sensibilities and mindsets of one's colleagues, which may mean avoiding certain arguments and authorities, even certain words⁵²⁷.

Note-se que, nesta fase preponderantemente escrita, não resta inviabilizado o debate oral e informal entre os juízes. Em verdade, a ocorrência de conversas informais e pessoais resta demonstrada por meio de registros constantes de memorandos que se tornaram acessíveis a pesquisadores. Nesse sentido:

On the other hand, even if we had access to the papers of all the justices who sat on the Burger Court, some strategic interaction would remain undetected. For the justices do communicate orally. We know this because often justices write in their memoranda “As I said to you orally...” or “At the luncheon conference, we discussed...” So too, sometimes private memoranda get shared. That is, one justice will show another (or others) private correspondence. Unfortunately, information sharing of this sort is probably the exception, not the rule. So, in the end, we are left with the problem of underestimation—with no easy remedy in sight⁵²⁸.

Interessante aspecto, ainda, é a possibilidade de dissolução da maioria inicialmente formada na conferência e formação de uma nova maioria, às vezes, em sentido oposto, ao fim da circulação de minutas⁵²⁹. Nesse sentido, não é de somenos importância a constatação de alteração em 20% do total das inclinações manifestadas na conferência, considerando os casos analisados por Epstein e Knight⁵³⁰.

Ressalta-se também que, como intuitivo, os casos mais complexos, com maior número de votos concorrentes e dissidentes, demoram mais para obter a decisão final, o que indica maior intensidade de debate nesta fase. Nesse sentido, aponta o relato da *ex justice* Linda Greenhouse:

Complicated cases or those that, for one reason or another, produce numerous concurring and dissenting opinions take longer, perhaps much longer, and only the pressure of an impending July 4 weekend may spur the justices to make the last-minute compromises necessary to bring a decision out by the end of June⁵³¹.

⁵²⁷ GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 nº 6. December 1992. p. 1194.

⁵²⁸ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 29/30.

⁵²⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.183.

⁵³⁰ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 31.

⁵³¹ GREENHOUSE, Linda. **The U.S Supreme Court: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 57.

Embora cada juiz possa redigir seu voto, é comum a discussão entre os *justices*, como salientado, com vistas a formar uma decisão por maioria, assim como é comum a concordância dos demais *justices* com a redação elaborada por apenas um dos magistrados, em uma decisão majoritária. Também é possível que os juízes acordem em produzir uma decisão na forma *per curiam*⁵³², pelo que parte da doutrina classifica este modelo como “misto”⁵³³.

A quantidade de decisões por maioria e de decisões *per curiam*, pode ser constatada em diversos estudos estatísticos sobre a Corte. Aliás, é característica da doutrina e da academia dos EUA, a preocupação com os dados estatísticos da Suprema Corte. Nesse sentido, é exemplo a pesquisa disponibilizada na rede mundial de computadores, pela “Washington University”, sobre os casos julgados pela Corte entre agosto de 1946 a julho de 2016, os quais apontam para uma prevalência de decisões por maioria ou plurais, em relação a decisões *per curiam*⁵³⁴. Por meio de pesquisa à base de dados constante do sítio eletrônico da referida universidade, é possível identificar ainda que no ano de 2015, dos 72 julgamentos com formação de opinião na Corte dos EUA, 61 das decisões corresponderam à decisão majoritária, por maioria ou plural, 11 decisões foram publicadas na forma *per curiam*, sendo que 9 foram produzidas em processo sem audiência de sustentação oral das partes e 2 com. Além dessas, houve 4 decisões com “equally divided vote”, em que por falta de quórum para atingir uma maioria quanto ao resultado, o julgamento da corte inferior é mantido^{535 536}.

Dados de extrema relevância para o presente estudo, são os produzidos pelo “Supreme court of the United States blog”, o qual revela também a prevalência das decisões plurais na

⁵³² EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 26.

⁵³³ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 83. Em sentido semelhante, cf. GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 nº 6. December 1992. p. 1189.

⁵³⁴ V. SPAETH, Harold J.; EPSTEIN, Lee, et al. **2016 Supreme Court Database**, Version 2016 Release 1. Disponível em <http://Supremecourtdatabase.org>. Acesso em 30/12/2016.

⁵³⁵ A decisão por “equally divided vote” importa em afirmação do julgamento da corte inferior em razão da divisão em que não se pode apontar uma maioria na Suprema Corte. Cf. DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples**: Plurality Opinions in the Supreme Court. Duke Law Journal, vol. 59, 1974. p. 59.

⁵³⁶ Dados em anexo. Produzidos mediante acesso ao site <http://Supremecourtdatabase.org>.

corte dos EUA. Conforme pesquisa publicada pelo referido blog, no ano judiciário de 2008, 27% das decisões proferidas corresponderam a decisão por maioria; em 2009, 29%; em 2010, 33%; em 2011, 36%; em 2012, 41%; em 2013, 52%; e em 2014, 32%⁵³⁷. Os dados revelam que mesmo com as práticas deliberativas desenvolvidas e a adoção de um modelo misto de publicação de decisões, na Suprema Corte dos EUA há, contemporaneamente, prevalência de “plurality opinions” em relação a “majority opinions” e decisões *per curiam*.

Também pode ser observada uma técnica prática na formação da decisão quando da circulação de minutas. Os juízes podem aderir *in tontum* ao dispositivo e fundamentação concernentes à opinião de um par, sem apresentar o seu próprio voto escrito; podem aderir ao dispositivo da proposta de decisão, mas com voto próprio, ou com fundamentação diversa. Naquele caso, o voto é computado para a formação da maioria, ao passo que neste, não. Além disso, os juízes podem discordar plenamente, do “opinion writer”, ou seja, tanto em relação ao dispositivo, quanto em relação à fundamentação⁵³⁸.

3.4 Suprema Corte do Reino Unido

3.4.1 Procedimento deliberativo

A Suprema Corte do Reino Unido teve início efetivo em 2009, assumindo a competência recursal final no sistema jurídico do Reino Unido⁵³⁹, em substituição à “appellate committee of the House of Lords”⁵⁴⁰, assim como a competência para apreciação de devolução⁵⁴¹ do “judicial committee of privy council” e outras disposições previstas na “Constitutional reform act of 2005”⁵⁴². A competência recursal inclui o controle concreto de

⁵³⁷ Disponível em http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/07/SB_unanimity_OT14.pdf. Acesso em 20/01/2017.

⁵³⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 183.

⁵³⁹ Estado soberano composto pelos países Irlanda do Norte, Escócia, Países de Gales e Inglaterra.

⁵⁴⁰ REINO UNIDO. The supreme court of United Kingdom. **History**. Disponível em www.supremecourt.uk. Acesso em 30/12/2016. v. também BOBEK, Michal. **Comparative Reasoning in European Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 90.

⁵⁴¹ Que envolvem autonomia dos países que compõem (o Reino Unido, Irlanda do Norte, Escócia, Países de Gales e Inglaterra), cf. FREIRE, Alonso. **Suprema Corte do Reino Unido**. In: BRANDÃO, Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

⁵⁴² v. 23 e 40 *Constitutional reform Act of 2005*. v. FREIRE, Alonso. **Suprema Corte do Reino Unido**. In: BRANDÃO, Rodrigo. Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

compatibilidade dos atos legislativos com o tratado de direitos humanos “Human Rights Act de 1998” - HRA⁵⁴³.

No âmbito da competência recursal, inicialmente, o requerimento de permissão para recorrer à Suprema Corte, deve ser apresentado, em forma física, primeiramente, perante corte de instância inferior. Caso a referida permissão seja negada por esta, o requerimento pode ser formalizado diretamente à Suprema Corte. Neste caso, deve o interessado, antes de protocolar o requerimento, oferecer cópias para o recorrido e eventuais intervenientes que atuaram nas fases anteriores do processo⁵⁴⁴. O recorrido pode apresentar, nesta fase inicial, objeção à permissão para recorrer, também devendo apresentar cópias para as partes. Qualquer pessoa pode requerer intervenção na causa e apoiar o requerimento de permissão para recorrer⁵⁴⁵.

Na sequência, a permissão para recurso será apreciada por um painel de no mínimo três juízes da Corte⁵⁴⁶. O painel pode recusar ou garantir permissão para alguns ou todos os fundamentos da pretensão de apelação; convidar as partes para apresentarem observações quanto ao pedido de permissão; ou ainda, determinar a realização de audiência para manifestação oral^{547 548}.

A notícia ou intimação da decisão que concede permissão para o apelo é considerada como notícia ou intimação da existência de uma apelação. Com isso, deve o apelante informar se deseja prosseguir com o recurso⁵⁴⁹. Também devem o apelado e os intervenientes comunicar o interesse em prosseguir no apelo. Após, o apelante declara os fatos e questões

⁵⁴³ Essa competência jurisdicional teve início em 1998, ainda no âmbito do exercício da atividade jurisdicional pela *House of Lords*. Sobre as competências atuais da Suprema Corte de forma analítica, v. REINO UNIDO. The supreme court of United Kingdom. **Practice direction 1, section 2: The jurisdiction of the Supreme Court**. Disponível em www.supremecourt.uk. Acesso em 30/12/2016.

⁵⁴⁴ O Oficial de registro da Corte pode recusar-se a aceitar o requerimento, caso a corte não tenha jurisdição na forma da sessão 40 das regras, se não é formada em base razoável e se houver abuso de processo, cf. art. 11 (2) *of the rules of the court*.

⁵⁴⁵ v. 10 a 15 da *Rules of the Court*. A intervenção no requerimento de permissão para recorrer não se confunde com a intervenção no apelo em si. Esta demanda um novo requerimento, cf. 15 (4) a c/c 26 da *Rules of the Court*.

⁵⁴⁶ Practice 3 3.1.1 : “Applications for permission to appeal are considered by an Appeal Panel, consisting of at least three Justices. Applications are generally decided on paper, without a hearing, and it is essential that the application is in the correct form”. v. art. 16 *Rules of the Court*.

⁵⁴⁷ 16 (2) *Rules of the Court*.

⁵⁴⁸ Se o recurso envolver violação do HRA, a Coroa, caso ainda não seja parte, será comunicada para que caso queira, requeira ingresso no feito, cf. art. 40 *Rules of the Court*.

⁵⁴⁹ No caso de concessão de permissão por corte inferior, a comunicação e as respectivas cópias são apresentadas em conformidade com os arts. 19 e 20 da *Rules of the Court*.

relevantes, junto com documentos essenciais, do processo⁵⁵⁰. Com a submissão e concordância dos apelados⁵⁵¹, sobre os contornos do processo e os documentos, as partes informam ao oficial de registro que o processo está pronto para julgamento. Nesta informação, também devem informar o tempo necessário para sustentação oral de seus respectivos advogados.

A apelação é ouvida, então, em audiência pública^{552 553}, a qual pode ser transmitida ao vivo, em caso de autorização prévia e expressa do presidente em exercício na Corte, com posterior publicação no site da Corte⁵⁵⁴. Na referida audiência, observar-se-á a ordem prática relevante de atos processuais ou a ordem estabelecida pela própria Suprema Corte, que também pode limitar o tempo das manifestações orais⁵⁵⁵.

Durante a audiência para a oitiva de manifestações orais⁵⁵⁶, os juízes podem fazer perguntas diretas aos advogados das partes⁵⁵⁷. Por meio destas perguntas, podem dialogar

⁵⁵⁰ O material ou instrumento (“bundle”) submetido à corte para audiência deve ser apresentado em forma física e em cartão memória; ou, por meio, do “ebundle system” (sistema eletrônico em nuvem para acesso e formação do instrumento processual), cf. UNITED KINGDOM. Supreme Court of United Kingdom. **Electronic bundle guidelines**. Disponível em www.supremecourt.uk. Acesso em 30/12/2016.

⁵⁵¹ “A declaração de fatos e questões é um documento neutro e não deve ser usado pela parte para argumentar sobre o caso. É dever profissional dos representantes legais das partes cooperarem para produção da declaração”. Além disso, as “declarações devem indicar os fatos relevantes e, se as partes não puderem chegar a acordo quanto as mesmas, devem deixar claro quais itens são objeto de discordância”. Além disso, cf. *Practice direction* 5, 5.1.3 (tradução livre).

⁵⁵² Antes da audiência, há uma reunião prévia entre os *justices*, cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

⁵⁵³ Salvo em casos de interesse da justiça ou de interesse público, mediante anúncio público das razões cf. art. 27 (1) e (3) da rules.

⁵⁵⁴ Cf. practice direction 6, 6.6.9 c/c Practice direction 8, 8.17.1: The President and the Justices of the Supreme Court have given permission for video footage of proceedings before the Court to be broadcast where this does not affect the administration of justice and the recording and broadcasting is conducted in accordance with the protocol 110 which has been agreed with representatives of several UK broadcasters. Permission to broadcast proceedings must be sought from the President or the presiding Justice on each occasion and requires his or her express approval. Where the President or the presiding Justice grants permission, he or she may impose such conditions as he or she considers to be appropriate including the obtaining of consent from all the parties involved in the proceedings.

⁵⁵⁵ Art. 27 (4) da *Rules of the Court*.

⁵⁵⁶ A audiência pode durar mais de um dia. Conforme Alan Paterson, a média de duração da audiência na Suprema Corte, entre outubro de 2009 e julho de 2012, foi de aproximadamente 2 dias. *In verbis*: “Cases determined by the Supreme Court between October 2009 and July 2012 lasted 2.18 days on average”. cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 82.

⁵⁵⁷ PATERSON, Alan. **Final Judgment: the Last Law Lords and the Supreme Court**. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 79.

indiretamente entre si, valendo-se dos advogados como interlocutores⁵⁵⁸. Além disso, por ocasião da audiência, os *justices* também podem trocar e-mails, o que na prática tem sido mais frequente na Suprema Corte do que fora, outrora, na “House of Lords”⁵⁵⁹.

Com o fim da audiência, os *justices* encontram-se em uma primeira conferência (“first conference”), que pode ser realizada logo após intervalo para o almoço; durante a semana seguinte à audiência; ou mesmo, imediatamente após as audiências em uma sala própria para a conferência⁵⁶⁰.

A forma de apresentação de opiniões nesta conferência segue o modelo *seriatim*⁵⁶¹. Em regra, cada *justice*, do mais novo para o mais antigo, expõe sua opinião. Em 2011, os juízes decidiram balancear a forma de exposição entre *seriatim* e discussão geral, com exposições mais curtas, seguidas de discussão geral⁵⁶². Todavia, isto não gerou mudanças significativas no ambiente da instituição e os *justices* que ingressaram na Corte após o acordo não o têm observado. Conforme Alan Paterson:

However, the decision did not immediately lead to any dramatic change in format or atmosphere and some Justices appointed after that date seem unaware of the decision. In seven- and nine-Justice cases there has been an understandable desire on everyone’s part to avoid spending hours on seriatim presentations, but no guidelines have been produced for newer Justices and presiding Justices have never, to date, intervened to curb the presentations of their colleagues⁵⁶³.

⁵⁵⁸ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 79/80.

⁵⁵⁹ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

⁵⁶⁰ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

⁵⁶¹ Este modelo de apresentação em série não se confunde com o modelo de publicação ou divulgação em *seriatim* da decisão formada. Aquela é uma etapa na formação da decisão, enquanto este corresponde a etapa posterior, por vezes concomitante, à formação definitiva da decisão.

⁵⁶² Conforme Lord Dyson em entrevista a Paterson: “we have been discussing this, and I think we seem to be moving towards having rather shorter presentations, no more than five minutes, followed by discussion and I think that is probably better actually than having set piece presentations and then we all go away”. PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. P 87.

⁵⁶³ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 88.

Após a discussão, que pode ser prolongada por até dois dias como já salientado, o *chief justice* decide se redigirá a decisão por maioria ou se atribuirá a outro justice^{564 565}. Tal prática realizada pela Suprema Corte tem ocorrido, frequentemente, ao final da primeira conferência, porém, em alguns casos, neste mencionado momento, não resta claro a quem incumbe a redação⁵⁶⁶. Esta primeira conferência pode vir a ser a única, caso não haja necessidade de reavaliar qual é a opinião da maioria⁵⁶⁷.

Após a conferência, tem vez a circulação de minutas de decisão⁵⁶⁸. Em 2012, os *justices* decidiram que a circulação da minuta concernente à opinião da maioria deve ser prévia à circulação das minutas que compõem as opiniões divergentes, embora isso não seja observado em todos os casos ou por todos os *justices*⁵⁶⁹. Esta fase, na prática, dura dias, ou mesmo meses, perdurando até o fim das discussões e formação das opiniões⁵⁷⁰.

Tudo isso considerado, e formada a decisão, esta é pronunciada em sessão aberta ao público ou promulgada pelo oficial de registro, conforme art. 28 da *rules of the court*.

3.4.2 Práticas deliberativas na formação da decisão

De acordo com Alan Paterson, pode-se identificar o viés deliberativo no momento das audiências orais. Nestas, os juízes da Suprema Corte, seguindo práticas já adotadas pela *House of Lords*, fazem perguntas aos advogados, ao mesmo tempo em que interagem de

⁵⁶⁴ Durante o período de atuação do Lord Bingham na House of Lords, este, inclusive quando minoritário, decidia por redigir a decisão da corte, cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 93.

⁵⁶⁵ Também não há uma regra objetiva para a divisão entre os justices do trabalho de redator da opinião majoritária, o que conduz a desproporções quanto ao exercício desta tarefa e desentendimento entre os justices, cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 94/95.

⁵⁶⁶ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 94.

⁵⁶⁷ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 90/91.

⁵⁶⁸ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 97.

⁵⁶⁹ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98.

⁵⁷⁰ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. P 121.

forma indireta com seus pares, ou seja, há deliberação não só entre os juízes e os advogados, como também entre os julgadores em si⁵⁷¹.

This dialogue continues in the UK Supreme Court with Justices overtly engaging with their colleagues in the oral hearings, although to a somewhat lesser extent than in the United States, as is evidenced by the live Sky transmissions of the UK arguments and the transcripts of the US Supreme Court arguments⁵⁷².

Além disso, conforme afirmou Lord Clarke, em entrevista a Alan Paterson, a maioria dos *justices* direciona suas observações aos colegas durante as audiências⁵⁷³. No mesmo sentido e ressaltando o caráter deliberativo indireto das perguntas formuladas aos advogados das partes, o *ex Lord Kerr*, também em entrevista ao referido autor, salientou que após uma pergunta, outro membro do painel faz explicações, aprimora a questão em debate, ou mesmo faz referências a outro aspecto do caso que podem esclarecer perguntas já formuladas. *In verbis*:

[A] question will be asked and then another member of the panel will come in with either an explanation or an enhancement to that question or a reference to another aspect of the case that might shed light on another question that has been asked but it is nominally conducted via counsel. You would say, ‘Well Lord Pannick you’ve been asked this question by ... Lord Clarke, now perhaps you would want to say such and such in response’ but that is essentially a dialogue between the two members. [It] doesn’t happen very often but that can happen on occasion and I think that’s entirely a healthy thing, there should be as open a dialogue and as free an exchange of ideas as is possible⁵⁷⁴.

Da mesma forma, durante a referida audiência, os *justices* podem se valer de troca de e-mails, conjugando, assim, interações orais e escritas, ao mesmo tempo que públicas e secretas. Sobre a troca de e-mails durante a audiência:

What has really changed from the House has been the amount of email traffic between the Justices. Since the middle of 2013 all of the Justices have been comfortable with the use of email to circulate drafts and comments even if only a minority (Lady Hale, Lord Kerr and Lord Neuberger) took a laptop into the hearings and accessed the bundles electronically⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 79/80.

⁵⁷² PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 79.

⁵⁷³ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 79. É possível também diálogo entre os justices em almoço ou de forma fragmentada nas salas dos próprios colegas, cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

⁵⁷⁴ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 80.

⁵⁷⁵ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

Depois da audiência aberta e assim como na Suprema Corte dos EUA, os juízes da Suprema Corte do Reino Unido participam de uma conferência fechada ao público. Alguns *ex chief justices* entendiam que não havia necessidade, ou eficiência, em prolongar a discussão nesta primeira conferência, pois a maioria dos *justices* já se encontraria neste momento com a opinião formada:

If it was close to the lunch recess the Law Lords' deliberations would take place in the Conference Room, after the adjournment. Alternatively, in a handful of complex or high-profile cases, frequently those with an enlarged panel, the conference would take place in the Conference Room in the next day or two, or very rarely, during the following week⁵⁷⁶;

In the US Supreme Court the duration of the conference discussion of individual cases has also varied, but in their case it has been not simply the complexity or otherwise of the appeal, but also the approach taken to the conference by particular Chief Justices which made the difference. Some Chief Justices have allowed their colleagues to talk for as long as they wished—entailing that a scheduled one-day conference often became two days. Others have seen little point in prolonged discussion, taking the view that by the conference stage the majority of the Justices had already made up their minds⁵⁷⁷.

Ocorre que nesta conferência, a maioria das opiniões expostas pelos *justices* é afirmada de forma confiante, não obstante estes nem sempre tenham efetiva convicção sobre suas posições. Há em verdade, neste momento processual, diferentes graus de certeza entre os *justices*. Alguns têm sua convicção formada em etapas anteriores do processo, enquanto outros atuam de forma mais experimental, sem ter ainda formado uma convicção segura. Conforme afirmou *Lord Bingham*, alguns dos juízes até mesmo assumem que expõem uma opinião provisória, que precisam pensar mais sobre o caso e que estão dispostos a mudar de opinião. Por outro lado, *Lord Hope* salientou de forma similar que essa opinião provisória se dá, em parte, porque os *justices* que expõem em primeiro lugar não conhecem a opinião dos demais cojuízes. Respectivamente:

‘there were some cases where ... people [said] “Well my provisional view is this, but I would like time to think about it and look at the authorities again and I might change my mind”’;

[S]ometimes people are quite tentative because number one hasn't really been able to gauge how everybody else feels and doesn't want to commit himself too hard to a particular position, and may end up by saying ‘well that's my view for the moment

⁵⁷⁶ cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

⁵⁷⁷ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 84.

but I would like to hear from others before I commit myself', and that's perfectly in order of course^{578 579}.

A referida fase de conferência fechada tem por propósito: (i) o conhecimento da opinião de cada *justice*; (ii) verificar se há uma opinião majoritária ou unânime e as questões principais do caso; (iii) possibilitar o esforço na produção de uma decisão majoritária; (iv) identificar os parâmetros de divergência; e (v) designar aquele que irá redigir a decisão por maioria sobre questões de fato e de direito. A intenção dessa ordem proposta, que é incentivada por alguns *chief justices*, é promover a adesão ou discordância sobre pontos específicos das exposições anteriores e, assim, evitar a sobreposição das apresentações em *seriatim* e a repetição de argumentos idênticos na conferência. Contudo, segundo Paterson, a ordem estabelecida tem o efeito negativo de prejudicar a influência da opinião dos últimos juízes a se manifestar, os mais antigos no caso⁵⁸⁰.

Em análise crítica, Paterson salienta, ainda, que a conferência é um sucesso para o conhecimento da opinião dos demais *justices* e para verificar se há uma posição majoritária. Porém, ressalva que a produção de uma decisão por maioria depende da predisposição e da influência do *chief justice* em incentivar o consenso. Este pode ser mais ou menos adepto à fixação dos fatos em discussão e à definição de uma decisão majoritária clara⁵⁸¹.

Nesta fase de conferência, há exposição das opiniões em série, porém os *justices* buscam identificar a opinião da maioria da Corte. Conforme ressaltado, em 2011, os juízes tentaram, por meio de acordo, balancear exposição curta em série com discussão geral, na

⁵⁷⁸ Entrevistas concedidas pelos justices a Alan Paterson. Cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 88/89.

⁵⁷⁹ Lord Hope também declinou outros fatores que podem reverberar na forma mais experimental ou de tentativa das exposições dos justices mais novos: "As Lord Hope hints, the tentativeness of the junior judges who were new to the Court was probably due to a range of factors: (1) simply being in two minds on the topic; (2) having to go first when they didn't know which way the case is going and preferring not to look foolish if they ended up on their own; (3) being inexperienced or unfamiliar with new colleagues and therefore less able to predict how they would come out in the case; or (4) not being a specialist in the relevant area and therefore being cautious before committing to a definitive view of case law that some colleagues will be much more familiar with". cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 89.

⁵⁸⁰ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 90/91.

⁵⁸¹ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 95/96.

sequência, o que, no entanto, não gerou muitos efeitos na prática, principalmente, em relação aos juízes que ingressaram após o referido acordo⁵⁸².

Após a conferência, contudo, o julgamento segue mediante a circulação de minutas. Esta fase, conforme Alan Paterson, corresponde ao estágio principal do processo de formação da decisão, assim como momento central para a realização do diálogo (ou deliberação) entre os *justices*.

Once the first conference is over, the curious process of drafting begins. Forty years ago this might have involved relatively little dialogue between the Law Lords, but in the UK Supreme Court the drafting stage is the key stage of the decision making process and the dialogue between the Justices is central to this⁵⁸³.

