CHRISTIANE MINA FALSARELLA

A deliberação no Supremo Tribunal Federal

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

CHRISTIANE MINA FALSARELLA

A deliberação no Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Falsarella, Christiane Mina
A deliberação no Supremo Tribunal Federal / Christiane Mina Falsarella; orientador Manoel Gonçalves Ferreira Filho -- São Paulo, 2018. 177.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Deliberação. 2. Cortes Constitucionais. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Aperfeiçoamento. I. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, orient. II. Título.

Versão corrigida nos termos da Resolução CoPGr nº 6018, de 13 de outubro de 2011.

Agradecimentos

Agradeço ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho não só pela atenciosa orientação, mas também pela oportunidade de conviver e aprender com sua imensa cultura jurídica. Agradeço aos professores Elival da Silva Ramos e José Renato Nalini pela leitura atenta e pelas contribuições dadas a este trabalho por ocasião do exame de qualificação. Agradeço à professora Elise Untermaier-Kerleo, da Université Jean Moulin Lyon 3, pela bibliografia que gentilmente me disponibilizou a respeito do Conselho Constitucional francês e pelas conversas que tivemos sobre o tema. Agradeço, ainda, à minha mãe, Vanda, sempre dedicada e companhia para todas as horas, ao meu pai, Orandi, pelo exemplo e pelo incentivo a minhas investidas acadêmicas, e aos meus irmãos, Priscila e Thiago, amigos que eu tive a sorte de ter por perto desde pequena. Por fim, agradeço ao Fernando, por estar ao meu lado em mais esta etapa e por tudo o que, com amor, estamos construindo juntos.

À minhas queridas filhinhas.
Sofia, meiga e delicada, acompanhou com curiosidade todo o período do doutorado. Inteligente, já se mostra – ela também – propensa aos estudos.
Depois nasceu a Julia. Muito esperta e sapeca, mas não menos carinhosa. Sempre sorridente, veio completar minha alegria!

Resumo

FALSARELLA, Christiane Mina. A deliberação no Supremo Tribunal Federal. 2018. 177 f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente trabalho se dedica ao exame da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de oferecer propostas para o seu aperfeiçoamento. A discussão mostra-se especialmente relevante no atual contexto brasileiro, em que se observa um tribunal cada vez mais atuante, bem como um movimento de valorização dos seus precedentes, ao mesmo tempo em que se constata a existência de diversos aspectos de sua deliberação que estão a merecer reparos. Uma deliberação qualificada, além de conferir maior legitimidade à sua atuação no controle de constitucionalidade da legislação, contribuiria para o efetivo fortalecimento de sua jurisprudência. Diante desse quadro, é analisada a sistemática do Supremo Tribunal Federal, compreendendo a sua configuração geral, o sistema de controle de constitucionalidade nacional e a sua prática deliberativa, seguida da apresentação das críticas que têm sido endereçadas a esta prática e que identificam, sobretudo, um déficit de colegialidade. É analisada, igualmente, a sistemática de outras Cortes Constitucionais selecionadas (Conselho Constitucional da França, Tribunal Constitucional de Portugal, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e Suprema Corte dos Estados Unidos), com vistas a colher experiências que possam colaborar na busca de uma solução para enfrentar a questão interna. A partir daí, são apresentadas propostas para o aperfeiçoamento da deliberação do Supremo Tribunal Federal, que constituem nossa contribuição ao estudo do tema.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais; Supremo Tribunal Federal; deliberação; aperfeiçoamento.

Abstract

FALSARELLA, Christiane Mina. The deliberation in the Supreme Federal Court. 2018. 177 f. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The present work is dedicated to the examination of the deliberative practice of the Supreme Federal Court, with the objective of offering proposals for its improvement. The discussion is especially relevant at the current Brazilian context, in which is observed an increasingly active court, as well as a movement to valorize its precedents, at the same time that is verified the existence of several aspects of its deliberation which deserves repairs. A qualified deliberation, besides granting greater legitimacy to its action of judicial review, would contribute to the effective strengthening of its jurisprudence. Before this scenario, the systematic of the Supreme Federal Court is analysed, including its general configuration, the national system of constitutionality control and its deliberative practice, followed by the presentation of the criticisms that have been addressed to this practice, and which identify, above all, a deficit of collegiality. The systematic of other Constitucional Courts (the Constitutional Council of France, the Constitutional Court of Portugal, the Federal Constitutional Court of Germany, and the United States Supreme Court) is also examined, intending to gather experiences that may help to find a solution to address the internal issue. Thenceforth, are presented proposals for the improvement of the Supreme Federal Court deliberation, which constitute our contribution to the study of the subject.

Key-words: Constitutional Courts; Supreme Federal Court; deliberation; improvement.

Résumé

FALSARELLA, Christiane Mina. La délibération dans le Tribunal fédéral suprême. 2018. 177 f. Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

Le présent travail est consacré à l'examen de la pratique délibérative du Tribunal fédéral suprême, avec l'objectif de présenter des propositions pour son perfectionnement. La discussion est particulièrement pertinente dans le contexte brésilien actuel, dans lequel il est observé un tribunal de plus en plus actif, ainsi qu'un mouvement pour valoriser ses précédents, en même temps que se vérifie l'existence de plusieurs aspects de sa délibération qui méritent des réparations. Une délibération qualifiée, au-delà de donner une plus grande légitimité à son action dans le contrôle de la constitutionnalité de la législation, contribuerait au renforcement effectif de sa jurisprudence. Dans ce scenário, il est analysée la systématique du Tribunal fédéral suprême, y compris sa configuration générale, le système de contrôle de la constitutionnalité nationale et sa pratique délibérative, suivi par la présentation des critiques qui sont adressées à cette pratique et qui identifient surtout un manque de collégialité. La systématique d'autres Cours constitutionnelles sélectionnées (le Conseil constitutionnel de France, le Tribunal constitutionnel du Portugal, le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne et la Cour suprême des États-Unis) est également analysée, en vue de recueillir des expériences qui pourraient aider à trouver une solution pour le problème interne. A partir de là, sont présentées des propositions pour le perfectionnement de la délibération du Tribunal fédéral suprême, qui constituent notre contribution à l'étude du sujet.

Mots-clés: Cours constitutionnelles; Tribunal fédéral suprême; délibération; perfectionnement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11
Capítulo 1: A DELIBERAÇÃO NAS CORTES CONSTITUCIONAIS.....14
Capítulo 2: A SISTEMÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....29
2.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deliberação.....29
2.1.1. O atual papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os mecanismos de expansão da eficácia de suas decisões.....29
2.1.2. A importância de uma deliberação qualificada para o efetivo fortalecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....35
2.2. O Supremo Tribunal Federal.....43
2.3. O controle de constitucionalidade brasileiro.....46
2.4. A deliberação no Supremo Tribunal Federal.....50
2.5. Críticas à deliberação do Supremo Tribunal Federal.....64
Capítulo 3: A EXPERIÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS ESTRANGEIRAS.....86
3.1. A sistemática do Conselho Constitucional francês.....88
3.1.1. O Conselho Constitucional.....88
3.1.2. O controle de constitucionalidade francês.....93
3.1.3. A deliberação no Conselho Constitucional.....95
3.2. A sistemática do Tribunal Constitucional português.....102
3.2.1. O Tribunal Constitucional.....102
3.2.2. O controle de constitucionalidade português.....104
3.2.3. A deliberação no Tribunal Constitucional.....107
3.3. A sistemática do Tribunal Constitucional Federal alemão.....111
3.3.1. O Tribunal Constitucional Federal.....111
3.3.2. O controle de constitucionalidade alemão.....113
3.3.3. A deliberação no Tribunal Constitucional Federal.....116
3.4. A sistemática da Suprema Corte norte-americana.....120
3.4.1. A Suprema Corte.....121
3.4.2. O controle de constitucionalidade norte-americano.....124
3.4.3. A deliberação na Suprema Corte.....126
3.5. Análise da experiência das Cortes Constitucionais estrangeiras à luz da prática deliberativa nacional.....134

Capítulo 4: PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DA DELIBERAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....139

4.1. Medidas propostas.....142

4.1.1. Adoção pelos Ministros de uma postura aberta ao debate.....142

4.1.2. Enfoque na atuação colegiada voltada à obtenção de consenso....144

4.1.3. Adiantamento do voto do relator aos demais Ministros.....145

4.1.4. Possibilidade de separação da sessão plenária em três etapas.....149

4.1.5. Instituição de sessões de debates reservadas aos Ministros.....151

4.1.6. Alteração da dinâmica da sessão de julgamento.....155

4.1.7. Fixação da tese jurídica acolhida pela corte.....157

4.1.8. Formalização das decisões de modo institucional.....158

4.2. Considerações sobre as propostas apresentadas.....160

CONCLUSÃO.....161

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....165

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, enquanto corte encarregada precipuamente da guarda da Constituição, e na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, ocupa posição central no cenário jurídico nacional. E, na atualidade, tem-se conferido destaque ainda maior ao papel desempenhado pelo tribunal, na medida em que surge como o responsável por decidir as questões políticas mais significativas para o país.

Por esse motivo, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem sendo acompanhada de perto não só pelos operadores do direito, mas igualmente pela mídia e pela sociedade em geral.

No entanto, a observação do processo decisório da corte demonstra a existência de pontos problemáticos em sua prática deliberativa. À primeira vista, chama a atenção o déficit de colegialidade. Nos casos de maior repercussão, que deveriam suscitar debates mais intensos, o que se nota é que os Ministros costumam redigir seus votos isoladamente, limitando-se a realizar sua leitura na sessão de julgamento. Ao final, o veredicto é obtido pela mera somatória dos votos individuais. Destarte, não se verifica uma efetiva interação argumentativa entre os Ministros, voltada a promover o convencimento recíproco.

Não se pode, todavia, olvidar que a qualidade da deliberação constitui um importante fator de legitimação da atividade de controle de constitucionalidade da legislação exercida pelas Cortes Constitucionais.

Ademais, em razão da tendência de se atribuir força vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, e da consequente valorização de sua jurisprudência, uma deliberação adequada mostra-se essencial para possibilitar a formação de precedente que reflita o posicionamento institucional da corte.

Tudo isso demonstra a relevância de um estudo aprofundado sobre o tema. Em face deste panorama, pretende-se analisar a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, identificando seus pontos falhos e oferecendo propostas voltadas ao seu aperfeiçoamento. O foco do nosso interesse reside no processo de tomada das decisões e em sua formalização, tendo como objetivo apresentar sugestões para o aprimoramento da deliberação efetuada no âmbito da corte.

Aqui cabem algumas considerações pertinentes à metodologia adotada. No presente trabalho não se empreenderá o exame de decisões específicas proferidas pelo Supremo

Tribunal Federal, tampouco da argumentação contida nos julgados ou da eficácia dos pronunciamentos da corte. Não nos pareceu oportuno expor o processo decisório do tribunal em casos selecionados, o que envolveria dificuldades de escolha e representatividade da amostragem, sendo mais conveniente delinear os contornos gerais da deliberação por ele realizada. Do mesmo modo, a suficiência dos argumentos empregados pelos Ministros ao decidir não constitui objeto de nossa preocupação. Interessa-nos a maneira como são alcançados os resultados, sob o ponto de vista da atuação colegiada, e não os fundamentos que embasam as decisões do tribunal ou os efeitos delas decorrentes.

Assim, o nosso enfoque recai sobre a deliberação no Supremo Tribunal Federal, com a descrição e a avaliação crítica da forma como as decisões usualmente são tomadas, em especial aquelas relativas à fiscalização de constitucionalidade.

Todavia, previamente à abordagem específica da deliberação realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, afigura-se indispensável um intróito sobre a deliberação desenvolvida pelas Cortes Constitucionais em geral.

Diante disso, o primeiro capítulo se dedica à deliberação nas Cortes Constitucionais. Inicialmente, serão fixadas determinadas premissas conceituais, delimitando-se, por exemplo, as próprias noções de Corte Constitucional e deliberação. A par disso, serão apresentadas classificações que expressam as principais variações observadas em termos de prática deliberativa nessa seara. Com isso, será possível, no capítulo seguinte, posicionar a deliberação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando-se suas características com base nos parâmetros estabelecidos pelas linhas gerais que têm guiado o processo decisório das Cortes Constitucionais.

No segundo capítulo, adentrar-se-á propriamente no exame da sistemática do Supremo Tribunal Federal. Antes, porém, mostra-se essencial ressaltar o significado de uma deliberação qualificada no contexto nacional, em que, como adiantado, busca-se conferir vinculatividade à jurisprudência da corte, mediante a instituição de mecanismos que consagram o caráter obrigatório de algumas de suas decisões. Portanto, além de a atividade deliberativa ter implicações na própria legitimação do exercício da justiça constitucional, está presente uma circunstância adicional a justificar a escolha do tema.

Na sequência, serão expostas a origem, a estrutura, a composição e a competência do Supremo Tribunal Federal, assim como o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Tendo em vista que esta constitui a atribuição primordial da corte, será analisada a prática deliberativa adotada ao se proceder à fiscalização da constitucionalidade da legislação. E, encerrando este capítulo, serão sistematizadas as

críticas que têm sido endereçadas à deliberação do Supremo Tribunal Federal, pois somente com a identificação precisa de seus pontos falhos será possível apresentar propostas a título de aprimoramento do processo decisório da corte.

Nesse ponto, o conhecimento do processo decisório de Cortes Constitucionais estrangeiras pode colaborar. Realmente, ao permitir o cotejo de diferentes formas de decidir, um exame comparativo com cortes congêneres pode indicar alternativas à atual prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, ao colher exemplos de experiências bem-sucedidas e verificar a sua aplicabilidade ao sistema pátrio.

Desse modo, no terceiro capítulo será avaliada a experiência de determinadas Cortes Constitucionais estrangeiras. Para tanto, foram selecionados o Conselho Constitucional da França, o Tribunal Constitucional de Portugal, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e a Suprema Corte dos Estados Unidos. A análise a ser efetuada de cada uma destas Cortes Constitucionais seguirá os mesmos moldes daquela realizada no tocante ao Supremo Tribunal Federal, com a exposição das principais características do tribunal, seguida da apresentação do sistema de controle de constitucionalidade acolhido pelo país, de forma a possibilitar o exame da deliberação empregada nesta seara. Na sequência, a experiência das Cortes Constitucionais escolhidas será analisada à luz da prática deliberativa nacional.

Somente no quarto capítulo, depois de assentados todos os pressupostos e reunidos os elementos que auxiliarão nesta tarefa, passa-se efetivamente à apresentação de propostas de aperfeiçoamento da deliberação do Supremo Tribunal Federal. Uma vez constatada a existência de aspectos problemáticos na prática deliberativa da corte, torna-se imprescindível encontrar uma solução para a questão. E é precisamente neste tópico que se situa o cerne de nossa contribuição para o estudo do tema.

Por fim, serão enunciadas as principais conclusões do trabalho.

Capítulo 1: A DELIBERAÇÃO NAS CORTES CONSTITUCIONAIS

O primeiro capítulo deste trabalho se dedica a analisar os aspectos gerais da deliberação realizada pelas Cortes Constitucionais, expondo as classificações que refletem as principais práticas verificadas nos quesitos modo de tomada de decisão e formalização do *decisum*.

Partindo dessas noções fundamentais sobre deliberação, serão apresentadas algumas questões que se colocam na atualidade acerca do tema, no âmbito específico do Supremo Tribunal Federal – que constitui o foco do nosso interesse –, e que justificam a relevância da abordagem da matéria.

Esse intróito servirá como base para o posterior exame, nos capítulos subsequentes, do processo decisório do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Constitucionais selecionados por este trabalho.

Inicialmente, se faz necessário delimitar o que se entende por Corte Constitucional, bem como avaliar o papel da deliberação em sua atuação.

Em um sentido estrito, considera-se "Corte Constitucional" – ou "Tribunal Constitucional" – o encarregado de exercer com exclusividade o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, configurando-se como um poder autônomo em face dos demais poderes do Estado e sendo composto por membros designados por autoridades políticas[1].

Neste trabalho, porém, emprega-se a expressão em seu sentido amplo, designando o responsável por realizar o controle jurisdicional de constitucionalidade com feição de definitividade, seja como um poder autônomo, seja como um tribunal de cúpula. Não se procede, portanto, à distinção entre "Suprema Corte" e "Corte Constitucional em sentido estrito"[2]. Em decorrência do pressuposto aqui adotado, o Supremo Tribunal Federal pode ser considerado uma Corte Constitucional, na medida em que, a despeito de se configurar

---

[1] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 59 e ss.

[2] Adotando a mesma postura, cf. MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa.** In VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54, nota 2. Para uma diferenciação entre órgão de cúpula do Poder Judiciário e Tribunal Constitucional, consultar AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65 e ss. O autor distingue, igualmente, o controle de constitucionalidade da jurisdição constitucional, que é mais abrangente. Como será visto na sequência, considerados os fins deste trabalho, a análise concentrar-se-á na atividade preponderante dos Tribunais Constitucionais, que é o controle de constitucionalidade.

como o tribunal de cúpula do Poder Judiciário nacional, integrando a sua estrutura, é incumbido de proferir a decisão final no controle judicial difuso, efetuando, ainda, o controle concentrado de constitucionalidade[3].

Apesar de deterem também outras atribuições, a nota característica de tais cortes reside na realização do controle da constitucionalidade dos atos normativos. Assim, considerando que consiste na principal atividade desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais, o enfoque deste trabalho recairá sobre o controle de constitucionalidade por eles realizado, atentando-se para a deliberação praticada neste campo particular.

A atuação das Cortes Constitucionais de um modo geral envolve questionamentos acerca de sua legitimidade democrática[4]. A questão se coloca em razão de uma corte composta por membros escolhidos sem participação popular direta ser encarregada de exercer o controle de constitucionalidade, que pode resultar no afastamento de leis elaboradas pelo Poder Legislativo, integrado por representantes do povo, eleitos de forma democrática.

Essa circunstância gerou uma série de ressalvas à possibilidade de revisão judicial da legislação, destacando-se, na atualidade, as críticas a ela endereçadas por Jeremy Waldron, que questiona o fato de, em uma sociedade livre e democrática, dotada instituições sólidas, ser conferido aos juízes o poder de dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis [5].

A controvérsia, porém, é mais antiga, remontando à célebre contenda entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o guardião da constituição[6]. A partir daí

---

[3] Nesse sentido, considerando o Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira corte constitucional, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf, p. 7.

[4] Uma abordagem detalhada do tema, com o dimensionamento do problema e a apresentação das justificativas que têm sido apresentadas em defesa da jurisdição constitucional, pode ser encontrada em BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2010, p. 47 e ss.

[5] **The Core of the Case Against Judicial Review.** *In* Yale Law Journal, n° 115, 2006, p. 1346. O autor defende o protagonismo do legislador, na medida em que o Poder Legislativo é o *locus* da deliberação democrática majoritária. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[6] Como se sabe, de um lado, Carl Schmitt, analisando a questão sob a ótica do ordenamento jurídico alemão, defendia o papel do Presidente do Reich como guardião da constituição. A respeito, cf. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. De outro lado, Hans Kelsen, em resposta, atribuía essa função a um Tribunal Constitucional, criado para essa finalidade, conforme se depreende da leitura do capítulo "Quem deve ser o guardião da Constituição?", de sua obra **Jurisdição constitucional.** Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007, p. 237-298.

se travou toda a conhecida discussão em torno da determinação do responsável por dar a "última palavra", decidindo definitivamente o embate constitucional.

Hoje, há quem defenda um deslocamento do debate para a identificação de uma saída em termos de diálogo institucional, com a participação de todos os Poderes na tomada de decisões constitucionais[7].

Dando um passo além, Conrado Hübner Mendes propõe uma relação de complementaridade entre as "teorias da última palavra" e as "teorias do diálogo". Segundo ele, a formulação da separação dos poderes em cada ordenamento deve especificar quem (Parlamento eleito ou Corte Constitucional) será o responsável por determinar o sentido da constituição, dando a última palavra "provisória" sobre o tema (porque sempre passível de alguma revisão)[8].

Em defesa da realização do controle da legislação por Cortes Constitucionais, tem-se proclamado que suas decisões seriam tomadas com base em uma deliberação colegiada qualificada, acompanhada de uma justificação racional[9]. Nessa linha, John Rawls considera a Suprema Corte, no exercício da jurisdição constitucional, uma instituição deliberativa exemplar, que atuaria como um modelo da razão pública[10], podendo tal raciocínio ser estendido às Cortes Constitucionais como um todo.

A legitimidade da justiça constitucional adviria não da representação política, como no caso dos Poderes eleitos, mas da argumentação que emprega ao decidir, considerado todo o processo deliberativo[11]. Por esse motivo, entendem Ferejohn e Pasquino que uma

---

[7] Segundo Sérgio Antônio Ferreira Victor, "o diálogo institucional, ao estimular a participação dos representantes do povo nos debates constitucionais, aumenta o nível e a qualidade da democracia vivida no país". **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 259.

[8] O desenvolvimento teórico da controvérsia foi examinado pelo autor em uma trilogia de artigos, que enfatizam a dimensão deliberativa da separação de poderes: **Is it All About the Last Word? Deliberative Separation of Powers 1.** *In* Legisprudence, vol. 3, n° 1, p. 69-110, 2009; **Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2.** *In* Legisprudence, vol. 3, n° 2, p. 191-246, 2009; **Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3.** *In* Legisprudence, vol. 5, n° 1, p. 1-40, 2011. Um panorama das diferentes teorias sobre o diálogo entre os Poderes pode ser encontrado em BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** *In* Brooklyn Law Review, vol. 71, issue 3, 2006.

[9] De acordo com Rafael Mafei Rabelo Queiroz, no caso brasileiro, ao lado do procedimento colegiado de tomada de decisões, a destacada formação de seus membros – dotados de notório saber jurídico e reputação ilibada – constituiria um pilar de sustentação da atuação do Supremo Tribunal Federal, justificando o exercício das atribuições que lhe foram conferidas. **O papel dos vencidos.** *In* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, nº 242, jan. 2013.

[10] **O liberalismo político.** Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 272 e ss.