A prática de circulação de minutas entre os integrantes da opinião majoritária, anteriormente à circulação de minutas entre os juízes divergentes, prática cuja adoção se deu por resolução entre os juízes que compunham a Corte em 2012, não tem sido seguida em todos os casos ou por todos os *justices*. Nesse cenário, conforme Paterson salienta, a circulação prévia do voto não majoritário tem gerado alguns problemas práticos, como divergência superveniente e a desestabilização da opinião majoritária, o que impõe nova circulação de minutas. Não obstante isso, alguns juízes não veem maiores problemas quanto à ordem de circulação dos votos, mesmo que haja nova circulação de minutas, salientando que isso ocorre frequentemente. Nesse sentido, *Lord Lloyd*:

I suppose if somebody has volunteered to do [the lead], then they will be doing the facts, we would all do our views on the law and we would certainly circulate that before seeing the facts and then if the facts turned out as it were to be different, you re-circulate them. Quite often there's a lot of re-circulation goes on⁵⁸⁴.

Além disso, alguns magistrados, deliberadamente, resolvem não escrever suas opiniões; alguns desistem de escrever suas opiniões divergentes; outros nem chegam a uma decisão e se conformam em aderir à opinião dos pares; outros atrasam a redação de suas opiniões, porque estão ocupados, ou mesmo, porque estrategicamente pretendem saber primeiro a divisão de opiniões entre os demais antes de agir; e, ainda, simplesmente demoram

⁵⁸² Conforme Lord Dyson em entrevista a Paterson: “we have been discussing this, and I think we seem to be moving towards having rather shorter presentations, no more than five minutes, followed by discussion and I think that is probably better actually than having set piece presentations and then we all go away”. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. P 87.

⁵⁸³ PATERSON, Alan. **Final Judgment: the Last Law Lords and the Supreme Court**. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 97.

⁵⁸⁴ Lord Lloyd em entrevista a Alan Paterson, cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98.

para se manifestar porque são relutantes em seguir uma mudança na jurisprudência implementada pelos demais pares.

Just as there have always been early circulators there have often been those at the other extreme. Very occasionally, judges who do not normally experience difficulties in composition encounter cases where the opinion will not write. In an extreme situation judges may even end up writing an opinion the other way, since they are unable to produce one which they find intellectually acceptable, that supports their original view. But such cases are rare.¹³⁶ Equally, there were cases in the past where one of the Law Lords was simply unable to make up his mind and stick to it, or where a Law Lord developed extreme levels of indecision. More commonly, Law Lords would delay writing through conscious choice, either because they were finishing off judgments from earlier cases, or because the court was divided and they wished to see what one writer from each camp would produce. Finally, a Law Lord may have delayed writing because he planned not to write unless his colleague's judgment contained something unexpected with which he could not agree. While several judges told me that a cogently argued piece might swing votes even if produced as the last of the panel, there are probably more instances where Law Lords have delayed in producing their judgment only to find that the rest of the panel have moved on and were reluctant to re-open what they regarded as past history⁵⁸⁵.

Quanto ao tempo para conclusão do julgamento, ressalta-se que, conforme estudo empírico de Alan Paterson, em 2013, os casos de unanimidade e os casos de decisões com votos dissidentes ou concorrentes demoraram, aproximadamente, 60 e 90 dias, respectivamente⁵⁸⁶.

4 PROPOSIÇÕES

4.1 Considerações iniciais

A análise das práticas deliberativas desempenhadas pelas cortes estrangeiras permite algumas considerações gerais importantes e prévias às proposições no presente trabalho. A primeira delas é a de que, nas referidas cortes estudadas, diversas são as práticas que favorecem uma deliberação interna antes da produção de uma decisão final, diferentemente, do que ocorre no âmbito do STF. Enquanto neste pode-se identificar apenas a circulação prévia de votos por alguns ministros, quando no exercício da função de relatores, e a deliberação em sessão de julgamento em plenário por meio de votação em *seriatim*, naquelas a prática é diversa. Todas as cortes estrangeiras estudadas têm por hábito a formulação de perguntas aos advogados na audiência de sustentação oral - com relatos de proveitosa

⁵⁸⁵ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98/99.

⁵⁸⁶ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013.. P 121.

produção informacional para a deliberação futura entre os julgadores e para a formação de decisão, sendo que nas cortes dos EUA e do Reino Unido há relatos de *justices* ou *ex justices* do caráter deliberativo indireto entre os julgadores desta fase; promovem a circulação de propostas de decisão – antes de uma sessão de julgamento, nas cortes da Colômbia; e, posteriormente, a uma conferência fechada entre os julgadores, nas cortes dos EUA, do Reino Unido e do Chile; compartilham a prática de julgamento fechado face a face, por meio da realização de sessões de julgamento (Colômbia e Chile) ou conferências prévias (EUA e Reino Unido); e, por fim, promovem discussão não somente sobre o dispositivo, como também sobre os fundamentos.

Quando o assunto é o conhecimento prévio da opinião dos pares, antes do julgamento ou da votação, então, a discrepância é ainda mais elevada. No STF, antes da sessão de julgamento em que é promulgada a decisão, ainda que a mesma se estenda por mais de um dia, não há deliberação interna entre os ministros, como ressaltado pelos ministros Luiz Fux e Luís Barroso, nem mesmo informalmente, ou seja, antes da sessão de julgamento os ministros não conhecem as posições de seus pares sobre os casos em julgamento. No máximo, a circulação prévia de minuta do ministro relator põe os demais a par da tendência de seu voto. Ainda que se possa vislumbrar deliberação na fase de sessão de julgamento, em razão da possibilidade de apartes e de retificação do voto, esta prática deliberativa pode ser compreendida como manifestamente fraca, pois os ministros levam seus votos já preparados e, por isso, não abordam as opiniões dos pares. Nesta fase também não se exige a abordagem das razões das partes, embora a referida sessão seja pública. Da mesma forma, não há no procedimento decisório a exigência de que os ministros decidam sobre as mesmas questões jurídicas e manifestem-se sobre os fundamentos dos demais membros. Tais constatações demonstram atendimento de forma extremamente fraca quanto ao primeiro parâmetro estabelecido no item “1.4” para avaliação da performance deliberativa; o atendimento também de extremamente fraco em relação ao segundo parâmetro; e o não atendimento em absoluto do terceiro parâmetro.

É digno de nota, também, que a comparação realizada permite verificar que as práticas deliberativas sofreram diversas influências contextuais ao longo do tempo que reverberaram subjetivamente no comportamento dos julgadores. Por exemplo, o momento histórico pelo qual passaram algumas cortes; as ameaças que sofreram os ministros de “court packing”, *impeachment* etc.⁵⁸⁷; os objetivos dentro de uma realidade econômica e cultural⁵⁸⁸; a própria

⁵⁸⁷ Como as ameaças de empacotamento e de *impeachment* no âmbito da Suprema Corte na era Marshall, o que a levou a produzir elevado número de publicação de decisões unânimes para fortalecer a corte à época, o que não

influência dos *chief justices* sobre os demais julgadores⁵⁸⁹. Disso decorre a constatação de que a intensidade de interação, ou performance deliberativa, de algumas dessas práticas pode variar ao sabor da repercussão do contexto e do momento na mentalidade dos julgadores, pelo que se torna impróprio a utilização de parâmetros subjetivos, desconectados do contexto histórico e temporal, para avaliar a performance deliberativa das cortes.

Além disso, a avaliação dessas práticas seria sempre defasada em relação ao momento atual, tendo em vista que muito do conhecimento sobre as práticas desenvolvidas em cortes que decidem em sessão fechada somente tornam-se do conhecimento do público após a publicação dessas informações, o que se dá depois do transcurso de espaço de tempo e por revelações dos que participaram da deliberação interna, como as obras de Renquist, Greenhouse e Bickel, já citadas. Nem mesmo o resultado do tipo de decisão *per curiam*, por maioria ou plural – revela a performance deliberativa, como visto.

Também a comparação da performance deliberativa conglobadamente entre cortes constitucionais, de forma a sopesar e escalonar quais são mais deliberativas e quais são menos deliberativas esbarra no referido problema diacrônico e contextual. Mediante este tipo de finalidade avaliativa, não seria possível aferir a carga deliberativa, por exemplo, da Suprema Corte dos EUA, pois esta expressou-se ao longo da história como muitas cortes diferentes, a corte de Marshal, a corte de Rehnquist, a corte de Roberts, a corte de 1801, a corte de 1924 etc.

Uma ressalva relevante a mais deve ser feita. As práticas deliberativas em muitos casos podem aumentar o tempo de julgamento, o que, à primeira vista, pode propiciar também o acúmulo de processos e a delonga na produção de decisões em curto prazo. Tal fato é

necessariamente guarda consonância com a interação interna. Ao passo que, na era do *chief justice* Stone, favorecia-se a produção maior de votos dissidentes, também com o propósito de fortalecer a Corte, em um novo tempo em que o debate constitucional transferiu-se de uma ótica de regulação econômica para demandas sobre violação de liberdades civis. Cf. HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent.** John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007. P. 20 e 32.

⁵⁸⁸ Como na House of Lords de Mansfield na Inglaterra que durante um breve período adotou decisões da corte em voz única, com o objetivo de aumentar a uniformização do direito sobre matéria mercantil e angariar maior certeza e, assim, poder, mormente em que os juízes eram pagos pelos casos. V. HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent.** John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007. P. 11/15.

⁵⁸⁹ Que se propunham a incentivar ou desincentivar a deliberação interna, como no caso da própria house of Lords no Reino Unido, cujo caráter deliberativo foi mais desenvolvido na era do chief justice Mansfield e menos na era do Chief Justice Bingham, cf. HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent.** John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007. 12; PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court.** Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 82.

insofismável, porém pode ser compensado, em longo prazo, pelo atingimento do desiderato aqui proposto, favorecer a produção de *ratio decidendi* e assim atingir maior número de casos, especialmente quanto à competência recursal do STF que corresponde a mais de 90% do trabalho acumulado da corte, como já mencionado. Para tanto, um monitoramento constante deve ser implementado, para se verificar o atingimento de resultados positivos de diminuição do acervo, semelhante a uma regulação de performance ou uma *smart regulation* com avaliação *ex post*. Além disso, a ampliação de práticas deliberativas também pode e deve ser implementada em conjunto com medidas reguladoras voltadas à redução do acervo do STF, de preferência em ondas de reformas, ou seja, de avanços graduais, a fim de se evitar acúmulos ou engessamentos bruscos no funcionamento da corte. Entre as medidas que podem ser implementadas nessas reformas graduais, pode-se citar restrições da competência, aumento da discricionariedade para apreciação de processos, critérios mais rígidos para conhecimento de recursos, entre outras, que embora dignas de menção, não são objeto do presente trabalho.

Feitas tais considerações iniciais, passa-se à análise e proposições voltadas ao aprimoramento da performance deliberativa no STF, à luz das experiências estrangeiras eficientes. Como salientado, no item “1.4”, as proposições são formuladas em duas etapas. Primeiramente, considerar-se-á as práticas da Corte brasileira que devem ser mantidas, em razão da ineficiência comprovada pelo estudo comparado quanto às práticas conflitantes e realizadas pelas cortes estrangeiras examinadas. Posteriormente, observar-se-á as práticas deliberativas estrangeiras eficientes e que devem ser adotadas pelo STF a fim de potencializar a deliberação, procedendo-se, quando necessário, a proposições adaptativas para o empréstimo.

4.2 Práticas que devem ser mantidas pelo STF

4.2.1 Decisão em sessão pública

A deliberação pública ou aberta corresponde àquela em que é franqueado o acesso de qualquer pessoa ao local em que os juízes deliberam entre si, para a produção de uma decisão⁵⁹⁰. A característica principal deste modelo é a ampla publicidade, que somente em

⁵⁹⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 90.

casos excepcionais poderia ser restringida⁵⁹¹. A transparência e a *accountability* correspondem às principais justificativas para a adoção deste modelo⁵⁹², que, no entanto, é adotado minoritariamente nos diversos sistemas jurídicos. Embora tenha como origem o sistema jurídico do Reino Unido⁵⁹³, mais especificamente o outrora adotado pela *House of Lords*, neste Estado já não mais se adota tal prática, pois desde a criação da Suprema Corte, em 2009, o sistema jurídico do Reino Unido passou a adotar o modelo fechado ou secreto de julgamento⁵⁹⁴.

As maiores expressões desse modelo são o Supremo Tribunal Federal no Brasil, a Corte Constitucional da Croácia e Suprema Corte de Justicia de la Nación do México, os quais não só adotam a deliberação de julgamento em público, como também permitem a transmissão ao vivo por meio de canal de televisão. A diferença é que, nesta corte, há uma sessão secreta antecedente, na qual os juízes decidem os casos que serão julgados em sessão televisada⁵⁹⁵.

Por outro lado, a deliberação secreta ou fechada é restrita, podendo dela participar como espectadores apenas as partes e seus advogados, e, por vezes, nem mesmo estas podem participar⁵⁹⁶. Este modelo corresponde ao adotado pela maioria dos órgãos colegiados europeus, como Alemanha, Itália e Portugal. Além da restrição do acesso ao público, é característico deste modelo a manutenção de segredo absoluto das conversas realizadas a portas fechadas pelos juízes⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 105.

⁵⁹² VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 105.

⁵⁹³ E em territórios do domínio Britânico, como Escócia e Irlanda.

⁵⁹⁴ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 107.

⁵⁹⁵ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 108. V. também, DANTAS, Eduardo. **A Corte Constitucional da Croácia**. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org). Cortes constitucionais e supremas cortes. No prelo.

⁵⁹⁶ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 90.

⁵⁹⁷ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 99.

No sistema jurídico brasileiro, muitas são as críticas ao modelo público de deliberação, principalmente em razão da transmissão ao vivo das sessões de julgamento⁵⁹⁸, assim como a combinação de práticas fechadas e abertas é sugerida⁵⁹⁹. Não obstante tais manifestações, uma questão normativa e imperiosa se impõe. A CRFB/88 expressamente determina que os julgamentos nos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos, permitindo-se a restrição à presença das partes e seus advogados, apenas nos casos em que esta restrição for necessária para a proteção do direito à intimidade e mesmo, assim, desde que não prejudique o interesse público à informação⁶⁰⁰. Assim, não há possibilidade jurídica para a instituição de sessão fechada de julgamento no âmbito do Poder Judiciário, o qual o STF compõe⁶⁰¹. Ainda que se pensasse em uma emenda constitucional com a finalidade de tornar secreto o julgamento da corte brasileira, tal emenda seria de constitucionalidade duvidosa, pois implicaria afronta ao princípio da publicidade, direito fundamental com natureza jurídica de cláusula pétrea (art. 5º LX c/c 60 §4º IV da CRFB/88), assim como pode importar em severa intervenção sobre a concepção originária de julgamento em órgãos do Poder Judiciário em geral (art. 93 IX da CRFB/88), o que também afronta o princípio da separação dos poderes, igualmente cláusula pétrea (art. 2º c/c art. 60 §4º III da CRFB/88).

Se por um lado não há possibilidade jurídica para a adoção de sessões secretas de julgamento entre os ministros do STF, por outro, esta prática, na experiência das cortes estrangeiras examinadas, também não atende satisfatoriamente à performance deliberativa, especialmente, o segundo parâmetro. Pelo contrário, o estudo foi capaz de demonstrar uma série de problemas deliberativos, especialmente nas Supremas Cortes dos EUA e do Reino Unido em que há forte investigação científica sobre a deliberação entre os magistrados.

⁵⁹⁸ Sobre as críticas à publicidade da deliberação no STF, principalmente quanto à transmissão ao vivo, v. Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. p. 580/583: “Deliberating in public clearly lessens one’s openness to counterarguments and above all the willingness to change one’s opinions. Especially in the most polemical cases, after a justice has read her opinion in front of the cameras, it is less than plausible that she, also in front of the cameras, would be willing to recognize that her arguments were not the best and that, in fact, the best interpretation of the constitution and the best solution for the case is exactly the opposite of what she has just proposed”. V. também SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. **Entre a Transparência e o populismo judicial**. Site dizer o direito. <http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>. Acesso em 20/12/2016.

⁵⁹⁹ “Some compromise between both might be profitably struck. Secrecy combined with future disclosure is, for Freund, the best way to do that.; “an example of middle ground. If a similar technique proves to mitigate the harms of publicity without undermining the conditions for deliberation in a constitutional court, that solution could be a wise answer to the dilemma. It would promote a differential sort of transparency, even if delayed” v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p 166 e nota de rodapé 105.

⁶⁰⁰ Art. 93 da CRFB/88.

⁶⁰¹ Art. 92 I da CRFB/88.

Na Suprema Corte dos EUA, por exemplo, o *ex chief justice* Rehnquist considerou a fase de conferência como de fraco teor deliberativo⁶⁰². Também ressaltou que há fraca participação, nesta fase, dos juízes mais novos, mormente em razão de se manifestarem por último⁶⁰³, assim como maior propensão à exposição e defesa dos próprios posicionamentos por cada *justice*, do que debate persuasivo, embora este tenha ocorrido algumas vezes e com menor frequência⁶⁰⁴. Por outro lado, a conferência frequentemente não possibilita a identificação da opinião da corte sobre as questões jurídicas e os fundamentos, demandando maiores debates por meio da troca de escritos⁶⁰⁵, assim como não permite concordância sobre como será fundamentada a decisão⁶⁰⁶; pode ser silente quanto a questões subsidiárias e relevantes, que ficam assim também postergadas para o momento de troca de escritos ou circulação de minutas⁶⁰⁷; e, embora possa em alguns casos definir uma visão ampla sobre os posicionamentos dos magistrados, demanda refinamento na fase seguinte⁶⁰⁸.

⁶⁰² REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4337: “When I first went on the Court, I was both surprised and disappointed at how little interplay there was between the various justices during the process of conferring on a case”.

⁶⁰³ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4337: “[...] and a junior justice could express agreement or disagreement with views expressed by a justice senior to him earlier in the discussion, but the converse did not apply; a junior justice’s views were seldom commented upon, because votes had been already cast up the line”.

⁶⁰⁴ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4315 e 4360.

⁶⁰⁵ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360: “But if a majority answers the first question in the affirmative, then the Court’s opinion will have to go on and discuss the other questions. Whether or not the first justice agrees with the majority on these other issues may not be clear from the conference discussion. The comment is frequently heard during the course of a discussion that “some things will have to be worked out in the writing,” and this is very true in a number of cases”.

⁶⁰⁶ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4448: “The discussion in conference has been entirely oral and, as I have previously indicated, nine statements of position suffice to convey the broad outlines of the views of the justices; but these statements do not invariably settle exactly how the opinion will be reasoned through”.

⁶⁰⁷ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4448: “Similarly, the conference discussion may have passed over a subsidiary point without even treating it; it is not until the attempt is made to draft a written opinion that the necessity of deciding the subsidiary question becomes apparent. Here again, we do the best we can, recognizing that the proof of the pudding will be the reaction of those who voted with the majority at conference when they see the draft Court opinion”.

⁶⁰⁸ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360: “Oral discussion of a complex case will usually give the broad outlines of each justice’s position, but it is simply not adequate to fine-tune the various positions in the way that the written opinion for the majority of the Court, and the dissenting opinions, eventually will. The broad outlines emerge from the conference discussion, but often not the refinements”.

Richard Posner manifestou-se no sentido do fraco teor deliberativo do comportamento dos magistrados da Suprema Corte norte-americana, e a ênfase de um modelo de votação⁶⁰⁹, que no final é resolvido por meio da circulação de minutas na Corte, como visto.

Além disso, Epstein e Knight identificaram que nesta fase é comum o comportamento estratégico e os magistrados podem dissimular seus posicionamentos, manifestarem-se de forma diversa do que realmente entendem, para buscar um resultado estratégico melhor ao final⁶¹⁰.

As constatações, pertinentes a esta fase, demonstram que, na Suprema Corte dos EUA, o primeiro e o terceiro parâmetros (esforço em levar em consideração todas as posições e a busca pelo consenso) são fracos, inclusive com maior prejuízo aos juízes mais novos da Corte. A “conference” não é suficiente para a formação de uma decisão colegiada e demanda uma fase subsequente de deliberação, *in casu* circulação de minutas e escritos (e. g., e-mail e memorandos), não só para que seja formado um consenso quanto aos argumentos, como também para refinar os mesmos. Também é tida como ineficiente, em muitos casos, quanto ao objetivo de identificação da maioria formada. Por vezes, ainda, questões relevantes e subsidiárias sequer são debatidas nessa fase e somente na fase de troca de minutas emergem para a deliberação, o que também fragiliza o atendimento ao primeiro e terceiro parâmetros. Ademais, como visto, há relatos de pouca preocupação dos *justices* com esta fase, o que demonstra uma debilidade concernente aos três parâmetros deliberativos.

É importante ressaltar também que o modelo fechado favorece a adoção de posicionamentos predominantemente ideológicos pelos julgadores⁶¹¹, especialmente quando o julgador não é obrigado a revelar seu posicionamento com base em argumentos jurídicos próprios. Esse comportamento, quando praticado por magistrado que adere à opinião de

⁶⁰⁹ POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 301.

⁶¹⁰ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 18: “In other words, Brennan—given his beliefs about the positions of the other members of the Court and the actions he expected them to take—strategically misrepresented his preferences to attain the best possible outcome (heightened) and to avoid his least favored alternative (rational basis)”.

⁶¹¹ Em sentido semelhante, porém dentro de uma ótica fechada de decisão em corte não constitucional, v. EDWARDS, Harry T. **The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making**. Local: University Of Pennsylvania Law Review, 2003. P. 1641 e 1645, respectivamente: “Theses scholars invariably ignore the many ways in which collegiality mitigates judges’ ideological preferences and enables us to find common ground and reach better decisions”; “The more colegial the court, the more likely it is that the cases that come before it will be determined solely on their legal merits”.

outrem permite uma atuação, voltada para a obtenção de um melhor resultado estratégico⁶¹². Tal comportamento abre espaço para situação ainda pior, a troca de votos. Na prática esses juízes usam os argumentos de outrem para dar uma roupagem jurídica a suas reais intenções quanto ao resultado. A publicidade tem o condão de diminuir este comportamento, na medida em que torna de conhecimento do público externo os posicionamentos de cada magistrado⁶¹³.

Decerto, os estudos empíricos e os relatos analisados demonstraram que, no âmbito de Supremas Cortes que possuem julgamento secreto, os *justices* podem falsear seus posicionamentos verdadeiros, com a finalidade de atingir o resultado mais próximo (“second best”) de suas preferências de primeira ordem (“first-order preference”)⁶¹⁴; e podem, igualmente, com o mesmo fim, mudar de opinião ou negociar alterações sem base em argumentos jurídicos⁶¹⁵. Isso tudo é possível em razão da inexigibilidade da divulgação dos debates internos e da fundamentação das respectivas opiniões. Como as opiniões sinceras e devidamente fundamentadas não precisam ser publicadas, os comportamentos predominantemente ideológicos podem influenciar no resultado e sequer serem percebidos pelo público em geral, o que importa em uma blindagem de tais comportamentos contra críticas externas.

⁶¹² EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17: “Conference discussion and votes provide several opportunities for strategic behavior; in particular, as Table 1 depicts, justices can misrepresent their preferences in their case statements and in their votes; and they can engage in strategic persuasion. Both have implications for the resulting policy, not to mention case disposition. [...] Fortunately, the extant literature is replete with explanations. For starters, Murphy (1964) Schwartz (1990), and others suggest that justices act in sophisticated fashions to bring policy as close as possible to their ideal points”.

⁶¹³ Sob uma outra perspectiva, essa publicidade importa em uma pressão para a adoção de razões públicas nas decisões, por meio do elemento socrático, pois submete a contestação pública os votos de cada julgador, e do elemento democrático, pois na dinâmica democrática os comportamentos individualistas, estreitos e sectários são identificados. Cf. CHAMBERS, Simone. **Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation**. Toronto: The Journal Of Political Philosophy, 2004. P. 391.

⁶¹⁴ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 19/22; EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17/22.

⁶¹⁵ BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. P. 27/28 e 33.

Este falseamento intencional é, per si, um vício sob o prisma deliberativo, pois contrário à exigência de argumentação franca e permeabilidade aos argumentos coletados – segundo parâmetro⁶¹⁶. Mas os problemas dessa prática são ainda mais amplos.

Sobre esses problemas, é relevante a diferenciação proposta por Brian Tamanha entre “wilful judging” (julgamento intencional) e “subconscious bent of judges” (inclinação subconsciente de juízes). Segundo o autor esta circunstância afeta qualquer um, operando fora da consciência e manifesta-se por meio de construções cognitivas influenciadas, inconscientemente, por categorias do pensamento e da percepção, como linguagem, conceitos, ideias e crenças; relaciona-se, no caso de juízes, com uma interpretação não instrumental do direito e dos fatos, com uma busca genuína do julgador pela melhor interpretação jurídica; e sustenta-se na visão de que o direito corresponde a um guia para a produção de uma decisão a que o juiz está obrigado a seguir. Aquela, por outro lado, corresponde a um comportamento judicial que não é ubíquo e pode ser evitado; o juiz, em consonância, busca uma interpretação instrumental e combinada dos fatos e do direito para alcançar um resultado almejado; importa em direcionamento a um objetivo, independentemente de qual seja a melhor interpretação jurídica; e, por fim, o direito é visto como uma constrição que pode ser afastada se necessário⁶¹⁷.

Em razão de tais fatores, Brian Tamanha salienta que o “wilful judge” viola as obrigações da função judicial. Ainda segundo o autor, o Estado de direito impõe às várias esferas do Judiciário um conjunto de orientações, que direcionam os julgadores a aplicar o direito; a não favorecer uma das partes; a ser justo; e, quando houver dúvida no direito, a buscar a melhor resposta jurídica, o que torna inapropriado, o julgamento tendencioso⁶¹⁸. Na mesma linha, Luís Roberto Barroso salienta que este comportamento não é legítimo e manifesta-se mediante a “vontade consciente e deliberada de produzir determinado resultado,

⁶¹⁶ A contraposição entre o comportamento estratégico e a boa deliberação também é ressaltada por Virgílio da Silva, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P. 572: “This and other similar and not very improbable situations frequently lead to untended and conter-productive strategic behavior that hampers the free flow of argument, which is a condition for a good deliberative practice”.

⁶¹⁷ TAMANAHA, Brian. Z. **Beyond the formalist-realist divide**. The Role of Politics in Judging. New Jersey: Princeton University Press. 2010. p. 188.

⁶¹⁸ TAMANAHA, Brian. Z. **Beyond the formalist-realist divide**. The Role of Politics in Judging. New Jersey: Princeton University Press. 2010. p. 189.

ainda que não seja o que se considera juridicamente melhor, com o propósito de agradar a quem quer que seja ou para a satisfação de sentimento pessoal”⁶¹⁹.

Ressalte-se que a atuação estratégica por membros de cortes constitucionais não é exclusividade daqueles que se comportam de forma a agradar outrem ou a satisfazer sentimento ou ideologia pessoais, mas também pode ser implementada por magistrados legalistas, conforme salienta Adrian Vermeule. Este autor refere a possibilidade de identificação de quatro tipos referenciais de juízes: os atitudinais e não estratégicos; os atitudinais estratégicos; os legalistas e não estratégicos; e os legalistas estratégicos. Estes últimos, mesmo conduzidos por uma visão legalista, praticam uma interpretação legal não ideal, uma abordagem “second-best” da Constituição e dos estatutos legais. Segundo este autor, é o comportamento estratégico deve ser considerado mesmo por legalistas, para o atingimento de melhores resultados. *In verbis*:

Rather, it is a conditional and prescriptive claim: even judges who decide strictly according to law must consider the possibility that the best attainable legal outcomes, by their own lights, will occur if they vote differently than they would if other judges agreed with their views. The behavior of other judges creates a non-ideal constraint on the behavior that is best for any given judge.

To define the issues more clearly, I will identify four ideal types of judges, who take different stances toward legal norms. The types are defined by their positions on two different axes: whether the judge is attitudinal or legalist, and whether the judge is strategic or nonstrategic. Needless to say, real-world judges will not perfectly match any of the ideal types.

Because other judges will often not agree, the legalist judge may do best, according to her own theory, by voting differently than she would if all other judges were certain to vote likewise. What the legalist nonstrategic judge sorely needs, and lacks, is a nonideal theory of legal interpretation— a second-best approach to constitutional and statutory cases.⁶²⁰

O que deve ser objeto de críticas democráticas, assim, é o comportamento estratégico estribado exclusivamente em posicionamento ideológicos e individualistas do julgador, incluindo-se suas concepções políticas pessoais⁶²¹. Tal comportamento gera um ceticismo quanto à relevância do direito, podendo prejudicar a legitimação da função judicial e promover uma liberação para que os juízes façam o que quiserem⁶²². De fato,

⁶¹⁹BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 269. Nota 91.

⁶²⁰VERMEULE, Adrian. **The system of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 152/155.

⁶²¹Que importam em comportamentos individualistas, estreitos e sectários. Cf. CHAMBERS, Simone. **Behind Closed Doors**: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation. Toronto: The Journal Of Political Philosophy, 2004. P. 391.

⁶²²BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 266/267.

prescritivamente, é possível sustentar que os juízes devem ter como motivação primária e principal a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes⁶²³, assim como deve o direito – a Constituição, as leis, a jurisprudência, os elementos e métodos de interpretação – desempenhar uma função limitadora⁶²⁴. Contudo, essa concepção normativa-filosófica de defesa do direito torna-se frágil se no campo descritivo a realidade é outra. O sigilo dos meandros da deliberação entre os julgadores favorece o comportamento ideológico, o que restou demonstrado pelos estudos de Epstein e Knight; Speath e Seagal; e Bickel, sobre a Suprema Corte dos EUA, especialmente pela identificação de atuações estratégicas, barganhas e negociações não embasadas em argumentos jurídicos⁶²⁵ - inclusive com a possibilidade de influenciar no resultado final, pois os *justices* fazem acomodações em busca da formação de uma maioria⁶²⁶.

É nesse panorama que a adoção de um design institucional caracterizado pela abertura da deliberação torna-se uma resposta de ordem prática ao problema, uma ferramenta importante para o combate aos comportamentos ideológicos, individualistas e predominantemente políticos.

⁶²³BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 267 e FRIEDMAN, Barry. **The Politics of Judicial Review**. New York: New York university school of law. 2006. Disponível em <https://papers.ssrn.com>. Acesso em 20/12/2016. p. 270.

⁶²⁴BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.267.

⁶²⁵ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 10: “Close examination of the works on Brenner’s list, however, reveals that most either were not explicit applications of game theory or were conducted in the late 1960s and early 1970s. We do not have to search too long to explain this trend away from approaches ground in rationality: They were displaced by the attitudinal model of legal decisions—a model grounded in the social-psychological tradition and one which received full-blown treatments in Schubert 1965; Spaeth 1972; and Rohde and Spaeth 1976. Under this attitudinal approach—at least in its purest incarnation—justices base their decisions solely on the facts of cases vis-à-vis their ideological attitudes and values. They are the “single-minded seekers of legal policy” suggested by the legal realists and by Pritchett’s earliest writings but they do not consider Congress’s preferences, those of the President, the executive, the public, or even their colleagues’. Rather they are naive actors who merely vote their unconstrained preferences into law”. SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 7449/7554. BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis**: The Supreme Court at Work. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. P. 21/33.

⁶²⁶ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22; BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis**: The Supreme Court at Work. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. P. 27/28 e 33; Speath pos 8733: “Typically, the number of judgments is not large – 4.2 percent of the Burger Court’s signed opinions and 3.3 percent of those of the Rehnquist Court during its first thirteen terms (1986–98) – as opinion writers often attempt to accommodate conference coalition members”.

Com vistas a identificar os fatores que influenciam na prática a decisão judicial que a doutrina aponta três modelos amplos de comportamento judicial: o legalista, o atitudinal e o neoinstitucional⁶²⁷. O modelo legalista baseia-se na ideia de que as decisões das cortes são substancialmente influenciadas pelos fatos de um caso à luz do significado claro das leis, da constituição, da intenção dos constituintes originários e dos precedentes⁶²⁸, seja como limite externo, seja como limite interno, em razão do *ethos* a que submetidos os juízes⁶²⁹. O modelo atitudinal indica que as decisões das cortes são proferidas com base nos fatos do caso e nas ideologias e nos valores dos juízes⁶³⁰. O modelo neoinstitucional em que se analisa como as características institucionais influenciam as ações dos atores individuais⁶³¹ e o comportamento

⁶²⁷Jeffrey Segal e Harold Speath, referências nos estudos dos modelos de comportamento judicial, especialmente o atitudinal, referem aos modelos legalista, atitudinal e da *rational Choice*. V. SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 1378/1412. Porém, conforme a classificação de Mark Miller, este último modelo corresponde a uma das três vertentes do modelo neoinstitucional, mais abrangente, e assim, mais adequado para uma classificação geral dos modelos de comportamento judicial. v. MILLER Mark. C. **The View of the courts from the Hill: A neoinstitutionalist perspective**. In: MILLER Mark C. e BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: Na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown Universitypos. 2004. pos. 879/904. Essa classificação é adotada por Rodrigo Brandão. v. 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. 225/227. Classificação um pouco diversa é utilizada Luís Roberto Barroso (legalista, ideológico e estratégico) e Patrícia Perrone (legalista, ideológico e institucional), v. BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. p. 280/281; e MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. XIX/XXIV.

⁶²⁸SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 1450.

⁶²⁹BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe A Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 225. Sobre o *ethos* jurídico, Brian Tamanha salienta: “All judges and lawyers ahavew been indoctrinated in legal principles, legal concepts, legal rules, legal standards, modes of legal interpretation, and modes of judging, inculcated in the course of legal education and legal practice”. TAMANAHA, Brian. Z. **Beyond the formalist-realist divide**. The Role of Politics in Judging. New Jersey: Princeton University Press. 2010. p. 194/195.

⁶³⁰ SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 2411. Atitudinal decorre do termo *attitude* que pode ser entendida, se gundo os referidos autores, como conjunto de crenças interrelacionads sobre as partes, diretas e indiretas, do processo (*objects*) e o problema legal dominante em discussão em um caso (*situation*), cf. SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 2487.

⁶³¹ MILLER Mark. C. **The View of the courts from the Hill: A neoinstitutionalist perspective**. In: MILLER Mark C. e BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: Na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown Universitypos. 2004. pos. 876. Conforme ainda Miller, o modelo “neoinstitucionalist” ou “new institutionalism” abrange três vertentes de abordagem, o “rational choice institucionalism”, o qual adiciona variantes institucionais aos modelos formais de comportamento político individual, antes apreciados.; o “sociological institucionalism”, que baseia-se na ideia de que as formas e os processos institucionais são determinados culturalmente e não inerentemente racional; e o “historical-interpretativ institucionalism”, adotado pelo referido autor e que baseia-se em uma análise mais ampla e complexa da relação entre o comportamento dos atores políticos, individualmente considerados, com a instituições, considerando as perspectivas individuais, a cultura instituição e a vontade coletiva da instituição. Cf. MILLER Mark. C. **The View of the courts from the**

individual dos juizes e legisladores, assim como a relação entre os Poderes⁶³². Este último modelo, o neoinstitucional, tem a vantagem de ser mais amplo e, assim, é mais propenso a superar os demais modelos, pois observa “não apenas o comportamento individual de juizes e legisladores (como os modelos atitudinal e o legalista), mas, ao contrário, dá especial atenção às interações travadas entre os ‘poderes’”⁶³³. E, assim, perscruta a influência não só de questões de ideologia⁶³⁴, comprovadas nas análises empíricas citadas, como outros fatores de constrição.

A investigação prática mediante estes modelos é relevante para a compreensão do fenômeno da decisão judicial na realidade, assim como contribui para que os operadores construam designs institucionais capazes de manter ou reforçar a autonomia do direito, ainda que parcial⁶³⁵.

Note-se que a exposição dos fundamentos jurídicos de cada magistrado é um fator importante na construção desses *designs*, pois dá transparência aos fatores que influenciam a tomada de decisão pelos julgadores, submetendo estes a maior controle social. Disso decorre, ainda, a importância da argumentação jurídica nos processos e decisões judiciais, como fator de limitação das influências extrajurídicas nos atos produzidos pelo Judiciário, inclusive nas cortes constitucionais. Conforme Luís Roberto Barroso:

De parte disso, os argumentos utilizáveis em um processo judicial na construção de qualquer decisão precisam ser assimiláveis pelo direito, não somente por serem de razão pública, mas por seguirem a lógica jurídica, e não a de qualquer outro domínio. Ademais, a racionalidade e a razoabilidade de qualquer decisão estará sujeita, no mínimo, à revisão por um segundo grau de jurisdição, assim como ao controle social, que hoje é feito em sítios jurídicos na internet, em fóruns de debates e, crescentemente, na imprensa geral. Vale dizer: a atuação judicial é limitada pelas possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento, pelo tipo de argumentação

Hill: A neoinstitutionalist perspective. In: MILLER Mark C. e BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: Na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown Universitypos. 2004. Pos.901.

⁶³² 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.227.

⁶³³ 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. 227.

⁶³⁴ Comprometimento político e moral, cf. SUNSTEIN, Cass R. *et al.*, **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington: The brookings institution. 2006. p. 147.

⁶³⁵ Nesse prisma, sobre a autonomia parcial do direito frente a fatores extrajurídicos em decisões judiciais, assim já se manifestou Luís Roberto Barroso: “[...]Sem embargo das influências políticas e das opções estratégicas, o direito conservará sempre uma autonomia parcial. Ainda quando não possa oferecer todas as soluções pré- prontas em seus enunciados normativos, conceitos e precedentes, o direito limita as possibilidades legítimas de solução. De fato, deverão elas caber nas alternativas de sentido e de propósitos dos textos, assim como harmonizar-se com o sistema jurídico como um todo”. Cf. V. BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 280.

jurídica utilizável e pelo controle de razoabilidade e racionalidade que restringem as influências extrajudiciais de natureza ideológica ou estratégica. Mas não as inibem inteiramente. Reconhecer isso não diminui o direito, mas antes permite que ele se relacione com a política de maneira transparente, e não escamoteada⁶³⁶.

Sobre a relevância da fundamentação jurídica, e não só do dispositivo, para a aferição dos elementos que influenciam a decisão judicial, assim já se manifestou Patrícia Perrone:

As observações acima demonstram que os estudos empíricos quantitativos, apesar de sua grande relevância e de seu poder explicativo, têm limitações. A apreensão plena da participação das preferências pessoais dos magistrados depende igualmente de análises qualitativas de seus votos. Não é apenas o dispositivo de uma decisão que constitui uma escolha ideológica. Os fundamentos jurídicos utilizados por um magistrado para decidir também expressam tais preferências. Quando o Judiciário julga uma questão altamente controversa na sociedade de forma unânime, isso não significa forçosamente que inexistem divisões ideológicas na corte sobre o tema⁶³⁷.

Patrícia Perrone, ainda, em estudo empírico sobre a fundamentação jurídica dos ex-Ministros do STF Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa; e do Ministro Gilmar Mendes, em casos paradigmas que podem produzir elevado desacordo moral (constitucionalidade de pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510; reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas- ADI 4277 e ADPF 132; lei de imprensa – ADPF 130 e interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54), pôde traçar padrões de decisão dos referidos julgadores⁶³⁸. Isso somente foi possível ante a realidade do STF em que os ministros proferem votos em julgamento aberto e em *seriatim*. Esta abordagem se torna inviável, contudo, na realidade das cortes em que a sessão de julgamento é secreta e as opiniões dos julgadores não são reveladas *in tontum*, o que dificulta a avaliação da sinceridade dos julgadores e do respeito, ou pelo menos consideração, dos precedentes. Ao pesquisar sobre a relevância dos precedentes para os *justices* da Suprema Corte dos EUA, por exemplo, Segal e Speath identificaram a inviabilidade de produzir estudo empírico baseado sobre os que votam com a maioria, pois os motivos de concordância com o precedente não são revelados. *In verbis*:

Thus, the best evidence about whether justices are influenced by a precedent would come not from justices who joined the Court after the decision in question, for we usually cannot be certain about what their position on the case would have been as an original matter. Nor can we gather such evidence from those on the Court who voted with the majority, for the precedent established in that case coincides with their revealed preferences (whatever their cause). Rather, the best evidence for the influence of precedent must come from those who dissented from the majority

⁶³⁶BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 281.

⁶³⁷MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 77.

⁶³⁸MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 96/123.

opinion in the case under question, for we know that these justices disagree with the precedent⁶³⁹.

Ademais, a transparência quanto aos fundamentos dos julgadores, dificulta o julgamento casuístico e as mudanças frequentes de opiniões. Nesse cenário, os julgadores que mudarem de posicionamento serão estimulados a justificar as respectivas razões. É claro que a mudança de posicionamento não é um vício em si, antes pode representar uma evolução teórica. O que, no entanto, não pode ser admitida é a mudança constante e injustificada de decisões do julgador, o que representaria a conformação do direito ao seu bel-prazer, com construção de argumentação ou mesmo aderência aos argumentos de outrem, apenas para justificar a sua escolha subjetiva. Esse comportamento põe em xeque a segurança jurídica e o Estado de direito, ao mesmo tempo que permite a influência de doutrinas abrangentes de julgadores não eleitos em decisões relevantes para a sociedade.

Deve-se ressaltar, contudo, que seria deveras ingênuo acreditar que a publicidade dos trâmites deliberativos poria fim a essas práticas nefastas de julgamento exclusivamente ideológico, de julgamentos insinceros, de mudanças de opiniões escamoteadas. Não obstante isso, não se pode negar que a transparência do julgamento é um instrumento valioso para a redução de tais desvios e favorecimento da responsividade.

Assim, a sessão aberta de julgamento é mais apta a produzir argumentação franca e permeabilidade aos argumentos formulados (segundo parâmetro da performance deliberativa), ao mesmo tempo que restringe a influência de elementos extrajurídicos nas decisões das cortes constitucionais. Não é a transparência um problema da deliberação e da decisão judicial, o problema é a falta de deliberação prévia ao julgamento, mormente de conhecimento prévio por todos os julgadores das propostas de seus pares, para que possam sobre elas refletir e se posicionar, realizando o primeiro e terceiro parâmetros da performance deliberativa. Para tal desiderato, algumas práticas estrangeiras são recomendadas, como a circulação prévia de minutas, a definição prévia dos fatos sob julgamento, a manifestação em separado de cada questão jurídica e a consideração de todos os fundamentos em discussão, o que será analisado mais adiante.

Uma outra expressão negativa do julgamento secreto diz respeito ao seu potencial favorecedor de polarização política e neutralização do dissenso. Decerto, a polarização ou radicalização ideológicas de uma corte ocorre quando os juízes costumam se inclinar

⁶³⁹SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 6895/6926.

ideologicamente no mesmo sentido em um processo de decisão, mais especificamente, quando os membros de um grupo adotam posições mais extremas, após a deliberação, em comparação com seu posicionamento pré-deliberativo, que seria mais moderado⁶⁴⁰. Isso é identificado na doutrina, principalmente, nos casos em que a composição da corte é mais homogênea em termos ideológicos⁶⁴¹, *e. g.*, no caso de composição da Suprema Corte dos EUA formada por maioria conservadora ou uma composição formada por maioria progressista.

Contudo, como ressaltam Sunstein *et al.*, essa polarização pode decorrer de argumentos persuasivos, comparação social e o efeito da corroboração⁶⁴². Neste último caso, a corroboração pode gerar uma confiança do “opinion writer” para avançar na direção de um extremo⁶⁴³, isso pode se dar principalmente por meio de troca de razões e concordância. Não se pode descartar, da mesma forma, o fato de que se o magistrado se mantém inerte e apenas adere ao voto de outrem, como constatado nas Cortes dos EUA e do Reino Unido, isso também pode passar uma mensagem de que há corroboração e deflagrar um posicionamento mais direcionado a extremos. Além disso, os modelos fechados fragilizam a deliberação externa e a identificação do julgador com interlocutores externos, sendo assim, mais suscetível às adesões intragrupo⁶⁴⁴.

Ressalte-se, no entanto, que em casos mais complexos e relevantes, a polarização tem se mostrado mais difícil em razão do entrenchamento mais profundo de opiniões⁶⁴⁵, embora em casos menos complexos o acompanhamento ao voto do relator possa ser mais frequente e favorecer a polarização.

Por outro lado, o convívio de membros que trabalham juntos por longa data pode gerar um ambiente restritivo a eventual dissenso e o julgador que diverge pode - segundo uma

⁶⁴⁰SUNSTEIN, Cass R. *et al.*, **Are Judges Political?** An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: The brookings institution. 2006. p. 71.

⁶⁴¹POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University press. 2008. Pos. 581; v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 175/178.

⁶⁴² SUNSTEIN, Cass R. *et al.*, **Are Judges Political?** An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: The brookings institution. 2006. p 71/78.

⁶⁴³ Sobre esse efeito, v. SUNSTEIN, Cass R. *et al.*, **Are Judges Political?** An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: The brookings institution. 2006. p 75.

⁶⁴⁴ Em sentido semelhante, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.175/178.

⁶⁴⁵ SUNSTEIN, Cass R. *et al.*, **Are Judges Political?** An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: The brookings institution. 2006. p 77.

análise de custo-benefício⁶⁴⁶, ao que Bickel cunhou de dilema do dissidente⁶⁴⁷ - deixar de manifestar a sua opinião divergente em muitos casos, para fazê-lo, apenas, quando extremamente relevante. Isso também potencializa a polarização no âmbito das deliberações fechadas, ainda que mais intensa em casos de menor atenção ou projeção social.

De outro lado, o modelo público, adotado no STF, que favorece também a deliberação externa, tem o condão de minorar a polarização ideológica, que importa em posicionamentos mais radicais; bem como a neutralização do dissidente. Ambos, fenômenos presentes em cortes que se acomodam com a aversão ao dissenso⁶⁴⁸. Isso porque esse modelo de votação atribui maior visibilidade ao membro do STF e permite que ele estabeleça maior comunicação com os que concordam com seus pensamentos⁶⁴⁹. Tal fato não impede, contudo, que ocorram eventuais acomodações e neutralizações⁶⁵⁰, mas sem dúvida a publicidade tem a propensão de minorar tais efeitos negativos.

No âmbito da Suprema Corte do Reino Unido, por outro lado, resta caracterizado que alguns dos *justices* atuam de forma confiante e defensiva de seus posicionamentos, porque já possuem seus posicionamentos formados⁶⁵¹. Outros atuam de forma mais experimental e apontam para a necessidade de maiores debates, em momento futuro, por meio da troca de minutas⁶⁵². Também na corte do Reino Unido é reconhecida a pouca influência dos últimos juízes a se manifestarem, nesta fase de julgamento⁶⁵³.

Além disso, de acordo com a doutrina, esta fase é eficiente para o conhecimento do posicionamento entre os *justices* e para a verificação de uma opinião majoritária, mas não

⁶⁴⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 176.

⁶⁴⁷ BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis**: The Supreme Court at Work. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. p 21 e seguintes.

⁶⁴⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.175/178.

⁶⁴⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205.

⁶⁵⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205.

⁶⁵¹ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 88/89.

⁶⁵² PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 88/89: “[S]ometimes people are quite tentative because number one hasn’t really been able to gauge how everybody else feels and doesn’t want to commit himself too hard to a particular position, and may end up by saying ‘well that’s my view for the moment but I would like to hear from others before I commit myself’, and that’s perfectly in order of course”.

⁶⁵³ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 90/91.

para possibilitar um esforço na produção de uma decisão majoritária, identificar os parâmetros de divergência e para designar aquele que irá redigir a decisão. Estes fatores ficam mais ao sabor do comprometimento e da influência do *chief justice*⁶⁵⁴. O fato de não fomentar a produção da decisão majoritária e a esta fase seguir também uma fase secreta de circulação de minutas tem gerado problemas quanto à participação dos magistrados no julgamento, pois muitos não escrevem opiniões; abdicam de escrever suas opiniões divergentes; aderem à opinião dos pares, sem formar convencimento próprio; atrasam a redação de suas opiniões, porque estão ocupados; estrategicamente buscam saber primeiro a divisão de opiniões entre os demais antes de agir; ou, ainda, relutam em seguir uma mudança na jurisprudência implementada pelos demais pares⁶⁵⁵.

O estudo desta corte mostrou, assim, que também há comportamentos não voltados para levar em conta as diversas posições ou mesmo buscar o consenso (primeiro e terceiro parâmetros). Demonstra a dependência de uma nova fase deliberativa para a formação da convicção dos magistrados, principalmente, em razão de não conhecerem previamente a opinião dos demais, além de ser prejudicial à influência dos últimos juízes a se manifestarem, neste caso os mais antigos, em contraposição à Corte dos EUA, o que fragiliza o primeiro parâmetro. Além disso, o segredo das fases de julgamento na Corte do Reino Unido também permite inércia de alguns julgadores e comportamentos estratégicos que podem não ser justificados em argumentos, mas em posicionamentos predominantemente ideológicos.

Sobre o comportamento estratégico-ideológico, cabe ressaltar que, em relação à Suprema Corte dos EUA, os estudos empíricos analisados indicaram que os *justices* podem dissimular suas reais intenções de voto ou se manifestar de forma diversa de sua verdadeira convicção para atingir melhor resultado final⁶⁵⁶, podem mudar de opinião ou negociar alterações sem base em argumentos jurídicos⁶⁵⁷. Na Suprema Corte do Reino Unido, de outro lado, alguns *justices* atrasam estrategicamente com o intuito de saber primeiro a divisão de

⁶⁵⁴ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 95/96.