[11] VALE, André Rufino do. **A Deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns Problemas e Perspectivas de Análise Teórica.** *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 329-330. Para Jorge Miranda, em termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional advém da própria Constituição. "E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma

deliberação diferenciada, acompanhada de fundamentação adequada, justificaria a autoridade das Cortes Constitucionais, sendo de especial importância para a jurisdição constitucional em uma democracia[12]. A qualidade da deliberação ocuparia, assim, um papel central na legitimação da *"judicial review*[13]*"*.

Daí a preocupação em fortalecer os mecanismos destinados a promovê-la no âmbito das Cortes Constitucionais. A adoção de decisões que sejam fruto de deliberação confere maior legitimidade argumentativa aos seus pronunciamentos[14]. Uma corte deliberativa é menos suscetível a questionamentos acerca de sua legitimidade para desempenhar suas atribuições[15].

Diante disso, os contornos da deliberação, abrangendo os métodos utilizados na sua efetivação e a respectiva legislação de regência, se afiguram como questão candente em tema de justiça constitucional, tendo que estar no centro das atenções de quem se proponha a enfrentar o problema da legitimidade de sua atuação[16]. Assim, a prática deliberativa das

---

legitimidade democrática". Quando se trata, porém, de aferir sua legitimidade a partir de sua aceitação pela coletividade, a questão torna-se mais complexa. Mas, segundo ele, a escolha dos integrantes dos Tribunais Constitucionais por órgãos políticos democraticamente legitimados seria responsável por lhes conferir legitimidade perante a sociedade. **Justiça Constitucional e Democracia.** *In* **Constitucionalismo e Democracia**, p. 115 e ss.

[12] **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 42-43 e 46. Segundo os autores, a deliberação e a fundamentação racional são os "modos pelos quais instituições não democráticas podem proceder para convencer o povo a apoiar suas decisões". P. 49.

[13] Outros fatores de legitimação que têm sido apontados são a atuação contramajoritária das Cortes Constitucionais e as garantias conferidas aos seus membros (como a estabilidade), que os tornam menos influenciáveis por pressões externas. CHAVES, Matheus Kudlaviec. **Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário.** Monografia apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42078, p. 14-15.

[14] HORBACH, Carlos Bastide. **É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal?** http://www.conjur.com.br/2013-nov-17/analise-constitucional-preciso-deliberacao-supremo-tribunal-federal, p. 2. Para atingir esse resultado, exige-se, porém, uma deliberação qualificada, nos termos acima expostos, pois a mera existência de uma decisão tomada coletivamente em processo em alguma medida deliberativo não é garantia de um melhor julgamento, apto a legitimar a atuação da Corte Constitucional. Nessa linha, Cass R. Sunstein e Reid Hastie apontam as principais falhas associadas à deliberação em grupo e que podem levar a más decisões: ampliação (ao invés de correção) de erros individuais, ocorrência do efeito cascata (pois as pessoas seguem seus predecessores), tendência a chegar em posições mais extremadas do que as iniciais ("polarização de grupo") e ênfase nas informações compartilhadas à custa das não compartilhadas. **Four Failures of Deliberating Groups.** *In* Public Law and Legal Theory Working Papers, n° 215, 2008.

[15] Segundo Virgílio Afonso da Silva, "quando as cortes não deliberam (ou quando deliberam de modo insuficiente), nada acrescentam (ou acrescentam muito pouco) ao trabalho já realizado pela legislatura. Em outras palavras, se as decisões judiciais consistem em pura contagem de votos, então Waldron está certo em contestar sua legitimidade". **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 217. Cabe esclarecer que esta e as demais citações originalmente em língua estrangeira presentes no corpo do trabalho foram objeto de tradução de nossa responsabilidade.

[16] Na mesma linha, André Rufino do Vale entende que "as questões relacionadas às formas, contextos, cenários e procedimentos de deliberação nos Tribunais Constitucionais constituem problema fundamental da Jurisdição Constitucional na atualidade". **A Deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns Problemas e Perspectivas de Análise Teórica.** *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 330.

Cortes Constitucionais deve ser objeto de preocupação do jurista que se debruça sobre a temática da justiça constitucional.

No contexto brasileiro, considerando os questionamentos frequentemente dirigidos à conduta do Supremo Tribunal Federal em termos de ativismo judicial[17], bem como a sua atual prática deliberativa[18], que diverge substancialmente daquela que se desenvolve em cortes congêneres estrangeiras[19], a questão enseja ainda maior apreensão[20], demandando estudos mais aprofundados.

Com efeito, conforme será detalhado no decorrer do trabalho, a deliberação praticada no âmbito do Supremo Tribunal Federal apresenta alguns pontos críticos que podem vir a refletir negativamente na legitimidade de sua atuação.

Em face da importância conferida à deliberação nesse cenário de legitimação da justiça constitucional, mostra-se essencial identificar eventuais falhas nesse ponto e agir para superá-las, de modo a reforçar a legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Dada esta conjuntura, neste trabalho pretende-se examinar a deliberação realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e das demais Cortes Constitucionais selecionadas, analisando-se a maneira como são tomadas e formalizadas as suas decisões.

Na definição de Ferejohn e Pasquino, "deliberação significa a participação no processo de argumentação racional subjacente à atuação pública", compreendendo a disposição para alterar concepções prévias "se para tanto forem oferecidas razões convincentes[21]".

---

[17] A esse respeito, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

[18] Muito do que se tem colocado como crítica a uma atuação ativista da corte guarda relação com a sua forma de deliberar, a exemplo dos excessos cometidos no campo das decisões monocráticas, questão que será retomada mais a frente.

[19] Gilmar Mendes ressaltou a peculiaridade do processo de deliberação adotado na corte brasileira em palestra proferida em Washington acerca do tema. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf, p. 9.

[20] Essa apreensão é externada por Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando nos seguintes termos: "como pode uma Corte invalidar uma lei aprovada pelo Congresso mediante processo decisório baseado na simples soma de votos independentemente dos fundamentos?". **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 48, jan./jun. 2016, p. 149.

[21] **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 43-44.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a "deliberação deve ser entendida em seu sentido mais amplo, como a troca de argumentos no interior de uma instituição colegiada com o objetivo de persuasão e tomada de decisão[22]".

As virtudes da deliberação têm sido enaltecidas pela teoria democrática. Alega-se que, em uma democracia, a deliberação se caracteriza como a melhor forma de tomada de decisões, uma vez que permite a obtenção de uma solução que se aproxime na maior medida possível do consenso, aumentando a satisfação social[23].

Para se atingir esse resultado, pressupõe-se que os participantes estejam disponíveis para interagir entre si, o que envolve a exposição dos argumentos próprios e a atenção para com aqueles dos demais[24]. No entanto, essas atividades consomem tempo, que na atualidade constitui um recurso escasso, tornando pouco provável a ocorrência de uma interação efetiva entre os integrantes do grupo responsável pela decisão, quando considerados os custos abarcados pela operação[25].

No caso dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, porém, essa é exatamente a atitude esperada de seus membros. Diante das atribuições conferidas a tais entidades, em especial o controle de constitucionalidade – que pode resultar no afastamento de um ato normativo, editado por representantes do povo –, almeja-se que a tomada de decisão ocorra após uma reflexão detida, com a troca de argumentos entre os julgadores, para se obter uma decisão construída conjuntamente.

Portanto, este trabalho irá considerar os efeitos benéficos da deliberação no domínio específico da justiça constitucional, sem se deter sobre as dificuldades práticas

---

[22] **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 218.

[23] MCCUBBINS, Mathew D.; RODRIGUEZ, Daniel B. **When Does Deliberating Improve Decisionmaking?** *In* Journal of Contemporary Legal Issues, vol. 15, n° 9, 2006, p. 11. Os autores, todavia, apresentam uma visão crítica da deliberação em geral, acreditando que, quando praticada em condições reais, a deliberação na verdade pode vir a reduzir a satisfação social. P. 39.

[24] *"(...) scholars who advocate deliberation assume that the participants will speak to each other, listen to each other, respect each other, and then learn from one another's statements"*. MCCUBBINS, Mathew D.; RODRIGUEZ, Daniel B.**When Does Deliberating Improve Decisionmaking**, p. 11.

[25] Para Mccubbins e Rodriguez, este apresenta-se como o ponto problemático quando se trata de optar pela implementação da deliberação na prática. Os autores acreditam não ser possível realizar no mundo real a deliberação em sua formulação ideal, na qual todos os envolvidos se manifestam e escutam seus pares. Por esse motivo, sugerem um outro método de tomada de decisão – que pode ser combinado com a via deliberativa –, baseado na reconhecida expertise de algum dos integrantes do grupo encarregado de decidir. De acordo com eles, esse sistema permite que o conhecimento detido pelo expert seja compartilhado com os demais membros do grupo, que terão a oportunidade de aprender acerca do tópico específico. Assim, o grupo direciona sua atenção às informações trazidas pelo expert, sem se dispersar com opiniões que pouco contribuem para o debate, resolvendo, desse modo, o problema da escassez de tempo disponível para deliberação. **When Does Deliberating Improve Decisionmaking**, p. 35 e ss. Entretanto, no caso das decisões proferidas por tribunais, a situação é um pouco distinta, haja vista que a sua forma de composição faz com que não apenas um ou alguns, mas todos os seus membros sejam dotados de notória expertise na matéria objeto de decisão. Com isso, não haveria apenas um expert, que influenciaria a decisão dos demais, mas vários agentes altamente preparados, aptos a conduzir um debate qualificado.

envolvidas na adoção do modelo deliberativo em outras searas, como na atividade legislativa, por exemplo.

Partindo dessa premissa, examinaremos a deliberação, aqui compreendidas a tomada da decisão e a sua formalização, sob a ótica das Cortes Constitucionais. A formalização, que se dá com a decisão escrita, consiste no produto do processo de tomada de decisão[26].

Conrado Hübner Mendes adota uma concepção ampla de deliberação, dividindo-a em três fases: pré-decisional, decisional e pós-decisional, cada uma delas correspondendo a uma determinada tarefa deliberativa (contestação pública, interação colegiada e decisão escrita deliberativa[27]).

Como adiantado, adotamos um sentido um pouco mais restrito para a ideia de deliberação, interessando-nos apenas a segunda e a terceira fases[28] (decisional e pós-decisional[29]). Apenas estes momentos serão abordados, de modo que, quando se reporta à deliberação, o que se tem em mente são essas fases específicas.

Considera-se, portanto, que nas fases denominadas de decisional e pós-decisional ocorre a deliberação, que é concebida como a operação mediante a qual, no percurso para obter a decisão coletiva, se busca o convencimento recíproco, a partir da argumentação e da persuasão, com vistas a atingir o consenso entre os componentes do colegiado incumbido do julgamento.

A deliberação se desenvolve, por conseguinte, em um ambiente de colegialidade, em que haja disposição dos julgadores de atuar conjuntamente no processo de tomada de decisões, agindo de forma cooperativa[30]. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva

---

[26] MENDES, Conrado Hübner. **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348.

[27] **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 59.

[28] A primeira fase é composta pelos "atos por meio dos quais as partes interagem, oralmente ou por escrito, com a corte". Todavia, considerando que o nosso objeto de estudo é o processo decisório que se desenrola no interior do Supremo Tribunal Federal, nossa atenção estará voltada para as fases seguintes, nas quais os "juízes interagem entre si em busca de uma decisão" e elaboram a "redação da decisão colegiada". **O projeto de uma corte deliberativa**, p. 59.

[29] Contudo, como bem observa Mateus Matos Tormin, "no STF as fases decisional e pós-decisional, em grande medida, confundem-se". **Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: o esboço de um modelo de análise.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/212_Mateus%20Tormin%20alterada.pdf, p. 94. Com efeito, considerando que em muitos casos os votos dos Ministros são elaborados previamente às sessões de julgamento, não haveria uma fase posterior para a redação da decisão.

[30] SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate? If so, how?**, *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 217.

compreende colegialidade "no sentido de que exista a vontade de trabalhar em equipe, de escutar os argumentos dos colegas e de estar aberto a eles, assim como de, quando possível, tentar falar como um grupo e não como um indivíduo[31]".

Nas situações em que há de fato deliberação, a decisão somente é tomada após efetiva discussão, não ocorrendo uma mera agregação de posicionamentos individuais. Assim, dentre as diversas formas de se tomar uma decisão coletiva, podem ser identificados dois modelos principais no que concerne a este aspecto: o modelo deliberativo e o modelo agregativo[32].

Nessa perspectiva é importante apontar a distinção entre a tomada de decisões por deliberação e por votação, que se configura como um dos métodos agregativos[33]. No caso da tomada de decisão por meio do voto, ocorre uma soma de decisões individuais, prevalecendo a maioria[34]. Já na tomada de decisão mediante deliberação, o que se verifica é a construção de uma decisão, após debate entre os julgadores, no qual se consideram as razões e os argumentos por todos levantados.

Para que ocorra deliberação, deve haver abertura para a mudança de posição, a fim de que o julgador possa alterar seu entendimento se for convencido pelas razões dos outros juízes. E ao expressar seu posicionamento, os juízes devem buscar persuadir os demais.

Para Ferejohn e Pasquino uma deliberação nesses moldes, em que o trabalho é feito principalmente de forma colegiada e há uma tentativa real de convencer os demais juízes, buscando-se produzir uma decisão fundamentada coletivamente, pode ser classificada como deliberação interna, em oposição à deliberação externa, na qual o trabalho é conduzido de maneira pública e transparente e sem a preocupação de se atingir uma decisão consensual que expresse o entendimento da corte, registrando-se os votos divergentes e concorrentes[35]. Na deliberação externa a interação entre os juízes é menor, ocorrendo principalmente de modo escrito, e não face a face, como na deliberação interna.

---

[31] **Do we deliberate? If so, how?**, *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 235.
[32] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 172.
[33] Opondo deliberação e métodos agregativos, como a votação, cf. também SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 560.
[34] MENDES, Conrado Hübner. **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.
[35] **Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice.** *In* SADURSKI, Wojciech. **Constitutional Justice, East and West – democratic legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a comparative perspective.** The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 35-36.

Todavia, por não ser sigilosa, a deliberação externa permite maior acompanhamento por terceiros[36].

As duas modalidades de deliberação apresentam prós e contras. O principal mérito da deliberação interna é o de fomentar um debate amplo, em razão de se desenvolver apenas na presença dos responsáveis pelo julgamento, o que acaba por facilitar a mudança de entendimento e a busca pelo consenso. Mas é exatamente a sua feição reservada que a torna pouco transparente à sociedade. Já a deliberação externa tem como vantagem justamente o fato de propiciar seu acompanhamento pela coletividade. Não obstante, este tipo de deliberação mostra-se menos propenso à livre troca de ideias entre os julgadores [37].

De todo modo, observa-se que há sempre alguma forma de deliberação externa, na medida em que as Cortes Constitucionais devem motivar sua decisão ao público externo[38]. A deliberação interna, por seu turno, pode ou não existir, sendo uma opção do tribunal (ou do sistema jurídico em que se insere) a tentativa de se buscar o consenso a partir do debate[39].

Portanto, as duas modalidades de deliberação dessa tipologia podem coexistir, ainda que se tenha a predominância de uma delas. Nessa linha, Conrado Hübner Mendes, partindo das ideias de deliberação externa e interna de Ferejohn e Pasquino, não as aborda de maneira excludente, mas sim complementar[40].

É difundido o entendimento de que no sistema europeu-continental de controle de constitucionalidade haveria um predomínio da deliberação interna, ao passo que no sistema

---

[36] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Courts as deliberative institutions institutions: towards an institutional theory of constitutional justice.** *In* SADURSKI, Wojciech. **Constitutional Justice, East and West – democratic legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a comparative perspective.** The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 36. Segundo os autores, a deliberação externa permite "uma maior transparência para o observador externo do que uma deliberação face a face entre os juízes possibilitaria". **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 61.

[37] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 173.

[38] Para Felipe de Melo Fonte o auditório externo se divide em dois grupos: a comunidade de juristas e a sociedade em geral. Segundo ele, a justificação para os operadores do Direito ocorreria pela deliberação externa, tendo o autor agregado a esta concepção o que denomina de "dimensão social, que consiste no uso do voto, de modo mais intenso, para o diálogo direto com o cidadão comum" e que, no caso brasileiro, se operacionaliza principalmente por meio do televisionamento das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 133 e 150-151.

[39] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 146.

[40] **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 147.

norte-americano prevaleceria a deliberação externa, sem que se exclua por completo a presença de características do outro tipo de deliberação em ambos os sistemas[41].

Em ambas as modalidades de deliberação, há interação entre os componentes da Corte Constitucional. A troca de opiniões entre os julgadores pode ocorrer por meio de manifestações escritas ou mediante diálogo face a face, ou ainda em uma combinação de ambos, obedecendo ou não a procedimentos formais, como ordem de manifestação dos juízes[42]. Segundo Conrado Hübner Mendes, apesar de ser necessária certa disciplina acerca da forma de interação entre os juízes, quanto mais regras a respeito existirem, menos espontânea será a deliberação[43].

Após esse momento de troca de opiniões entre os juízes, necessário se chegar a uma decisão do Tribunal Constitucional, que pode ser obtida de modo consensual, pela regra da unanimidade, ou de modo majoritário, por maioria simples ou por maioria qualificada[44]. Em alguns sistemas, o consenso é instituído como condição essencial ao pronunciamento da corte, em outros, pode vir a ser atingido espontaneamente, admitindo-se, porém, a decisão por maioria.

A adoção de um ou outro modo de decidir se reflete na etapa seguinte, haja vista que, posteriormente, a decisão obtida deverá ser formalizada e o fato de resultar de consenso ou não pode ter implicações neste momento. Cabe observar, porém, que nem sempre a tomada de decisões e a sua formalização se realizam em etapas sucessivas, pois no Brasil, como visto, a redação dos votos costuma ser anterior à sessão de julgamento[45].

---

[41] VALE, André Rufino do. **A Deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns Problemas e Perspectivas de Análise Teórica.** *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 330 e 331, nota 8. A associação entre a deliberação interna e as Cortes Constitucionais dos sistemas kelsenianos, de um lado, e entre a deliberação externa e a Suprema Corte dos Estados Unidos, de outro, é corrente na doutrina. Observa-se que a deliberação praticada pelo sistema judicial norte-americano como um todo é considerada altamente transparente, nos padrões de uma tipologia de deliberação externa. LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. **Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy.** New York: Oxford University Press, 2004, p. 338. Essa concepção tem como base uma comparação com o sistema francês, reconhecidamente fechado. Se efetuada uma comparação com o sistema brasileiro, tal conclusão tenderia a ser relativizada, diante da transparência muito mais acentuada da prática nacional.

[42] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 248.

[43] **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 248-249.

[44] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 250; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 44.

[45] Neste ponto caberia questionar inclusive qual é o momento da tomada da decisão, tendo em vista que na verdade a decisão individual foi engendrada quando se redigiu o voto, previamente à sua leitura. Pode-se considerar, no entanto, que a decisão colegiada só foi obtida por ocasião da exposição e contagem dos votos, durante a sessão plenária.

A divulgação da decisão pode ocorrer de forma coletiva ou individualizada[46], anunciado-se o entendimento da Corte Consitucional em seu conjunto ou o posicionamento dos seus juízes individualmente. Assim, ao formalizarem suas decisões, as cortes podem adotar o modelo *per curiam* ou o modelo *seriatim*[47], ou seja, podem optar por apresentar uma única decisão do colegiado ou uma decisão que agregue também as divergências, por meio da exposição de votos concorrentes e dissidentes.

Não há relação entre a existência ou não de deliberação e a adoção do modelo *per curiam* ou *seriatim*, podendo uma decisão deliberativa se manifestar por ambas as formas[48]. Mas Conrado Hübner Mendes pondera que uma decisão não-deliberativa expressa na forma *seriatim* indica a ausência de esforço na busca do consenso, mostrando a preponderância dos juízes individualmente, em detrimento da corte como um todo[49].

Como elucida Virgílio Afonso da Silva, usualmente, o modelo *seriatim*, de votação individualizada, era adotado por países de *common law*, ao passo que nos países de *civil law* se empregava o modelo *per curiam*, de divulgação de decisão única, após deliberação secreta[50]. O Brasil, apesar de ser um país que integra o sistema do *civil law*, segue o modelo *seriatim* puro, com a divulgação dos votos de todos os Ministros. Observa-se, porém, que atualmente as próprias Cortes Constitucionais europeias representantes da tradição do *civil law* têm permitido a publicação de votos dissidentes e concorrentes[51].

Explica Conrado Hübner Mendes que "a grande maioria das cortes constitucionais reais oscila entre decisões *per curiam* puras e decisões intermediárias que mesclam opiniões da corte com votos concorrentes e dissidentes. Raras são as cortes que optam por uma *seriatim* pura (tal como o STF)[52]".

---

[46] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 146.

[47] Também chamados de "sistema de voto institucional" e de "sistema de votos em série". MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 172.

[48] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 169.

[49] **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 170.

[50] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 567. O modelo *per curiam* normalmente vem associado a sessões reservadas de julgamento, pois só assim é possível afastar do público a existência de eventuais divergências entre os integrantes da corte.

[51] Constituem exceções apenas as cortes da Áustria, da Bélgica, da França, da Itália e de Luxemburgo, que não admitem a divulgação de divergências. Todavia, no que se refere à jurisdição ordinária, a regra ainda é a vedação aos votos divergentes, sendo admitida a sua publicação tão-somente na Espanha e na Estônia. KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1345 e 1351 e ss.

[52] **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 67.

Neste ponto, verifica-se a existência de um acirrado debate doutrinário sobre as vantagens e as desvantagens da divulgação de divergências.

Primeiramente, cabe aduzir que as divergências podem se exprimir mediante a publicação de votos dissidentes e de votos concorrentes. Nos votos dissidentes há discordância quanto ao resultado, enquanto nos votos concorrentes a discordância se resume à fundamentação. Há situações, todavia, em que o voto concorrente não se presta a expor uma discordância argumentativa, mas sim a apresentar fundamentos adicionais, especialmente em casos complexos de maior repercussão[53]. Aqui cumpre esclarecer que consideramos votos divergentes todos aqueles que não seguem integralmente a maioria, seja quanto ao resultado, caso dos votos dissidentes, seja quanto à fundamentação, caso dos votos concorrentes[54].