⁶⁵⁵ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98/99.

⁶⁵⁶ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 19/22; EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17/22.

⁶⁵⁷ BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. P. 27/28 e 33.

opiniões entre os demais antes de se manifestar⁶⁵⁸. Esses casos de maior preocupação com o resultado do que com as razões, embora não sejam necessariamente vinculados à ideologia – pode consubstanciar estratégia para atingir o resultado que mais se afigura justo, abre espaço atuação conforme convicções predominantemente políticas e sem dúvida não deliberativa⁶⁵⁹.

Note-se que as falhas da deliberação favorecem os comportamentos predominantemente ideológicos⁶⁶⁰, especialmente quando o julgador não é obrigado a revelar seu posicionamento com base em argumentos jurídicos próprios. Esse comportamento individualista, estudado tanto pelo modelo atitudinal quanto pelo neoinstitucionalismo⁶⁶¹, quando praticado por magistrado que adere à opinião de outrem pode representar um desvio do dever de fundamentação, pois pode concordar de forma dissimulada e não franca (segundo parâmetro), mas sim buscando o melhor resultado estratégico, como indicam os estudos de Epstein e Knight sobre a Corte dos EUA⁶⁶². Na prática usam os argumentos de outrem para dar uma roupagem jurídica a suas reais intenções quanto ao resultado. A publicidade tem o condão de diminuir este comportamento, na medida em que torna de conhecimento do público

⁶⁵⁸ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98/99.

⁶⁵⁹ A contraposição entre o comportamento estratégico a boa deliberação também é ressaltada por Virgílio da Silva, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013. P. 572: “This and other similar and not very improbable situations frequently lead to unattended and conter-productive strategic behavior that hampers the free flow of argument, which is a condition for a good deliberative practice”.

⁶⁶⁰ Em sentido semelhante, porém dentro de uma ótica fechada de decisão em corte não constitucional, v. EDWARDS, Harry T. **The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making**. Local: University Of Pennsylvania Law Review, 2003. P. 1641 e 1645, respectivamente: “Theses scholars invariably ignore the many ways in which collegiality mitigates judges’ ideological preferences and enables us to find common ground and reach better decisions”; “The more colegial the court, the more likely it is that the cases that come before it will be determined solely on their legal merits”.

⁶⁶¹ Sobre os modelos atitudinal e neoinstitucional e seus objetos de estudo, v. 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 225/227. V. também SEGAL, Jeffrey, and SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press. 2002. Pos. 2441/2852.

⁶⁶² EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. **Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court**. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 17: “Conference discussion and votes provide several opportunities for strategic behavior; in particular, as Table 1 depicts, justices can misrepresent their preferences in their case statements and in their votes; and they can engage in strategic persuasion. Both have implications for the resulting policy, not to mention case disposition. [...] Fortunately, the extant literature is replete with explanations. For starters, Murphy (1964) Schwartz (1990), and others suggest that justices act in sophisticated fashions to bring policy as close as possible to their ideal points”.

externo os posicionamentos de cada magistrado⁶⁶³. Estes se mudarem de posicionamentos jurídicos serão estimulados a justificar as respectivas razões, gerando maior *accountability*, e se o fizerem constantemente serão submetidos a um maior controle difuso.

É claro que a mudança de posicionamento não é um vício em si, antes pode representar uma evolução teórica. O que, no entanto, não pode ser admitida é a mudança constante e injustificada das razões do julgador, o que representaria a conformação do direito ao seu bel prazer, com construção de argumentação ou mesmo aderência aos argumentos de outrem apenas para justificar a sua escolha subjetiva. Isso põe em xeque a segurança jurídica e o Estado de direito, enquanto dá efetividade a doutrinas abrangentes de julgadores não eleitos. Também deve-se ressaltar que seria ingênuo acreditar que a publicidade dos trâmites deliberativos poria fim a essas práticas, mas é um instrumento valioso para a redução desses comportamentos e favorecimento de maior responsividade⁶⁶⁴.

Nesse ponto, a sessão aberta de julgamento é mais apta a produzir argumentação franca e permeabilidade aos argumentos formulados (segundo parâmetro da performance deliberativa). O que se faz necessário é possibilitar o conhecimento prévio por todos os julgadores das propostas de seus pares, de forma que sobre elas possam refletir e se posicionar, atingindo o primeiro e terceiro parâmetros da performance deliberativa, o que pode ser desempenhado mediante a circulação prévia de minutas, a definição prévia dos fatos sob julgamento, a manifestação em separado de cada questão jurídica e a consideração de todos os fundamentos em discussão.

Dessarte, não se pode dizer que os modelos de sessão secreta de julgamento são eficientes no plano deliberativo. Pelo contrário, o estudo demonstrou sua ineficiência e propensão a diversas consequências negativas como comportamentos estratégico-ideológicos e sua polarização nas cortes, sem prejuízo das críticas inerentes à falta de transparência e *accountability*, que são relevantes, per si, para a legitimidade das instituições públicas na democracia. Por outro lado, a sessão aberta de julgamento, além de exigência constitucional brasileira, tem maior propensão para o desenvolvimento da deliberação, devendo, no entanto,

⁶⁶³ Sob uma outra perspectiva, essa publicidade importa em uma pressão para a adoção de razões públicas nas decisões, por meio do elemento socrático, pois submete a contestação pública os votos de cada julgador, e do elemento democrático, pois na dinâmica democrática os comportamentos individualistas, estreitos e sectários são identificados. Cf. CHAMBERS, Simone. **Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation**. Toronto: The Journal Of Political Philosophy, 2004. P. 391.

⁶⁶⁴ Em sentido semelhante, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205: “Nos colegiados maiores, o poder de barganha de um juiz é menor porque seu entendimento, isoladamente, é pouco determinante da decisão final. Além disso, em um modelo externo de votação, dissentir traz o benefício de dar visibilidade ao juiz e de estabelecer a sua comunicação com os demais atores que pensam como ele”.

ser compatibilizada com outras práticas que permitam o conhecimento de todas as posições em discussão antes do julgamento final. Assim, deve ser mantida a publicidade da sessão de julgamento pelo STF.

4.2.2 Decisão em *seriatim*

O modelo adotado no STF é o modelo *seriatim*, que associado ao julgamento em sessão pública, importa em uma situação peculiar: a formação da decisão, sua redação e a publicação dos votos de cada julgador encontram-se sobrepostas, pelo que estes dois últimos padrões devem ser apreciados em conjunto com a fase decisional⁶⁶⁵. Em tópico outro, sobre a formação da decisão, abordar-se-á o caminho para elaboração da redação da decisão. Neste, dedicar-se-á à forma de publicação da decisão.

Inicialmente, cabe ressaltar que o modelo de decisão em *seriatim* é de tradição britânica⁶⁶⁶ e, assim como o modelo de deliberação pública, remete às práticas da *House of Lords*, que na verdade era órgão integrante da estrutura do Parlamento britânico. Corresponde a uma forma de decisão caracterizada por “uma série de opiniões escritas, individualmente, por cada juiz em um órgão colegiado, em oposição a uma opinião única expressa pela corte como um todo”⁶⁶⁷. Com base em Ruth Ginsburg, pode-se acrescentar que, nesse sistema de votação, cada juiz profere individualmente não só sua opinião quanto ao resultado, mas também quanto às respectivas razões⁶⁶⁸. Caracteriza-se por total liberdade na votação de matéria submetida à decisão do órgão julgador, não há “regra, critério ou orientação, explícita

⁶⁶⁵ Segundo o modelo mais abstrado de Hübner, a redação da decisão e a sua publicação seriam próprias da fase pós-decisional. V. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 169/173.

⁶⁶⁶ HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007. P. 7. V. também VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 115/116.

⁶⁶⁷ v. GARNER, Bryant A. **Black's law dictionary**. 9th edition (Abridged). West. Thonson Reuters business. 2009. p. 1202 (tradução livre).

⁶⁶⁸ GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 nº 6. December 1992. p. 1189. “The individual judging pattern has been characteristic of the Law Lords, who serve as Great Britain's Supreme Court. The Lords sit in panels of five and, traditionally, have delivered opinions *seriatim*, each panel member, in turn, announcing his individual judgment and the reasons for it”.

ou implícita, que proíba a apresentação de votos concorrentes ou divergentes”⁶⁶⁹ e não há preocupação em atingir consensos⁶⁷⁰.

Este modelo se contrapõe ao modelo de decisão *per curiam* (ou institucional), no qual há publicação de uma decisão da corte sem que haja identificação individual do juiz que a escreveu⁶⁷¹, e ao modelo intermediário ou misto que corresponde a um meio termo entre os dois modelos anteriores, no qual a maioria produz uma opinião da corte, que abrange o resultado e a fundamentação, embora se identifique um redator. Ao mesmo tempo, este modelo permite votos concorrentes, dissidentes e até possibilidade de adoção de decisão *per curiam* em um caso concreto. É o modelo típico da Suprema Corte dos EUA⁶⁷².

Entre as vantagens apontadas para o modelo *seriatim* estão: (i) maior *accountability* dos juízes; (ii) maior transparência, pois há conhecimento sobre a opinião de cada magistrado; (iii) maior independência judicial, pois não precisaria barganhar ou negociar com outros magistrados quanto à adesão a determinado posicionamento; (iv) permite evolução jurisprudencial, pois as decisões minoritárias podem ser majoritárias no futuro; (v) reforça o papel dos juízes na sociedade, pois seus posicionamentos individuais se tornam mais conhecidos; (vi) incentiva decisões mais técnico-jurídicas do que políticas, pois há exposição individual e personalizada; e (vii) promove melhor análise de argumentos e contra-argumentos⁶⁷³.

⁶⁶⁹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 68.

⁶⁷⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 68.

⁶⁷¹ v. GARNER, Bryant A. **Black’s law dictionary**. 9th edition (Abridged). West. Thonson Reuters business. 2009. P. 1201/1202; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 73.

⁶⁷² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 69 e 83/84; v. HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again**: A Theory of Dissent. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007. P. 7. v. GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 nº 6. December 1992. p. 1189. “But even Marshall, during his long tenure as Chief Justice, ultimately dissented on several occasions and once concurred with a separate opinion. We continue in that middle way today”.

⁶⁷³ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 70.

Em contraposição, parte da doutrina sustenta também haver desvantagens na prolação de decisão em separado. Para Ruth Ginsburg, o excesso de votos em separados pode gerar: (i) prejuízo à reputação do Judiciário; (ii) enfraquecimento do respeito de suas decisões; e (iii) enfraquecimento das virtudes do Estado de direito, *e. g.*, consistência, previsibilidade, clareza e estabilidade⁶⁷⁴. Todavia, conforme assevera Rafael Koatz, a principal crítica feita a este modelo corresponde à “dificuldade de identificação do precedente e de seus elementos”⁶⁷⁵.

O modelo institucional ou *per curiam*, por outro lado, de origem franco-germânica⁶⁷⁶ dá prevalência à opinião da corte⁶⁷⁷. Embora não se possa identificar o juiz que redigiu a decisão, que é atribuída ao órgão colegiado como um todo, em muitos sistemas jurídicos que adotam este sistema, atualmente, é permitida a publicação de votos divergentes ou concorrentes⁶⁷⁸, o que o aproxima do modelo intermediário. Poucas são as exceções, como a “Corte Costituzionale della Repubblica italiana”⁶⁷⁹. Esclarece André Ruffino sobre o tema:

Alguns sistemas adotam modelos de apresentação do resultado da deliberação que prescrevem que, independentemente do fato de a decisão ter sido tomada por unanimidade ou por maioria, ela deve ser publicada em formato de *texto único*, dotado de uma única estrutura argumentativa – relato do caso, fundamentos jurídicos, parte dispositiva –, a qual possa ser validamente considerada como a opinião do tribunal como um todo ou, em outros termos, como uma decisão *per curiam*.

Também é possível mencionar vantagens e desvantagens do modelo *per curiam*. Entre aquelas encontram-se: (i) a diluição da pressão sobre cada juiz, individualmente considerado; (ii) o favorecimento na formação de uma posição institucional; (iii) a facilitação do manejo de precedente; (iv) a facilitação de produção de decisões mais concisas e de melhor

⁶⁷⁴ GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 n° 6. December 1992. p. 1191.

⁶⁷⁵ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 71.

⁶⁷⁶ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 73.

⁶⁷⁷ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 73.

⁶⁷⁸ Como, por exemplo, na Espanha e na Alemanha, v. VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). p. 109/114.

⁶⁷⁹ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). 2015. P. 394.

compreensão; (v) o reforço ao papel do Judiciário como um todo, ao invés de juízes individualmente considerados; (vi) a desnecessidade de que os juízes que integram a opinião majoritária assumam compromissos com os divergentes e assim tenham que adotar critérios que possam fragilizar a decisão. De outro lado, aponta-se como desvantagens: (i) o favorecimento à politização dos debates judiciais, por meio de decisões ideológicas dos julgadores que não têm seus votos identificados; (ii) a menor *accountability* e transparência; (iii) a redução do grau de independência dos juízes que devem negociar seus votos; (iv) pode gerar decisões incoerentes em razão da necessidade de acomodar posicionamentos conflitantes; (v) pode exigir mais tempo para a conclusão do julgamento, em razão da maior necessidade de negociação entre os juízes⁶⁸⁰.

Quanto ao modelo intermediário, adotado nos EUA e no Canadá, por exemplo, tem-se as seguintes vantagens: (i) a legitimidade democrática decorrente da demonstração de debate de ideias e divergências próprias de uma sociedade em que há desacordo; (ii) o poder profético, que indica uma constante revisitação dos temas em discussão, com a possibilidade de o voto divergente e vencido de um passado abrir caminho para uma decisão mais correta no futuro, (iii) a possibilidade de fomentar debate público para além da corte, no âmbito da sociedade e das instituições⁶⁸¹. Porém, outras são as desvantagens apontadas, como (i) o aumento da importância dos julgadores de centro, ou voto médio, que podem alinhar-se com determinados posicionamentos, desfavorecendo divergências e favorecendo decisões mais radicais; (ii) o favorecimento da negociação política quando da formação da opinião; e, ainda, (iii) o incremento do tempo para se chegar a uma decisão⁶⁸².

⁶⁸⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 83. Conforme já salientado, parte da doutrina salienta a existência de um modelo intermediário, o qual importa em uma aproximação entre os dois modelos anteriores. Neste os juízes que compõem a maioria produzem um voto que corresponde à opinião da corte. Além disso, ainda haveria a possibilidade de decisões totalmente não identificadas, *i. e., per curiam*. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 84. Aqui, no entanto, adotar-se-á a classificação binária e considerar-se-á os níveis intermediários como moderações de cada.

⁶⁸¹ O que está em consonância com o papel catalisador do debate constitucional na sociedade, salientado por Barry Friedman, e com a expressão da legitimidade da corte em razão dos círculos de comunicação, conforme Van Hoecke. V. FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993. p. 669; HOECKE, Mark Van. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation**. Oxford: Ratio Juris, 2001. p. 421.

⁶⁸² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 88/89.

Tais considerações são relevantes e entrelaçam-se com a performance deliberativa. Contudo, deve-se ressaltar que as maiores críticas ao modelo adotado no STF, o *seriatim* não são propriamente feitas ao cerne deste modelo, *i. e.*, à publicação do voto de cada julgador, mas sim os vícios normalmente imputados a ele, o excesso de votos divergente e a baixa formação de consensos, como já ressaltado. São essas características que dão azo às afirmações críticas no sentido de que o modelo pode gerar prejuízo à reputação do Judiciário; enfraquecimento do respeito a suas decisões; e enfraquecimento das virtudes do Estado de direito. No entanto, se houver deliberação e formação de consensos, essas desvantagens são afastadas.

Essas críticas, também, não podem ser exageradas, pois, como salientado quanto às vantagens do modelo intermediário, a divergência tem o condão de favorecer a legitimidade democrática das decisões das cortes constitucionais, o poder profético e o fomento do debate constitucional na sociedade. Contudo, se o modelo *seriatim* estiver inserido em práticas deliberativas organizadas, estará apto a produzir decisões claras e transparentes e a fomentar o consenso, o que proporciona maior respeito às decisões, mesmo que plurais; maior força sobre as partes e instituições atingidas pelas decisões; e maior segurança jurídica na sociedade. Isso com superação dos problemas imputados ao modelo intermediário, ou seja, superação dos radicalismos ou polarizações e superação, ou pelo menos diminuição, das decisões politicamente negociadas, em razão do aumento da transparência e do controle social, que inibem de decisões não justificadas.

De fato, a deliberação e suas formas não podem descambar para uma busca de consenso a qualquer preço, até porque o consenso pode ocorrer ou não em uma deliberação entre julgadores independentes e com opiniões morais razoáveis diversas. Muito embora o engajamento colegial voltado para a formação de uma decisão clara relacione-se com o fomento de consensos - o que é um fator importante para as promessas instrumentais da deliberação, dentro de uma lógica de diálogos constitucionais e de desacordos razoáveis -, os votos dissidentes e concorrentes também são importantes.

Além do que já ressaltado quanto à relevância dos votos dissidentes, outros reflexos decorrentes de sua ausência também merecem consideração. Em primeiro lugar, quando um juiz constitucional opta por não dissentir, isso pode ocasionar uma paralisia de uma doutrina em ascensão, com prejuízos para a aplicação do Direito a curto ou médio prazo, inclusive, inibindo futuras oposições por membros julgadores⁶⁸³, o que é o reverso do efeito profético do

⁶⁸³ Cf. BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis**: The Supreme Court at Work. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. p. 28/30: “We know that in later

dissidente. A existência de opiniões não publicadas e não alteradas no âmbito da Suprema Corte dos EUA foi constatada em estudo empírico realizado por Epstein e Knight. Conforme os autores:

To be sure, we would be hard pressed to say that justices often write opinions that go unpublished or unchanged; yet, the fact that such writings are produced and then retracted or altered in nearly 20% of the cases is not easy to ignore—especially in light of the workload complaints that were registered by many Burger Court justices⁶⁸⁴

Por outro lado, a elaboração de uma opinião dissidente favorece a produção de votos mais refinados e com maior clareza, o que, ao contrário, não é incentivado em casos há inibição ao dissenso⁶⁸⁵. Também casos de abdicação do dissenso não contribuem para a produção de argumentos bem estruturados pelos participantes da deliberação⁶⁸⁶. Assim uma atmosfera que exija o consenso e iniba o dissenso, pode prejudicar a promessa epistêmica da própria deliberação e, conseqüentemente, dificultar a produção de decisões melhores. Além disso, o dissenso pode servir como um caminho para a revisão e correção de uma decisão qualitativamente ruim formada pela maioria^{687 688}.

Sob outro prisma, a inibição de dissenso pode conduzir a uma polarização ideológica, ou radicalização, do grupo de julgadores, como já salientado; o que corresponde a uma das críticas formuladas ao modelo intermediário. Isso porque, o voto dissidente tem o condão de inibir decisões radicais de uma maioria ideológica, pois produz argumentos e pontos de vista

years Brandeis at times suppressed his dissenting views on questions which he considered to be of no great consequence”; “Thus the dilemma. To remain silent, not drawing attention to a possibly nascente doctrine which one deems pernicious, no assisting, despite oneself, in its birth (...) The risk is that if the birth is successful, silence will handicap one’s future opposition”.

⁶⁸⁴ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 33.

⁶⁸⁵ GINSBURG, Ruth. **The Role of Dissenting Opinions**. minnesota law review. December 17, 2009. Disponível em www.minnesotalawreview.org. Acesso em 15/12/2016. p. 3.

⁶⁸⁶ GINSBURG, Ruth. **The Role of Dissenting Opinions**. minnesota law review. December 17, 2009. Disponível em www.minnesotalawreview.org. Acesso em 15/12/2016. p. 4.

⁶⁸⁷ GINSBURG, Ruth. **The Role of Dissenting Opinions**. minnesota law review. December 17, 2009. Disponível em www.minnesotalawreview.org. Acesso em 15/12/2016. p. 4; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 130.

⁶⁸⁸ Sunstein cita pesquisas empíricas, embora não focadas em órgãos jurisdicionais, que demonstram que a proteção do dissenso importa em melhoria em performance, SUNSTEIN, Cass. **Group Judgments: Deliberation, Statistical Means, and Information Markets**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 219, 2004 p. 49.

contrários à maioria, favorecendo uma moderação na decisão final, per si; importa em um desconforto aos demais com os questionamentos dissidentes; e, ainda, pode revelar inconsistências da tese da maioria⁶⁸⁹.

Além disso, não se pode esquecer que em sociedades plurais é comum a ocorrência de desacordos morais razoáveis, por vezes incompatíveis entre si, como já analisado. Nessa toada, a manifestação de votos dissidentes pode levar a uma maior aceitação dos que se viram derrotados em uma rodada de decisão nas cortes e, ao mesmo tempo, repercutir no debate público na sociedade, potencializando a deliberação externa⁶⁹⁰.

Com efeito, o trabalho em colegiado pode levar a situações práticas que, per si, inibem ou desestimulam o dissenso, como o longo tempo de contato entre os julgadores no ambiente de trabalho⁶⁹¹, ou mesmo, o aumento de trabalho decorrente da necessidade de redigir um voto em separado⁶⁹². No entanto, é possível pensar em práticas e procedimentos deliberativos que não inibam a defesa de voto divergente, como grupos maiores de julgadores e modelos que também se preocupam com a deliberação externa⁶⁹³. Um destes modelos é o *seriatim*, o qual exige a manifestação pública e justificada de todos os julgadores, seja para concordar ou dissentir, o que os submete também a maior transparência e controle, conseqüentemente, desfavorece as negociações políticas e a polarização ideológica, o que segue a mesma lógica da sessão pública, acima tratada, eis que, assim como a votação em série, propicia maior transparência.

As críticas atribuídas a este modelo, como mencionado, são mal direcionadas, na verdade, a produção excessiva de votos dissidentes que não dialogam com a decisão majoritária - o que infelizmente ocorre no Supremo Tribunal Federal^{694 695} - não é uma

⁶⁸⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 176.

⁶⁹⁰ V. BUSTAMANTE, Thomas. **The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic Yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?** (September 8, 2014). *Modern Law Review*, Forthcoming. p. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2493598>. acesso em 15/11/2016. p. 13/14;

⁶⁹¹ Sobre o dilema do dissidente, v. BICKEL, Alexander M. **The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957. P. 21/33.

⁶⁹² Como salientado por *ex justices* da Suprema Corte do Reino Unido em entrevista a Alan Paterson, cf. PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98/99.

⁶⁹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205.

⁶⁹⁴ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 88. Virgílio Afonso da Silva vale-se de um conceito mais restrito de voto divergente e o diferencia de voto vencido. Aquele corresponde ao voto que diverge do voto majoritário, mas com ele dialoga, enquanto este diverge sem dialogar. v. SILVA, Virgílio Afonso da. **De Quem Divergem os**

consequência do modelo *seriatim*, mas da fragilidade deliberativa, ocorrida na fase decisional como um todo. E como de depende do até aqui expendido, a deliberação na fase decisional não deve se resumir à prática de votação em série pelos julgadores, muitas são as práticas deliberativas que podem ser adotadas pelos *justices* antes de se chegar à decisão final, o que efetivamente ocorre em todas as cortes estrangeiras aqui analisadas e comparadas.

Se a votação em *seriatim* e a existência de dissenso não são efetivamente problemas, de plano, o julgamento em série não pode ser descartado em razão das críticas acima apontadas. Mas, para além disso, este modelo de julgamento pode ser um instrumento potencializador da performance deliberativa, o único capaz de superar a falha dos demais, *per curiam* e intermediário, ao promover o atendimento ao segundo parâmetro deliberativo, que compreende a argumentação franca e a permeabilidade a todo espectro de argumentos coletados, o que potencializa o diálogo franco com os demais poderes e a sociedade no próprio processo de tomada de decisão pela corte constitucional.

Ademais, como se pôde observar, em algum momento do procedimento deliberativo de todas as cortes examinadas, os julgadores expõem aos demais seus entendimentos seguindo uma ordem, uma série. Na corte da Colômbia, o “magistrado sustanciador” e depois os que elaboraram propostas divergentes de decisão, seguindo a ordem alfabética do sobrenome⁶⁹⁶. Na corte do Chile, após o debate segue-se, normalmente, uma ordem de votação por questões de fato e jurídicas, dispositivos e fundamentos, na ordem crescente de antiguidade, conforme o curso da formação da convicção dos magistrados⁶⁹⁷. Na “conference” realizada no âmbito da Suprema Corte dos EUA, segue-se a ordem decrescente de antiguidade quando da exposição das opiniões, por cada julgador⁶⁹⁸. E na Suprema Corte do Reino Unido,

Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Direito, Estado e Sociedade, 2015.p. 216/217.

⁶⁹⁵ Por outra perspectiva também, Henderson salienta a importância da publicação do dissenso para a litigação estratégica, cf. HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent.** John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007. P. 41.

⁶⁹⁶ Cf. art. 34 2º do regramento da Corte.

⁶⁹⁷ LORENZO, Diego; G. Pardow e RAMIREZ, Sergio Verdugo. **El Tribunal Constitucional Chileno y la reforma de 2005.** Um enroque entre jueces de carrera y académicos. Revista de Derecho v. XXVIII nº71 – Junio 2015. p. 132: “No existe un orden particular entre estos dos niveles. Por ejemplo, un juez con una marcada preferencia individual debiera decidir primero acerca de la constitucionalidad del decreto, revisando después si su posición está en la mayoría o en la minoría. Por el contrario, un juez con una preferencia más débil seguramente intentará saber primero la opinión de sus colegas para después decidir aquella posición que mejor sintonice con sus creencias”.

⁶⁹⁸ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court.** 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4400.

observa-se a ordem crescente de antiguidade, quando da exposição das opiniões entre os *justices*, durante a “first conference”⁶⁹⁹.

De fato, a ordem de exposição entre os ministros das respectivas opiniões nada mais é do que uma organização necessária para a prática deliberativa e, em regra, não necessariamente coincide com a formação da decisão colegiada ou mesmo com a divulgação desta decisão ao público, pois há um percurso deliberativo necessário para a transformação das diversas opiniões em uma decisão colegiada. Esse percurso lógico não é, todavia, adotado no modelo atual do STF. Neste, o momento em que os ministros dão conhecimento aos demais sobre seus posicionamentos é, ao mesmo tempo, o momento de revelação pública de seus votos. Essa prática, nos contornos adotados pela corte brasileira, é de fraquíssimo caráter deliberativo, como já visto, porém tem um fator positivo, tem o condão de tornar públicas todas as posições dos julgadores, o que não ocorre nas demais cortes constitucionais examinadas.

As cortes da Colômbia e do Chile divulgam uma decisão *per curiam* impura, eis que permitem a identificação do redator e a produção de votos dissidentes⁷⁰⁰. Já, nas Cortes do Reino Unido e dos EUA, forma-se uma decisão majoritária, ainda que com a possibilidade de opção pela decisão *per curiam*. Refletem, assim, modelos muito semelhantes, principalmente, porque todas produzem julgamento por meio de etapas deliberativas secretas. Nestas duas últimas cortes, contudo, muitos dos estudos analisados acima relatam problemas quanto à performance deliberativa, seja por eventuais inércias, seja por comportamentos preponderantemente estratégico-ideológicos, como visto no tópico anterior.

Uma ressalva fulcral quanto a estes modelos estrangeiros é a de que, salvo quanto ao voto isolado, não há publicidade das verdadeiras opiniões dos julgadores ou mesmo da amplitude de suas opiniões quanto ao tema em julgamento. Isso porque, a redação da decisão que é divulgada como decisão da corte passa por um processo de acomodação para se formar uma maioria ou um grupo de votos concorrentes ou dissidentes. Assim, a opinião publicada e comum entre dois ou mais julgadores não necessariamente reflete as opiniões mais sinceras dos julgadores, e, mesmo que se considere tenham os julgadores manifestado convicções sinceras, a publicidade recai apenas sobre aquilo em que concordam no julgamento do caso. Ou seja, não se pode dizer que o conteúdo da decisão corresponde à verdadeira opinião do redator ou mesmo de qualquer outro julgador que adere ao seu voto. Disso decorre que não há

⁶⁹⁹ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. P 87.

⁷⁰⁰ Cf. art. 20 do decreto 2.067 de 1991; e art. 8º, c, da Lei Orgânica Constitucional do Tribunal.

previsibilidade, quanto aos limites, que serão adotados pelos julgadores que participam de uma opinião comum em um julgamento futuro, *e. g.*, se serão mais progressistas ou mais conservadores.

A inércia em produzir uma manifestação própria e o comportamento ideológico, relatados acima, revelam prejuízos para o esforço em levar em conta todas as posições coletadas, para a argumentação franca e a permeabilidade ao amplo espectro de argumentos (primeiro e segundo parâmetros), embora possam conduzir a um consenso. Este, contudo, pode ser mais construído por meio de barganhas, ameaças de divergências ou até trocas de voto, do que propriamente deliberação, pois muitas vezes a acomodação de posicionamentos não decorre de troca de argumentos, como revelado. Isto está a demonstrar um equívoco em não se exigir a divulgação do posicionamento de cada membro julgador, pois fosse implementado o modelo *seriatim*, as opiniões dos julgadores em situações semelhantes seriam passíveis de conhecimento e confrontação no seio social, conseqüentemente, maior cuidado dos julgadores ao mudar de posicionamentos. Disso decorre que o modelo *seriatim* desestimula a inércia dos julgadores e a produção de posicionamentos preponderantemente ideológicos, ao mesmo tempo em que favorece a deliberação no que tange ao cumprimento do primeiro e segundo parâmetros. Isto é: é mais benéfico que os modelos institucional e intermediário.

Dessarte, propõe-se a manutenção do modelo de decisão em *seriatim*, no âmbito da sessão de julgamento do plenário do STF, pois a sua adoção, *pari passu* com o incremento das práticas deliberativas supramencionadas, favorece a deliberação e não carrega consigo as perniciosas desvantagens dos demais modelos.

4.3 Práticas deliberativas que devem ser desenvolvidas ou adotadas no julgamento do STF

4.3.1 Perguntas aos advogados em audiência de instrução: desenvolvimento de prática prevista no RISTF

Tanto no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia, quanto no Tribunal Constitucional do Chile, na Suprema Corte dos EUA e na Suprema Corte do Reino Unido, os julgadores costumam formular, em audiência, perguntas aos advogados dos interessados. Essa prática importa uma atitude pró-ativa dos julgadores direcionada ao conhecimento e consideração das posições e das razões das partes, atendendo ao primeiro parâmetro da

performance deliberativa, assim como permite o conhecimento mais uniforme entre os julgadores, o que também representa um passo na direção do consenso, ou pelo menos redução do dissenso, realizando o terceiro parâmetro também.

Como visto, nas cortes da Colômbia e do Chile, há referências de que, na prática, tais perguntas contribuem para o esclarecimento sobre as questões sob julgamento, assim como sobre os argumentos formulados pelas partes e intervenientes^{701 702}. Já em relação às cortes do Reino Unido e dos EUA, há relatos de que, além dos esclarecimentos quanto aos argumentos das partes e das questões de fato e de direito⁷⁰³, ocorre também uma verdadeira prática de deliberação indireta, mais especificamente de persuasão voltada à obtenção de consenso entre os julgadores, ainda que mediante perguntas direcionadas aos advogados, os quais servem como interlocutores⁷⁰⁴.

Ressalte-se que conquanto essas perguntas possam ser formuladas por uma série de fatores e com diversas intenções, diversos relatos nestas duas últimas cortes reconhecem o viés interativo entre os julgadores na prática. Conforme Alan Paterson em profícua pesquisa sobre a *Lords da House of Lords*, a Suprema Corte do Reino Unido e a Suprema Corte dos EUA:

[...]However, it has long been recognised that a proportion of judicial interventions, whilst ostensibly aimed at counsel, are in reality intended for their judicial colleagues.

This dialogue with colleagues is inter-related with the dialogue with counsel, but is one which occurs proportionately rather more frequently in the US Supreme Court than in the UK Supreme Court. Indeed it has been argued in relation to the US Supreme Court that the primary purposes of their very truncated oral hearings⁵³ are (1) to enable the Justices to learn for the first time what their colleagues think about the case (since tradition prevents them from engaging with each other beforehand),⁵⁴ and (2) to debate with their fellow Justices. Inevitably, the two activities often overlap. Of the former Justice Breyer noted,⁵⁵ ‘[Oral argument] does matter. Law clerks think it doesn’t ... [but] I see what my colleagues are thinking very often. I listen to their questions’. Of the latter, Chief Justice Roberts is reported to have observed,⁵⁶ ‘Quite often the judges are debating among themselves and just

⁷⁰¹ MESA, Vladimiro Naranjo. **La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana**. In: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Disponível em biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 30/12/2016.p. 620/621.

⁷⁰² EGAÑA, José Luis Cea. **Praxis del control de constitucionalidad en Chile**. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, el jueves 27 de septiembre de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016. p. 18

⁷⁰³ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4137.

⁷⁰⁴ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 79 e 80.

using the lawyers as a backboard. One of the real challenges for lawyers is to get involved in that debate⁷⁰⁵

Além disso, tais práticas são realizadas, em regra, em audiência pública, o que permite expor à sociedade o engajamento dos julgadores em conhecer os argumentos das partes e assim permeabilidade a estes argumentos.

Diante disso, pode-se constatar que a referida prática a um só tempo promove a realização de todos os parâmetros da performance deliberativa. Representa, em verdade, o esforço por parte dos julgadores em conhecer os argumentos das partes. Embora não se possa dizer da argumentação franca, permite verificar a permeabilidade dos julgadores aos argumentos das partes, necessária para a produção da melhor resposta jurídica. De lado isso, permite o esclarecimento sobre as questões de fato e direito sob julgamento, além de manifestar-se como meio de persuasão indireta entre os *justices*, pelo que atende, também, ao parâmetro de busca pelo consenso entre os julgadores, ou pelo menos, redução do dissenso.

O aceno ao caráter deliberativo desta fase já foi ressaltado por André Ruffino e Raphael Souza. Ambos salientam que tal prática tem o condão de proporcionar melhoria na qualidade deliberativa e promover maior informação. Transcreve-se:

A amplitude informativa e cognitiva é diretamente proporcional à qualidade do processo deliberativo, pois quanto mais ampla for a oferta de informação no seio do colegiado e quanto mais extenso e profundo for o conhecimento de cada deliberador sobre as questões em discussão, maior será a probabilidade de que a deliberação atinja níveis elevados de qualidade epistêmica. Uma maior quantidade de informações e um elevado conhecimento dos temas enfrentados implicam maior probabilidade de que os participantes da deliberação possam trabalhar dentro de um quadro mais amplo de possibilidades de decisão e vislumbrar soluções alternativas para os casos. Tem-se aqui, portanto, uma diretriz crucial para a negociação e a formação de acordos racionalmente justificados em torno de terceiras vias de decisão.

[...]Também quanto a esse aspecto, os tribunais devem manter *canais de bom relacionamento com os advogados*, permitindo a eles apresentar da melhor forma possível todas as suas razões e teses de defesa, inclusive por meio de sessões realizadas para sustentações orais⁷⁰⁶;

O terceiro aspecto que possui potencial para deflamar um intercâmbio de percepções entre os julgadores reside na formulação de perguntas aos advogados das partes. Conquanto pouco acionada, como dito, a possibilidade de questionamento é garantida pelo Regimento Interno e demonstra o interesse dos julgadores em esclarecer últimas dúvidas e alicerçar argumentos para a análise do colegiado. Acaso se adote proposta de fracionamento entre as sessões para sustentação oral e para o debate e julgamento propriamente dito – a qual, frise-se, deve ser acompanhada do compromisso com um prazo de retorno à pauta -, a relevância da medida ampliar-se-

⁷⁰⁵ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 77.

⁷⁰⁶ VALE, André Ruffino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). P. 386.

ia sobremaneira, uma vez que os Ministros ainda não estariam com o voto elaborado⁷⁰⁷

Decerto, a possibilidade de os ministros formularem perguntas aos advogados não é incompatível com nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário, é prática prevista no artigo 124, parágrafo único, do RISTF⁷⁰⁸, que, todavia, é subutilizada no STF. Não obstante isso, se o intuito é aprimorar a performance deliberativa da fase decisional na Corte brasileira, à luz da experiência das cortes constitucionais estrangeiras, o manejo de perguntas aos advogados é imprescindível, dado atender a todos os parâmetros deliberativos estabelecidos. Dessarte, propõe-se a ampliação da prática de perguntas aos advogados das partes pelos ministros, no momento da sustentação oral. Isso pode ser realizado imediatamente após a manifestação dos advogados, evitando-se interrupções bruscas durante o desenvolvimento de cada exposição e concedendo-se igual prazo para os advogados dos demais interessados para que se manifestem, de forma a manter o contraditório e a paridade de armas. Além disso, o manejo de perguntas ao final da manifestação de todos os interessados é mais propício, pois permite identificar contradições sobre questões de fato ou de direito e esclarecê-las de forma célere⁷⁰⁹.

4.3.2 Circulação de propostas para a formação de decisão colegiada

Prática também constatada em todas as cortes analisadas é a circulação de projetos de decisão antes da conclusão da decisão final. Essa circulação pode ser realizada antes de uma sessão fechada de julgamento, no caso da Corte constitucional da Colômbia; ou após sessão ou conferência secretas entre os julgadores, no caso do Tribunal Constitucional do Chile, da Suprema Corte dos EUA e da Suprema Corte do Reino Unido.

No caso da Corte colombiana, essa circulação de projeto de decisão é capitaneada pelo magistrado “sustanciador”, mas não impede que os demais magistrados, caso discordem do projeto original, também façam circular as próprias propostas⁷¹⁰, ou seja, além do magistrado

⁷⁰⁷ SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **STF em evidência**. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica. Curitiba: Juruá, 2016. P. 112/113.

⁷⁰⁸ Também referida no art. 96 do mesmo regimento.

⁷⁰⁹ Isso seria semelhante às acareações em testemunhos e depoimentos das audiências de instrução em processos de primeiro grau de jurisdição. O intuito é justamente superar as contradições e seu potencial é proveitoso, pois evita ou pelo menos dificulta que os julgadores decidam sobre fatos ou questões diversas.

⁷¹⁰ Cf. art. 34 2º do regramento da Corte Constitucional da Colômbia.

“sustanciador” os demais também podem levar suas opiniões ao conhecimento de todos e, assim, persuadir seus pares, em momento anterior à sessão de julgamento.

Na Corte chilena, o relatório que compõe, ao final, a decisão da corte é elaborado por um advogado servidor da corte que desempenha a função do relator. Este relatório é divulgado em audiência de instrução em que se colhe as manifestações orais das partes e é suscetível de esclarecimentos, ampliações e retificações, na mesma ocasião, seja por meio de perguntas e observações dos magistrados julgadores, seja por requerimentos dos advogados dos interessados. Tal medida é relevante para a identificação das questões de fato e de direitos que serão submetidas à apreciação do Tribunal. Contudo, o projeto de decisão que se soma ao relatório ou “relación”, é elaborado após sessão fechada de julgamento em que se firmar acordo entre os ministros do Tribunal, em relação à parte dispositiva e pelo menos um fundamento para cada determinação. Este projeto deve ser submetido aos demais ministros e aceito pelos mesmos⁷¹¹, pelo que eventual discordância, entre o que fora decidido em reunião e o que consta da minuta em circulação, pode gerar debate e alteração da decisão antes de sua publicação.

No âmbito da Suprema Corte dos EUA, a circulação de minutas ou “drafts” também se dá após conferência fechada. Essa fase possui caráter deliberativo⁷¹² e alguns doutrinadores relatam ser a fase de maior intensidade deliberativa no processo⁷¹³. Estes escritos não são publicados, como regra, e são acompanhados por trocas de e-mails, memorandos etc. entre os *justices* ou grupo deles. Algumas dessas práticas tornaram-se conhecidas por meio de manifestações de *ex justices* e revelam a possibilidade de troca de argumentos jurídicos entre os julgadores, mas também casos de negociação não embasados em argumentos jurídicos⁷¹⁴.

Na Suprema Corte do Reino Unido, a doutrina ressalta que nesta fase de circulação, que também se dá depois da “first conference” e de forma secreta, o diálogo entre os ministros

⁷¹¹ Art. 85 do código orgânico dos tribunais.

⁷¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 184.

⁷¹³ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice**. In: Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002. p. 36.

⁷¹⁴ EPSTEIN, Lee; e KNIGHT Jack. Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016. p. 22. Conforme estes autores esse comportamento estratégico pode ser realizado por meio de barganha. Ocorre que nem sempre esta interação assume a condição de barganha realmente, conforme a premissa teórica adotada neste trabalho, pois, como já ressaltado, nos casos em que se formam compromissos com prévia deliberação, podem ocorrer compromissos de parceria ou compromissos pragmáticos.

é central⁷¹⁵, porém alguns *justices* resolvem não escrever suas opiniões divergentes; outros apenas aderem à opinião dos pares, sem mesmo formular a própria, o que pode ocorrer por estarem ocupados elaborando outros votos. Em alguns casos os *justices* aguardam estrategicamente para saber a divisão de opiniões entre os demais antes de se manifestar e, em outros, demoram simplesmente porque são relutantes em seguir uma mudança de orientação na corte já indicada pelos demais⁷¹⁶.

Em verdade, a circulação de minutas ou escritos em geral como instrumento de interação na formação de decisão é prática comum em cortes constitucionais, não só nas aqui examinadas pormenorizadamente, como em outras tantas. Cita-se, como exemplo, as cortes constitucionais da Grécia, Reino Unido, Bulgária, Hungria, Itália, Canadá, Equador, Argentina, Venezuela, Portugal, Suíça, Austrália, Alemanha e Israel⁷¹⁷.

Na realidade do STF, há prática de circulação prévia de votos por alguns ministros quando relatores, o que pode ser entendido como um passo adiante, porém ainda fraco para o aperfeiçoamento da deliberação. A favor dessa circulação já se manifestou Daniel Sarmento, o qual ressaltou que tal prática tem o condão de fortalecer o caráter deliberativo e, ainda, possibilitar um julgamento que poupa tempo e energia. Transcreve-se:

Há várias mudanças importantes. Uma delas, proposta pelo Ministro Barroso, é a circulação prévia, entre os Ministros, das minutas de votos. Isto permitiria que as posições dos colegas fossem levadas em consideração na decisão de cada julgador, fortalecendo a dimensão deliberativa do processo decisório. A medida também pouparia tempo e energia, permitindo que os Ministros, que têm uma carga de trabalho desumana, pudessem, por exemplo, ir para sessão sabendo que poderão simplesmente “seguir o relator”, sem a necessidade de preparar voto para tudo⁷¹⁸.

Não obstante isso, tal prática não é unânime no STF⁷¹⁹. Alguns ministros, como, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio de Mello, não adotam a prática. Este salienta que a circulação prévia de minuta de julgamento pelo relator proporcionaria uma votação simbólica no plenário. *In verbis*:

⁷¹⁵ PATERSON, Alan. **Final Judgment: the Last Law Lords and the Supreme Court**. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 97.

⁷¹⁶ PATERSON, Alan. **Final Judgment: The last Law Lords and the Supreme Court**. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98/99.

⁷¹⁷ BRANDÃO, Rodrigo (Org). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. no prelo.

⁷¹⁸ v. Entrevista ao blog Os constitucionalistas em 25/05/14. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 09/04/16.

⁷¹⁹ Conforme o ministro Fux do STF, nem todos ministros estão dispostos a trocar votos. Cf. FUX, Luiz. **História Oral do Supremo**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015. v. 12. p. 112.

Segundo Marco Aurélio, hoje os Ministros do STF trocam votos entre si antes do início das sessões. ‘Os colegas agora resolveram, para ter uma votação em plenário praticamente simbólica, distribuir e trocar os votos’, afirmou ele, em entrevista exclusiva ao Congresso em Foco. ‘Hoje um colega disse que não recebe. Eu também não recebo para proferi-lo;

Ele criticou o que chamou de tentativa de acerto prévio das decisões. ‘Não estamos em um teatro para acertarmos previamente decisões, e depois colocarmos a capa para proclamar a decisão’, disparou Marco Aurélio. ‘Aqui vinga a publicidade’;

E ainda:

No colegiado, eu acredito na espontaneidade, você tem de ouvir e ter base em termos de conhecimentos e experiência suficientes para se pronunciar de improviso, no gogó, a não ser que você seja relator. Aí tem de levar seu script, o voto ou relatório. Acabo passando pelo diferente. Estou há 35 anos na magistratura e nunca troquei figurinhas, e não vou trocar. Não há quem me faça repassar um voto antes da sessão, do pregão do processo. Não passo nem na hora do pregão. Chegou um voto aqui – não vou dizer emitido por quem –, devolvi, não tomei conhecimento⁷²⁰.

A circulação prévia de minutas pelo relator do processo no caso brasileiro, de fato, permite o conhecimento pelos demais ministros do posicionamento do julgador que teve maior contato com a causa, antes da sessão pública de julgamento em plenário e é uma atividade que permite a busca pelo consenso, ainda que de forma fraca, pois apenas há atividade persuasiva por parte do relator. Não há que se falar em esforço em levar em conta todas as posições coletadas e nem em atendimento à argumentação franca e permeabilidade ao amplo espectro de argumentos, mas apenas dos elaborados por um dos ministros julgadores. Assim, atende ao terceiro parâmetro de performance deliberativa, porém também de forma fraca.

Contudo, não há motivos para que a circulação de minutas seja efetivada exclusivamente pelo ministro relator. Essa circulação pode e deve ser estendida aos demais ministros que discordarem do relator quanto às questões jurídicas a serem decididas e respectivos fundamentos. Tudo como uma forma de promover o conhecimento por todos os ministros das diversas opiniões em discussão.

A circulação de minutas na forma como deflagrada pelas cortes estrangeiras examinadas permite que todos os magistrados se manifestem por meio de propostas de decisão, se assim pretenderem. Isso favorece o esforço em levar em conta todas as posições, a permeabilidade a essas posições no julgamento final e, ainda, favorece a busca pelo consenso, por meio de persuasão argumentativa. Assim, os contornos da circulação de minutas

⁷²⁰MELO, Marco Aurélio. **Nunca troquei figurinhas**. Entrevista ao blog os constitucionalistas.

<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marco-aurelio-nunca-troquei-figurinhas-e-nao-vou-trocar>. Acesso em 09/04/16.

desempenhada nas cortes examinadas são mais eficientes quanto ao atendimento dos três parâmetros de performance deliberativa.

Esta circulação mostra-se indispensável para a deliberação nas cortes estrangeiras como início de deliberação antes de uma sessão de julgamento ou da construção da decisão final. Conforme observação do *ex chief justice* Rehnquist, inclusive, em casos complexos, a reunião face a face dos juízes não seria capaz de proporcionar a identificação da posição majoritária, ou mesmo que assim seja, seria inadequada para fazer uma sintonia fina em relação às diversas posições. Da mesma forma, questões subsidiárias e relevantes podem passar despercebidas nessas reuniões, o que importa dizer que, nestes casos, o debate é inaugurado apenas na fase de circulação de minutas⁷²¹. Isso demonstra a relevância da ampliação da prática de circulação de escritos.

Além disso, como proficuamente ressaltado por Rehnquist, mesmo nas cortes em que há prévia circulação de opiniões antes de conferência fechada entre os julgadores, também haveria a necessidade de acomodar as opiniões, após o debate em reunião⁷²². Isso ressalta a imprescindibilidade da circulação de minutas antes da publicação final da decisão, mesmo após sessão de julgamento, de forma a acomodar as opiniões, o que demonstra a intrínseca relação entre a fase decisional e a fase pós-decisional⁷²³. Disso decorre também a constatação do equívoco de atribuição da redação a um único magistrado como no caso do STF. Não por outro motivo, nem sempre a decisão redigida pelo magistrado incumbido de tal tarefa representa o que efetivamente foi decidido pela corte, como no caso antes ressaltado da ADI 2591 (sobre a aplicação do código de defesa do consumidor a instituições financeiras).

Algumas considerações sobre a implantação de circulação de minutas no âmbito do STF devem ser feitas. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a circulação de minuta não corresponde a uma circulação da decisão final de cada ministro. A ideia é divulgar aos demais membros uma proposta provisória de razões, sujeita à revisão de seus próprios

⁷²¹ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360 e 4448.

⁷²² REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002. Pos. 4360. Sobre a importância da circulação de opiniões para a deliberação que envolva texto, v. também EDWARDS, Harry. T.. **The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making**. Local: University Of Pennsylvania Law Review, 2003. P. 1665: “Once opinions are assigned, there are rules that govern the circulation of opinions, for collegial deliberation is most effective when there is a text with which to work”.

⁷²³ Como ressaltado por Hübner, v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 166.

posicionamentos⁷²⁴. Além disso, com base no previsto no art. 93 IX da CRFB/88 que determina o julgamento público no âmbito dos órgãos jurisdicionais brasileiros, não faz sentido implementar a circulação posteriormente à sessão de julgamento. Pelo contrário, se o julgamento ocorre em sessão pública é insofismável a necessidade de conhecimento prévio por parte dos ministros dos posicionamentos de seus pares antes da referida sessão, de forma que possam aderir ou refutar com base em argumentos jurídicos os demais posicionamentos. De lado isso, a circulação posterior a uma sessão de julgamento pública, não pode ter o condão de estabelecer mudança de posicionamentos por meio de uma nova e ampla rodada deliberativa, pois cada julgador já informou ao público como vota. No máximo pode haver alterações circunstanciais da redação do acórdão. Assim, os ministros, o relator e aqueles que divergirem do mesmo, devem valer-se de tal prática antes da sessão de julgamento e com antecedência em relação à referida sessão, a fim de proporcionar o devido conhecimento e a reflexão sobre as questões jurídicas em exame.