Parte da doutrina sustenta não ser recomendável a exposição de qualquer divergência, uma vez que contribuiria para minar a autoridade das decisões do Tribunal Constitucional. Argumenta-se que a divulgação de divergências, ao exibir a divisão interna existente na corte, poderia enfraquecer a sua posição institucional.

Há, todavia, quem defenda que a divulgação de votos dissidentes colabora com a evolução da jurisprudência, permitindo a superação de decisões desacertadas. E mesmo quem não vai tão longe, reconhece a existência de efeitos positivos dessa divulgação, como a melhora da qualidade dos argumentos da corte. De fato, ao desafiar a opinião da maioria, os votos divergentes levam a um aprimoramento da argumentação majoritária, na medida em que se buscará afastar suas conclusões e argumentos[55]. As decisões unitárias, por seu turno, tendem a ser menos fundamentadas, na medida em que, para se conseguir o necessário consenso, muitas vezes mostra-se inviável aprofundar e desenvolver adequadamente os argumentos.

---

[53] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1366.

[54] Virgílio Afonso da Silva adota um conceito mais restrito de voto divergente, de modo a contrapô-lo à ideia de voto vencido: "A partir dessa contraposição, voto divergente seria caracterizado não apenas por não seguir a decisão majoritária, mas também por apontar eventuais problemas nessa decisão vencedora, por tentar estabelecer um diálogo com ela. Já o voto que não segue a decisão majoritária, mas com ela não dialoga, seria então caracterizado como mero voto *vencido*". **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n. 47, jul/dez 2015, p. 217. Desse modo, o autor considera divergentes apenas os votos que, a par de expressarem discordância, dialogam com a posição que prevaleceu no colegiado.

[55] A esse respeito, conferir artigo de Virgílio Afonso da Silva, no qual, apesar de reconhecer os benefícios da divulgação de votos dissidentes, ele afirma que os efeitos positivos de tal prática são muitas vezes exagerados pelos seus defensores. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 583.

De toda sorte, como bem pondera Katalin Kelemen, "o fato de que para os juízes redigir um voto dissidente ou concorrente constitui um direito e não um dever deixa espaço para o comportamento estratégico[56]". Realmente, compete ao juiz analisar a conveniência de se divulgar uma divergência, o que envolve avaliações de ordem estratégica, não sendo ele obrigado a expor eventual posição contrária.

Não se pode olvidar que considerações acerca do ônus de se redigir um voto dissidente ou concorrente podem levar a uma aderência à opinião majoritária, diante de restrições relativas à disponibilidade de tempo e à carga de trabalho[57]. Nesse sentido, Richard A. Posner, William M. Landes e Lee Epstein, estudando a ocorrência de divergências na Suprema Corte dos Estados Unidos, concluíram que a taxa de dissenso é negativamente proporcional ao volume de trabalho. Verificaram, ainda, que a taxa de dissenso é positivamente proporcional às diferenças ideológicas existentes entre os juízes[58].

Além disso, como visto, por razões estratégicas os juízes podem selecionar os casos nos quais apresentarão votos dissidentes ou concorrentes, não o fazendo em todas as vezes em que discordam de uma decisão ou de seus fundamentos. Com isso, conseguem centrar seus esforços nos processos que julgam merecer a divulgação de uma divergência, que são aqueles que encerram discussões que realmente consideram relevantes e nos quais o rumo tomado pelos demais juízes não lhes parece o mais adequado, motivo pelo qual seria especialmente pertinente tentar persuadi-los ou, ao menos, apresentar de forma expressa um entendimento diverso[59].

Observa-se, assim, que a questão relativa à divulgação de divergências não se limita à mera existência de discordância com relação ao posicionamento da maioria. Há

---

[56] **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1364.

[57] MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court: the collegial game.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 7.

[58] **Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis.** *In* John M. Olin Law & Economics Working Paper, n° 510, January 2010. Para uma relativização da influência da carga de trabalho na determinação da taxa de dissenso, com ênfase no papel das diferenças individuais entre os juízes, cf. ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. **Explicando o dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 2, p. 899-931, 2016.

[59] Nesse sentido, Laurence Tribe elogia o cuidado que a juíza Ruth Ginsburg, da Suprema Corte dos Estados Unidos, demonstra ao decidir quando vale a pena divergir de seus pares. **Respecting Dissent: Justice Ginsburg's Critique of the Troubling Invocation of Appearance.** *In* Essays in Honor of Justice Ruth Ginsburg, fev..2013, p. 63.

outros fatores a considerar, que funcionam como incentivos à manifestação do dissenso, ou à sua abstenção, a qual pode ocorrer ainda que o juiz discorde da posição majoritária[60].

A tarefa de redigir a decisão final da corte costuma ser atribuída a um único juiz, normalmente o relator. Se for permitida a divulgação de divergências, os juízes que discordarem da posição majoritária terão a possibilidade de elaborar seus votos dissidentes ou concorrentes. No caso brasileiro, todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que acompanhem o relator, têm a oportunidade de redigir seus votos individuais, que, reunidos, integrarão a decisão final.

Por fim, cabe mencionar que os Tribunais Constitucionais se distinguem, ainda, no que toca à publicidade do processo decisório, podendo a deliberação ser pública ou sigilosa. O Brasil é um exemplo de país que adota o primeiro modelo. No Supremo Tribunal Federal o acompanhamento do julgamento é franqueado ao público, sendo as sessões plenárias inclusive televisionadas. Igual prática se constata no México[61].

Nos países que adotam o modelo de deliberação sigilosa, as decisões do Tribunal Constitucional são tomadas a portas fechadas, divulgando-se tão-somente o resultado final. É o caso da França, onde o Conselho Constitucional se reúne em sessões secretas para deliberar, apresentando veredicto único ao fim.

Em alguns países, não obstante a deliberação em si se realize reservadamente, verifica-se uma tendência a conferir maior transparência aos procedimentos desenvolvidos perante suas Cortes Constitucionais. Assim, no Reino Unido, onde vigora regra proibindo gravações e fotografias no recinto dos tribunais em geral, a Suprema Corte foi excluída da vedação, sendo suas sessões transmitidas via internet, em canal no YouTube[62].

Do mesmo modo, no Canadá, os debates orais realizados no âmbito da Suprema Corte, bem como o anúncio do resultado dos julgamentos, são transmitidos por um canal público de televisão e eventualmente retransmitidos por canais comerciais, se houver autorização específica[63]. As deliberações, todavia, permanecem sigilosas.

---

[60] POSNER, Richard A.; LANDES, William M.; EPSTEIN, Lee.**Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis**, p. 23. De acordo com os autores, o dissenso envolve custos e benefícios.

[61] Observa Felipe de Melo Fonte que, "assim como ocorre no Brasil, o modelo de deliberação da Suprema Corte mexicana é aberto". **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 73.

[62] FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**, p. 67/68.

[63] FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**, p. 70 e 72. O autor apresenta os dilemas envolvidos na escolha entre um canal público ou privado, a serem enfrentados pelos países que optarem pela transmissão televisiva das sessões do Tribunal Constitucional. De acordo com ele, se os canais privados tendem a priorizar os interesses comerciais, os canais públicos são de custosa manutenção. P. 75.

Feitas essas considerações gerais a respeito da deliberação no âmbito das Cortes Constitucionais, reputadas essenciais para o desenvolvimento deste trabalho, passa-se ao enfrentamento de questões internas. Dessa forma, o próximo capítulo se volta ao exame da deliberação na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

Capítulo 2: A SISTEMÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No presente capítulo, será examinada a sistemática do Supremo Tribunal Federal em termos de deliberação. Para tanto, inicialmente serão apresentadas algumas informações sobre o próprio tribunal, tais como sua origem, competências, composição e estrutura, bem como sobre o sistema nacional de controle de constitucionalidade da legislação, com destaque para a parcela atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Na sequência, será analisada especificamente a prática deliberativa verificada no âmbito da corte, expondo-se, ainda, as críticas que tem recebido. Aqui cabe destacar, como já apontado alhures, que o nosso foco se centra na deliberação praticada no tocante ao controle de constitucionalidade efetuado pelo tribunal, haja vista tratar-se de sua principal atividade, responsável por caracterizá-lo como uma "Corte Constitucional".

Antes, porém, de dar início ao exame da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, interessante apontar a existência de determinadas questões afetas ao atual papel desempenhado pela sua jurisprudência, com a finalidade de justificar a relevância do estudo do processo decisório da corte, demonstrando-se seus reflexos práticos.

Cabe registrar neste ponto que a análise dos efeitos e desdobramentos das decisões do tribunal não se insere no escopo deste trabalho. A exposição de questões relativas à abrangência da eficácia dos pronunciamentos da corte tem como objetivo tão-somente destacar a importância de se debruçar sobre a problemática da deliberação efetuada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deliberação

2.1.1. O atual papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os mecanismos de expansão da eficácia de suas decisões

No direito brasileiro, tradicionalmente, as decisões dos tribunais superiores não vinculavam o restante do Poder Judiciário. Os juízes e tribunais não tinham o costume de seguir as orientações das cortes superiores e, quando seguiam, não o faziam porque eram

compelidos a isto[64]. Diversamente de um sistema de *common law*, em que há, por força do *stare decisis*, a obrigatoriedade do precedente, em um sistema de *civil law* como o nosso, a regra era a ausência de caráter imperativo da jurisprudência, prevalecendo a submissão dos juízes somente à lei[65].

Nota-se, porém, que os países da Europa continental, adeptos da tradição do *civil law*, têm conferido efeito vinculante às decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de combater a renitência dos demais poderes e do próprio Judiciário em cumprir os seus comandos[66]. Como exemplo, pode-se citar a Alemanha e a Itália, que, apesar de se inserirem no sistema jurídico romano-germânico, dotaram as decisões de suas Cortes Constitucionais de eficácia vinculante[67].

A constatação de uma certa "aproximação" com um dos cernes do *"common law"* não revela, todavia, um desconhecimento das distinções entre os fenômenos. Como esclarece Roger Stiefelmann Leal, diversamente do *stare decisis*, que "constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais[68]".

Mas apesar das reconhecidas diferenças existentes entre o efeito vinculante e o *stare decisis*, o que se verifica é que os países europeus de *civil law* caminham no sentido de reforçar a obrigatoriedade da observância das decisões prolatadas pela justiça constitucional[69].

Outrossim, percebe-se atualmente no Brasil uma tendência em buscar vincular os juízes e tribunais à jurisprudência dos tribunais superiores, em especial à do Supremo

---

[64] Segundo José Rodrigo Rodriguez, "não há no Brasil um sistema de precedentes organizado. A citação de casos, quando ocorre, não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido. Os casos são citados em forma de acúmulo para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença". **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 107.

[65] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 2002, p. 150-151.

[66] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p.113 e 127.

[67] ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Germany.** *In* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study.** England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 26-27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. **Precedent in Italy.** *In* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents**, p. 154-155.

[68] **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**, p. 128.

[69] No mesmo sentido, André Ramos Tavares, após afirmar que "quando se fala em precedente constitucional nos modelos de Direito legislado e com Tribunais Constitucionais (...) não se trata propriamente do precedente como é conhecido e praticado nos países de common law", conclui que "o modelo de precedentes foi útil para conferir visibilidade e impositividade máximas às decisões da Justiça constitucional de matriz kelseniana recém-inaugurada". **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

Tribunal Federal. Isso tem sido feito a partir da incorporação legislativa, ou mesmo constitucional, de mecanismos destinados a ampliar a eficácia dessa jurisprudência. Os objetivos desses expedientes são garantir segurança jurídica ao jurisdicionado, evitar decisões contraditórias – o que acaba por assegurar a isonomia – e reduzir o número de processos em trâmite nos tribunais superiores, conferindo, ainda, celeridade processual[70]. A valorização do precedente garante também a coerência da ordem jurídica[71].

No que concerne à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa tendência já vinha sendo delineada pela Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a previsão da súmula vinculante, da repercussão geral nos recursos extraordinários e do efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Com a nova redação dada ao parágrafo segundo do artigo 102 da constituição, também as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo em ações diretas de inconstitucionalidade passaram a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, a par daquelas proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade, que contavam com esse efeito desde a Emenda Constitucional nº 3/1993. O efeito vinculante se produz relativamente à administração pública direta e indireta, bem como aos demais órgãos do Poder Judiciário[72].

Outra inovação foi a inclusão do parágrafo terceiro no artigo 102 da Constituição Federal, que passou a exigir, para a admissão dos recursos extraordinários, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a existência ou a inexistência de repercussão geral em determinado recurso extraordinário aplica-se aos demais recursos que versem sobre idêntica matéria. Dessa forma, essa decisão também tem eficácia expansiva, valendo para outros casos, de modo a evitar a sobrecarga da corte[73].

---

[70] Roger Stiefelmann Leal observa que o objetivo de reduzir o número de processos, bastante enfatizado por aqui, não foi o fator que impulsionou a adoção do efeito vinculante na Europa. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179 e ss.

[71] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011, p. 166 e ss.

[72] Apesar de o efeito vinculante não alcançar o próprio Supremo Tribunal Federal, há quem entenda que ele também deve observar as suas decisões proferidas em controle de constitucionalidade, de forma a contribuir para a estabilização da ordem jurídica constitucional. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 279. Pode-se argumentar, todavia, que ao liberar o tribunal de seguir seus precedentes, permite-se a evolução da jurisprudência constitucional.

[73] De acordo com Luís Roberto Barroso, igualmente a decisão que nega a existência de repercussão geral valerá para os demais recursos que tratem de matéria idêntica, atendendo a exigências de coerência e celeridade. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2011, p. 139.

Já a súmula vinculante passou a ser prevista no artigo 103-A da constituição. Assim, a súmula aprovada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal[74].

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 103-A, a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre estes e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. E nos termos do parágrafo terceiro, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Verifica-se, assim, que o propósito dos mecanismos citados é o de conferir obrigatoriedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com o Código de Processo Civil de 2015, essa tendência, que vinha ganhando força, se acentuou ainda mais. Isso fica claro na lição de Arruda Alvim:

> De todas as modificações trazidas pelo CPC/2015, talvez a mais significativa e com maior impacto no cotidiano forense seja a aposta feita no chamado *direito jurisprudencial*. O comportamento reiterado das cortes superiores e seus entendimentos consolidados ganham importância na medida em que passam a servir como um *norte* ao restante do Poder Judiciário. Seja para aplicar uma *tese* firmada, seja para negar sua aplicação, os juízes deverão, no CPC/2015, cumprir o dever de *observar* o direito jurisprudencial, não podendo dele se distanciar injustificadamente. A preocupação da doutrina e da jurisprudência com a necessidade de uniformizar a aplicação do direito não é nova, embora apenas recentemente se tenha notado um movimento firme no sentido de dar às decisões dos tribunais superiores força normativa, mais que meramente persuasiva[75].

Conforme ressalta Arruda Alvim, o novo Código de Processo Civil coloca a jurisprudência em "um patamar central na sistemática de desenvolvimento do direito",

---

[74] A matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Para uma análise da referida lei, cf. TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006.** São Paulo: Método, 3ª ed., 2009.

[75] **Novo contencioso cível no CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

buscando uniformizar a interpretação do direito[76]. Assim, é dado enfoque ao acompanhamento da linha jurisprudencial dos tribunais superiores, estabelecendo-se a obrigatoriedade de certas decisões.

Segundo Arruda Alvim, o sistema de vinculatividade foi fixado pelo Código de Processo Civil tendo em conta três aspectos. Pelo primeiro, ordena-se aos tribunais uniformizar a sua jurisprudência. Pelo segundo, criam-se novas técnicas para tal uniformização. E pelo terceiro, colocam-se obstáculos ao prosseguimento de causas nas quais se busque provimentos contrários ao já decidido pelos tribunais[77]. Desse modo, foi concebido um sistema para conferir obrigatoriedade à jurisprudência dos tribunais superiores, deixando sua observância pelos juízes e tribunais inferiores de ser considerada meramente facultativa.

Dispõe o artigo 926 do CPC que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Realmente, para que os precedentes sejam seguidos, pressupõe-se a unidade e a coerência da jurisprudência, de forma a reforçar a segurança jurídica.

A par disso, o código, em seu artigo 927, arrola as decisões consideradas vinculantes:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No caso especifico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nos interessa mais de perto, vinculam os demais juízes e tribunais as suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos e os enunciados das súmulas em matéria

---

[76] "A ideia é de conferir previsibilidade aos jurisdicionados, e remediar uma certa *anarquia interpretativa* que é resultado da falta de observância, pelo Judiciário, de suas próprias interpretações". ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

[77] **Novo contencioso cível no CPC/2015**, p. 522-523.

constitucional. Houve, assim, uma ampliação das hipóteses de precedentes vinculantes da corte, que são devem ser respeitados pelos demais órgãos judiciais[78].

Todas essas hipóteses de vinculatividade dos precedentes têm por objetivo assegurar a uniformidade da interpretação constitucional, a partir da observância obrigatória de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sua atuação de guarda da Constituição. Conforme pontua Luiz Guilherme Marinoni, "quando o controle de constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente", estando em jogo "a própria afirmação judicial do significado da Constituição[79]".

As decisões proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade e em ações diretas de inconstitucionalidade já eram dotadas de efeito vinculante por força do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal. Mas quando o Código de Processo Civil se refere a decisões no controle concentrado de constitucionalidade, parece conceder efeito vinculante igualmente às decisões proferidas em arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Do mesmo modo, e como visto, as súmulas aprovadas por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, já possuíam efeito vinculante em razão do artigo 103-A da constituição. Com relação às demais súmulas editadas pelo Supremo em matéria constitucional, a sua obrigatoriedade constitui inovação do Código de Processo Civil, qualificada por Arruda Alvim como "salto de normatividade[80]". A diferença é que as súmulas vinculantes obrigam também a Administração Pública, e não apenas o Poder Judiciário.

No tocante à obrigatoriedade dos acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, trata-se de mecanismo introduzido pelo novo código com vistas

---

[78] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil.** *In* Universitas JUS, v. 26, n. 2, 2015, p. 42. A autora, no entanto, analisa a questão sob a ótica das hipóteses de cabimento de reclamação, previstas no artigo 988 do Novo Código de Processo Civil. A previsão de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (inciso IV do artigo 988) representa inovação legislativa, já que não estava consagrada no Código de Processo Civil de 1973, demonstrando a ampliação das hipóteses de precedentes vinculantes. A opção da autora pela abordagem a partir das hipóteses que autorizam a reclamação justifica-se tendo em vista que "no contexto de um ordenamento jurídico que não tem uma cultura de respeito a precedentes obrigatórios, como o brasileiro, o mecanismo que efetivamente assegura o caráter normativo das decisões judiciais é a possibilidade de ajuizamento de reclamação". A reclamação seria o mecanismo eleito pelo "legislador brasileiro para conferir eficácia máxima a uma decisão e induzir à criação de uma cultura de respeito a precedentes judiciais obrigatórios". P. 42, nota 3. Com isso, as decisões arroladas no artigo 927 do CPC para as quais inexiste previsão de reclamação são por ela consideradas "precedentes com eficácia normativa intermediária", e não "precedentes normativos", como as demais. P. 45.

[79] **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011, p. 74.

[80] **Novo contencioso cível no CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 523.

à uniformização da jurisprudência[81]. Por meio desse expediente pretende-se, além de uniformizar o entendimento sobre matéria de direito constitucional, evitar a remessa de inúmeros recursos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal[82].

Com esse novo instrumento, são selecionados recursos extraordinários representativos da controvérsia, sobrestando-se o julgamento dos demais que versem sobre idêntica questão de direito. No âmbito do Supremo é proferida uma decisão de afetação, na qual é delimitada a questão a ser submetida a julgamento (artigo 1.037, inciso I, do CPC). Decididos os recursos afetados, os outros órgãos do Poder Judiciário declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou proferirão decisão sobre eles aplicando a tese firmada. Apenas se for mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso extraordinário será remetido ao Supremo Tribunal Federal (artigo 1.041 do CPC).

A sistemática de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos é conjugada com a exigência de repercussão geral. Assim, nos termos do artigo 1039, parágrafo único, do CPC, negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Constata-se, portanto, um fortalecimento da jurisprudência em geral com o novo Código de Processo Civil, e particularmente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, com o reconhecimento de sua força obrigatória.

2.1.2. A importância de uma deliberação qualificada para o efetivo fortalecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Para permitir que os novos mecanismos de fortalecimento da jurisprudência atinjam seus objetivos, as decisões do Supremo Tribunal Federal precisam ser fruto de uma deliberação qualificada de seus membros, sendo claras e inteligíveis, a fim de que se identifique facilmente os seus comandos[83].

---

[81]ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 523.

[82]ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**, p. 540.

[83] Nesse sentido, também SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 32. Ao tratar de instrumentos como a repercussão geral e a súmula vinculante, bem como

Aqui não se trata da clareza dos votos individuais dos Ministros, cuja ausência poderia ser solucionada por meio de embargos de declaração, mas da clareza do pronunciamento institucional da corte. Essa distinção é bem sintetizada por Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel, que asseveram: "não estamos tratando da clareza ou falta de clareza dos votos dos ministros em si, mas sim da possibilidade ou não de uma fundamentação comum ao colegiado ser claramente identificável[84]".

A preocupação com a clareza dos julgados fica evidente no artigo 926 do novo Código de Processo Civil, ao exigir estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Arruda Alvim esclarece essas três noções, afirmando que a estabilidade está relacionada à reiteração do posicionamento pelo tribunal[85]. A integridade, por sua vez, liga-se à teoria de Ronald Dworkin, sendo "íntegra a decisão que reconhece a história institucional de uma determinada questão – não deixando de observar sua aplicação ao longo dos anos – e projeta para o futuro seus possíveis efeitos[86]". Por fim, a coerência remete à interação da decisão com todo o ordenamento jurídico, com a jurisprudência já formada e a doutrina.