Por outro lado, a circulação de minutas entre os julgadores também não pode ser sigilosa, pois isso favorece a ocorrência dos vícios constatados nas Supremas Cortes dos EUA e do Reino Unido, quais sejam, negociações não amparadas em argumentos jurídicos, mas de viés estratégico, ou, até mesmo, abstenções quanto ao exercício da função jurisdicional, seguidas de simples adesão a opiniões dos pares. O sigilo destas propostas tem se mostrado negativo na prática das referidas cortes, mas não é um vício atribuível à circulação das minutas em si. Embora tenha o potencial de favorecer o esforço de levar em conta as demais posições, a permeabilidade aos demais argumentos e a busca pelo consenso, não realiza amplamente a potencialidade deliberativa, pois o sigilo de tais minutas blinda alguns julgadores, que deixam de se manifestar ou apenas barganham, subvertendo a finalidade da prática e, principalmente, põe em xeque a argumentação franca. Disso decorre a necessidade de publicidade também dessas minutas, que, no entanto, pode ser postergada para o momento em que for publicada a decisão final, de forma que isso não importe em aumento de pressão midiática ou de grupos políticos influentes sobre os ministros que circulam as propostas e os que estão por se manifestar, garantindo-se uma deliberação livre entre os ministros, sem influências externas, pelo menos antes da tomada de decisão.

O sigilo das propostas escritas até a divulgação da decisão final pode ser resguardado por norma com estipulação de sanção, assim como ocorre na Corte Constitucional da

⁷²⁴ Em sentido semelhante, MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 105.

Colômbia, por força dos arts. 37 e 38 do regramento desta Corte. Além disso, como trata-se de propostas, os posicionamentos podem ser alterados no momento da sessão de julgamento, o que esvazia a relevância no vazamento de informações internas. De qualquer forma, o que não pode ocorrer é um tipo de julgamento em que os magistrados somente tomem conhecimento da opinião e dos argumentos de seus pares no momento da decisão, pois isso não implementa a deliberação, assim como sessões fechadas de debate não seriam capazes de garantir o sigilo pelas mesmas razões, além de se mostrarem pouco eficientes e favoráveis a falhas deliberativas, como visto.

Dessarte, propõe-se a circulação de minutas de decisão, após a audiência de oitiva dos interessados, com antecedência razoável em relação à sessão de julgamento, desde que tais minutas tenham o caráter de propostas e não de decisão final, além da manutenção do sigilo até a publicação da decisão final. Uma outra característica, ora proposta, para essas minutas, tem que ver com o próximo item, julgamento em separado das questões jurídicas e consideração dos fundamentos coletados. As minutas devem ter sua circulação iniciada pelo relator. Devem, ainda, considerar em separado todas as questões jurídicas sob julgamento e todos os fundamentos formulados em relação a cada questão jurídica, com uma proposta ao final quanto ao dispositivo da decisão. Este aspecto será aprofundado no próximo tópico.

Poder-se-ia argumentar que a circulação prévia de propostas antes da sessão de julgamento permitiria a ocorrência de todos os vícios concernentes a negociações políticas e inércias dos julgadores, ou mesmo, de acerto prévio de decisões seguido de uma sessão teatralizada ou simbólica⁷²⁵. Todavia, a exigência de votação em *seriatim* e em sessão pública de julgamento, em que cada julgador tem que se manifestar expressamente sobre a causa, dificultaria tais acordos políticos, em razão da submissão dos julgadores ao controle difuso; e afastaria a possibilidade de inércia e simples adesões a opinião de pares. Além disso, a exigência de circulação de propostas não importa em julgamento, pois a possibilidade de mudança e de convencimento por argumentos alheios atribui independência à sessão pública de julgamento, como etapa de formação da decisão.

Uma última observação deve ser feita. Assim como a prática de circulação prévia do voto do relator no STF não demanda previsão em ato normativo, é prática informal, também não há necessidade de previsão em ato legal para tal circulação de minutas pelos ministros. Contudo, nada impede que lei processual especificamente voltada para o julgamento no STF

⁷²⁵ Nos dizeres do Ministro Marco Aurélio Melo, cf. MELO, Marco Aurélio. **Nunca troquei figurinhas**. Entrevista ao blog os constitucionalistas. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/marco-aurelio-nunca-troquei-figurinhas-e-nao-vou-trocar>. Acesso em 09/04/16.

ou mesmo o RISTF – caso venha a ser respeitado -, possam tratar do assunto. Se a inovação for informal, pode haver recusa por alguns ministros em efetivamente adotar a postura. Neste caso, a crítica dos demais quanto à omissão daquele que não adere à praxe e a sua pouca expressão na corte decorrente da pouca possibilidade de persuadir os demais, serviriam como fatores de constrangimento e inibição de condutas dissonantes. Mas, além disso, a aplicação de eficácia preclusiva a esta etapa deliberativa pode ser um instrumento valioso para o fomento da participação deliberativa dos ministros.

Esta preclusão pode ocorrer da seguinte forma. Se o ministro relator circular proposta e nenhum outro apresentar proposta diversa, com questões jurídicas e fundamentos divergentes, não poderá votar diversamente da opinião do relator, na sessão de julgamento, ou se assim o fizer, seu voto não será computado. O decurso *in albis* do prazo para apresentação de propostas de decisão diversa, em verdade, apontaria para a unanimidade entre os ministros e, assim, não haveria sequer circunstância para deliberação. Neste caso, eventuais abstenções irrefletidas ou posicionamentos predominantemente estratégicos⁷²⁶ seriam submetidos ao controle público, por meio da necessidade de produção de voto individual, em modelo *seriatim*. Cada ministro tem de levar seu voto ou expor a sua decisão, com argumentos e própria linguagem, ainda que sucintamente concorde com cada questão e cada fundamento do relator. Porém, esses votos teriam a obrigação de ser sempre concordes com os fundamentos e com o resultado, semelhante à concorrência regular na Suprema Corte dos EUA. Aqueles que permanecerem em dúvida até o fim do prazo de circulação de minutas, podem circular os posicionamentos sobre os quais recaem suas dúvidas, fomentando a deliberação e abrindo a possibilidade de divergência quando da sessão de julgamento.

4.3.3 Formação da decisão: Julgamento em separado das questões jurídicas e consideração sobre os fundamentos

Afigura-se como um dos maiores problemas do procedimento deliberativo do STF, a ausência julgamento das mesmas questões jurídicas e confrontação dos fundamentos veiculados no processo. Não há confrontação das pré-compreensões entre os juízes e, assim,

⁷²⁶ Estes efeitos negativos serão abordados mais adiante, nos tópicos atinentes à decisão em sessão pública e decisão em *seriatim*.

os votos dos ministros tendem a ser formados por meio de suas subjetividades⁷²⁷, salvo a deliberação com seus assessores⁷²⁸.

O resultado é a extrema dificuldade de formação de uma *ratio decidendi* e a produção de uma decisão que corresponde à soma de votos. Votos estes expressos sobre questões e fundamentos diversos, com todos os efeitos negativos para o papel do STF de uniformizador da interpretação jurisdicional constitucional, para a efetividade do efeito vinculante, da segurança jurídica, da isonomia e para a própria higidez do funcionamento do STF.

Para a solução desse problema, a busca pelo consenso, ou pelo menos redução do dissenso, é o parâmetro mais relevante da deliberação. Porém, esse consenso necessário para a formação de uma tese jurídica ou *ratio decidendi* precisa ser qualificado. Não basta o consenso pela maioria quanto ao resultado do julgamento, mas também há de se perscrutar a concordância da maioria quanto aos fundamentos⁷²⁹. Nesse prisma, as cortes estrangeiras examinadas têm muito o que ensinar. Todas elas desenvolvem práticas deliberativas que atentam para a consideração no julgamento não somente do resultado, ou dispositivo da decisão, mas também para o fundamento, sendo que algumas, por imposição normativa, e outras, simplesmente, por prática costumeira.

Enquanto na Corte Constitucional da Colômbia e no Tribunal Constitucional do Chile há imposição normativa para a apreciação das mesmas questões e dos mesmos fundamentos, na Suprema Corte dos EUA e na Suprema Corte do Reino Unido, a prática decisória voltada para a construção de uma opinião majoritária, com possibilidade de votos concorrentes, regulares ou especiais, e votos dissidentes demonstra maior preocupação dos julgadores com os fundamentos do que a prática desenvolvida na Corte brasileira. Na Corte da Colômbia, os magistrados além de se submeterem a uma rodada de debate e outra de votação, quando desta, votam primeiro sobre a parte dispositiva e depois sobre os fundamentos⁷³⁰. Na Corte do Chile, há uma imposição de uma maioria qualificada para a formação da decisão – maioria absoluta ou de quatro quintos no caso de inconstitucionalidade de norma declarada inaplicável -, tanto

⁷²⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 201.

⁷²⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 70.

⁷²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

⁷³⁰ art. 34 2º do regramento da Corte Constitucional da Colômbia.

em relação ao dispositivo, quanto em relação a pelo menos um fundamento que sustente cada determinação⁷³¹.

No que tange às supremas cortes dos EUA e do Reino Unido, a circulação de minutas deflagra a prática de negociação da redação e de busca de consenso. Não havendo um consenso quanto ao dispositivo e os fundamentos, os *justices* discordantes proferem voto concorrente especial, em que se concorda com o dispositivo, mas se discorda com o fundamento, ou, ainda proferem voto dissidente, em que se discorda do dispositivo e do fundamento da proposta de decisão em circulação⁷³². A diferença entre estas Supremas Cortes é de que na primeira, há uma convenção seguida pelos membros no sentido de circulação prévia das minutas entre o grupo majoritário, enquanto nesta última, convenção semelhante, celebrada em 2012, não foi seguida pelos *justices* que ingressaram após a referida dada⁷³³.

Essa prática de decisão implementa o primeiro e o segundo parâmetros da performance deliberativa, pois os magistrados se manifestam sobre as posições das partes e dos pares, enfrentam as diferentes posições, possibilitando, assim, permeabilidade a elas. Porém, o grande benefício desta técnica de decisão está mais intimamente relacionado com a busca pelo consenso, ou redução do dissenso, terceiro parâmetro.

Em razão da expressa exigência de concordância quanto aos fundamentos, as cortes colombiana e chilena têm condições mais propícias para a produção de decisões por maioria, muito embora aquela possa produzir maiorias mais fáceis de serem revistas, pois exige-se maioria simples quanto aos fundamentos. Por outro lado, as cortes dos EUA e do Reino Unido, por adotarem a prática por costume também estão mais suscetíveis a variações, o que é representado pelo elevado número de “plurality opinions” na corte americana, contemporaneamente. Conforme já salientado, o percentual de decisões por maioria foi, em

⁷³¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **la sentencia del tribunal constitucional en chile**: análisis y reflexiones jurídicas. Estudios Constitucionales, Año 5, N°1. 2010. Disponível em <http://www.scielo.cl/>. Acesso em 10/02/2016. p. 94.

⁷³² MELLO, Patrícia Perrone Campos **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 183. PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 98.

⁷³³ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 97. Cf. GINSBURG, Ruth. **Speaking in a judicial voice**. New York University Law Review vol. 67 n° 6. December 1992. p. 1196: “I try to write my few separate opinions each year as I once did briefs for appellees—as affirmative statements of my reasons, drafted before receiving the court’s opinion, and later adjusted, as needed, to meet the majority’s presentation”.

2009, de apenas 29%; em 2010, de 33%; em 2011, de 36%; em 2012, de 41%; em 2013, de 52%; e em 2014, de 32%⁷³⁴.

Em decorrência dessa realidade, torna-se mais eficiente a exigência normativa de apreciação em separado das questões jurídicas e apreciação dos fundamentos, como ocorre nas cortes colombiana e chilena. Não se está com isso exigindo que se proceda à formação de um grau qualificado para a maioria quanto aos fundamentos, até porque não seria adequado à realidade de cortes supremas, como a brasileira, que desempenham tradicionalmente a função de instância recursal última em uma lógica de controle de constitucionalidade concreto e difuso⁷³⁵ e, assim, precisam dar ou negar provimento aos recursos constitucionais, ainda que com fundamentos diversos para uma mesma questão. Do contrário, ou a situação iníqua da parte que recorre seria mantida em razão da corte não alcançar uma maioria quanto ao fundamento, mesmo concordes os julgadores quanto à reforma do resultado de um recurso⁷³⁶, ou a corte deliberaria longamente até algum ou alguns dos ministros cederem, mesmo que sem base em argumentos, o que não se enquadra no conceito de deliberação⁷³⁷. Uma exigência robusta para a formação de uma maioria também pode, provavelmente, causar severos prejuízos para a razoável duração do processo e o acúmulo de processos, males que se busca superar com a deliberação.

O que se afigura realmente importante para a deliberação, assim, não é a exigência de maioria qualificada, mas sim a análise das mesmas questões jurídicas e consideração dos mesmos fundamentos. Esse é o cerne das referidas técnicas de deliberação e decisão e que

⁷³⁴Disponível em http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/07/SB_unanimity_OT14.pdf. Acesso em 20/01/2017.

⁷³⁵ TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais Constitucionais**. Câmara dos Deputados. Brasília - fevereiro/2009. p. 3; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 41/46. Em sentido Contrário, cf. GUERRA, Otto Marroquín. **El Magistrado Constitucional**. In: Revista de Derecho - Latin America Journals. Num. 8. 2004. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>. Acesso em 15/12/2016.

⁷³⁶ Nesse sentido também, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 116: “É difícil negar que fundamentos diversos que evidenciam a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de uma conduta não possam ser considerados para se tê-la como ilegal ou inconstitucional. O que não é possível é admitir como *ratio decidendi* um fundamento eleito pela minoria do colegiado ou da Corte”.

⁷³⁷ Em verdade o grau de decisividade como um fator que facilite a deliberação pode ser questionado. Se por um lado estimula a deliberação pela necessidade de os julgadores atingirem um grau de acordo, por outro, após a realização da deliberação e não atingida a maioria exigida, não há mais que se falar em necessidade de deliberação, especialmente da necessidade de deliberação. O que neste momento há é uma imposição de acordo, atribuindo-se maior ou menor importância a determinados votos no caso concreto. Sobre as circunstâncias da deliberação política, v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 36.

deve ser observado para fins de empréstimo, ou seja, os julgadores devem decidir sobre as mesmas questões jurídicas, mesmo que decidam, ao fim, por fundamentos diversos e eventualmente não formem uma *ratio decidendi*⁷³⁸.

O caminho mais promissor para que as cortes decidam sobre as mesmas questões pode inspirar-se no rito adotado pelo Tribunal Constitucional do Chile, com a definição das questões de fato antes das questões de direito^{739 740}. Não se pode falar em julgamento colegiado se os magistrados decidem sobre questões diversas. Ao mesmo tempo, a definição do relatório, que relata questões de fato e de direito submetidas a julgamento, não deve ser realizada exclusivamente pelo relator⁷⁴¹, mas sim pelo colegiado. As omissões e os equívocos do relator em definir as questões jurídicas pode subtrair da apreciação do plenário a verdadeira demanda em discussão.

A forma que se propõe para definir os fatos e as questões jurídicas sob julgamento está conectada com a definição do relatório. Este, que deve fazer a consideração dos fatos e informar as questões jurídicas arguidas pelas partes com respectivos argumentos, pode servir de roteiro para julgamento, além de ser imprescindível para a identificação do precedente, como visto⁷⁴². No âmbito do STF, o relatório é circulado antes da audiência de sustentação

⁷³⁸ Nesse sentido também, v. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, University Press, United Kingdom, 2013, p. 121.

⁷³⁹ Embora o STF deva se debruçar primordialmente em questões de direito, inclusive em sede de recursos extraordinários, não se pode esquecer que a interpretação dos fatos também tem relevância, mormente nas ações penais em que a definição dos fatos é imprescindível para a verificação de eventual violação no caso concreto de uma norma constitucional. Além disso, como visto, o precedente, para ser formado, demanda não só uma tese jurídica, mas também uma situação fática a qual se aplica.

⁷⁴⁰ A diferença, no entanto, a ser observada é que, no Tribunal do Chile, as resoluções sobre as questões de direito vinculam o julgamento com relação às demais questões e as resoluções parciais devem ser incorporadas nas demais, o que representa uma forma de julgamento do tipo *issue-by-issue* e não *case-by-case*. Aquela corresponde à forma de decisão em que o provimento ou procedência apenas ocorre quando à maioria quanto a um fundamento ou assunto enquanto esta forma exige maioria quanto ao resultado para a questão jurídica decidida, ainda que sob fundamentos diversos. Ocorre que em cortes supremas, que desempenham normalmente a função recursal, o sistema *case-by-case* é mais apropriado, pois se afigura racional reconhecer a incorreção ou correção de uma decisão de instância inferior por fundamentos diversos. Se quanto ao pleito de reforma do recorrente há concordância, por exemplo, não há razão para negar seu recurso por falta de consenso por maioria quanto a fundamento que sustente. Nesse sentido também, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 116/117.

⁷⁴¹ Nesse sentido também, v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e procedimento no STF**: Discutindo a relação. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015. p. 363/365.

⁷⁴² A delimitação dos fatos do caso e a importância da prévia definição dos fundamentos a serem discutidos também é salientada por Luiz Marinoni, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 101/104.

oral, apenas entre os ministros julgadores, mas deveria ser também aberto às partes com antecedência em relação à referida audiência, para que seja submetido à plena contestação pelos advogados em suas manifestações orais, e, em caso de divergência entre as partes, entre estas e o relator ou, ainda, entre este e os demais julgadores, devem ser submetidos de imediato ao julgamento pelo plenário na própria sessão pública, após a manifestação das partes. Esta definição dos fatos e das questões a serem apreciados, antes da sessão de julgamento final, evita que sejam formulados pedidos de ordem por advogados, por ocasião da sessão final, em que eventuais equívocos sobre fatos podem prejudicar a concatenação de argumentos e a própria deliberação e, principalmente, afastar os pedidos de vista. Para tal definição, necessária apenas quando o relatório gerar controvérsia, os ministros podem se valer do acesso aos autos eletrônicos nesta fase de sustentação oral, como o fazem os *justices* da Suprema Corte do Reino Unido⁷⁴³.

A ausência de definição prévia das questões sob julgamento impede que os julgadores decidam sobre o mesmo caso. Nos modelos fechados, a definição dessas questões ocorre necessariamente antes do julgamento, eis que este ocorre efetivamente na sequência da referida definição e pode levar dias. Na Corte do Chile, por exemplo, não há definição dos fatos e das questões jurídicas logo após a audiência de sustentação oral, essa definição se dá na conferência fechada entre os ministros, porém a relevância sobre essa definição antes do julgamento torna-se clara na referida corte, tendo em vista que os ministros podem solicitar informações do advogado relator da corte e de servidores públicos para esclarecimentos⁷⁴⁴.

A definição das circunstâncias fáticas e dos fundamentos de direito antes do início do julgamento também é defendida na doutrina nacional por Luiz Marinoni, que salienta a respectiva relevância para a produção de precedentes, para afastar dúvidas quanto ao objeto de deliberação, para a racionalidade do desenvolvimento da discussão e, conseqüentemente, para a formação de *ratio decidendi*. *In verbis*:

Por tanto, o colegiado, antes de iniciar a análise do recurso, deve delimitar as circunstâncias fáticas em que o julgamento recai, deixando claro o caso que almeja resolver.

[...] Ademais, a racionalidade do exercício da função da Corte também demanda que, logo no início do julgamento, sejam delineados os fundamentos de direito que serão discutidos pelo colegiado. Isso não apenas para que não haja dúvida sobre o objeto da deliberação. A delimitação dos fundamentos que devem ser enfrentados

⁷⁴³ PATERSON, Alan. **Final Judgment**: The last Law Lords and the Supreme Court. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2013. p. 83.

⁷⁴⁴ v. Art. 81 do Código Orgânico dos Tribunais, Lei 7421, publicada em 09-JUL-1943 e v. SCHÖNSTEINER, Judith. **El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno**: El mínimo común denominador. Revista de derecho. *VOLUMEN XXIX - N° 1*. 2016. p. 218.

garante a racionalidade do desenvolvimento da discussão, inibindo o trato de questões irrelevantes e garantindo a adequada participação dos julgadores na discussão de cada fundamento. Em outras palavras, a prévia definição do objeto do julgamento tem importância quando se almeja uma *ratio decidendi* precisa, com o consequente afastamento de decisões paradoxais e de *obiter dicta*⁷⁴⁵.

Porém, como implementar esta definição prévia em um modelo aberto, sem prejudicar a eficiência da deliberação? Considerando a lógica atual do STF, se os julgadores se preparam para o julgamento com base em suas convicções sobre os fatos e as questões suscitadas, decerto eventual debate pode suscitar dúvidas em suas convicções e assim prejudicar suas opiniões. Essa concentração de debate e decisão que ocorre na sessão de julgamento pode representar um desestímulo à deliberação, pois se o esclarecimento das questões e dos argumentos ocorre na mesma oportunidade em que o magistrado tem que decidir, principalmente se este costuma levar seus votos previamente elaborados, das duas uma: ou o magistrado fará pouco caso das novas informações e, simplesmente, lerá sua opinião previamente elaborada; ou terá que refazer sua decisão, com a possibilidade de pedido de vista, seja em julgamentos fatiados ou não.

A solução deliberativa para a realidade brasileira, que preserve a característica pública de julgamento, é a cisão do julgamento. A definição pública de uma única cadeia fática e de todas as questões de direito e pertinentes argumentos suscitados pelas partes, com uma apreciação igualmente pública dessas questões, claro, com um espaço de tempo entre elas para a reflexão e deliberação. As propostas argumentativas pensadas vicariamente pelos juízes, no entanto, não podem ser formuladas nesses atos de decisão, pois estariam submetidas aos mesmos vícios da realidade atual, pelo que devem ocorrer entre essas fases, como ressaltado no tópico anterior. A decisão sobre a matéria fática quando houver divergência; a definição das questões jurídicas e dos argumentos suscitados pelas partes em uma etapa anterior ao julgamento, na própria audiência pública de sustentação oral, também traz benefícios outros. Possibilita maior participação das partes na definição, tem melhor amplitude informativa, gera maior legitimidade da decisão e evita recursos por omissão ou erro material em fases posteriores.

Além disso, a sustentação oral das partes e a definição das questões de fato e de direito, anteriormente e em dia diverso ao julgamento final, como visto, correspondem a práticas adotadas em todas as cortes examinadas. O empréstimo desta sistemática para o STF permite a este os benefícios encontrados naquelas cortes, ou seja, os magistrados podem

⁷⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

decidir sobre o mesmo fato, ou conjunto de fatos, e sobre as mesmas questões jurídicas elencadas pelas partes, sem surpresas e desencontros. Esta definição prévia, ainda, é pressuposto para qualquer julgamento. Ela pode ser realizada de forma concentrada com o julgamento, no voto de cada magistrado, como é atualmente, ou em separado, por duas etapas, como se propõe. Para fins de deliberação parece que esta última opção é muito superior, pois definir sobre o que se deve deliberar antes de efetivamente decidir é um passo indispensável para a formação de uma decisão coletiva. Não é menos importante salientar que esta decisão bipartida potencializa eficiência deliberativa da fase de circulação de propostas escritas pelos ministros.

Assim, propõe-se que após os advogados manifestarem-se oralmente, podem solicitar, se for o caso, a retificação ou acréscimo do relatório quanto às questões, de fato e de direito, alegadas e dos argumentos formulados. Também os ministros do STF podem solicitar após a manifestação dos interessados a referida retificação ou acréscimo. Com o que, passa-se à decisão pelos ministros quanto às retificações e acréscimos requeridos. Com a decisão, torna-se preclusa qualquer alteração quanto ao relatório no que concerne às questões jurídicas e aos argumentos formulados por cada interessado. Com o fim da audiência, os julgadores podem passar à deliberação sobre os mesmos fatos, as mesmas questões jurídicas e apreciação dos mesmos fundamentos jurídicos arguidos pelas partes, o que permite realizar o terceiro parâmetro (busca pelo consenso) e o primeiro (esforço em levar em consideração todas as posições formuladas pelas partes).

Como salientado incessantemente, a realização de julgamento atual do STF, imediatamente após a manifestação das partes, por meio de leitura de votos previamente elaborados, é extremamente frágil em termos deliberativo, pois não passa no teste do primeiro parâmetro (esforço para levar em conta todas as posições) e do segundo (argumentação franca com permeabilidade ao amplo espectro de argumentos expostos). Frágil também quanto à realização do terceiro (busca pelo consenso). Ainda que os ministros abdicassem de ler os votos previamente elaborados e considerassem os argumentos expostos em audiência, a decisão de supetão sobre eventuais esclarecimentos ou retificações dos advogados, não é propensa a refletir aprofundadas considerações sobre o ocorrido em audiência - o que também fragiliza o primeiro e segundo parâmetros da performance deliberativa. A consideração dos argumentos formulados pelas partes importa em realização dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, previstos no art. 5º LV da CRFB/88. Da mesma forma, o estudo comparado demonstrou que nenhuma das cortes analisadas produz decisão final imediatamente após a oitiva dos advogados.