Para atender essas exigências, a decisão deve ser minuciosamente fundamentada[87], enfrentando todos os argumentos levantados. Conforme elucida Arruda Alvim, "o interesse do código é fazer com que o pronunciamento judicial que se torne precedente seja o mais completo e preciso possível, facilitando sua aplicação futura[88]".

E para facilitar o acesso à jurisprudência, o artigo 927, § 5º, do CPC prevê que os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

A partir de decisões claras e bem fundamentadas, o restante do Poder Judiciário poderá aplicar o precedente, identificando seus fundamentos determinantes e

---

de técnicas decisórias como a interpretação conforme, os autores asseveram que "a própria viabilidade do uso desses instrumentos e o cumprimento adequado das decisões que empregam tais técnicas estão atrelados à correta compreensão, pelos demais atores que operam os instrumentos e destinatários das decisões, da jurisprudência do STF".

[84] **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan.2014, p. 94.

[85] **Novo contencioso cível no CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 525-526.

[86] **Novo contencioso cível no CPC/2015**, p. 526. Para uma crítica à adoção da teoria do direito como integridade – que pressupõe a tese da resposta certa –, por implicar na aceitação de uma concepção específica acerca da compreensão do direito, que configura questão altamente polêmica, além de se mostrar desnecessária para a operacionalização prática do código, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2017, p. 1005-1006. Para uma defesa do emprego da concepção de direito como integridade no manejo dos precedentes, em especial pela jurisdição constitucional, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246 e ss. e 264 e ss.

[87] ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**, p. 526.

[88] **Novo contencioso cível no CPC/2015**, p. 525.

demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou deixar de aplicá-lo, demonstrando a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC, *a contrario sensu*).

Isso se torna particularmente importante caso se adote a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Segundo esse entendimento, além do dispositivo, igualmente os motivos determinantes da decisão, os fundamentos que a embasaram, seriam vinculantes.

Para operacionalizar essa orientação, não basta identificar somente o dispositivo da decisão, sendo essencial identificar as suas razões fundamentais. Separa-se, assim, as razões fundamentais, ou *ratio decidendi*, das razões acessórias, ou *obiter dicta*.

A *ratio decidendi* é composta pelas proposições necessárias e suficientes para a solução da questão, ou seja, pelas proposições sem às quais não se atinge o resultado e que bastam para se chegar à conclusão alcançada[89]. De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello, integram a *ratio decidendi* tão-somente os "argumentos acolhidos pela maioria dos juízes do tribunal e imprescindíveis para justificar o desfecho do caso[90]".

A respeito, explica Roger Stiefelmann Leal:

> Em tese, os fundamentos determinantes limitam-se às razões que são relevantes para a decisão proferida, isto é, aos motivos sem os quais o *decisum* constante da parte dispositiva não teria sentido ou consistência. Os demais comentários e afirmações que integrem a motivação da decisão, mas não se enquadrem na definição de *ratio decidendi*, designam-se por *obiter dictum*[91].

Apenas a *ratio decidendi* vincularia, ao lado do dispositivo, excluindo-se, desse modo, tudo o que pode ser classificado como *obiter dictum*[92]. Com isso, imprescindível identificar quais as razões fundamentais do julgado, o que configura uma das maiores dificuldades da operacionalização da teoria, demandando clareza do pronunciamento judicial. Indispensável, portanto, a visualização dos fundamentos determinantes comuns aos Ministros que compõem a corrente majoritária em cada caso, já que são precisamente

---

[89] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2017, p. 1008.

[90] **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil.** *In* Universitas JUS, v. 26, n. 2, 2015, p. 46.

[91] **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169. A definição de *obiter dictum* é, portanto, residual.

[92] *Obiter dictum* seria o argumento "dito de passagem", não sendo imprescindível para a solução dada ao caso. Segundo Conrado Hübner Mendes, *obiter dictum* "são os componentes marginais ao argumento geral". **Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi.* Racionalidade e retórica na decisão.** Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf, p. 2.

estes os fundamentos que sustentam a decisão, podendo ser identificados como a *ratio decidendi*, portadora de eficácia vinculante.

Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, "para que norma similar possa ser abrangida por precedente oriundo de decisão de (in)constitucionalidade, é preciso identificar a sua *ratio decidendi* ou, o que é o mesmo, atribuir eficácia vinculante aos seus motivos determinantes[93]". Prossegue o autor afirmando que "só há sentido em pensar em *ratio decidendi* ou em precedente obrigatório quando se almeja abarcar casos similares e não os casos já julgados, uma vez que estes, como é óbvio, já estão protegidos pela autoridade da coisa julgada material[94]". Por esse motivo, ele entende que o valor do precedente está nas razões que fundamentam a decisão[95].

Nessa concepção, a identificação da *ratio decidendi* seria essencial para se determinar a parcela do precedente que é dotada de efeito vinculante[96]. A tarefa não é simples, porém mostra-se necessária, pois, de acordo com Marinoni, "a não identificação desta porção da fundamentação gera incerteza, colocando em sério risco a segurança jurídica e a própria missão que se quer atribuir aos tribunais com a extensão dos efeitos vinculantes[97]".

A teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes tem ganhado força no âmbito da justiça constitucional, na medida em que permitiria uma proteção mais efetiva da força normativa da Constituição[98]. Aliás, o reconhecimento da teoria em diversos países, como a Alemanha, teve exatamente como objetivo fortalecer as decisões proferidas pelos respectivos Tribunais Constitucionais, evitando a reiteração de práticas já reconhecidas como inconstitucionais nas razões apresentadas pelas cortes[99].

Segundo Roger Stiefelmann Leal, a transcendência dos motivos determinantes é uma decorrência lógica de se dotar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade de efeito vinculante[100]. Com efeito, se a vinculação da parte dispositiva já decorre da coisa julgada, seria preciso "compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da

---

[93] **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011, p. 260.
[94] **Precedentes obrigatórios**, p. 260.
[95] **Precedentes obrigatórios**, p. 260.
[96] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 222.
[97] **Precedentes obrigatórios**, p. 278.
[98] De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, coube ao Ministro Gilmar Mendes o mérito de demonstrar que a eficácia transcendente da motivação "está umbilicalmente ligada à própria natureza da função desempenhada pelos tribunais constitucionais, além de ser absolutamente necessária à tutela da força normativa da Constituição". **Precedentes obrigatórios**, p. 272.
[99] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 291.
[100] **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 149-150.

dispositiva", de forma a alcançar "seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado[101]". Elucida o autor que tal vinculação tem como consequências "a vedação aos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida[102]" pela corte.

O Supremo Tribunal Federal chegou a acolher a teoria ao julgar a reclamação nº 1.987, que é considerada o seu *leading case* quando se trata de aplicação da "eficácia transcendente da motivação"[103]. No caso, discutia-se se os fundamentos determinantes da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.662 se aplicariam a outros casos. Nesta ADIn foi declarada inconstitucional norma expedida pelo Tribunal Superior do Trabalho prevendo a possibilidade de sequestro em precatórios fora da situação de preterição do direito de preferência. Da ementa do julgado da reclamação consta que a hipótese versada nos autos justificava a "transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão" proferida na ADI nº 1662, bem como "dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional".

No entanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal passou a se manifestar contrariamente à adoção da teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes. Assim, em 02 de agosto de 2007, a corte, por maioria, posicionou-se no sentido de que apenas o dispositivo da decisão ostentaria efeito vinculante, não sendo abrangidos por tal efeito os seus fundamentos[104] (Rcl. n° 2.475-AgrR). Essa conclusão foi reiterada em outras oportunidades.

Na reclamação n° 4454, julgada em 03 de março de 2015, a ementa consigna expressamente a "intranscendência dos motivos determinantes". Afirma a decisão que "a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte. Dessa forma, o que vincula os demais órgãos não é a fundamentação do julgado, mas apenas seu dispositivo, afastando-se a chamada *'teoria da transcendência dos motivos determinantes'*".

---

[101] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 149-150.
[102] **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**, p. 150.
[103] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011, p. 273. A decisão foi proferida em 1° de outubro de 2003.
[104] Em voto que restou vencido, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

Do mesmo modo, no julgamento do agravo regimental em reclamação n° 16.802, realizado em 13 de outubro de 2015, prevaleceu essa posição, constando da ementa que "ainda que se admita a correspondência da *ratio decidendi* entre as matérias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em afirmar o não cabimento de reclamação, quando ela estiver fundada na transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante, por tal efeito abranger apenas o objeto da ação".

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal tem mantido esse posicionamento. Em voto proferido em junho de 2017 em agravo na reclamação n° 4674, o relator, Ministro Roberto Barroso, ressaltou que "na sistemática da Lei n° 8.038/90 e CPC/73, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, ao menos no que tange ao uso de tese para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional".

O entendimento do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que a aplicação da teoria conduziria à abertura da possibilidade de se ajuizar reclamação perante a corte para questionar "toda e qualquer norma assemelhada a outra eventualmente declarada inconstitucional[105]", a pretexto de garantir a autoridade de suas decisões, fazendo valer, assim, o precedente. Ponderou-se que não seria viável apreciar todas as demandas adicionais que ingressariam no tribunal como resultado dessa interpretação.

Essa compreensão, porém, pode vir a se alterar em decorrência das inovações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil em matéria de precedentes. A esse respeito, entende Patrícia Perrone Campos de Mello:

> (...) a adoção de precedentes normativos em matéria constitucional, tal como pretendida pelo Novo Código, passa necessariamente pelo reconhecimento de efeitos normativos à tese de direito que serve de base para a decisão. Esta é a única maneira de gerar um precedente normativo em sede de controle difuso da constitucionalidade, e o Novo CPC determinou expressamente que também as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos produzirão efeitos normativos e possibilitarão a propositura de reclamação. Ora, nesse caso, não seria possível limitar o teor normativo ao dispositivo da decisão, já que este, no caso do controle difuso, apenas decide uma demanda concreta e proclama o direito subjetivo de alguém a alguma coisa. O conteúdo passível de aplicação a situações semelhantes, no caso do controle difuso, é justamente a exegese constitucional fixada pela Corte como premissa necessária para atingir suas conclusões[106].

---

[105] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil.** *In* Universitas JUS, v. 26, n. 2, 2015, p. 48.
[106] **O Supremo e os precedentes constitucionais**, p. 48.

Diante disso, conclui a autora que "a se manter a redação do CPC/205 tal como se encontra hoje, o STF precisará repensar a eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão[107]".

E uma vez conferido efeito vinculante à *ratio decidendi*, torna-se imperioso estabelecer com precisão os contornos da fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, o que seria facilitado com a existência de comandos que se evidenciam com clareza.

Nesse sentido, Patrícia Perrone Campos de Mello ressalta que a formação de uma cultura de respeito aos precedentes depende não só de sua observância pelos juízos inferiores, mas também de uma postura a eles propícia por parte dos tribunais que prolatam as decisões vinculantes, a partir de pronunciamentos claros e bem fundamentados[108].

No entanto, como será visto detalhadamente no decorrer deste capítulo, a conformação da deliberação efetivada na atualidade pelo Supremo Tribunal Federal não tem favorecido esse processo. Apresenta-se como um dos principais pontos críticos o fato de que o resultado final é obtido a partir da contagem dos votos num e noutro sentido, independemente de sua fundamentação, o que dificulta a identificação de uma *ratio decidendi* da corte como um todo[109].

Nessa linha, André Rufino do Vale pondera que "não se pode ter a pretensão de conferir efeitos vinculantes às decisões da Corte se não é possível extrair um denominador comum entre os mais diversos votos e suas respectivas fundamentações[110]".

A postura dos integrantes do Supremo Tribunal Federal não colabora para atenuar o problema, pois, conforme pontua Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

---

[107] **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil.** *In* Universitas JUS, v. 26, n. 2, 2015, p. 48. O Ministro Marco Aurélio, entende, porém, que a jurisprudência consolidada no sentido de inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes se mantém mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, como se depreende do voto por ele proferido, na qualidade de relator, em 06 de junho de 2017, no agravo regimental em reclamação n° 26.045.

[108] Ademais, entende a autora que as decisões das cortes vinculantes devem ser "prestigiadas por seus próprios membros, que não podem se dar ao luxo de alterá-las a cada mudança de composição ou de acordo com as conveniências políticas do momento". **O Supremo e os precedentes constitucionais**, p. 52.

[109] Conforme assevera Roger Stiefelmann Leal, "havendo dissenso quanto aos fundamentos somente, a questão será julgada por unanimidade. Tal prática, contudo, torna mais tortuosa a tarefa de identificar os fundamentos determinantes da decisão". **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 170. Adicionalmente, o autor aponta um problema de ordem operacional, haja vista que a vinculatividade dos motivos determinantes exigiria sua publicação na íntegra, o que se mostra inviável nos casos de maior repercussão, diante da frequente dispersão dos fundamentos. P. 172.

[110] **A Deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns Problemas e Perspectivas de Análise Teórica.** *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 335.

> Hoje, o que se verifica é que nos casos difíceis, cada Ministro dá o voto com uma fundamentação própria, não há, assim, debate entre os Ministros para que haja uma posição majoritária do Tribunal a respeito dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão de certo caso. Tal situação prejudica que o precedente possa ser utilizado nos casos futuros[111].

Diante desse quadro, um ajuste na atual prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal afigura-se necessário para que sua jurisprudência seja fortalecida, tornando-se efetivamente vinculantes suas decisões. Nessa linha, destacam Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto:

> Na medida em que as decisões do Tribunal têm seu impacto e sua abrangência maximizados, em razão de uma série de fatores, é preciso garantir que seus comandos e sentidos sejam claros e adequadamente comunicados à sociedade. Para tanto é essencial que o processo decisório seja remodelado, de forma a produzir decisões que expressem genuinamente a posição e os argumentos *do Tribunal*, e não somente os dos seus ministros, formulados isoladamente[112].

Em suma, mostra-se fundamental ao Supremo Tribunal Federal construir uma jurisprudência consistente, com comandos claramente identificáveis, de molde a exercer adequadamente as relevantes competências que lhe foram atribuídas.

E o processo de tomada de decisão baseado em uma deliberação qualificada, na qual os Ministros, por meio da troca de argumentos, realizem um debate voltado à obtenção do consenso, apresenta-se como a forma mais apropriada de se lograr pronunciamentos nesse sentido, que expressem o entendimento institucional da corte, propiciando que a ampliação do alcance dos efeitos de seus julgados, que vem sido operada em nível constitucional e legal, atinja de modo satisfatório os objetivos pretendidos[113].

Com estas ponderações, adentra-se efetivamente no exame da sistemática do Supremo Tribunal Federal, que compreenderá um breve relato sobre a corte, seguido da exposição do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, da prática deliberativa do tribunal e das críticas que lhe têm sido endereçadas.

---

[111] **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 268.

[112] **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 29.

[113] José Rodrigo Rodriguez vislumbra uma tendência do próprio Supremo Tribunal Federal em conferir maior visibilidade a certos casos que podem vir a configurar *"leading cases"*, o que, todavia, acaba sendo prejudicado pelo fato de inexistir uma decisão única do colegiado, que espelhe o entendimento da corte e permita aferir a sua fundamentação. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 107/108, nota 67.

2.2. O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, com essa denominação, foi instalado somente na República, em 28 de fevereiro de 1891[114]. Além da atuação pertinente à guarda da supremacia constitucional, o órgão exerce a função de tribunal de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Assim, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal, dentre outras atribuições, compete-lhe realizar o controle concentrado de constitucionalidade e julgar os recursos extraordinários, bem como processar e julgar originariamente determinadas ações, incluindo a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Considerando a diversidade de competências conferidas pela constituição ao Supremo Tribunal Federal, parcela da doutrina chega a afirmar que na prática o tribunal seria formado por três cortes distintas, cada uma delas com atribuições e características próprias[115]. Assim, a Corte Constitucional seria responsável sobretudo pelos processos de controle concentrado de constitucionalidade em abstrato, a Corte Recursal cuidaria principalmente dos agravos de instrumento e dos recursos extraordinários e a Corte Ordinária ficaria encarregada dos demais processos, como aqueles que integram o rol de competência originária[116].

---

[114] Na fase colonial e no Império, os Tribunais de cúpula eram denominados Casa de Suplicação do Brasil – período de 10 de maio de 1808 a 08 de janeiro de 1829 – e Supremo Tribunal de Justiça – período de 09 de janeiro de 1829 a 27 de fevereiro de 1891. A denominação Supremo Tribunal Federal apenas foi alterada na vigência da Constituição Federal de 1934, quando passou a ser "Corte Suprema", mas foi restabelecida pela Constituição de 1937. MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República).** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 4ª ed., 2014, p. 9-10. Um exame aprofundado da história do tribunal pode ser encontrado na obra de Lêda Boechat Rodrigues, que cobre os principais julgamentos do período de 1891 a 1963: **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I: Defesa das Liberdades Civis (1891-1898).** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965; **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II: Defesa do Federalismo (1899-1910).** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968; **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III: Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* (1910-1926).** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991; **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo IV, vol. 1: 1930-1963.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

[115] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 16.

[116] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números**, p. 19 e ss. Levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro apurou que no período de 1988 a 2009 os recursos correspondiam a 91,69% do total de processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, ao passo que as ações do controle concentrado de constitucionalidade, as propostas de súmulas vinculantes e os mandados de injunção representavam apenas 0,51%. As demais ações, incluídas na denominada "competência ordinária", completavam os 7,8% restantes. No entanto, após a EC nº 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e a exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários, observou-se uma tendência de queda da participação proporcional dos recursos no total de processos da corte. P. 21 e 23.

Ainda que não se possa falar propriamente em uma divisão em três cortes, já que não há tal separação de funções em setores especializados, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, dada a sua competência constitucional, julga demandas bastante distintas, o que tem reflexos inclusive na diversidade de trâmite dos processos inseridos em cada um dos feixes de atribuição.

Nota-se que principalmente em razão da sua competência em matéria constitucional – aqui considerada em sentido amplo, abrangendo também questões constitucionais submetidas pela via recursal – o Supremo Tribunal Federal decide as questões de maior relevância no cenário jurídico nacional[117]. Seu papel central no contexto da tomada das principais decisões políticas do país é amplamente reconhecido, tendo inclusive justificado a adoção da expressão "Supremocracia" por Oscar Vieira Vilhena, para designar não só a autoridade que a corte adquiriu sobre o restante do Poder Judiciário, como aquela que tem exercido em detrimento dos demais Poderes[118]. O fato é que o tribunal vivencia um momento de expansão de seu poder[119], que se reflete na repercussão de suas decisões e no acompanhamento que recebem da mídia e da população.

Com efeito, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, a autoridade do Supremo Tribunal Federal tem se ampliado, principalmente a partir da criação de mecanismos que, como visto, se destinam a conferir obrigatoriedade às decisões por ele proferidas. Trata-se, assim, de um fenômeno relativamente recente.

No tocante aos Poderes Executivo e Legislativo, a autoridade do Supremo também vem se consolidando, na medida em que a corte cada vez mais se manifesta sobre questões políticas, dando sobre elas a última palavra.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros, escolhidos dentre cidadãos com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os Ministros são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

---

[117] Não obstante, os processos julgados pela corte em matéria penal têm ocupado lugar de crescente destaque em sua pauta, sendo exemplo disso aqueles afetos ao mensalão, ao petrolão e a outros casos de corrupção de repercussão nacional. Tanto é assim que o Ministro Luís Roberto Barroso, ao fazer o balanço da atuação do Supremo Tribunal Federal no ano de 2017, juntamente com a professora Aline Osório, asseverou que a competência originária penal teve maior realce do que as suas atribuições típicas de justiça constitucional, incluindo, dentre as dez decisões mais importantes do ano, quatro relativas à jurisdição penal, que envolvem a homologação de delações premiadas, a imposição de medidas cautelares contra senador, a necessidade de submeter à apreciação da Casa Legislativa a aplicação de medidas cautelares a membros do Congresso Nacional e o foro por prerrogativa de função. **O Supremo Tribunal Federal em 2017: as 10 decisões mais importantes do ano.** https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2017-barroso-parte.pdf

[118] **Supremocracia.** *In* Revista Direito GV, n° 8, jul-dez/2008, p. 444-445.

[119] 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. 271.

A forma de escolha dos Ministros adotada foi prevista inicialmente na Constituição de 1891, por influência do direito norte-americano[120]. Todavia, a sistemática vigente neste quesito tem sido alvo de críticas doutrinárias, por, dentre outros fatores, conferir muito poder ao Presidente da República na nomeação dos Ministros, considerando que o Senado Federal brasileiro tem se limitado a aceitar os nomes indicados[121]. Assim, visando aprimorar o modelo atual, enfrentando este e outros aspectos reputados problemáticos, a doutrina tem proposto diversas alterações, como a participação de novos atores no processo de escolha dos Ministros, a exigência de um quórum qualificado para a sua aprovação pelo Senado Federal e a fixação de um prazo para a indicação de nome pelo Presidente da República diante de um cargo vago. Várias dessas sugestões foram encampadas, tramitando no Congresso Nacional sob a forma de propostas de emendas à constituição (PECs).

A investidura é feita sem prazo determinado, podendo os Ministros permanecer no cargo até os setenta e cinco anos de idade, quando devem ser aposentados compulsoriamente. Este é outro ponto que tem sido objeto de críticas, existindo propostas no sentido de limitar o prazo de permanência dos Ministros no cargo, com a fixação de um período reduzido de mandato.

O tribunal tem como órgãos fracionários as Turmas, que são constituídas por cinco Ministros e incumbidas de julgar determinadas matérias, enquanto outras permanecem como atribuição do Plenário, composto pela totalidade dos Ministros.

Considerando o volume de processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, os Ministros recorrem aos préstimos de uma assessoria. Para auxiliá-los em seus trabalhos, cada um dos Ministros conta atualmente com oito assessores jurídicos[122], que são bacharéis em Direito de sua livre escolha, e um chefe de gabinete.

---

[120] TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

[121] Há, ainda, quem questione a proximidade política entre o Presidente da República e os Ministros por ele indicados, propondo outros modelos, com vistas a conferir maior independência aos membros da corte. TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**, p. 140. Existe, porém, quem defenda que essa proximidade inicial não tem efeitos tão perversos, pois, uma vez assumido o cargo, o Ministro goza de independência. A esse respeito, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação?** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012. Para uma exposição mais abrangente das críticas ao modelo brasileiro de escolha dos Ministros, consultar PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros.** São Paulo: Editora Método, 2012, p. 119 e ss.

[122] No início, cada Ministro contava com apenas um assessor, como relata Francisco Rezek, ele próprio ex-assessor do Ministro Bilac Pinto, antes de vir a integrar a Corte. Assevera o autor que "a nenhum integrante do Supremo é dado prescindir do apoio decisivo de sua assessoria". **Prefácio.** *In* HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus assessores.** São Paulo: Almedina, 2014, p. 5-7.

A figura do assessor de Ministro, outrora denominado "secretário jurídico", surgiu em 1963, cabendo ao respectivo Ministro especificar as suas atividades[123]. Posteriormente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1970 passou a prever algumas de suas atribuições, prática mantida pelo regimento atual[124]. Assim, o artigo 358 do Regimento Interno do STF dispõe:

> Art. 358. São atribuições dos Assessores de Ministros:
> I – classificar os votos proferidos pelo Ministro e velar pela conservação das cópias e índices necessários à consulta;
> II – verificar as pautas, de modo que o Ministro vogal, em casos de julgamento interrompido, ou de embargos, ação rescisória ou reclamação, possa consultar, na sessão, a cópia do voto que houver proferido anteriormente;
> III – cooperar na revisão da transcrição do áudio e cópias dos votos e acórdãos do Ministro, antes da juntada nos autos;
> IV– selecionar, dentre os processos submetidos ao exame do Ministro, aqueles que versem questões de solução já compendiada na *Súmula*, para serem conferidos pelo Ministro;
> V – fazer pesquisa de doutrina e de jurisprudência;
> VI – executar outros trabalhos compatíveis com suas atribuições, que forem determinados pelo Ministro, cujas instruções deverá observar.

De todo modo, a determinação das atividades específicas dos assessores é feita diretamente pelos Ministros, como aliás se depreende da cláusula final do dispositivo transcrito. Geralmente, os assessores se encarregam de selecionar os casos mais importantes e de redigir relatórios[125]. Muitas vezes, elaboram os próprios rascunhos dos votos, a depender do que for solicitado pelo Ministro correspondente.

Compõem a assessoria dos Ministros, igualmente, um juiz auxiliar e um magistrado instrutor, estes exercendo suas funções em matéria criminal[126]. Com isso, no total, a assessoria é integrada por 11 membros[127], que devem seguir as orientações dos Ministros.

2.3. O controle de constitucionalidade brasileiro

No Brasil, o exame judicial de constitucionalidade foi abordado legislativamente pela primeira vez pelo Decreto nº 848 de 1890, que, determinando a criação do Supremo

---

[123] HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus assessores.** São Paulo: Almedina, 2014, p. 10.
[124] HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus assessores**, p. 10-11.
[125] KAPISZEWSKI, Diana. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal.*** *In* COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 63.
[126] HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício.**O Supremo por seus assessores**, p. 11.
[127]Além do *staff* administrativo.

Tribunal Federal, atribuiu-lhe a competência para julgar, em última instância, os casos abrangendo a revisão judicial da constitucionalidade das leis[128]. Essa previsão foi mantida na Constituição de 1891, que, por influência de Rui Barbosa, consagrou o controle difuso e concreto de constitucionalidade, nos moldes do sistema americano. Desse modo, o controle de constitucionalidade poderia ser realizado por qualquer juiz diante de um caso concreto.

Com a Constituição de 1934, surge uma hipótese de controle de constitucionalidade principal e concentrado, a partir da introdução da representação interventiva. Essa modalidade de controle tinha aplicação por iniciativa do Procurador-Geral da República, nos casos em que se buscasse a decretação de intervenção federal diante de violação de um dos princípios constitucionais sensíveis. Somente com a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção, esta poderia se efetivar[129]. O controle de constitucionalidade nacional, no entanto, segue exclusivamente concreto.

Em 1965, porém, com a Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946, o país passa a contar também com o controle abstrato de constitucionalidade, concentrado no Supremo Tribunal Federal, a partir da previsão da representação por inconstitucionalidade. O novo mecanismo poderia ser empregado pelo Procurador-Geral da República para questionar a constitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988, o controle abstrato de constitucionalidade foi fortalecido, tendo em vista a ampliação dos instrumentos destinados a tal controle, assim como do rol de legitimados para as ações correspondentes[130].

Como instrumentos para o controle abstrato de constitucionalidade são previstas a ação direta de inconstitucionalidade, por ação e por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade[131] e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

E passaram a ser legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia

---

[128] SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 567.

[129] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2011, p. 85.

[130] Para uma análise detalhada do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no país, conferir RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

[131] A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida pela Emenda Constitucional n° 3 de 1993.

Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e partido político com representação no Congresso Nacional.

De acordo com Elival da Silva Ramos, com a vigência da Constituição Federal de 1988, e a consequente intensificação da via principal de controle, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade evoluiu em direção ao modelo europeu[132].

Em sua essência, porém, o sistema pátrio ainda se caracteriza pela adoção do controle difuso de constitucionalidade, ainda que sejam consagrados mecanismos de controle concentrado, da alçada do Supremo Tribunal Federal, uma vez que todo e qualquer juiz possui competência para realizar o controle da adequação constitucional da legislação aplicável nos casos que lhe são submetidos. Assim, manteve-se como regra geral o controle difuso, a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, observada, neste último caso, a cláusula da reserva de plenário[133].

Como visto, o controle abstrato de constitucionalidade é efetuado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do processamento e julgamento de ações específicas, sendo a disciplina legal da matéria veiculada pelas Leis federais n° 9.868/99 e n° 9.882/99. A Lei n° 9.868/99 dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, ao passo que a Lei n° 9.882/99 dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade destina-se a verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual com a constituição. Já a ação declaratória de constitucionalidade pode ter como objeto apenas lei ou ato normativo federal.

Tanto nas ações diretas de inconstitucionalidade quanto nas ações declaratórias de constitucionalidade, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal 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.

---

[132] **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 477. O autor defende que a evolução do controle rumo ao padrão europeu, mais que uma tendência, seria uma solução desejável para permitir a implantação do projeto social-democrático consagrado pelo constituinte de 1988. P. 482.

[133] Essa cláusula decorre do artigo 97 da Constituição Federal, que prescreve: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público".

No controle abstrato, as decisões produzem efeitos *erga omnes*. A eficácia contra todos explica-se pelo fato de que os legitimados para agir atuam por substituição processual em nome da coletividade[134].

O controle da omissão destina-se a apurar a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. Conforme leciona Elival da Silva Ramos, para a configuração da inconstitucionalidade por omissão, "exige-se a presença de um específico dever de legislar, cujo adimplemento seja condição da plenitude eficacial de normas constitucionais de eficácia limitada[135]". Constatada a omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A par desse controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal também realiza o controle concreto, assim como todos os órgãos do Poder Judiciário o fazem de modo difuso. No âmbito do Supremo, o controle concreto de maneira incidental é feito principalmente pela via do recurso extraordinário, mas também pode ser efetuado nos recursos ordinários e nas ações de sua competência originária. A declaração incidental de inconstitucionalidade deve ser realizada pelo Plenário, por decisão da maioria absoluta de seus membros[136]. Há também controle do caso concreto, mas de forma concentrada, na ação direta interventiva.

O recurso extraordinário configura, assim, a principal via para se levar o exame incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, sendo cabível em face de causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da constituição ou, ainda, julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Para admissão do recurso extraordinário, o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões decididas no caso.

As decisões proferidas no controle concreto produzem efeitos apenas *inter partes*. Contudo, o Senado Federal pode editar resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Declarada a inconstitucionalidade incidentalmente, o Senado é comunicado da decisão,

---

[134] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2011, p. 225.
[135] **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 474-475.
[136] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 150.

podendo suspender ou não a execução da lei, em atuação discricionária. Caso opte pela suspensão, tem-se como efeito a atribuição de eficácia geral à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na via difusa.

Assim, o sistema nacional de controle de constitucionalidade abrange não só o controle difuso, realizado por todo e qualquer juiz, mas igualmente o controle concentrado, de exclusividade do Supremo Tribunal Federal. A par disso, verifica-se que a Corte Suprema exerce o controle judicial tanto em abstrato quanto em concreto, avaliando a constitucionalidade da legislação de forma principal ou incidental.

2.4. A deliberação no Supremo Tribunal Federal

Apresentadas as linhas gerais do nosso sistema judicial de controle de constitucionalidade, a etapa seguinte deste trabalho consiste em delinear a maneira como se desenvolve a atividade deliberativa do Supremo Tribunal Federal nos processos em que a corte realiza tal controle.

Neste mister serão considerados tanto os contornos legislativos quanto os componentes culturais da prática decisória do tribunal. Como será visto, o fator cultural desempenha um papel relevante, ajudando a moldar o *"modus decidendi*" do Supremo Tribunal Federal que é delimitado pela legislação de regência. A análise deste fator leva em conta, ainda, que o conhecimento da cultura da entidade que se estuda é essencial quando se busca aprimorar sua operacionalidade[137].

Além das disposições constitucionais e legais que regem a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, existem disposições regimentais da corte disciplinando a matéria.

Com efeito, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), a par de estabelecer a composição e a competência de seus órgãos e disciplinar os seus serviços, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República (artigo 1º).

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que a Constituição de 1967 permitia que o regimento interno do tribunal contivesse disposições processuais, o que não foi mantido pela Constituição de 1988. No entanto, o autor elucida que as normas regimentais que

---

[137] Nas palavras de Brian J. Ostrom e Roger A. Hanson, *"knowledge of an organization's culture is a crucial factor when searching for ways to improve operational effectivesess".* **Understanding and Diagnosing Court Culture.** *In* Court Review: The Journal of the American Judges Association, vol. 45, p. 104-109, 2009, p. 104.

regulam o processo no âmbito do Supremo Tribunal Federal continuam em vigor até a superveniência de legislação a respeito[138].

Ao Plenário cabe a realização do controle abstrato de constitucionalidade. Já às Turmas compete o julgamento dos recursos extraordinários. Nestes casos, porém, o órgão fracionário remeterá o feito ao julgamento do Tribunal Pleno quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário; quando, não obstante já decidida pelo Plenário a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame e quando algum Ministro propuser a revisão da jurisprudência compendiada em súmula (artigo 11 do RISTF). Do mesmo modo, o Relator, ou, na sua omissão, a Turma, podem submeter o feito a julgamento do Plenário quando houver matérias em que divirjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário e quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário (artigo 22, parágrafo único, do RISTF).

Entretanto, conforme esclarece Luís Roberto Barroso, diante do congestionamento do Plenário[139], há uma tendência de se transferir competências para as Turmas, de forma a limitar a atuação do Plenário às atividades típicas de uma Corte Constitucional, julgando principalmente as ações do controle concentrado de constitucionalidade e as repercussões gerais[140].

Os processos são distribuídos por sorteio ou prevenção. A distribuição é feita por sistema informatizado entre os Ministros, excluindo-se o Presidente do tribunal[141]. Imediatamente após a distribuição, os autos são conclusos ao relator (artigo 66 do RISTF), a quem cabe ordenar e dirigir o processo (artigo 21, I, RISTF).

Nas ações diretas de inconstitucionalidade, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo estas ser prestadas no prazo de trinta dias do recebimento do pedido (artigo 6° da Lei n° 9.868/99).

---

[138] **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

[139] Segundo o autor, dados de dezembro de 2013 dão conta de que existiam 728 processos já liberados pelos relatores aguardando para serem incluídos na pauta do Plenário. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.** http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf, p. 4.

[140] Emenda regimental de 2014 já promoveu o deslocamento de determinadas atribuições para as Turmas (reclamações, recebimento de denúncia ou queixa, certas ações penais e ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público). BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**, p. 4-5.

[141] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 33.

No campo da intervenção de terceiros, tem-se admitido apenas a participação do *amicus curiae*, que, não sendo parte, tem legítimo interesse no desfecho da ação[142]. Assim, a critério do relator, que considerará a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá ser admitida a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, manifestando-se cada um deles no prazo de quinze dias (artigo 8° da Lei n° 9.868/99).

Nos termos do artigo 9° da Lei n° 9.868/99, vencidos esses prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. A distribuição antecipada da cópia do relatório aos demais Ministros é obrigatória nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, ficando a providência a critério do relator nos demais feitos (artigo 87, incisos I e IV, do RISTF).

Tratando-se de recurso extraordinário, o relator submeterá aos seus pares, por meio eletrônico, cópia de sua manifestação sobre a existência ou não de repercussão geral (artigo 323 do RISTF). Esse procedimento não se aplica quando a repercussão da questão já houver sido reconhecida pelo tribunal ou se for presumida, na hipótese de se impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante (artigo 323, § 2º, do RISTF). A manifestação dos demais Ministros acerca da repercussão geral da questão será encaminhada, igualmente, por meio eletrônico (artigo 324 do RISTF). Além disso, o artigo 323-A do regimento dispõe que "o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico".

Em qualquer caso, é prevista a possibilidade de convocação de audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que se entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante (artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, RISTF)

Já a Lei n° 9.868/99, ao tratar especificamente do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, dispõe em seu artigo 9°, § 1°, que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais,

---

[142] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposições istemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2011, p. 210. Segundo o autor, a introdução formal da figura do *amicus curiae* confere maior legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal.

designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O relator pode, ainda, solicitar informações aos demais tribunais sobre a aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Solicitada data para o julgamento pelo Plenário, cabe ao Presidente do tribunal determinar a inclusão do processo na pauta. Assim, a formação da pauta fica a critério do Presidente, que detém o poder de definir a ordem em que os casos serão submetidos ao tribunal pleno.

Conforme esclarece Gilmar Mendes,"os Ministros se reúnem, ordinariamente, três vezes durante a semana para o julgamento de processos", ocorrendo às terças-feiras as sessões das Turmas e às quartas e quintas-feiras as sessões do Tribunal Pleno, a quem compete declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos[143].

Com relação às sessões que se desenvolvem perante o pleno do Supremo Tribunal Federal, explica Virgílio Afonso da Silva que não há uma divisão precisa entre audiências orais, sessões de deliberação e julgamento, ocorrendo todas essas etapas em uma única sessão, a "sessão plenária"[144]. Tampouco nas sessões das Turmas existe uma nítida separação entre tais etapas do procedimento.

Todas as sessões da corte são públicas, incluindo-se as sessões de julgamento. A publicidade dos julgamentos decorre de previsão expressa do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

Observa-se, no entanto, que a publicidade dos julgamentos, que é consagrada de modo geral para todo o Poder Judiciário, assume contornos ainda mais amplos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, os julgamentos do tribunal pleno são transmitidos em rede nacional de televisão, frequentemente ao vivo. As transmissões televisivas das sessões plenárias da

---

[143] **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf, p. 9.

[144] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 568.

corte ocorrem desde 14 de agosto de 2002 pela TV Justiça[145], que, nos termos da Lei nº 10.461/2002, constitui um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça. A TV Justiça é um canal pioneiro no mundo quando se trata da transmissão de sessões de julgamento da Corte Suprema do país[146]. O objetivo declarado da emissora é o de tornar transparentes as ações e as decisões do Poder Judiciário[147].

A TV Justiça deixa de transmitir apenas as sessões das Turmas, o plenário virtual e as sessões administrativas[148]. As exceções, todavia, são justificadas. Sendo duas as Turmas, suas sessões não poderiam ser transmitidas simultaneamente. Já o plenário virtual, por meio do qual os Ministros avaliam a existência de repercussão geral em recursos extraordinários, não é transmitido porque se desenrola eletronicamente. E as sessões administrativas, por sua vez, não são públicas, uma vez que o dever de publicidade abrange apenas os julgamentos judiciais. As sessões plenárias, porém, a partir da criação da TV Justiça, podem ser acompanhadas pelos cidadãos diretamente de suas residências, o que demonstra a priorização da deliberação externa.

Nas situações em que há transmissão em rede de televisão, os Ministros costumam conhecer o posicionamento de seus pares ao mesmo tempo que os telespectadores, no momento da sessão, salvo nos casos em que os Ministros optam por adiantar, espontaneamente, seus votos aos demais. Observa-se, assim, que apesar de o artigo 87, inciso I, do Regimento Interno do STF prever o adiantamento do voto pelo relator nas ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, na prática a medida não é tratada como imperativa, sendo adotada apenas por alguns Ministros.

Verifica-se que inexiste reunião oficial e secreta entre os Ministros previamente à sessão de julgamento, não havendo deliberação sigilosa no âmbito do Supremo Tribunal Federal[149]. Eventual comunicação anterior entre os Ministros acerca dos casos submetidos

---

[145] MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República).** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 4ª ed., 2014, p. 26. Para uma análise do impacto da criação da TV Justiça na relação entre o tribunal e a imprensa sob a ótica de jornalistas que cobrem a atuação da corte para jornais de grande circulação, cf. SELIGMAN, Felipe; BASILE, Juliano. **STF: uma Corte que pauta e que é pautada pela imprensa.** *In* MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020.** São Paulo: Saraiva, 2016.

[146] Posteriormente, a experiência brasileira foi replicada no México, com a criação de um canal específico em 2006, o Canal Judicial, que transmite ao vivo as sessões plenárias da Suprema Corte de Justicia de la Nación. http://canaljudicial.mx/es/Quienes-Somos.

[147] http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca

[148] FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e ParticipaçãoPopular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 104.

[149] SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 568.

a julgamento pode ser feita extraoficialmente, como uma mera consulta informal feita pelos Ministros interessados em saber o posicionamento de seus pares. Não obstante essa possibilidade, os Ministros não parecem cultivar o hábito de conversar, ainda que informalmente, sobre os processos a serem apreciados pela corte[150].

A exceção se daria com as chamadas "sessões do conselho". Nos termos do artigo 151, inciso I, do Regimento Interno do STF, as sessões serão secretas quando algum dos Ministros pedir que o Plenário ou a Turma se reúna em Conselho. As sessões de conselho seriam reuniões realizadas em caráter preparatório, destinadas a permitir o debate reservado entre os Ministros. De todo modo, após a sessão de conselho, o julgamento deve prosseguir em sessão pública. Constata-se, porém, que na atualidade o Supremo Tribunal Federal não tem adotado a prática de se reunir em Conselho[151].

O Presidente da corte é o responsável por conduzir as sessões plenárias[152]. O quórum de instalação do tribunal pleno é de oito ministros, sendo necessário o voto de seis deles para a decisão sobre a constitucionalidade ou não de determinado dispositivo, já que as decisões no controle de constitucionalidade são tomadas por maioria absoluta. O artigo 23 da Lei n° 9.868/99 prescreve que nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade será proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado se num ou noutro sentido se manifestarem ao menos seis Ministros. Nos processos julgados pelas Turmas, o quórum para decisão é de três Ministros.

---

[150] O Ministro Luiz Fux acredita que a ausência de conversa prévia decorre de um hábito consolidado, considerando ser um "grande erro" os Ministros se encontrarem tão-somente na porta da sessão, sem qualquer discussão anterior. FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; NUÑES, Izabel Saenger (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.12: Luiz Fux.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016, p. 111-112. O Min. Dias Toffoli enfatiza, todavia, que, diante da enorme demanda de trabalho, os membros do tribunal dispõem de pouco tempo para conversar entre eles. FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; CANTISANO, Pedro Jimenez; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz Henrique (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.21: Dias Toffoli.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017, p. 129.

[151] Outrora, a corte costumava se reunir em Conselho para discutir previamente os casos mais polêmicos. O abandono da prática foi explicado da seguinte maneira por um ex-Ministro do Supremo: *"It was pretty much dissolved as Justice Marco Aurélio Mello joined the Court. He was adamantly against this preliminary conversation. (...) Sometimes he didn't show up or showed up to protest, etc. Since then, the meetings have very rarely been held"*. SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 234-235. Nota-se que não é possível identificar o Ministro responsável pela afirmação, haja vista que no estudo que resultou no artigo citado as entrevistas foram conduzidas de forma anônima.

[152] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf, p. 10.

A teor do artigo 173, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quórum[153].

A sessão se inicia com a leitura do relatório pelo Ministro relator. Feito o relatório, o Presidente do Plenário ou da Turma dará a palavra para sustentação oral ao autor ou recorrente e, na sequência, ao réu ou recorrido (artigo 131 do RISTF). Assim, é aberta a oportunidade para os advogados das partes se manifestarem na sessão, e também para o representante do Ministério Público. Nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, se for admitida a intervenção de *"amici curiae"*, também estes poderão produzir sustentação oral.

Após as sustentações orais, tem-se as manifestações dos Ministros, que já podem apresentar os seus votos, prosseguindo-se até a obtenção da decisão final da corte, salvo se o julgamento for suspenso em virtude de pedido de vista de um deles.

Os Ministros podem pedir vista dos autos caso não se considerem habilitados a proferir imediatamente seus votos. Ao cuidar dos pedidos de vista, o artigo 134 do Regimento Interno do STF prevê que os autos deverão ser apresentados até a segunda sessão ordinária subsequente para prosseguimento da votação[154]. Todavia, esse prazo nem sempre é observado pelos Ministros, o que tem gerado críticas da doutrina, já que na prática pedidos de vista podem significar uma retirada de pauta por tempo indeterminado[155].

---

[153] Em caso de empate, o regimento interno da corte preconiza solução para as situações que especifica. De acordo com o artigo 13, IX, do RISTF, o Presidente do tribunal proferirá voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o regimento interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorrer de ausência de Ministro em virtude de: a) impedimento ou suspeição; b) vaga ou licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e o Ministro licenciado não possa ser convocado. O artigo 146 do RISTF, por seu turno, estabelece que "havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta".