Uma importante consideração, ainda, que pode ser feita a favor da cisão da audiência de oitiva das partes e o julgamento pelos magistrados. O estímulo à elaboração de perguntas aos advogados, como se propõe, pode delongar ainda mais a conclusão do julgamento de determinada causa; pode estimular perguntas com o único fim de postergar o julgamento se este ocorrer imediatamente após, mormente em períodos próximos a recesso, de forma inclusive a afastar a manifestação de determinado ministro, que tenha posição ideológica diversa; pode, ainda, aumentar o número de pedido de vistas em razão dos novos esclarecimentos expressos na audiência; e, ainda, aumentar fatores externos de pressão sobre os membros que ainda não se manifestaram, principalmente, se o julgamento das questões jurídicas ocorrer de forma fatiada.

Terminada a audiência deve o relator ratificar o relatório ou promover as retificações devidas e elaborar a sua proposta de decisão com apreciação em separado das questões jurídicas⁷⁴⁶, manifestando-se sobre os fundamentos na ordem em que formulados pelas partes e incluindo ao fim da fundamentação os fundamentos próprios, pensados de forma vicariante, valendo-se de numeração para cada tópico argumentativo (núcleo do fundamento), como nas sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional do Chile, ou apenas a separação por tópicos argumentativos bem identificados, como Corte Constitucional colombiana⁷⁴⁷. E, ao fim, uma proposta quanto ao resultado, parte dispositiva. Após isso, que deve ser realizado em prazo célere, por exemplo, em até 1 ou 2 dias da audiência, deve circular entre os ministros, com pedido aos demais para que apresentem propostas em caso de divergência sobre os fundamentos relevantes ou informem outros fundamentos não constantes da minuta do relator⁷⁴⁸, também pensados vicariamente, incluindo-os em ordem após o enfrentamento dos demais. Estes podem ser rechaçados ou considerados prejudicados em razão de outros

⁷⁴⁶ A necessidade de apreciação das questões jurídicas em separado é imperiosa para se evitar decisões paradoxais, as quais consubstanciam provimento ou improvimento de recurso com base na soma de decisões quanto a questões jurídicas diversas. V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 104: “Entenda-se por decisão paradoxal aquela em que o recurso é provido por uma maioria que sustenta mais de uma violação de norma, deixando ver que nenhuma das alegações de violação é amparada pela maioria do colegiado”.

⁷⁴⁷ Uma forma de julgamento com troca de propostas por escrito e com sessões em que os magistrados possam aderir aos fundamentos dos demais também foi proposta por Davis e Reynold, cf. DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples**: Plurality Opinions in the Supreme Court. Duke Law Journal, vol. 59, 1974. p. 83.

⁷⁴⁸ Em sentido semelhante, v MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 105: “Quando o voto escrito do relator não considera determinado fundamento, há sempre dificuldade quanto à sua adequada solução. Portanto, seria muito melhor se o relator apresentasse o caso e abrisse oportunidade para a definição dos pontos a serem discutidos”.

fundamentos⁷⁴⁹. Da mesma forma deverá cada magistrado fazer constar a sua proposta de resultado nessas minutas. Isso pode ser realizado em um prazo mais extenso, porém também com prazo determinado.

Ao término do prazo, todos os magistrados terão conhecimento de todos os diversos fundamentos, permitindo a permeabilidade de cada. Com o decurso do prazo de circulação, comum a todos, o processo deve ser incluído imediatamente em pauta de julgamento⁷⁵⁰. Essa prática corresponderia a uma rodada de debates organizada e semelhante a que ocorre por meio de escritos entre os julgadores nas Supremas Cortes dos EUA e do Reino Unido, com a diferença de que, no caso brasileiro, o julgamento final não é estabelecido por escritos em sigilo, mas sim por decisão em sessão pública de julgamento⁷⁵¹. Somente nesta é que se pode ter a certeza da decisão de cada julgador.

No dia da sessão pública de julgamento, uma lista com todas as questões e todos os fundamentos em ordem pode ser entregue pelo relator ao presidente da corte, o qual poderá, a cada exposição, identificar o posicionamento de cada magistrado sobre cada questão, cada fundamento e cada resultado, de forma a facilitar a identificação do resultado e de eventual maioria quanto aos fundamentos. Assim, poderá identificar com facilidade os votos de eventual maioria, com *ratio decidendi*, os votos dissidentes e os concorrentes especiais. Com o fim, o relator ou o magistrado que primeiro posicionou-se com a opinião majoritária terá facilidade em elaborar o acórdão majoritário, fazendo o relato dos fundamentos de cada julgador, assim como a ementa com os fundamentos majoritários e os dissidentes. Após o que cabe a circulação entre os ministros que se posicionaram com a maioria primeiramente, para verificar eventuais divergências e assinar a decisão caso concordem, passando-se ao grupo vencido, posteriormente, semelhante ao que ocorre na Suprema Corte dos EUA e tentou-se

⁷⁴⁹ Não há necessidade de votação dos fundamentos em separados, mas sim apreciação de todos os fundamentos afetos a cada questão jurídica, tendo em vista que apenas assim poderá ser demonstrada a permeabilidade da Corte aos diversos argumentos, elemento do segundo parâmetro. Em sentido um pouco diverso, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 104: “Portanto, a desnecessidade de *votação* em separado dos fundamentos inseridos na deliberação sobre a violação de norma não contradiz a necessidade de sua discussão (dos fundamentos) na forma individualizada, já que a deliberação adequada é imprescindível para a formação da *ratio decidendi*”.

⁷⁵⁰ Há necessidade de que as pautas sejam mais realistas e que durante a semana de julgamento haja divisão de dias para audiência com número razoável e dias para sessão de julgamento também com número razoável, semelhante ao que ocorre na Supreme Corte dos EUA. Isso não impacta o pedido de pauta para a audiência de sustentação oral, que ocorre após o relator estudar profundamente o processo e o permite ter condições de elaborar proposta imediatamente após o *hearing*, e à medida que os processos são ouvidos, já se poderá ter uma breve noção do prazo em que o processo será julgado, bastando calcular os prazos para circulação de propostas e as datas das sessões de julgamento.

⁷⁵¹ Art. 93 IX da CRFB/88.

implementar na do Reino Unido em acordo de 2012. Os votos isolados e escritos podem ser simplesmente juntados ao final ^{752 753}.

Deve-se ressaltar que mesmo que fundamentos diversos resolvam uma determinada questão jurídica, ou seja, sem formação de *ratio decidendi*, a questão em si é decidida seja em controle abstrato, seja em controle concreto por via de recurso. Nestes casos de efetiva deliberação, a eventual manutenção de divisão torna-se uma mensagem clara ao fomento do debate nas diversas esferas públicas sobre a questão constitucional.

A proposta aqui apresentada atende aos parâmetros de performance deliberativa, pois permite a consideração de efetivamente todas as posições levantadas; a publicação dos escritos após a redação final e a manifestação em sessão pública de julgamento, favorecendo a argumentação franca; a manifestação sobre todas as posições, ao mesmo tempo em que, a publicidade destas manifestações também permitem identificar a permeabilidade ao amplo espectro de argumentos expostos; e, ainda, o julgamento por questões jurídicas e apreciação dos mesmos fundamentos é forte incentivo à busca pelo consenso, sem prejuízo à independência jurisdicional.

Em verdade, esta proposta é uma adaptação, como salientado, das formas de decidir das cortes estrangeiras examinadas, que decidem de forma secreta, para a realidade brasileira em que há necessidade de julgamento em sessão pública. É um recorte apenas do que é relevante para a deliberação, tomando-o de empréstimo para a realidade brasileira, com algumas adaptações necessárias, sem retirar a essência. Isso permite jungir os fatores positivos de cada modelo. Se, por exemplo, nas Cortes da Colômbia e do Chile todos os julgadores podem aduzir argumentos sobre cada questão jurídica em sessão secreta, na

⁷⁵² Essa prática permite a redação de todas as opiniões, ao mesmo tempo em que não impõe a um ministro redigir argumentos contrários ao que acredita, o que seria para muitos uma “violência intelectual”, como identificou Virgílio da Silva em pertinente pesquisa. “Ao serem confrontados com a prática de alguns tribunais constitucionais,³⁷ nos quais o relator tem o dever de escrever a minuta da decisão final, não importa se concorda ou não com ela, porque sua função não é escrever algo pessoal, mas institucional, as opiniões foram unânimes no sentido de que isso seria “uma violência intelectual”,³⁸ ou de que “não se deve obrigar alguém a produzir um voto em dissonância com o seu ponto de vista”, v. SILVA, Virgílio Afonso da. **‘Um Voto Qualquer’?** O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015. v. 1. p. 197.

⁷⁵³ Este procedimento, também, comparado aos votos individuais apresentados em audiência e anexados ao final é capaz de demonstrar a diferença e a transformação das decisões individuais para a decisão colegiada. Os acertos finais serão restritos à linguagem, pois os fundamentos e a maioria já se encontram definidas com a promulgação do resultado. Também se faz necessário que o redator de cada grupo de votos, maioria, concorrentes ou dissidentes, se houver se desincumba da redação, para que não haja equívocos redacionais ou dificuldade de concordância quanto ao texto final. Em sentido semelhante, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 138.

presente proposta todas as questões e fundamentos são objeto de manifestações escritas e de decisões finais proferidas em sessão pública. Se na prática das Supremas Cortes dos EUA e do Reino Unido a circulação de minutas exerce caráter deliberativo, na presente proposta também, porém como cada magistrado tem que se manifestar em sessão pública, não poderá abdicar de manifestar sua opinião, assim como esta será conhecida por todos, o que dificultará decisões exclusivamente ideológicas e não embasadas em argumentos jurídicos. Eventuais mudanças não justificadas de opinião pelos ministros também lançam luzes sobre o comportamento exclusivamente estratégico-ideológico, permitindo maior controle social e inibindo tal prática.

Além disso, não se pode dizer que os magistrados sofreriam as mesmas pressões psicológicas e sociais para manter a opinião, como ocorre na atual conjuntura, de uma única sessão pública de julgamento, transmitida ao vivo, em que a revisão do próprio posicionamento pode passar a ideia de fraqueza de caráter ou de intelecto⁷⁵⁴. Como há circulação de propostas, há a presunção de que não foi manifestada a decisão definitiva e, por isso, já um indicativo para a sociedade da possibilidade de mudança⁷⁵⁵. Ademais, como esse primeiro debate se dá de forma escrita, os argumentos podem ser melhor produzidos, assim como o conhecimento do posicionamento dos demais, mesmo que críticos, são acompanhados de maior tempo para reflexão e preparação para uma boa justificativa para a mudança de opinião em sessão de julgamento. Estes fatores, ao invés de fragilizar o ministro diante de uma alteração de opinião, podem fortalecê-lo perante a opinião pública.

Por fim, o prévio conhecimento das posições alheias e o cronograma estabelecido para o julgamento, tornam despidendo qualquer pedido de vista pelos ministros que participaram da audiência e da circulação⁷⁵⁶. O pedido de vista, assim, pode ser excluído da fase decisória atinente ao STF. Mesmo em casos excepcionais de aposentadoria imediatamente após a audiência, os ministros podem formular por escrito suas opiniões para divulgação em sessão de julgamento. Embora este caso possa reduzir um pouco a deliberação por parte do ministro que se aposenta, isso não exclui totalmente sua deliberação ao longo do processo antes de

⁷⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 165.

⁷⁵⁵ Sobre a diferença entre circulação de votos e circulação de propostas, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 105.

⁷⁵⁶ O pedido de vista é um instrumento que paralisa a deliberação que na realidade brasileira perdura por longo tempo ao exclusivo alvedrio do ministro que a solicita, sem qualquer consideração para o regimento interno do STF. Isso também atribui muito poder a um único ministro que pode atuar politicamente para impedir a deliberação e o resultado desfavorável aos seus interesses.

manifestar sua opinião, pois já terá participado da audiência pública em que se delibera por meio de perguntas aos advogados.

Como se depreende das propostas aqui formuladas, resta perfeitamente compatível, e até mesmo é defensável, a manutenção das sessões públicas de julgamento e votação em *seriatim*.

4.4 Resumo do procedimento deliberativo de decisão proposto

Tendo em vista as considerações discutidas acima, pode-se traçar um esboço elucidativo das proposições formuladas para aprimoramento do caráter deliberativo do procedimento decisório no STF, como segue.

Uma vez estudada a causa pelo relator, este deve elaborar um relatório que deve ser circulado entre todos os ministros e disponibilizado às partes. Este relatório deve ser rígido e conter a descrição da causa, das questões de fato e de direito discutidas pelas partes e interessados, e um resumo breve dos argumentos por estes formulados para resolução de cada questão jurídica. Concomitantemente com a divulgação do relatório, deve o ministro relator pedir inclusão do processo em pauta para audiência pública.

No dia da audiência pública os interessados podem se manifestar por meio de seus advogados sobre as questões de fato e de direito pertinentes, bem como requererem retificação ou acréscimo quanto aos fatos, questões jurídicas e argumentos constantes do relatório, o que deve ser registrado. Os advogados podem ser arguidos pelos ministros durante a audiência e após a exposição dos advogados. No decorrer da sustentação, o ministro interessado pode requerer ao presidente da Corte a palavra para fins de realizar a arguição, o que é importante para o estabelecimento da ordem dos trabalhos. Ao final das exposições, deve o presidente indagar aos demais ministros se necessitam maiores esclarecimentos e se pretendem formular perguntas aos advogados. As indagações também podem ser formuladas seguindo a ordem de antiguidade dos que pretendem formular perguntas. Os advogados indagados, então, devem ter breve espaço de tempo para esclarecer as perguntas, com concessão de igual prazo para os demais advogados tecerem considerações, se assim pretenderem. Ao fim desta fase, os ministros devem decidir definitivamente eventuais divergências sobre os fatos e o teor do relatório, este definitivo quanto aos fatos, quanto às questões de direito e os argumentos formulados pelas partes. Somente poderá ser complementado com os argumentos vicariamente elaborados pelos ministros julgadores e propostos por meio de circulação de minutas.

Após a audiência pública, deve o ministro relator em prazo célere divulgar o relatório retificado, do qual conste além do curso processual, os fatos que serão submetidos à deliberação, as questões jurídicas em separado a serem decididas e o resumo em tópicos de cada um dos argumentos formulados pelas partes em relação a cada questão jurídica. Deve incluir, no relatório, os argumentos, também em tópico, que entenda relevante para o julgamento da causa e que eventualmente não foram ventilados pelos interessados. Em conjunto com o relatório, deve fazer circular a sua proposta inicial de fundamentos e parte dispositiva ao final. Nos fundamentos, deve enfrentar cada questão jurídica em separado e respectivos argumentos, tudo seguindo a ordem do relatório, devendo acolher os argumentos preponderantes para sua decisão com desenvolvimento concatenado dos mesmos, o afastamento dos argumentos que entende equivocados, com as respectivas razões, e, ainda, o afastamento de argumentos que entende não relevantes para a decisão, com razões sucintas. Após, deve ser permitido aos demais ministros fazer circular propostas divergentes com base no mesmo regramento seguido pelo relator, devendo, no entanto, solicitar a inclusão de tópico argumentativo formulado vicariamente, ao relatório, também em ordem, bem como em sua minuta tecer exposição concatenada desses argumentos a serem acrescidos ao relatório.

Após essa fase que também deve ser em prazo célere, o relator deve coletar nas propostas os argumentos acrescidos pelos julgadores e aglutiná-los ao relatório, o qual deve ser utilizado para formar uma lista a ser entregue ao presidente da corte para cômputo do resultado final de julgamento, por questão, considerando os respectivos argumentos jurídicos. Além disso, deverá aglutinar as diversas propostas, se houver, para dar publicidade após a divulgação da decisão final, fazendo a ressalva de que se trata de propostas e não compõem o resultado final. Se não houver propostas divergentes, poderão os ministros em sessão de julgamento acompanhar o relator, tecendo brevemente seus comentários também sobre cada tópico⁷⁵⁷. Se o magistrado não circular proposta divergente e votar contrariamente ao relator, seu voto não será computado para o resultado final⁷⁵⁸. Mesmo que não tenha muita certeza

⁷⁵⁷ Isso em nada altera a necessidade de gravação dos debates em sessão e divulgação do áudio etc.

⁷⁵⁸ Essas práticas devem aumentar o tempo de deliberação tanto na audiência quanto na sessão de julgamento, mas não durante a circulação de minutas. O ideal, como dito, seria que tais práticas fossem acompanhadas de reformas em ondas para redução do trabalho da corte, quanto à competência, redução do foro privilegiado, discricionariedade quanto à apreciação de recursos etc. Também se afigura importante a observância de pauta e prazos realistas. Não seria por exemplo desproporcional estabelecer uma sessão ordinária de audiência e outra, também ordinária, de julgamento na semana, cada uma para apreciação de 2 a 4 processos. Os quais devem ser debatidos em audiência no mesmo dia. Com prazo para que o relator circule sua proposta em 5 dias, para que os ministros circulem suas propostas divergentes até o fim de 15 dias e julgamento a ser incluído em pauta de sessão de julgamento a partir do 10º dia após o término do prazo circulação de propostas. Ao final desse período, os interessados teriam a certeza de que o processo terá julgamento em até 30 dias. Porém, essa proposição

sobre uma possível divergência, deverá o magistrado submeter a questão ao debate, pois se não o fizer tal divergência não poderá ser considerada posteriormente. Isso, ao mesmo tempo em que impõe a deliberação nesta fase de circulação, não exige formação de consenso quando remanescer discordância e a deliberação não mais se tornar possível. Com o término do prazo para circulação, o presidente deverá incluir automaticamente o processo em pauta para sessão de julgamento a partir de prazo razoável para que os ministros reflitam sobre as demais propostas.

Na sessão de julgamento pública, o ministro relator expõe seu voto com os fundamentos utilizados para formar sua convicção, seguindo a lista de questões e argumentos formulada. A exposição, segue em *seriatim* por cada ministro, em ordem crescente de antiguidade. Os ministros podem se restringir à exposição dos fundamentos determinantes para sua opinião e entregar voto escrito final que será juntado ao processo, no qual deve constar a apreciação de todos os argumentos constantes da lista, inclusive aqueles que não são relevantes para o julgamento, segundo sua opinião. Não há motivo para pedido de vista. Os fatos já foram definidos, as questões e os argumentos a serem apreciados também. Além disso, aquele que não participou da audiência não decide a causa e o que se aposentar depois da audiência e antes da sessão de julgamento tem que deixar o voto escrito, o qual pode ser lido pelo presidente da corte.

Ao final da sessão, o presidente pode indagar se algum ministro deseja retificar seu voto e seus argumentos, sendo-lhe deferido breve prazo para tanto. Com o fim, o presidente, valendo-se de assessor, pode proclamar o resultado quanto a cada questão jurídica e indicar os fundamentos que obtiveram maioria da corte. Quando houver maioria quanto aos fundamentos, poderá o presidente indagar aos ministros se concordam em estabelecer expressamente a *ratio decidendi*. Se todos os fundamentos são apreciados, inclusive aqueles que estão contidos em fundamentos mais amplos, a *ratio decidendi* formada pela *narrowest ground* também aparecerá ao final, pelo cômputo dos votos. Se houver discordância quanto ao estabelecimento expresso da *ratio decidendi* quando da promulgação do resultado, não será esta fixada expressamente, embora esta possa ser extraída pela interpretação do resultado

quanto aos prazos é apenas estimativa no presente trabalho, assim como o número de processos a serem apreciados. A definição destes dois fatores deve na verdade ser estipulada por meio de tentativa, considerando números mais modestos até atingir a capacidade ideal da Corte, com uma avaliação de performance.

final⁷⁵⁹. Não havendo maioria de votos quanto ao fundamento, por outro lado, cabe ao presidente declarar que não houve formação da *ratio decidendi*, pois formada decisão plural.

Com o resultado, o presidente disponibiliza no processo a lista com os votos, o relator ou o ministro que proferir o primeiro voto vencedor deve redigir a ementa com todas questões decididas, indicando eventuais fundamentos que obtiverem maioria, inclusive a *ratio decidendi* eventualmente expressa em sessão de julgamento, assim como o acórdão com a opinião da maioria. Esta deve ser circulada primeiro entre a maioria e depois o primeiro ministro a votar com a minoria deve elaborar o voto minoritário com as opiniões dos demais que aderiram. O voto isolado, lastreado em fundamento que não recebeu adesão de qualquer outro ministro, deve apenas ser juntado. Com a assinatura de todos, também em prazo fixado, a decisão final deve ser publicada.

CONCLUSÃO

Urge ampliar a performance deliberativa no Supremo Tribunal Federal e isso não somente em razão de toda imposição normativa da deliberação em cortes constitucionais e supremas cortes, decorrente do estado democrático de direito, da democracia deliberativa, da legitimidade da *judicial review* e dos benefícios que a deliberação pode proporcionar. A Corte brasileira necessita dar efetividade ao efeito vinculante previsto na Constituição da República e exercer o seu papel de uniformizador da interpretação constitucional. A deliberação é o caminho para que a corte favoreça a produção de consenso e produza *ratio decidendi* ou *holding*, como forma de resolver o grande passivo de processos, que se acumulam em suas estantes ou servidores eletrônicos, com prejuízo para o julgamento em tempo razoável, a segurança jurídica, a isonomia dos jurisdicionados submetidos às mais divergentes decisões do Judiciário brasileiro e a higidez de seu funcionamento.

De forma a dar resposta a esses problemas urgentes, o presente trabalho soma-se às pesquisas que perscrutam o aprimoramento do caráter deliberativo do julgamento no Supremo Tribunal Federal. A sua ótica, no entanto, recai sobre as práticas deliberativas eficientes e

⁷⁵⁹ A promulgação de uma *ratio decidendi* expressa pode aprimorar a força vinculante da decisão, no entanto, sua definição também deve ser realizada com cautela, tendo em vista que a definição da *ratio decidendi* não decorre diretamente de uma maioria de fundamentos como visto na definição de MacCormick. Proposta neste sentido é formulada por Marinoni e se adequa perfeitamente às finalidades e preocupações do presente trabalho quanto à funcionalidade do STF. V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Corte Supremas**; precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 124/126. A divulgação de um denominador comum de forma resumida e que sirva como precedente também é proposta por Davis e Reynold, embora com contornos diversos. V. DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. **Juridical Cripples**: Plurality Opinions in the Supreme Court. Duke Law Journal, vol. 59, 1974. p. 82.

desenvolvidas em cortes constitucionais e supremas cortes estrangeiras, mais especificamente por meio da comparação das atividades levadas a cabo na fase decisional do procedimento deliberativo. As práticas analisadas no campo prático trazem influxos positivos para a construção de um *design* institucional realmente propenso à deliberação, não por meio de um empréstimo desconectado de sua eficiência, mas que considere esta e não descarte a potencialidade positiva de práticas realizadas no âmbito da corte brasileira.

Os objetos de comparação, práticas deliberativas desenvolvidas na fase decisional, foram delimitados a partir de critérios objetivos que apontam para a potencialidade deliberativa, à luz dos parâmetros de comparação que informam o engajamento colegial, desenvolvido na doutrina de Conrado Hübner, assim como da similitude entre as cortes comparadas - a Corte Constitucional da Colômbia, o Tribunal Constitucional do Chile, a Suprema Corte dos EUA e a Suprema Corte do Reino Unido – e respectivas contribuições para o estudo. Em relação a estas cortes, foram estudadas, pormenorizadamente, as práticas e as respectivas questões circundantes de: formulação de perguntas aos advogados em audiência pública de sustentação oral; circulação de escritos entre os julgadores; formação de decisão que considera não somente a resposta às questões jurídicas, mas também os fundamentos; sessão fechada de julgamento; e decisão *per curiam* ou intermediária.

O resultado da pesquisa demonstrou, na prática das referidas cortes, que o manejo de perguntas aos advogados em sessão pública; a circulação de escritos entre os julgadores; e a produção de decisão que considere o resultado e também os fundamentos; aprimoram a performance da deliberação. De outro lado, a sessão fechada de julgamento e os modelos de decisão *per curiam* e intermediário produzem falhas deliberativas. As três primeiras práticas permitem o esforço de levar em consideração todas as posições coletadas e a busca pelo consenso, ou pelo menos redução do dissenso, mas não garantem argumentação franca e permeabilidade ao amplo espectro de argumentos discutidos. Por sua vez, o julgamento em sessão fechada e os modelos institucional ou intermediário podem até favorecer a busca pelo consenso, mas não garantem a consideração de todas as posições, não garantem argumentação franca e tampouco permeabilidade às diversas posições. Os referidos modelos fechados e contrapostos ao modelo em série falham, em parte, quanto à realização da deliberação e permitem diversos efeitos negativos, entre eles, abstenções da atividade deliberativa pelos julgadores, barganhas, comportamentos judiciais predominantemente estratégico-ideológicos não amparados em troca de argumentos, polarização ideológica, neutralização do dissidente e incremento do tempo de deliberação. Tudo isso sem prejuízo das críticas quanto a não realização de transparência e *accountability*.