[154] O novo Código de Processo Civil disciplina a questão de modo diverso, fixando o prazo máximo de 10 dias para o pedido de vista. Transcorrido esse prazo, o processo será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. Caso não seja observado o prazo de 10 dias, terão incidência os parágrafos do artigo 940 do CPC, que prescrevem que "§ 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído.§ 2ºQuando requisitar os autos na forma do § 1º, se aquele que fez o pedido de vista ainda não se sentir habilitado a votar, o presidente convocará substituto para proferir voto, na forma estabelecida no regimento interno do tribunal".

[155] Conforme noticiou o jornal Folha de São Paulo em 08 de junho de 2015, levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) apurou que em 80% dos casos o prazo regimental para a devolução dos autos após pedido de vista não é respeitado. http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml. Essa situação levou os professores da FGV Direito

O artigo 133 do Regimento Interno do STF dispõe que durante as sessões de julgamento cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e, se for o caso, mais uma vez para explicar a modificação do voto. A regra, que poderia engessar o debate, não tem tido aplicação, já que na prática não se costuma limitar o número de manifestações de cada Ministro, sendo os apartes concedidos livremente[156]. Eventual aparte realizado por Ministro, quando solicitado e concedido, constará do acórdão.

O artigo 135 do Regimento Interno do STF prevê que, concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do relator, do revisor e dos demais Ministros, na ordem inversa de antiguidade, proclamando a decisão após o encerramento da votação.

Acerca desse dispositivo cabem duas considerações. Em primeiro lugar, verifica-se que o dispositivo estabelece uma ordem para exposição ou leitura dos votos pelos Ministros[157]. A esse respeito, explana Virgílio Afonso da Silva:

> a ordem dessas "leituras de votos" é prescrita: o primeiro a ler é o juiz relator e o último a ler é o presidente da corte; a ordem de leitura para os outros nove juízes é baseada na antiguidade no cargo, começando com o juiz mais novo e terminando com o juiz mais antigo no cargo[158].

Em segundo lugar, pode-se inferir do dispositivo que haveria debates orais seguidos pela tomada dos votos dos Ministros. Todavia, em regra, não ocorrem debates orais entre os Ministros previamente à divulgação de seus votos.

Neste ponto, é importante distinguir a forma de deliberação adotada pelo tribunal nos casos de maior repercussão e nos casos considerados corriqueiros[159]. Apesar de

---

Rio Diego Werneck Arguelhes e Ivan A. Hartmann a afirmar que *"pedido de vista é poder de veto"*, já que *"um ministro sozinho prevalece contra relator, presidente e tribunal"*, pois pode retirar um processo de pauta indefinidamente. http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/215974-pedido-de-vista-e-poder-de-veto.shtml. Conrado Hübner Mendes também critica a possibilidade de se deixar casos importantes "engavetados" por alguns anos a partir de pedidos de vista. **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 357.

[156] Sobre este dispositivo, assevera Virgílio Afonso da Silva: *"Clearly, these are not the characteristics of an open debate. Of course, in practice, on the few occasions during which there is an exchange of arguments before each justice's opinion is presented, this rigidity in the Court's rules of procedure is usually not followed"*. **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 219.

[157] Existe, no entanto, a possibilidade de um Ministro mais antigo solicitar a antecipação de seu voto.

[158] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 571. Uma possível justificativa para a ordem estabelecida consistiria no objetivo de evitar que os Ministros mais novos fossem influenciados pelos mais antigos ao proferirem seus votos. SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate**, p. 222.

[159] Virgílio Afonso da Silva enfatiza a relevância da distinção entre os casos mais importantes e os casos por ele chamados de corriqueiros para a compreensão da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal em sua atuação como Corte Constitucional. Pondera o autor que: "Se o que se quer analisar é o papel do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, seu papel na relação entre os poderes, então não faz sentido investigar como os ministros se comportam nas decisões das dezenas de milhares de agravos de

inexistirem critérios objetivos para classificar os casos submetidos à corte quanto a este quesito[160], observa-se que o modo de deliberação empregado pelo Supremo Tribunal Federal varia conforme se trate de um caso mais polêmico ou de um caso trivial[161].

Nos casos corriqueiros, os Ministros frequentemente cingem-se a seguir o relator, redigindo votos próprios somente quando haja uma divergência patente. Nestes casos, existe até mesmo a prática dos julgamentos em lista, em que são julgados conjuntamente processos que envolvem a mesma tese jurídica, decidindo-se a seu respeito sem que sejam apreciadas as circunstâncias específicas de cada caso. Segundo Felipe de Melo Fonte, nesta hipótese, "os Ministros limitam-se a concordar ou discordar com o relator, sem discussão[162]".

Nos casos emblemáticos enfrentados pela corte[163], por sua vez, os Ministros têm demonstrado uma maior preocupação com a fundamentação das decisões, esforçando-se para apresentar de maneira detalhada as bases do seu posicionamento. Entretanto, essa atividade é feita isoladamente, resultando em diversos votos individuais amplamente fundamentados, mas que não seguem necessariamente a mesma linha argumentativa nem representam o posicionamento institucional do tribunal. Nestes casos, todos os Ministros costumam redigir seus próprios votos, ainda que concordem com o relator. Isto ocorre porque têm por hábito levar os votos já prontos para as sessões plenárias, elaborando-os em momento no qual ainda desconhecem a posição do relator.

Assim, o Ministro relator apresenta voto escrito na sessão plenária, mas os demais nem sempre adotam essa prática, podendo elaborar seus votos oralmente no decorrer da

---

instrumento, por exemplo. O que importa é a atitude dos ministros nas decisões que fazem parte do cotidiano de todos os tribunais constitucionais, como aquelas sobre reforma política, financiamento partidário, aborto, pesquisa em celulas-tronco, casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, drogas, etc." **O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogosian.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 2, 2016, p. 665 e ss. De acordo com o autor, estas decisões consideradas mais importantes não são necessariamente aquelas proferidas no controle concentrado de constitucionalidade. P. 666.

[160] SILVA, Virgílio Afonso da. **O relator dá voz ao STF?**, p. 666.

[161] Estefânia Maria de Queiroz Barboza, do mesmo modo, indica a existência de uma forma distinta de proceder nos chamados "casos difíceis", que contam com maior repercussão pública e acompanhamento da imprensa. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267. Conforme será visto no próximo item, a maior parte das críticas dirigidas à deliberação do Supremo Tribunal Federal se refere àquela verificada nos casos emblemáticos, embora nem sempre isso seja afirmado expressamente.

[162] **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 120.

[163] Os casos emblemáticos ou de maior repercussão seriam aqueles reputados como *"hard cases"*, que compreendem "situações que normalmente associamos a casos polêmicos, como temas complexos, ausência de precedentes, participação de representantes da sociedade civil (como amici curiae ou como requerentes), grande expectativa da opinião pública, dentre outras". KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan. 2014, p. 102-103.

sessão, valendo-se de arrazoados que tragam consigo, ou tão-somente acompanhar o relator. Porém, nos casos mais complexos ou de maior repercussão é de praxe os Ministros redigirem seus votos anteriormente[164], restringindo-se a realizar a sua leitura na sessão de julgamento. O Ministro mais novo na corte, que é o primeiro a votar após o relator, também costuma redigir seus votos com antecedência.

A forma de deliberação também apresenta certa variação quer se trate de sessões plenárias ou de sessões das Turmas. Nas Turmas tende a haver maior espaço para o debate[165], para o que possivelmente contribui, além da menor solenidade, o fato de as sessões de julgamento ali realizadas não serem transmitidas ao vivo pela TV Justiça.

De todo modo, seja nos casos corriqueiros, seja nos casos de maior repercussão, não é usual a ocorrência de discussão entre os Ministros, com um efetivo esforço de convencimento recíproco, a partir da troca de argumentos, anteriormente à divulgação dos votos.

O que geralmente ocorre é a exposição dos entendimentos individuais, com a leitura dos votos previamente preparados[166], que segue a ordem prevista no regimento interno e raramente é precedida por debates orais[167], sendo comum apenas a realização de apartes durante as manifestações dos Ministros.

Apesar de a posição dos Ministros já ter sido explicitada em sua manifestação individual, após finalizadas as intervenções de todos eles, a Presidência confere os votos antes de proclamar a decisão.

Os votos são somados para se aferir a posição majoritária, em um sistema essencialmente agregativo. Para a contagem de votos e obtenção do resultado, considera-se apenas a conclusão constante de cada voto, não se exigindo a uniformidade de

---

[164] Essa praxe é relativamente recente, não sendo observada até os "primeiros 10 ou 15 anos de vigência da Constituição de 1988". SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 191. A consolidação da prática pode ser creditada à maior publicidade das sessões plenárias, conferida por sua transmissão ao vivo pela TV Justiça. SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 240. Nos casos corriqueiros, porém, há uma tendência maior dos Ministros a seguir o relator, sem a elaboração de votos próprios. PULS, Maurício; FERRARI, Márcio. **Déficit de deliberação.** *In* Revista FAPESP, edição nº 243, maio 2016, p. 81.

[165] SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate?**, p. 221.

[166] Seja pelo relator ou seja por todos os Ministros, nos casos de maior repercussão.

[167] Virgílio Afonso da Silva aponta que *"in the most important cases before the Brazilian Supreme Court, the practice has been to move directly to the reading of the written opinion of each justice without the preliminary oral debate mectioned in Article 133"*. **Do we deliberate?**, p. 219.

fundamentação[168]. Nessa etapa, verifica-se, portanto, se o pedido foi julgado pela maioria como procedente ou improcedente, sem a fixação expressa da tese jurídica prevalente[169].

Tomada a decisão pela corte, o relator ficará encarregado de redigir o acórdão. Se o relator sorteado restar vencido, será designado novo relator para redigir o acórdão[170]. O acórdão então será lavrado pelo autor do primeiro voto vencedor. Elaborado e subscrito o acórdão pelo Ministro relator ou pelo condutor do voto vencedor, será ele assinado também pelo Presidente e demais Ministros que houverem participado do julgamento.

Nos termos do artigo 98 do Regimento Interno do STF, o acórdão deve conter, de forma sucinta, a exposição da controvérsia, a fundamentação adotada e o dispositivo, bem como o enunciado da conclusão de voto divergente, se houver.

O desenvolvimento da fundamentação está contido no voto do relator ou nos votos dos Ministros que compõem a maioria, nos casos em que todos eles apresentam seus votos escritos. Com isso, o acórdão seria apenas um resumo da decisão da corte[171].

Devem constar do acórdão as conclusões do Plenário ou das Turmas, dele fazendo parte também a transcrição do áudio do julgamento (artigo 93 do RISTF). A transcrição deve registrar o relatório, a discussão, os votos fundamentados e as perguntas feitas aos advogados, com suas respostas (artigo 96, *caput*, RISTF). Os votos orais são transcritos pela Secretaria das Sessões, ao passo que os votos escritos são disponibilizados pelos Gabinetes dos Ministros, assim como os relatórios (artigo 96, §§ 1º e 2º, do RISTF). Os relatórios e votos lidos que não forem liberados no prazo de vinte dias da sessão de julgamento serão, igualmente, transcritos pela Secretaria das Sessões (artigo 96, § 3º, do RISTF).

Após estas providências os autos serão encaminhados ao Relator – sorteado ou para o acórdão – para a elaboração da ementa e do acórdão[172] no prazo de dez dias[173] (artigo 96, § 4º, do RISTF). A finalidade da ementa é a de sintetizar o que restou decidido pela corte.

---

[168] Por esse motivo, Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando asseveram que "no julgamento das ações diretas os fundamentos apresentados pelos ministros não têm relevância para a formação do quórum decisório". Caso fosse exigido consenso em torno dos fundamentos, haveria impactos na operacionalidade da atividade decisória do Supremo Tribunal Federal. **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 48, jan./jun. 2016, p. 143.

[169] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 201.

[170] Cuidando-se de análise de repercussão geral em recurso extraordinário, que se dá pelo instrumento que ficou conhecido como "plenário virtual", estabelece o artigo 324, § 3º, do RISTF que: "No julgamento realizado por meio eletrônico, se vencido o Relator, redigirá o acórdão o Ministro sorteado na redistribuição, dentre aqueles que divergiram ou não se manifestaram, a quem competirá a relatoria do recurso para exame do mérito e de incidentes processuais".

[171] Aliomar Baleeiro já ressaltava o caráter meramente formal do acórdão, na medida em que "os fundamentos e o alcance da decisão constam dos votos escritos", juntados pelos Ministros. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 119.

Além da transcrição, é juntado aos autos, integrando o acórdão, um extrato da ata, contendo, dentre outros itens, a decisão proclamada pelo Presidente e os nomes do Presidente, do relator sorteado, ou, quando vencido, do que for designado, dos demais Ministros que tiverem participado do julgamento e dos Ministros impedidos e ausentes (artigo 97 do RISTF).

Desse modo, observa-se que o acórdão contém os seguintes elementos:

> (i) a ementa, espécie de síntese do que foi decidido; (ii) o relatório, resumo do caso geralmente escrito pelo ministro relator; (iii) os votos individuais (escritos ou verbais) proferidos pelos ministros; (iv) a transcrição do áudio da sessão, incluindo os debates entre os ministros e as eventuais interações realizadas entres eles e os advogados das partes; e, por fim, (v) o extrato da ata, documento que informa a decisão proclamada pelo presidente da Corte, além de informar os nomes dos ministros e profissionais que participaram da sessão de julgamento[174].

O acórdão é publicado no Diário da Justiça, disponibilizando-se o inteiro teor da decisão no site do tribunal[175]. Dessa forma, podem ser consultados no site em sua íntegra os votos proferidos por todos os Ministros, incluindo aqueles que restaram vencidos. Conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes, "desde o começo de sua história republicana consolidou-se no Supremo Tribunal Federal a práxis de permitir que eventuais opiniões divergentes constassem de voto vencido[176]", que integra a decisão final.

Cabem aqui alguns apontamentos sobre o papel do relator no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Em geral, pode-se afirmar que os Ministros costumam acompanhar o relator, não redigindo votos próprios[177]. Por esse motivo, na maioria dos

---

[172] Na prática, tomada a decisão pelo tribunal, cabe ao relator apenas redigir a ementa. SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 198.

[173] Todavia, os prazos regimentais para a liberação dos votos revisados pelos Ministros e para a redação da ementa e do acórdão não têm sido estritamente observados, o que acaba postergando a publicação da decisão. FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 124, nota 44. Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro apurou uma média de 167 dias, entre a sessão de julgamento e a publicação da decisão. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 72.

[174] CHAVES, Matheus Kudlaviec. **Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário.** Monografia apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42078, p. 37.

[175] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf, p. 11.

[176] **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

[177] Diana Kapiszewski aponta que os pronunciamentos do tribunal tendem a se basear na interpretação dada pelo relator ao caso, seguindo a sua proposta de decisão. A autora acredita que essa configuração exige que

casos o relator desempenha um papel importante na fixação do entendimento da corte[178]. O papel do relator torna-se decisivo nos casos por ele julgados monocraticamente[179].

No entanto, como afirmado acima, nos casos de maior repercussão os Ministros usualmente preparam seus votos com antecedência, levando-os prontos para a sessão plenária. Nesses casos, o papel do relator não é tão decisivo na condução do julgamento[180], já que seu voto escrito figura como apenas um dentre os demais e, principalmente, porque estes outros votos são elaborados antes mesmo que se conheça o seu posicionamento, o que reduz sobremaneira a influência do relator sobre os seus pares[181].

Como decorrência desse quadro, mostra-se mais frequente a ocorrência de posicionamentos divergentes nesses casos. Com efeito, se os Ministros já elaboraram seus votos por escrito previamente ao conhecimento do teor do voto do relator, é mais provável que surjam votos que sejam ao menos concorrentes, pois, ainda que o resultado alinhe-se com o do relator, estando os votos já preparados, contemplam muitas vezes motivação distinta[182].

Em tais casos acaba nem se colocando a discussão acerca da conveniência de se divergir do relator, em função dos ônus implicados na redação de um voto dissidente ou concorrente. Realmente, considerando que nessas situações o voto já está pronto, o

---

os Ministros confiem em seus pares, atuando em um clima de colegialidade. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal.*** *In* COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 64-65.

[178] SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 188-189.

[179] A questão das decisões monocráticas será retomada mais adiante.

[180] Essa é a posição defendida por Virgílio Afonso da Silva no texto **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal**, acima referido, no qual examina a questão com maior profundidade. Divergindo desse entendimento, Danilo dos Santos Almeida e André Martins Bogossian sustentam que o relator tem um papel decisivo na formação da posição coletiva do tribunal até mesmo nos casos em que os demais Ministros apresentam seus votos previamente preparados. **"Nos termos do voto do relator": considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 1, p. 263-297, 2016. A resposta de Virgílio Afonso da Silva às críticas que lhe foram endereçadas pode ser conferida em: **O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogosian.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 2, p. 648-669, 2016.

[181] De todo modo, mesmo nesses casos em que sua atuação na fixação das balizas do debate não se afigura tão significativa, o relator é o responsável por liberar o processo, solicitando sua inclusão na pauta de julgamento, o que lhe confere certo "poder de agenda". Para Virgílio Afonso da Silva o "poder de agenda" do relator seria mais amplo, compreendendo a determinação do momento em que o feito ingressará na pauta. **Um Voto Qualquer?**, p. 189-190. No entanto, observa-se que, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, esta função é atribuída ao Presidente da corte, nos casos submetidos ao plenário.

[182] Virgílio Afonso da Silva considera que no Brasil existem mais votos divergentes do que em outros países, o que poderia ser explicado pela ausência de um debate prévio entre os Ministros e pela redação dos votos antes da sessão plenária. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n. 47, jul/dez 2015, p. 211.

Ministro não se questiona se convém ou não elaborar um voto divergente, pois é na própria sessão plenária que descobre se seu voto acompanha a maioria ou se restou vencido[183].

Portanto, na maior parte dos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, a *ratio decidendi* dos julgados da corte é dada pela fundamentação contida no voto do relator, limitando-se os demais Ministros a acompanhar o seu entendimento, sem apresentar considerações adicionais. Contudo, nos casos mais complexos e polêmicos, os Ministros têm o hábito de elaborar os seus próprios votos, o que faz com que a *ratio decidendi* se encontre não apenas no voto do relator, mas também nos votos dos demais Ministros que acompanharam suas conclusões, ainda que por fundamentos distintos, tendo em vista que todos os votos são divulgados, integrando a decisão do tribunal.

Nos casos em que vários Ministros da corrente vencedora apresentam seus votos com os respectivos fundamentos, pode-se falar em dispersão da fundamentação, na medida em que a *ratio decidendi* do julgado está espalhada em vários votos[184], não estando contida apenas no voto do Ministro relator ou, quando este fica vencido, no do condutor da maioria.

De acordo com Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando, o fenômeno da dispersão dos fundamentos ocorre quando se forma uma maioria em torno do resultado, declarando-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, independentemente da fundamentação adotada nos votos dos Ministros[185], que pode ser diversa, apesar da conclusão comum.

Isso é possível porque, como visto, todos os Ministros, até mesmo os que compõem a posição vencedora, têm a oportunidade de divulgar seus votos, expondo os seus fundamentos, que com frequência são diferentes daqueles veiculados por seus pares[186].

Observa-se, assim, que a formalização da decisão segue o padrão *seriatim*, uma vez que cada Ministro pode redigir seu voto e todos os que forem apresentados são divulgados,

---

[183] Essa circunstância impede, ou ao menos dificulta bastante, o estabelecimento de um diálogo entre os votos.

[184] Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel discorrem sobre as noções de concentração e dispersão da fundamentação, asseverando que esta última dificulta a análise da motivação, pois o pronunciamento de vários Ministros torna mais árdua a identificação das razões da corte. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan. 2014, p. 95-96.

[185] **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 48, jan./jun. 2016, p. 141.

[186] Segundo Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando, diversos fatores do nosso sistema contribuem para a dispersão da fundamentação, podendo-se citar a desnecessidade de convergência dos Ministros a respeito dos fundamentos, a adoção da ideia de "causa de pedir aberta" no julgamento das ações de inconstitucionalidade e a indeterminação relativa da Constituição Federal. **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal**, p. 143-144.

ainda que a decisão seja tomada de forma unânime[187]. Desse modo, diferentemente de outras cortes, no Supremo Tribunal Federal não são apenas os votos divergentes que são publicados, ao lado do posicionamento vencedor, mas sim os votos de todos os Ministros que participaram do julgamento, mesmo que tenham seguido a maioria.

2.5. Críticas à deliberação do Supremo Tribunal Federal

Conquanto algumas particularidades da deliberação do Supremo Tribunal Federal sejam enaltecidas por determinados setores da doutrina, em especial a sua transparência[188], observa-se que, de um modo geral, o processo de tomada de decisão pela corte tem sido objeto de inúmeras críticas doutrinárias, que se referem tanto a aspectos procedimentais formalizados, relativos à sua disciplina legal e regimental, quanto a aspectos culturais incorporados, pertinentes às práticas já enraizadas. Segundo Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto, "moldado a partir de normas positivadas e práticas institucionais, o processo decisório está em descompasso com as atribuições atualmente detidas pelo STF[189]", reveladoras de sua proeminência no cenário jurídico nacional.

A crítica mais recorrente, e que toca no ponto central, se refere à ausência de uma efetiva deliberação entre os Ministros[190], com o que se relaciona a maioria das falhas pontuais apontadas pela doutrina.

Não se observa a realização de uma deliberação nos moldes acima delimitados, em que os Ministros atuem coletivamente, unindo esforços e trocando argumentos, na busca

---

[187] SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 568. Esse padrão, porém, não é adotado desde os primórdios da corte, anotando Carlos Bastide Horbach que, no início da República, "o Tribunal – seguindo sua matriz norte-americana – produzia um único documento, não dividido em vários votos", prática esta considerada mais adequada pelo autor. **É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal?** http://www.conjur.com.br/2013-nov-17/analise-constitucional-preciso-deliberacao-supremo-tribunal-federal, p. 3.

[188] Nesse sentido, Gilmar Mendes – ele próprio um integrante do tribunal – considera que "a ampla publicidade e a peculiar organização dos julgamentos fazem do Supremo Tribunal Federal um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas". **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf, p. 12.

[189] **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 28.

[190] Virgílio Afonso da Silva alega não existir espaço para debate no Supremo Tribunal Federal, o que teria como razão principal o procedimento de mera leitura dos votos nas sessões plenárias. **Deciding without deliberating**, p. 576.

de um convencimento recíproco tendente ao consenso, de forma a obter uma decisão colegiada que reflita o posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal.

Conforme destacam Adriana Vojvodic, Ana Machado e Evorah Cardoso, "não há um espaço determinado no processo decisório para que os ministros decidam de maneira consensual sobre o problema envolvido no caso [191] ". Apesar de ser prevista regimentalmente a realização de debates orais antes da tomada dos votos dos Ministros, as práticas costumeiras da corte não compreendem essa etapa, não se delineando um momento específico para a interação entre os Ministros com vistas à busca do consenso.

A doutrina questiona o fato de não se tratar como impositiva a promoção de debates em torno das questões centrais dos casos levados a julgamento, discutindo-se no mais das vezes sobre pontos específicos e acessórios[192].

A falta de um diálogo adequado entre os Ministros no processo decisório é intensificada, nos casos mais polêmicos, pela circunstância de os Ministros redigirem seus votos com antecedência, levando-os prontos para as sessões plenárias.

Com efeito, nestes casos de maior repercussão, as sessões plenárias têm se caracterizado pela leitura dos votos previamente elaborados pelos Ministros[193], sem que haja um debate anterior entre eles, na tentativa de se obter um consenso. Critica-se, assim, a maneira de comunicação entre os Ministros, que se dá por meio da leitura subsequente dos votos[194], não se produzindo qualquer discussão anterior. O que ocorre, nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva, é uma sessão de leitura de votos, e não uma sessão de deliberação[195].

Ademais, como nesses casos, normalmente, os votos de todos os Ministros já estão formulados quando a sessão se inicia, tem-se como resultado votos redigidos sem o conhecimento da opinião do relator e dos demais Ministros, o que embaraça a ocorrência

---

[191] **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF.** *In* Revista Direito GV, n° 9, jan-jun/2009, p. 36.

[192] Nesse sentido, assevera Virgílio Afonso da Silva: *"Admittedly, the justices sometimes discuss some small details of the case, or try to question the premises or conclusions of their colleagues. But since there is no "opinion of the court" put down in writing, there is no incentive whatsoever for engaging in brainstorming that could bring about completely new ideas for a final, common opinion".* **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 576.

[193] Essa prática não é nova, pois já em 1968 afirmava o Min. Aliomar Baleeiro: "Geralmente, os ministros redigem previamente os votos, para serem lidos". **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro : Forense, 1968, p. 119. O que mudou nesse período foi a extensão dos votos, que aumentou consideravelmente.

[194] SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**, p. 569.

[195] **Deciding without deliberating**, p. 570.

de um eficaz confronto de argumentos[196]. Do mesmo modo, se os votos foram escritos previamente, os argumentos apresentados nas sustentações orais dificilmente exercem alguma influência sobre a decisão.

Conforme pondera Virgílio Afonso da Silva, a circunstância de os Ministros levarem seus votos já redigidos nos casos mais polêmicos faz com que seja pouco provável uma mudança de posicionamento[197]. De fato, apesar de ser possível uma alteração de entendimento durante a sessão plenária, o convencimento dos demais Ministros com o emprego da argumentação tende a ficar prejudicado na medida em que os votos já estão preparados e, com isso, as posições já estabelecidas.

Assim, a sessão plenária não se prestaria à formação da convicção da corte, a partir dos debates realizados entre os Ministros, mas, principalmente, à exposição das convicções individuais já concebidas. Seria mais uma sessão para se obter uma decisão, a partir da coleta e somatória de posicionamentos individuais, do que para se deliberar colegiadamente sobre o caso submetido a julgamento.

E nos momentos em que ocasionalmente se verifica alguma discussão no decorrer da sessão, não há propriamente uma postura de busca de consenso. Em geral, os Ministros simplesmente defendem o entendimento contido no voto que elaboraram previamente, não se mostrando abertos ao debate.

Essa situação é reconhecida expressamente por um Ministro do Supremo Tribunal Federal entrevistado por Virgílio Afonso da Silva. Ao ser questionado se as sessões de julgamento seriam sessões de deliberação, o Ministro afirmou:

> Esta é uma sessão para a apresentação de pontos de vista que já estão definidos ou são reforçados durante a discussão, mas não são resultado dela. A discussão em si é apenas uma oportunidade para a afirmação de pontos de vista que já estão de alguma forma na mente dos juízes do Supremo Tribunal Federal. O sistema não a estrutura como um processo deliberativo, pois para fazer isto seria necessário outro ambiente, um ambiente para discussão e não para a defesa de pontos de vista[198].

---

[196] De acordo com Virgílio Afonso da Silva, os Ministros *"can hardly support or reject, at least directly, the arguments of the justice rapporteur or the arguments of the other justices, since they do not know and cannot access these arguments at the time they write their opinions"*. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 570.

[197] **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 191.

[198] Trecho de entrevista constante de SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 221. O artigo é resultado de pesquisa para a qual foram entrevistados diversos Ministros e ex-Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, todavia, não tiveram suas respostas identificadas.

Adicionalmente, como decorrência do fato de serem levados votos prontos à sessão de julgamento e da consequente falta de interação argumentativa entre tais votos, constata-se que nesses casos de maior repercussão não há uma preocupação dos Ministros em rebater os argumentos alheios em caso de discordância, nem uma postura usual de meramente acompanhar o entendimento já exposto quando há concordância. Como cada Ministro apresenta seu posicionamento antecipadamente firmado de forma independente, não há espaço para um diálogo entre os votos. Os votos não exercem, portanto, uma influência recíproca.

A elaboração dos votos com antecedência e a ausência de um debate prévio nesses casos tende, como consequência, a aumentar o número de votos divergentes[199], aqui compreendidos tanto os votos dissidentes quanto os concorrentes. Essa ressalva é importante na medida em que, ainda que se considere que o número de votos dissidentes não seja tão significativo[200], é expressiva a quantidade de votos concorrentes, nos quais há concordância apenas quanto ao resultado[201].

Não obstante, nesses casos, os votos divergentes, que comumente mostram-se propensos a provocar um reforço na argumentação da corrente majoritária, acabam por não cumprir tal papel, pouco contribuindo para o aprimoramento da decisão final, haja vista que os votos não dialogam entre si.

Do mesmo modo, a indeterminação quanto aos pontos específicos que devem ser abordados pela corte no julgamento contribui para aumentar o índice de divergência, ou ao menos de votos concorrentes. Verifica-se que não se procede à fixação dos pontos controversos, que são aqueles que demandam discussão e precisariam ser enfrentados nos votos dos Ministros. E, conforme adverte Guilherme Forma Klafke, a ausência de uma delimitação precisa nesse sentido "possibilita que os ministros abordem o caso sob

---

[199] Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva aponta que um possível motivo para explicar o menor número de votos dissidentes e concorrentes em outros países é a realização de debate prévio entre os juízes. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n. 47, jul/dez 2015, p. 211.

[200] Segundo Fabiana Luci de Oliveira, o percentual de votos dissidentes no Supremo Tribunal Federal não seria elevado. Tomando como base as decisões proferidas pelo colegiado em ações diretas de inconstitucionalidade no período de 1999 a 2006, ela conclui que houve unanimidade em 76% dos casos. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas".** *In* Revista de Sociologia Política, Curitiba, vol. 20, n° 44, nov. 2012, p. 142.

[201] No quesito número de votos divergentes, destaca-se o Ministro Marco Aurélio, como o integrante da corte que mais diverge de seus pares. Há mesmo quem, tratando da deliberação do tribunal, dirija críticas especificamente a ele, afirmando que "a coesão interna do tribunal poderia ser mais elevada, por exemplo, caso o ministro Marco Aurélio adotasse um comportamento menos combativo e mais conciliador". CHAVES, Matheus Kudlaviec. **Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário.** Monografia apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 28. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42078

diferentes óticas, dificultando uma decisão coesa"[202]. Além disso, esta conjuntura faz com que não haja deliberação sobre todas as questões submetidas ao tribunal, que acaba por se omitir quanto a alguns pontos[203].

Nos casos corriqueiros, por seu turno, tampouco se observa um efetivo debate entre os julgadores, acompanhado da troca de argumentos voltada ao convencimento recíproco. Em virtude disso, pode-se supor que, em muitos casos, os Ministros se limitam a aderir à conclusão do relator, ainda que divirjam internamente quanto à fundamentação, não se preocupando em externalizar o desacordo em razão da reduzida repercussão da demanda. Existe, assim, a possibilidade de que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal expresse apenas o entendimento do relator, corroborado em sua conclusão pelos demais Ministros, independentemente de uma concordância quanto a seus fundamentos.

Em todos os casos, a existência de uma ordem previamente estabelecida para as intervenções dos Ministros nas sessões plenárias não colabora para a realização do debate, pois, a despeito da previsão de apartes, há uma tendência à redução das manifestações espontâneas[204].

Observa-se, assim, que, de um modo geral, não se busca a construção conjunta de uma decisão que reflita o posicionamento institucional da corte[205], procedendo-se tão-

---

[202] **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 86.

[203] KLAFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal**, p. 95.

[204] Para Virgílio Afonso da Silva, outro aspecto negativo da fixação de ordem para a votação seria a possibilidade de se atribuírem pesos diferentes aos votos dos Ministros. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 570-572. A dinâmica estabelecida tornaria possível que o resultado do julgamento já fosse conhecido antes mesmo que o Ministro mais antigo proferisse seu voto. O caso já estaria matematicamente decidido quando existissem seis votos em determinado sentido. **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 226. Mas ainda que se possa alegar que, nas situações em que a maioria já está formada, tal voto tenha uma influência reduzida, é fato que, em outros casos, o voto do Ministro mais antigo pode ser decisivo, ao promover o desempate e determinar a decisão final. De toda sorte, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entrevistados pelo autor não demonstraram preocupação com a posição do Ministro mais antigo, haja vista que poderia pedir a palavra e se manifestar anteriormente, conforme previsão do próprio regimento interno da corte. Para eles, a questão dependeria mais da personalidade do decano e de sua predisposição a fazer intervenções, conduzindo o debate. A partir dessas considerações, Virgílio Afonso da Silva refinou seu argumento, passando a considerar a variável da "personalidade" dos Ministros mais antigos. Manteve, todavia, a sua posição inicial de que *"the fixed order still potentially decreases the influence of the most senior justices because they read their opinions last"*. **Do we deliberate**, p. 225-226. Diana Kapiszewski também considera que, se os juízes sempre observam a mesma ordem de votação, os primeiros votos tendem a exercer maior influência sobre o resultado final. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal.*** *In* COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel.**Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 61.

[205] De acordo com Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto, "mesmo sendo formadas em órgãos colegiados, as decisões não se tornam propriamente coletivas". **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 25.

somente à tomada dos entendimentos individuais, para se verificar em qual sentido está a maioria[206]. Enfim, não há propriamente deliberação, no sentido preciso do termo.

Contribuem para esse quadro ainda outros fatores. Virgílio Afonso da Silva identifica um recente declínio na colegialidade, que é concebida como uma nota essencial para a efetiva deliberação[207]. Conrado Hübner Mendes é mais enfático, se referindo ao Supremo como um "tribunal 'descolegiado[208]'".

Esse problema tem sido agravado pelo recrudescimento do número de decisões monocráticas. A partir da metade dos anos 90, verificou-se um aumento dos casos decididos individualmente[209], como decorrência das inovações legislativas que passaram a permitir que algumas causas fossem apreciadas de forma monocrática pelo relator[210].

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a situação atual é de um excesso de decisões monocráticas, tendo em vista que "do total de decisões proferidas pelo Tribunal em 2016 – incríveis 117 mil –, a imensa maioria foi de natureza monocrática", o que é justificado por razões de ordem prática, diante da impossibilidade de se julgar de forma coletiva em tempo razoável o imenso volume de processos submetidos à corte[211].

Dados apresentados em artigo publicado por Joaquim Falcão, Pablo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes no ano de 2013 dão conta de que "dentre as mais de 1,3 milhão

---

[206] Nessa linha, asseverando que há apenas um somatório de votos individuais, e não uma decisão da corte, cf. Oscar Vilhena Vieira. **Supremocracia.** *In* Revista Direito GV, n° 8, jul-dez/2008, p. 458. *"Strictly speaking, there is no opinion of the court, but only a series of eleven written opinions. The only two collective products of this decision-making process are the headnotes (*ementa*) and the operative provisions (*acórdão*). The first is a summary of the decision (usually no more than a few sentences) and the latter is a kind of "final score", a very short text (usually one or two paragraphs) stating whether the decision was unanimous or not, and whether the statute was considered constitutional or unconstitutional, either as a whole or partially".* SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 568. No entanto, a ementa e o acórdão são elaborados pelo relator, não sendo ratificados pelos demais Ministros.

[207] **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, 2017, p. 240.

[208] **Onze Ilhas.** Folha de São Paulo, 1º de fevereiro de 2010.

[209] Matéria do jornal Folha de São Paulo, publicada em 26 de dezembro de 2016, destaca o aumento da individualização das decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acentuando uma tendência que vem sendo observada há quase duas décadas. http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1844509-em-ano-de-crises-supremo-tem-18-menos-decisoes-coletivas.shtml

[210] Trata-se de movimento iniciado com a Lei nº 8.038/90, que, em seu artigo 38 (posteriormente revogado), atribuiu ao relator poderes para negar seguimento a recurso ou pedido manifestamente improcedente ou que contrariasse, nas questões predominantemente de direito, súmula do tribunal. As reformas operadas no Código de Processo Civil de 1973 em 1994 e 1998 seguiram na mesma linha de ampliar os poderes decisórios do relator. KAPISZEWSKI, Diana. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal.*** *In* COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 58. Dando continuidade a essa trajetória, verifica-se que os incisos IV e V do artigo 932, do Código de Processo Civil de 2015, conferem ao relator poderes para negar provimento a recurso ou mesmo dar provimento a recurso, se houver contrariedade à súmula da corte ou a acórdão proferido em julgamento de recurso repetitivo.

[211] **O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar.** https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf, p. 6.

de decisões proferidas pelo Supremo ao longo dos últimos 22 anos, mais de 87% foram monocráticas. Outros 12% foram decisões de turmas. Somente menos de 0,6% foram tomadas pelo Plenário[212]". Por esse motivo, Joaquim Falcão qualifica o Supremo como uma "corte monocrática[213]". Apesar de a expressão configurar uma contradição em termos, na medida em que uma corte é, por definição, uma instituição colegiada, o seu emprego demonstra o caráter inusitado da situação.

Consoante Diego Werneck Arguelhes e Ivan A. Hartmann, a prevalência de decisões individuais do relator, que já se observava nos processos de controle concreto de constitucionalidade – principalmente por meio da negativa de seguimento de recursos –, passou a se verificar igualmente no controle abstrato[214].

Todavia, considerando que o objetivo de se atribuir o julgamento de determinadas causas, em sede originária ou recursal, a tribunais é o de permitir a obtenção de pronunciamentos em tese mais acertados, uma vez que construídos coletivamente, esse fenômeno da transferência de parcela das decisões que inicialmente seriam da competência do colegiado para o juiz monocrático causa certa apreensão[215].

A esse respeito, cabe pontuar que, ao distribuir as competências jurisdicionais, a Constituição Federal as conferiu ao Supremo Tribunal Federal, e não aos Ministros individualmente. A par disso, no caso específico da jurisdição constitucional, em que a existência de deliberação qualificada assume um papel importante na legitimação da sua atuação, a questão torna-se ainda mais sensível.

Apesar de se verificar que a autorização para que o relator julgue sozinho certas causas tem a intenção, plenamente justificada, de desafogar o tribunal – não se descurando da necessidade do preenchimento de determinados requisitos para a admissão de julgamento monocrático –, o fato é que as decisões tomadas individualmente pelos

---

[212] **O Supremo Tribunal Federal Processual.** *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (org.). **Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.** São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 299. Felipe de Melo Fontes assevera que o "aumento vertiginoso na produção individual dos Ministros" teria compensado o declínio do número de decisões proferidas pelo colegiado. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 132. Verifica-se, assim, que houve uma transferência de atribuições das Turmas e do Plenário para os relatores.

[213] FALCÃO, Joaquim. **O Supremo.** Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 103.

[214] De acordo com eles, em 2013, menos de 30% das decisões de mérito em controle abstrato de constitucionalidade foram tomadas pelo colegiado. **A monocratização do STF.** https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015

[215] Para uma crítica à atuação individual dos Ministros, que resulta em decisões não amparadas pela maioria do colegiado, com repercussões inclusive na legitimidade da justiça constitucional, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

Ministros retiram a discussão do colegiado, impedindo que se realize a deliberação coletiva. A respeito do dilema que a questão envolve, são elucidativas as palavras de Joaquim Falcão, Pablo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes:

> A opção pelas decisões monocráticas não foi uma escolha da constituinte. Supremo é uma corte, não um ou outro ministro. Mesmo que temporariamente. A opção pelas liminares, que se prolongam às vezes por anos, foi uma questão de necessidade. Quase de sobrevivência. Do Supremo e da sociedade. Mas isso, assim como a prevalência das questões processuais, deturpa o perfil da Suprema Corte. Afastam a prática do esperado na teoria. A opção teórico-constitucional por um Supremo colegiado foi uma opção contra personalismos e a favor da decisão dialogada, democrática, construída por vários participantes. Seu objetivo é o de garantir uma decisão plural, debatida, ponderada, técnica. Não é primariamente dessa forma, porém, que tem atuado o Supremo. Não são raros os casos em que interpretações individuais dos ministros – manifestadas em decisões monocráticas por vezes sabidamente minoritárias – acabam por prevalecer em casos individuais[216].

O deslocamento das atribuições inicialmente conferidas ao colegiado atingiu patamar tão acentuado que Joaquim Falcão e Diego Werneck Arguelhes chegam a aludir a um "plenário sitiado" pela ação individual dos Ministros, pois estes não só agiriam no sentido de decidir diretamente os casos reputados mais relevantes sem submetê-los aos seus pares, como também no sentido de evitar que determinados temas recebam qualquer decisão, permanecendo fora da pauta[217]. Com isso, "em vez de levar suas teses para disputa com o voto de seus colegas, no confronto democraticamente controlado do colegiado, o ministro ganha pelo controle individual do destino dos autos[218]". Haveria, assim, para os autores, uma "apropriação individual de um poder institucional[219]".

Diante desse panorama, Luís Roberto Barroso sugere que o Supremo Tribunal Federal deveria firmar internamente "um pacto para que qualquer questão institucionalmente relevante seja decidida colegiadamente[220]".

Mas ainda quando as decisões são tomadas pelas Turmas ou pelo Plenário, há um déficit de colegialidade[221], tendo em vista que os Ministros não se empenham em formular conjuntamente a posição do tribunal.

---

[216] **O Supremo Tribunal Federal Processual.** *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (org.). **Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.** São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 299 e ss.

[217] **Onze Supremos: todos contra o plenário.** *In* FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016.** Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 20.

[218] FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. **Onze Supremos**, p. 21-22.

[219] FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. **Onze Supremos**, p. 22. Segundo eles, o fenômeno não é apenas uma resposta ao volume excessivo de processos, resultando em verdade "dos usos deliberados de poderes individuais como arma política". P. 25.

[220] **O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar.** https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf, p. 6.

Por esse motivo, diz-se que o tribunal seria composto por "onze ilhas", que agiriam de modo isolado – valendo-se aqui da expressão, bastante difundida, atribuída ao Ministro Sepúlveda Pertence[222]. A metáfora das "onze ilhas" tem sido muito citada nas críticas à deliberação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que reflete o isolamento dos Ministros em seus gabinetes na preparação de seus votos e a falta interação com seus pares[223], exprimindo a ideia de uma atuação individualizada, sem qualquer esforço deliberativo.

O isolamento típico de um "tribunal de ilhas" manifestar-se-ia igualmente por ocasião da formalização da decisão da corte nos casos mais polêmicos, ocorrendo uma compartimentação do julgado, que não seria estruturado de modo a apresentar o entendimento do colegiado, mas apenas o dos Ministros individualmente considerados, mediante a juntada de votos em sequência[224].

O fato de nesses casos de maior repercussão serem divulgados os votos de todos os Ministros faz até mesmo com que não haja "uma distinção precisa entre *votos vencedores* e *votos vencidos,* nem entre *votos divergentes* (quanto à parte dispositiva da decisão) e *votos concorrentes* (que divergem apenas quanto à fundamentação da decisão)[225]".

---

[221] Em sentido contrário, entendendo ser marcante a colegialidade na corte, com sessões caracterizadas por um alto grau de interação entre os Ministros e pela prevalência de um espírito colaborativo, cf. KAPISZEWSKI, Diana. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal.*** *In* COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 64-65.

[222] Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: "Cheguei a dizer – o ministro Jobim gosta muito de repetir esta frase minha – que éramos onze ilhas incomunicáveis, um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis". FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑES, Izabel Saenger. **História oral do Supremo (1988-2013), v.3: Sepúlveda Pertence.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015, p.116. O Ministro Peluso, por seu turno, em resposta à expressão cunhada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, teria dito que as ilhas sequer formavam um arquipélago. FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fabio Ferraz de. **História oral do Supremo (1988-2013), v.4: Cezar Peluso.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015, p. 110.

[223] Nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 26; MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas.** Folha de São Paulo. 01.02.2010. http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm

[224] Entendem Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel que a caracterização de um "tribunal de ilhas" pode ocorrer em dois momentos distintos: o da elaboração dos votos e o da apresentação do pronunciamento da corte ao público, abrangendo, assim, tanto a formação do consenso quanto a sua identificação. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan. 2014, p. 92.