Não obstante isso, é possível vislumbrar a construção de procedimento deliberativo que incorpore o empréstimo proveitoso de práticas deliberativas eficientes e permita a superação das vicissitudes dos modelos fechados e ocultos. Esse recorte não se faz de forma estanque e considerações adaptativas são necessárias. Para atender a este desiderato, propõe-se no presente trabalho, em suma, o seguinte procedimento deliberativo quanto à fase decisional do STF: após os trâmites da fase pré-decisional e o estudo do caso, deve o relator elaborar relatório com a descrição dos fatos, as questões jurídicas em separado, cada qual com os respectivos argumentos, numerados ou em tópicos. O relatório deve ser disponibilizado aos demais ministros julgadores, às partes e aos interessados. Neste mesmo momento, deve o relator solicitar pauta de audiência pública ao presidente do Tribunal. No dia da audiência, os advogados dos interessados realizam sustentação oral em que abordam os pontos principais de suas alegações e, ao fim, podem requerer acréscimo ou retificação do relatório. Ouvidos os advogados, os ministros podem e devem fazer perguntas aos advogados de forma a esclarecer a causa sob julgamento. Após as perguntas podem os ministros também propor retificação ou alteração no relatório e, em seguida, estes decidem de imediato os pedidos de retificação ou acréscimo do relatório, decidindo de forma definitiva sobre os fatos e as questões de direito que serão objeto de decisão. Na mesma ocasião, decidem, sucintamente, sobre a relação dos fundamentos alegados pelas partes e que também deverão ser apreciados, com o que se encerra a audiência.

Em seguida o relator procede às alterações no relatório e submete proposta de decisão aos demais, que em prazo razoável também podem apresentar propostas divergentes. As propostas podem acrescentar fundamentos pensados vicariamente pelos julgadores ao fim de cada fundamentação para cada questão. No entanto, os julgadores devem apreciar todos os fundamentos, seja para acolhê-los, rechaçá-los ou mesmo reputá-los impertinentes, neste caso com breve justificativa. Se os ministros não tiverem certeza sobre possível divergência, devem manifestá-la em proposta, para que a mesma seja apreciada pelos demais, sob pena de o voto divergente fundado em razões inauguradas na sessão de julgamento não ser computado. Transcorrido o prazo para circulação de propostas, cabe ao relator incluir os fundamentos inovadores no relatório, do qual se extrai uma lista que será utilizada pelo presidente no dia da sessão de julgamento para cômputo de votos. O processo deve ser incluído automaticamente em pauta de julgamento a se realizar também em prazo razoável a contar do termo *ad quem* para circulação de propostas.

No dia da sessão de julgamento aberta ao público, deve o relator expor seu voto oralmente, considerando os fundamentos que formam sua convicção, bem como entregar voto

escrito completo em que aprecie todos os fundamentos, inclusive rechace aqueles impertinentes para o julgamento da causa, de forma justificada. Após, os demais ministros fazem o mesmo, em *seriatim* e na ordem crescente de antiguidade. Nada impede o pedido de antecipação de voto por ministro mais antigo, como atualmente praticado no STF. Após o término, o presidente da Corte, que pode se valer de assessor para o cômputo dos votos e fundamentos, proclama o resultado e os fundamentos da maioria, se houver. Se estes fundamentos forem suficientes para resolver questão, cuja apreciação seja necessária para a resolução da causa, pode o presidente propor aos ministros que acompanharam a maioria a divulgação expressa de uma *ratio decidendi*. Se houver concordância imediata quanto aos termos, a expressa menção à *ratio decidendi* formada será publicada com o acórdão final.

Cabe ao relator ou ao ministro que primeiro votar com a maioria a redação da ementa (indicando voto da maioria, os concorrentes e os dissidentes), da opinião majoritária e da *ratio decidendi*, se houver concordância na sessão de julgamento quanto ao seu teor, considerando o cômputo dos votos realizados pelo presidente e dos escritos apresentados. A redação final da opinião majoritária deve circular primeiro entre os que se posicionaram com a maioria, depois cabe ao primeiro ministro que votou em concorrência especial redigir esta e circular aos demais. Por fim, cabe ao primeiro ministro que proferiu voto dissidente redigir a dissidência e circular entre os demais. Os votos isolados e escritos apresentados em sessão de julgamento podem simplesmente ser reproduzidos e aglutinados ao acórdão final. Com o término, a decisão deve ser publicada, com anexos que conterão as propostas da fase imediatamente anterior à sessão de julgamento e os votos individuais escritos apresentados em sessão de julgamento.

Ao fim do procedimento deliberativo proposto e da publicação da decisão, os atos deliberativos documentados tornar-se-ão do conhecimento do público. Isso possibilitará o conhecimento de eventuais falhas deliberativas, como inércias e votos predominantemente estratégico-ideológicos, e, conseqüentemente, a sujeição dos ministros ao controle social, o que inibe os desvios e contribui para o avanço da performance deliberativa.

É importante ressaltar, por fim, que o procedimento deliberativo aqui proposto não importa em acréscimo significativo ao trabalho dos ministros e pode ser um verdadeiro meio de fortalecimento institucional. A formulação de perguntas a advogados, embora possa aumentar o tempo gasto com a audiência de sustentação oral, compensa por proporcionar melhor compreensão do tema e, assim, facilita a formação das respectivas opiniões. A circulação de propostas de decisão aumenta o dispêndio de tempo de cada ministro com a leitura dos votos dos demais pares, é verdade, porém tal prática delimita o âmbito de

divergência e discussão, bem como possibilita a encampação dos argumentos com os quais os ministros concordem, facilitando, assim, a formação da opinião de cada ministro. O julgamento organizado por questões e respectivos fundamentos, com a obrigatoriedade de apreciação de todos os fundamentos levantados pelas partes, de fato importa em incremento do trabalho, porém em curto prazo. Com o decurso do tempo, um maior número de decisões do STF será capaz de orientar os jurisdicionados e implementar o efeito vinculante, ocasionando, também, redução do número de processos⁷⁶⁰.

Da mesma forma, o fim do pedido de vistas, em decorrência do fomento da deliberação ampla entre os ministros, associada a etapas e prazos preclusivos, importa no fim das paralisações processuais demasiadamente longas que o referido instituto proporciona na atual realidade do STF.

Por outro lado, a publicidade das sessões de julgamento e a produção de votos individuais escritos em *seriatim*, já correspondem à prática corrente na corte, e, assim não acrescem carga ao trabalho atual. A bipartição da sessão pública de hearing e da sessão pública de julgamento, não acresce a carga de trabalho, per se, apenas reorganiza as etapas, com ganhos para a performance deliberativa e para os direitos à ampla defesa e ao contraditório. Por fim, a produção da decisão majoritária, no entanto, torna-se mais fácil e célere em razão da organização e clareza decorrentes do julgamento por questão, com apreciação organizada dos respectivos fundamentos.

Em consonância, a implementação da eficiência no julgamento dos processos, associada à transparência, *accountability*, clareza, maior vinculação ao direito, menor espaço para decisões ideológicas e redução de polarizações, sem prejuízo para a independência funcional dos ministros, são fatores capazes de fortalecer o papel do STF na sociedade brasileira e conseqüentemente sua legitimidade.

Em suma, o estudo realizado elucida as práticas deliberativas estrangeiras dotadas de eficiência, ao mesmo tempo em que alerta para a ineficiência de outras práticas. Disso decorre que o implemento da deliberação por via do empréstimo de práticas institucionais será efetivamente produtivo se considerar esses prós e contras. Do contrário, o empréstimo

⁷⁶⁰ Neste ponto, reformas mais abrangentes, e em ondas, incluindo o aumento da discricionariedade na apreciação dos recursos semelhante ao caso da Suprema Corte norte-americana, pode ser associadas para o fim de melhoria da funcionalidade da corte. A redução do número de processos apreciados pelo plenário para patamares semelhantes ao da Suprema Corte norte-americana, 100 processos, em média, como salientado por Antonin Scalia em sua entrevista mencionada no presente trabalho, parece ser medida imprescindível para a superação da crise de funcionalidade do STF e fortalecimento da confiança na instituição. O que contrasta com as 177 decisões finais pelo plenário do STF, de um montante de 3.374 decisões, incluindo decisões em recursos internos, interlocutórias, liminares e sobre repercussão geral, também devidamente citado *supra*. Isso, sem considerar as decisões proferidas pelas turmas.

constitucional representará uma substituição dos problemas deliberativos atuais por outros também indesejáveis. Nessa toada, as proposições aqui formuladas advogam pela adoção apenas das práticas deliberativas proveitosas com as adaptações necessárias, por meio de um equacionamento voltado para a máxima potencialização da performance deliberativa e para a solução da crise atual de funcionalidade da suprema corte brasileira.

REFERÊNCIAS

- AESCHLIMANN, A. *O Sistema de controle de constitucionalidade na Suíça*. Discurso pronunciado no dia 22 de fevereiro de 2008 perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/O_sistema_de_controle_de_constitucionalidade_na_Suica.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2015.
- ALCALÁ, H. N. *La sentencia del tribunal constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas*. Estudios Constitucionales, Año 5, Nº1. 2010.
- ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ALVES, M. *História Oral do Supremo*. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015.

BALLESTEROS, M. E. *La lei de organización y atribuciones de los Tribunales de Chile*, Imprenta Nacional, Stgo., 3 tomos.

BARAK, A. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press. New Jersey, 2006.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: < <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em 16/09/2016.

_____. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Forense. Rio de Janeiro: 2015.

_____. *História Oral do Supremo*. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2015.

BATEUP, C. *The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential Of Theories Of Constitutional Dialogue*. public law & legal theory research paper series working paper no. 05-24 . New york University of law. 71. November 2005

BAUM, L. *Judges and Their Audiences: a perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BENHABIB, S. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: Id. (org). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University press, 1996.

BICKEL, A. M. *The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1957.

_____. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press. 1962.

BINENBOJM, G. *Temas de direito administrativo e constitucional: Artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BLANCO, S. R. *Características procesales de control de constitucionalidade em Colombia*. Revista virtual via inveniendi et iudicandi "camino del hallazgo y del juicio. Disponível em: <"http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Acesso em 15/12/2016>.

BOHMAN, J. *Public deliberation: pluralismo, complexity and democracy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.

BOHMAN, J; REHG, W. (Ed). *Deliberative Democracy*. Cambridge: The Mit Press, 1997.

BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe A Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BURKHALTER, S; GASTIL, J.; KELSHAW, T. *A Conceptual Definition and Theoretical Model of Public Deliberation in Small Face-to-Face Groups*. Local: International Communication Association, 2002.

CAPECCHI, D. Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. no prelo.

CARDOSO, E. L. C. *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARROLL, R. y TIEDE, L. *Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal*. En Journal of Empirical Legal Studies, v. 8, n. 4, 2011.

CASSESE, S. *Dentro La Corte: Diario di um giudice Costituzionale*. Il Mulino. Bologna, 2015.

CHAMBERS, S. *Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation*. Toronto: The Journal Of Political Philosophy, 2004.

CHILE. *Poder Judicial. Glossário de términos legales*. Disponível em: <http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/GLOSARIO_web.pdf>. Acesso em 15/02/2016.

COUSO, J., *The politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002*, en Democratization, v. 10, n. 4, 2003.

CUBAS, J. H. S. *Los votos singulares en el Tribunal Constitucional del Peru*. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho. Lima: Pontificia Universidade Católica, 2012.

DAVIS, J. F.; REYNOLDS, W. L. *Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court*. Duke Law Journal, v. 59, 1974.

DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: Juspodivm. 2008.

DINIZ, A. C. de A. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*, São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. London: Cambridge University Press, 1985.

EDWARDS, H. T.. *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*. Local: University Of Pennsylvania Law Review, 2003.

EGAÑA, J. L. C. *Derecho Constitucional Chileno Tomo III*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Agosto 2013.

_____. *Praxis del control de constitucionalidad en chile*. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, el jueves 27 de septiembre de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/12/2016.

EPP, C. R. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. The University of Chicago Press. 1998.

EPSTEIN, L.; e KNIGHT J. *Documenting Strategic Interaction on the U.S. Supreme Court*. Political Science Paper No. 275. 1995. Disponível em <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em 30/12/2016.

FALCÃO, Joaquim, Cerdeira, Pablo e WERNECK, D. I *Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. 2011. p. 13 disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 19/04/2016.

FEREJOHN, J.; PASQUINO, P. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: *Constitutional justice, east and west: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. SADURSKI, Wojciech (Ed). London: Klumer law international, 2002.

_____. *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*. Local: Texas Law Review, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. *The Citizen's Assembly Model*. In: WARREN, Mark E.; PEARSE, Hilary (Ed.). **Designing Deliberative Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2008
FEREJOHN, J.; FRIEDMAN, B. *Toward a Political Theory of Constitutional Default Rules*. Local: Editora, 2006.

FREDMAN, S. Adjudication as accountability: a deliberative approach. In: BAMFORTH, N.; e LEYLAND, P. *Accountability in the contemporary constitution*. United Kingdom: Oxford. 2013.

FREIRE, A. *Suprema Corte Dos Estados Unidos*. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org). Cortes constitucionais e supremas cortes. no prelo.

FRIEDMAN, B. *Dialogue and Judicial Review*. 91 Mich. L. Rev. 577 1992-1993.

_____. *The Politics of Judicial Review*. New York: New York university school of law. 2006.

_____. *The will of the people: How Public Opinion Has Influenced The Supreme Court And Shaped The Meaning Of The Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARMAN, R. *Deliberation, Deference, and Discretion: Reflections on Decision Making at the Trial, Appellate, and Supreme Court*. 41 Loy. U. Chi. L. J. xiii (2010).

GARNER, B. A. *Black's law dictionary*. 9th edition (Abridged). West. Thonson Reuters business. 2009.

GHETTI, P. S. Às margens da deliberação: notas sobre uma política deliberativa por vir. In: Vireira, José Ribas (org.). *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro.: Renovar, 2003.

GINSBURG, R. *Speaking in a judicial voice*. New York University Law Review vol. 67 nº 6. December 1992. Disponível em: <http://lawcommons.luc.edu/luc/lj/vol41/iss2/3>. Acesso em 15/10/2016.

- GINSBURG, R. B. *Communicating and Commenting on the Court's Work*. Local: The Georgetown Law Journal, 1995. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 30 ago. 2016.
- _____. *The Role of Dissenting Opinions*. Minnesota law review. December 17, 2009. Disponível em <www.minnesotalawreview.org>. Acesso em 15/12/2016.
- GRAU, E. *Quem tem medo da publicidade*. Entrevista ao blog Direitos fundamentais. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/>>. Acesso em 09/04/2016.
- GREENHOUSE, L. *The U.S Supreme Court: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2012.
- GRIMM, D. *Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics*. Local: Nujs Law Review, 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 30 ago. 2016.
- _____. *Constitutional Adjudication and Democracy*. Local: Israel Law Review, 2016. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 30 ago. 2016.
- GUERRA, O. M. *El Magistrado Constitucional*. In: Revista de Derecho - Latin America Journals. Num. 8. 2004. Disponível em: <<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>>. Acesso em 15/12/2016.
- GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- _____. *O que significa democracia deliberativa?* In: Revista brasileira de estudos constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n1, jan./mar. 2007.
- HABERMAS, J. *Três Modelos Normativos de Democracia*. Valência: Editora, 1993.
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HARDING, A.; LEYLAND, P. *Constitutional Courts*. London: Wildy, Simmonds e Hill Publishing, 2009.
- HELMKE, G. e RÍOS, J. F. (coord). *Tribunales Constitucionales em América Latina*. México, octubre de 2010.
- HENDERSON, M. T. *From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007.
- HOECKE, M. V. *Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation*. Oxford: Ratio Juris, 2001.
- HOGG, P. W.; e BUSHELL, A. A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Osgoode Hall Law Journal 35.1 (1997). <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em 15/11/2016.

HOUAIS, A. e VILLAR, M. de S. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INFOUS. *Dicionário Jurídico Chileno*. Disponível em: <<http://www.juicios.cl>>. Acesso em 15/02/2016.

JAEGERE, J.; BEYERS, J.; POPELIER, P. *Exploring the deliberative performance of a constitutional court in a consociational political system: A theoretical and empirical analysis of the Belgian Constitutional Court.*, p. 3. Disponível em <<http://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/1c16e505-e983-44c9-9935-8c573f521ab0.pdf>>. Acesso em: fev 2016.

JACKSON, V. C. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford handbooks online. 2012.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Malheiros. 2003.

KOATZ, R. L. F. *Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação*. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2015.

KORNHAUSER, L. and SAGER, L. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. *California Law Review* 81, 1993. 1: 1–59. Disponível em: <<https://www.csc.ncsu.edu/faculty/mpsingh/local/Social/f15/wrap/readings/Kornhauser+Sager-One-Many-1993.pdf>>. Acesso em: 16/09/2016.

KUMM, M. *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*. 2007. Disponível em <<http://cadmus.eui.eu/>>. Acesso em 16/09/2016.

LASSER, M. de S. O. *Judicial Deliberations*. New York: Oxford University Press, 2004.

LORENZO, D. G. P. e RAMIREZ, S. V. *El Tribunal Constitucional Chileno y la reforma de 2005. Um enroque entre jueces de carrera y académicos*. *Revista de Derecho* v. XXVIII n°71 – Junio 2015.

MALDONADO, D. B. *Constitutionalismo of the global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press 2013.

MARINONI, L. G. *Julgamento nas Corte Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, T. R. *Public opinion and the Rehnquist court*. Albany: State university of New York press. 2008.

MARTÍ, José Luis. *La República Deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons; 2006.

MELO, M. A. *Nunca troquei figurinhas*. Entrevista ao blog os constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marco-aurelio-nunca-troquei-figurinhas-e-nao-vou-trocar>>. Acesso em 09/04/16.

MELLO, P. P. C. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança*.

BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. *Consultor Jurídico*, 28 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

_____. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, C. H. *Not the Last Word, but Dialogue: Deliberative Separation of Powers II*. Hart Publishing, 2009.

_____. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O projeto de uma corte deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana et al. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros editores. 2012. p. 62.

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. *Onze ilhas*. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 09/04/2016.

MESA, V. N. La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana. In: *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

MILLER, M. C. The View of the courts from the Hill: A neoinstitutionalist perspective. In: MILLER, Mark C. e BARNES Jeb (Ed.). *Making policy, making law: Na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown Universitypos. 2004.

MITIDIERO, D. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, G. P. de. *Direito constitucional: Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

_____. *Direito constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

MOREIRA, J. C. B. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*. *Revista Forense* v. 327.

NETO, D. de F. M. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, C. P. de S. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições Para a cooperação a Deliberação Democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O'BRIEN, D. M. *Judges on judging: views from the bench*. 5 ed. University of Virginia, 2016.

PATERSON, A. *Final Judgment: the Last Law Lords and the Supreme Court*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

PEDREIRA, D. S. *Fórum cortes supremas do mercosul*. Programa Joaquim Nabuco. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30/12/2016.

PEREIRA, J. R. G. *Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. Revista Juris Poiesis, no 17, 2014.

PERJU, V. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford handbooks online. 2012.

PICA, R. F., VALENZUELA, P. y MAGNASCO S. L. *Estructura e atribuciones de los Tribunales y salas constitucionales de IberoAmérica*. II conferencia ibero-americana de Justicia Constitucional. Mérida, Yucatan, Mexico. 2009.

PICKERILL, J. M. *Constitutional Deliberation In Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press, 2004.

PINO, G. G. e CONTRERAS, P. *Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional, Pluralismo Y Libertad De Expresión*. Cuadernos Del Tribunal Constitucional. Número 49, Año 2012.

POSNER, R. A. *How judges think*. Massachusetts: Harvard University press. 2008.

POST, R.; SIEGEL, R. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. 42 Harv. C.R.-C.L.L. Ver. 2007.

PZERWORSKI, A. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, J. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RAWLS. J. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

REHNQUIST, W. H. *The Supreme Court*. 2nd ed. New York: Vintage Books, 2002.

RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as Cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAMPAIO, J. A. L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHWARTZ, B. *The Unpublished Opinions of the Warren Court*. New York: Oxford University Press, 1985.

- SCHWARTZ, B. *The Unpublished Opinions of the Burger Court*. New York: Oxford University Press, 1988.
- _____. *The Unpublished Opinions of the Rehnquist Court*. New York: Oxford University Press, 1996.
- _____. *The Best and Worst in American Law*. New York: Oxford University Press, 1997.
- SCHÖNSTEINER, J. *El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador*. Revista de derecho. VOLUMEN XXIX - Nº 1. 2016.
- SEGAL, J., and SPAETH, H. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press. 2002.
- SEN, M. *Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System*, 27 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 303. 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol27/iss2/1>>. Acesso em 10/11/2016.
- SHAPIRO, I. *Optimal Deliberation*. Oxford: The Journal Of Political Philosophy, 2002.
- SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 2007.
- SILVA, P. M. C. da. *Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional*. Ano 51 Número 203 jul./set. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/>>. Acesso em 15/12/2016.
- SILVA, V. A. da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, 2009.
- _____. *Deciding without deliberating*. Oxford: International Journal of Constitutional Law, 2013.
- _____. *'Um Voto Qualquer'?* O papel do Ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, 2015.
- _____. *De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Direito, Estado e Sociedade, 2015.
- SILVA, V. A e MENDES, C. H. *Entre a Transparência e o populismo judicial*. Site dizer o direito. <http://www.dizerodireito.com.br/2012/02/entre-transparencia-e-o-populismo.html>.
- SILVA, V. A e WANG, D. W. L. *Quem sou eu para Discordar de um Ministro do STF? O Ensino do Direito entre Argumento de Autoridade e Livre Debate de Ideias*. São Paulo: Revista do Direito Gv, 2010.
- SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.
- SOUZA, R. R. M. de. *STF em evidência. Deliberação, Publicidade e Sociedade sob a Perspectiva Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2016.
- STACK, K. *The Practice of Dissent in the Supreme Court*. Yale Law Journal 105: 2235–2259. 1996.

STRECK, L. L.; e MORAIS, J. L. B. *Estado Democrático de Direito*. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

STRUCHINER, N. *Algumas “proposições fulcrais” acerca do Direito: O debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo*. Perspectivas atuais da filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNSTEIN, C. *Group Judgments: Deliberation, Statistical Means, and Information Markets*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 219, 2004.

SUNSTEIN, C. R; SCHKADE D., ELLMAN L. M.; SAWICKI A. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: The brookings institution. 2006.
TACHA, D. R. “*The ‘C’ Word: on Collegiality.*” *Ohio State Law Journal* 56: 585–592.
Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1811/64731>>. Acesso em 27/09/2016.

TAHA, A. E., *Judicial Collegiality, Court Structure, and the Decision to Sit En Banc: Evidence from U.S. District Courts (March 2004)*. Wake Forest Univ. Public Law Research Paper No. 04-03.

TAMANAH, B. Z. *Beyond the formalist-realist divide. The Role of Politics in Judging*. New Jersey: Princeton University Press. 2010.

TAVARES FILHO, N. *Tribunais Constitucionais*. Câmara dos Deputados. Brasília - fevereiro/2009.

TSEBELIS, G. *Processo Decisório Em Sistemas Políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo*. *British Journal of Political Science*, 25, 1955, Tradução de Vera Pereira. Revisão Técnica de Fernando Limongi.
Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em 21/12/2016.

URBINA, F. Z. *Corte Suprema y Sus Competencias*. Notas Acerca De Su Potestad Normativa (Autos Acordados) Universidad de Talca, Chile. *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 1, 1998.

VALE, A. R. do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Alicante. (Mimeografada). 2015.

VERMEULE, A. *The system of the Constitution*. New York: Oxford University Press. 2011.

VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; e CARDOSO, E. L. C. *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*. São Paulo: Revista Direito GV 9. 2009.

VIEIRA, O. V. *Supremocracia*. *Revista de Direito Gv*. São Paulo 4. n. 441-464. jul-dez 2008.

VILHENA, O.; BAXI, U.; VILJOEN, F. (editors). *Transformative constitutionalism: Comparing the Apex courts of Brasil, India and South Africa*. Pretoria university law press. Pulp. Johannesburg, 2013.

YANAGUI, V. *Fórum cortes supremas do mercosul*. Programa Joaquim Nabuco. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30/12/2016.