[225] VALE, André Rufino do. **Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes.** https://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes

Realmente, no Supremo Tribunal Federal não se constata uma delimitação meticulosa a esse respeito, uma vez que se admite que sejam justapostos os votos de todos os Ministros, independentemente do sentido de sua manifestação. Procede-se, portanto, diferentemente de outras cortes, nas quais é exibida uma única decisão que condensa a posição majoritária, acompanhada, se o caso, de voto que congregue, sendo possível, todo o posicionamento divergente.

Daí decorre uma outra crítica, que concerne à dificuldade de se identificar a motivação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Nos casos em que todos os Ministros apresentam seus votos, reconhecem-se de pronto apenas as motivações individuais, revelando-se muitas vezes complexa a tarefa de detectar a fundamentação da corte como um todo[226].

Sob esta perspectiva, Guilherme Forma Klafke, apontando o individualismo como um dos vícios do processo decisório da corte[227], pondera que se tem um "processo de construção individual de votos, sem a formação colegiada de convicção para emitir uma opinião comum da Corte[228]". Como consequência, o que se evidencia é não a posição institucional do tribunal, mas o entendimento individual de seus membros.

Esse problema relaciona-se com a frequente dispersão de fundamentos nos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, que constitui um obstáculo à visualização da *ratio decidendi* de suas decisões[229]. Considerado o seu atual método de trabalho, chega-se a questionar se a *ratio decidendi* é do juiz ou do tribunal[230].

Como visto, o modelo *seriatim* de formalização da decisão, em si, não representa um obstáculo para a deliberação. No entanto, a forma como o modelo *seriatim* se concretiza no Brasil, com a possibilidade de apresentação de votos escritos por todos os

---

[226] Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva registra a dificuldade (ou, em alguns casos, até mesmo a impossibilidade) de se identificar *a ratio decidendi* de muitas das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 575.

[227] Na mesma linha, Virgílio Afonso da Silva considera o Supremo Tribunal Federal uma corte extremamente individualista e não cooperativa. **Deciding without deliberating**, p. 578.

[228] **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 120.

[229] LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 48, jan./jun. 2016, p.141.

[230] VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF.** *In* Revista Direito GV, n° 9, jan-jun/2009, p. 26. As autoras apontam a dificuldade em se encontrar a linha argumentativa das decisões da corte. Por outro lado, asseveram que a existência de razões individualizadas dos Ministros pode ter efeitos benéficos em termos de legitimidade democrática, na medida em que "quando uma decisão é composta por múltiplas *rationes,* isso pode indicar que diferentes argumentos foram representados por ela". P. 38.

Ministros[231], sem que haja um diálogo entre os votos individuais, constitui um entrave à realização de uma deliberação efetiva[232].

Nos casos mais polêmicos, muitas vezes a apresentação de votos individuais por todos os Ministros leva à uma situação em que a maioria, embora concorde quanto ao resultado, discorda no tocante à sua fundamentação. Cada um dos Ministros vota com a maioria por um fundamento distinto. Essa situação pode se verificar até mesmo em votações unânimes, quando não houver consenso acerca dos fundamentos da decisão, coexistindo argumentos distintos que lhe dão suporte.

Esses casos extremos configuram o que a doutrina norte-americana denomina de *"plurality decisions"*, que são as decisões nas quais, embora se forme um entendimento quanto a determinado resultado, nenhum dos fundamentos ofertados nos votos obtém a adesão da maioria[233]. As *"plurality decisions"* caracterizam-se por sua indeterminação e falta de clareza[234], na medida em que não existe uma fundamentação única a amparar o pronunciamento judicial, o que gera incerteza e afeta, inclusive, a formação de precedente.

Tais falhas podem, igualmente, ser encontradas em diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois, como observam Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto, "é comum que a leitura dos acórdãos revele arrazoados argumentativos construídos a partir de premissas diferentes e independentes, com trajetos apartados e baixo o grau de interação entre os votos[235]".

Diante da ausência de uma racionalidade comum, Guilherme Forma Klafke pontua que "qualquer pessoa que se disponibilize a estudar a jurisprudência do STF precisa buscar

---

[231] KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan. 2014, p. 102

[232] Wilson Steinmetz e Riva Sobrado de Freitas apontam uma questão específica que indica a existência de óbices impostos pela variação do modelo *seriatim* adotado no país. Trata-se do controle intersubjetivo da ponderação eventualmente realizada pelo Supremo Tribunal Federal no caso de colisão entre princípios, que, na presença de uma multiplicidade de votos contendo as razões de decidir, exigiria "um ônus adicional de reconstrução analítica e argumentativa" para se chegar à fundamentação da corte como um todo. **Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro.** *In* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 30, n° 1, p. 221-236, jan./jun. 2014.

[233] *"Plurality decisions result when at least five Justices agree on the result in a particular case but no single rationale or opinion garners five votes".* SPRIGGS II, James F.; STRAS, David R. **Explaining Plurality Decisions.** *In* The Georgetown Law Journal, v. 99, 2011, p. 519. No caso do Supremo Tribunal Federal, o quórum para a obtenção da maioria é de seis Ministros, mas o raciocínio também lhe é aplicável. Na obra citada, os autores buscam identificar as causas da ocorrência das *"plurality decisions"*.

[234] SPRIGGS II, James F.; STRAS, David R. **Explaining Plurality Decision**, p. 529.

[235] **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 24.

as razões principais das decisões voto por voto[236]", até porque nem sempre a ementa e o voto do relator refletem na íntegra a posição da maioria[237]. Com frequência, há casos em que, a despeito de existir uma decisão pela procedência ou improcedência do pedido, verifica-se que os fundamentos não coincidem, exigindo-se uma leitura detida de todos os votos para se tentar obter um denominador comum, o que nem sempre é factível[238].

Esta conjuntura, que, ressalte-se, prepondera nos casos mais complexos, nos quais todos os Ministros costumam divulgar seus votos, tem impactos negativos não só na atuação dos pesquisadores e operadores do direito que lidam com as decisões do Supremo Tribunal Federal, como também na visualização e na compreensão dos comandos que delas emergem pela sociedade de modo geral e, em especial, por aqueles que são diretamente atingidos pelos pronunciamentos da corte.

Com efeito, a ausência de uma racionalidade comum faz com que o teor das decisões do tribunal nem sempre se mostre prontamente inteligível ao público, sendo recorrente a verificação de dificuldades na compreensão dos comandos emanados de seus julgados.

Pode-se falar, desse modo, em uma situação de falta de clareza das decisões do tribunal[239]. Virgílio Afonso da Silva destaca dois aspectos da problemática:

> (i) as decisões da Suprema Corte brasileira estão se tornando cada vez mais confusas e difíceis de entender; e, como consequência, (ii) nem a sociedade civil, nem a comunidade jurídica, nem o parlamento, nem o governo recebem uma indicação clara da corte sobre como agir ou como interpretar a Constituição em outros casos[240].

Em última análise, a apontada circunstância é capaz de afetar negativamente a própria eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois esta pressupõe

---

[236] **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 118.

[237] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 202. Este ponto será retomado mais adiante.

[238] A esse respeito, asseverou o Ministro Cezar Peluso, no seu voto na reclamação nº 9.428, que "não raro, e é coisa notória, colhem-se, ainda em casos de unanimidade quanto à decisão em si, públicas e irredutíveis divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira *"opinion of the Court"*".

[239] De acordo com Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto, a falta de clareza é um defeito que decorre do atual modo de decidir do STF. **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 39.

[240] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 579, nota 64.

a precisa delimitação dos termos do *decisum*, bem como a identificação de seus comandos por aqueles que estão a elas vinculados.

Ademais, conforme atenta Patrícia Perrone Campos Mello, na hipótese "em que só há concordância sobre como a demanda concreta deve ser decidida, mas não sobre a tese de direito apta a fundamentar a conclusão, o caso concreto terá sido decidido sem que um precedente fosse produzido[241]". Nesse contexto, em que inexiste a indicação de uma fundamentação comum, que embase um posicionamento da corte como um todo, há obstáculos até mesmo à formação de uma "jurisprudência" propriamente dita no âmbito do Supremo Tribunal Federal[242].

Avaliada a questão, pode-se concluir que decisões sem uma *ratio decidendi* clara seriam decorrência da ausência de uma deliberação adequada, compreendida como a falta de um efetivo debate, conjugada com a formalização segundo um modelo puramente *seriatim* em que os votos dos ministros não se comunicam[243], não produzindo um denominador comum.

Conforme já explicitado, essa falha deliberativa se verifica principalmente nos casos mais complexos e polêmicos, em que a fundamentação está dispersa em vários votos. Há, porém, uma tendência a generalizar o problema, como se estivesse presente em todas as decisões, o que deve ser evitado.

Assim, deve-se ponderar que a dificuldade em se identificar a *ratio decidendi* dos julgados da corte não ocorre em todos os casos, haja vista que em muitos deles a fundamentação consta tão-somente do voto do relator, podendo ser facilmente apreendida. Por esse motivo, Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel entendem ser necessário "relativizar a ideia de que as decisões da corte sempre envolvem uma dificuldade na identificação da *ratio decidendi* do colegiado[244]".

Isso não significa, todavia, que os casos corriqueiros sejam isentos de falhas deliberativas, pois, como apontado anteriormente, tampouco nesses casos se verifica uma efetiva discussão em torno das teses jurídicas envolvidas. Por esse motivo, Guilherme

---

[241] **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil.** *In* Universitas JUS, v. 26, n. 2, 2015, p. 47.

[242] MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011, Apêndice, p. 254. No mesmo sentido, asseverando que o modo de decidir do Supremo Tribunal Federal cria "barreiras ao estabelecimento de precedentes capazes de formar uma jurisprudência", cf. LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 48, jan./jun. 2016, p. 152 e ss.

[243] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 170.

[244] **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan. 2014, p. 100.

Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel ressalvam não ser possível afirmar *a priori* se uma decisão em que todos os Ministros seguem o voto do relator reflete a obtenção de um consenso ou se "equivale apenas a uma decisão monocrática tomada no âmbito do plenário[245]".

Um outro sintoma do isolamento dos Ministros e da ausência de debate entre eles, e que tem sido objeto de muitas críticas, é a extensão das decisões finais da corte. Novamente, a questão se coloca em especial nos casos de maior repercussão, nos quais costumam ser proferidas decisões excessivamente longas, que não raro atingem centenas de páginas[246]. Virgílio Afonso da Silva indica que em recentes casos polêmicos a extensão média de cada voto era de 50 páginas, alguns chegando a quase 100 páginas[247].

Contribui para esse quadro, uma vez mais, o fato de as decisões serem tomadas e formalizadas de maneira individualizada, com cada Ministro elaborando seu voto em separado[248], a despeito do imenso volume de trabalho. Como já abordado, isso ocorre não só quando se trata de voto divergente, mas também quando se acompanha o relator, até porque os Ministros não sabem de antemão se seguirão ou não o relator, pois só conhecem o seu voto no momento da sessão plenária. O que se verifica então é uma simples justaposição dos votos dos Ministros, que resulta em uma decisão por vezes demasiadamente longa.

E o problema só dá sinais de agravamento, com decisões cada vez mais extensas. Comparando dados relativos aos períodos de 1990 a 2002 e de 2003 a 2011 – considerando como marco divisório para sua análise o início das transmissões da TV Justiça –, Felipe de Melo Fonte anota que a extensão das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade teve um aumento de 58,7%, saltando de uma média de 18,16 páginas para 28,82 páginas[249]. Nesse cômputo incluem tanto as decisões tomadas em casos

---

[245] **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, jan. 2014, p. 101.

[246] Esse problema não se colocava antigamente, pois os votos dos Ministros costumavam ser bem mais sucintos.

[247] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 578, nota 61.

[248] Este não é, porém, o único fator determinante. Ao analisar o aumento da extensão das decisões da Suprema Corte norte-americana, Lester Mazor ressalta o papel dos avanços tecnológicos, que permitiram abandonar a redação manual dos votos, bem como, acrescente-se, ultrapassar a datilografia. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 193.

[249] **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 123. O exame desses dados destinava-se a avaliar os impactos das transmissões televisivas das sessões plenárias sobre o tamanho das decisões finais do Supremo Tribunal Federal.

corriqueiros quanto aquelas proferidas em casos complexos, que tendem a ser mais extensas, puxando a média para cima.

Entretanto, apesar de extensas, não se pode afirmar que as decisões sejam devidamente fundamentadas. Isso ocorre precisamente porque os votos dos diversos Ministros não "dialogam entre si". Outra vez, retoma-se este ponto. Como as decisões habitualmente são formadas a partir de uma mera somatória de votos individuais, apurando-se em que sentido votou a maioria, nem sempre constitui tarefa simples identificar os motivos determinantes da decisão do tribunal, já que cada Ministro pode ter adotado premissas diferentes para chegar à conclusão comum. Não há uma motivação da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas sim motivações dos votos individuais. Assim, a extensão não indica necessariamente a existência de fundamentação adequada.

Diversas críticas têm sido endereçadas, igualmente, à publicidade extrema das sessões plenárias, o que inclui não apenas a possibilidade de se adentrar no recinto em que se realizam, mas também de filmar e transmitir ao vivo seus atos pelo canal de televisão TV Justiça[250]. Alega-se, com certa dose de razão, que a transmissão das sessões plenárias apresenta-se como um considerável empecilho à efetivação de um debate produtivo entre os Ministros, na medida em que a assunção pública de uma posição reduz a abertura a contra-argumentos, atravancando uma mudança de opinião[251]. Esta dificuldade de se "voltar atrás" após a externalização do voto é conhecida como "efeito catraca[252]".

Do mesmo modo, barra-se a possibilidade de se testar internamente os argumentos antes de endossá-los categoricamente[253]. A transmissão ao vivo seria, assim, um fator a inibir a livre discussão de ideias, que poderia ocorrer mais facilmente em uma sessão secreta.

Os reflexos negativos dessa publicidade sobre a prática deliberativa da corte são reconhecidos, inclusive, por alguns de seus integrantes, cabendo transcrever assertivas

---

[250] Tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei destinado a estabelecer novos critérios ao uso do canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, dispondo que não haverá transmissões ao vivo das sessões, nem tampouco editadas (PL n° 7004/2013, de autoria do Deputado Vicente Cândido, PT-SP). Consta da justificativa que se pretende impedir a "desmoralização da nossa Corte Suprema", diante do sensacionalismo que tem caracterizado as transmissões. Observa-se que os questionamentos à atuação da emissora têm destacado os efeitos deletérios para a imagem do Supremo Tribunal Federal da divulgação das frequentes disputas verbais entre os seus integrantes. O que nos interessa, porém, é a avaliação do impacto das transmissões na prática deliberativa da corte e, consequentemente, na qualidade de suas decisões.

[251] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 581-582.

[252] FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 155. Para o autor, todavia, este efeito é meramente especulativo, pois não se sabe ao certo se os Ministros mudariam de posicionamento em outras condições.

[253] **Deciding without deliberating**, p. 582.

feitas a respeito do tema pelo ex-Ministro Cezar Peluso, em entrevista concedida para o projeto "História Oral do Supremo[254]":

> A discussão em público impede ajustes de ponto de vista, impede. O senhor é capaz de citar algum... Eu não me lembro de nenhum caso específico em que o ministro do Supremo, diante de uma argumentação feita em público, disse em relação ao outro, "V.Exa. tem toda razão, eu estou enganado". Não vi. Se houve, não registrei. Se o senhor sabe, pode me contar. Isso seria possível numa reunião privada, particular, onde se conversa entre si. "Ah, mas o povo precisa saber..." O povo precisa saber qual é a opinião da corte. E a opinião de quem diverge, ele escreve: "Não concordo com a opinião da maioria por isso, isso", escreve, está lá no voto dele, vencido, por escrito[255].

O Ministro Luís Roberto Roberto, por seu turno, apesar de reconhecer as complicações que a questão encerra, ao ponderar os prós e contras das transmissões das sessões plenárias pela TV Justiça, conclui que a medida apresenta mais vantagens do que desvantagens:

> Há algumas desvantagens nisso: dificulta a construção deliberativa de decisões, exacerba vaidades e torna os votos mais espichados. As vantagens, todavia, superam essas vicissitudes. A primeira e mais relevante: o Brasil é um país no qual o imaginário social supõe que por trás de cada porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. A imagem de onze agentes públicos debatendo abertamente a melhor solução para alguns dos grandes problemas nacionais é boa para a Justiça e para sua legitimação. Por outro lado, aumenta o controle social e produz um efeito didático para a comunidade jurídica em geral[256].

Todavia, no aspecto que interessa especificamente a este trabalho, não resta dúvida de que, apesar da transparência que proporciona, a transmissão televisa das sessões plenárias acaba por provocar efeitos perniciosos relativamente à deliberação da corte[257].

Não obstante, como adverte André Rufino do Vale, seria um exagero creditar o déficit de deliberação verificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal à transmissão televisiva de suas sessões plenárias[258]. Realmente, como se deflui da exposição que vem

---

[254] O mencionado projeto, idealizado pela Fundação Getúlio Vargas, teve por objetivo reunir depoimentos dos atuais e dos antigos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre sua trajetória e contribuição. http://historiaoraldosupremo.fgv.br/

[255] FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fabio Ferraz de. **História oral do Supremo (1988-2013), v.4: Cezar Peluso.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 105.

[256] **O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar.** https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf, p. 3.

[257] Não nos ocuparemos das repercussões desfavoráveis à imagem do Supremo Tribunal Federal geradas pela exposição em rede de televisão dos entreveros travados entre os Ministros – a demonstrar, no mínimo, a falta de urbanidade que pode existir entre eles –, por não estarem diretamente afetas à problemática da deliberação no tribunal.

[258] **É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal.** http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf

sendo feita neste tópico, existem diversos outros fatores que influem negativamente na prática deliberativa da corte.

Não se pode olvidar que as sessões já eram públicas anteriormente. O que a TV Justiça fez foi ampliar exponencialmente o acesso a tais sessões, facilitando o seu acompanhamento pelo público. Dessa forma, a exibição em rede de televisão acaba por tornar mais visível o problema, desvelando vícios já existentes no processo decisório da corte.

De todo modo, ainda que a TV Justiça não possa ser responsabilizada por tais vícios[259], é intuitivo que a exposição por ela proporcionada inibe a troca de opiniões e o convencimento recíproco, dificultando a mudança de posições já externadas perante as câmeras.

De fato, não se observa com frequência os Ministros alterarem seus votos nas sessões plenárias[260]. A questão, porém, pode ter raízes mais profundas, estando inserida na própria tradição jurídica nacional, que não estaria habituada a modificações de posicionamento mesmo em ambientes menos expostos. Segundo Isadora de Sousa Abreu, "essa falta de predisposição para mudar de opinião pode ser reflexo da cultura jurídica brasileira, que considera a mudança de opinião como a correção de um erro, e este erro reflexo de uma falta de conhecimento[261]".

Pode-se argumentar, ainda, que a exposição na mídia reforça a postura individualista dos Ministros[262], que acabam se dedicando apenas a exteriorizar suas

---

[259] VALE, André Rufino do. **É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal.** http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf

[260] Conquanto não relacione a questão com a transmissão das sessões de julgamento, ao se debruçar sobre a mudança de entendimento individual no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Isadora de Sousa Abreu encontra um número reduzido de casos em que os Ministros modificaram sua opinião inicial durante o julgamento. Em pesquisa que considerou o universo de decisões proferidas em ações no controle principal de constitucionalidade no período de 23/04/2008 a 31/07/2011, perfazendo um total de 208 julgados, foram identificadas alterações de posicionamento no decorrer do julgamento em 24 deles, ou seja, em apenas 11,54% do total. Ela observou, porém, que em todos esses casos, a mudança de posicionamento foi precedida por um debate entre os Ministros ("Em 100% (24 em 24) dos acórdãos algum ministro conversou com outro, seja para pedir explicações e responder, ou para tentar convencer os outros, ou ainda tentar se chegar a um consenso"). **A deliberação no STF: uma análise dos acórdãos com mudança de entendimento no decorrer do julgamento.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2011, p. 13 e ss e 59. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/181_Isadora%20Abreu.pdf

[261] **A deliberação no STF**, p. 70.

[262] Ao analisar as transmissões ao vivo da TV Justiça, José Miguel Garcia Medina assevera que tem sido dado enfoque à performance individual dos Ministros, em detrimento da busca por uma solução coesa, responsável por construir, "gradativamente, uma jurisprudência íntegra sobre questões constitucionais". **Juízes do Supremo Tribunal Federal são midiáticos.** http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/jose-miguel-medina-juizes-supremo-sao-midiaticos. O autor, porém, conclui que a solução da questão passa por uma mudança da postura dos Ministros nas sessões de julgamento, "estejam ou não diante das câmeras de TV".

posições pessoais, em prejuízo de uma reflexão coletiva que considere o papel da instituição. Isso é um reflexo do fato de que a atenção dos Ministros tem se voltado cada vez mais para a audiência externa, não se priorizando o convencimento dos demais julgadores.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva acredita que a transmissão das sessões incentiva performances marcadamente individualistas dos membros do Supremo Tribunal Federal, como a leitura dos votos próprios adrede preparados, ainda que se venha a concordar com o relator ou com algum dos votos divergentes[263].

Nesse contexto, o autor critica o papel desempenhado pelo Ministro relator, considerado por ele quase irrelevante[264]. Como se sabe, o juiz relator, escolhido por sorteio, elabora o relatório e o seu voto. Todavia, diversamente do que ocorre em outras cortes, o voto do relator não representa um rascunho da decisão final, mas apenas a expressão de seu entendimento individual, sendo agregado aos demais para a formação da decisão final, praxe que se verifica especialmente nos casos de maior repercussão. Contribui para esse quadro o fato de que, via de regra, a opinião do relator não é disponibilizada previamente, mas somente por ocasião da sessão plenária, momento em que se torna conhecida pelos demais Ministros[265]. Com isso, não haveria um efetivo papel de condução do julgamento por parte do Ministro relator. Enfatize-se, porém, que nos casos corriqueiros, geralmente, é a posição do relator que prevalece, limitando-se os outros integrantes da corte a segui-lo.

No que tange à dinâmica das sessões plenárias, colhem-se críticas tanto à sua concentração quanto à sua interrupção por pedidos de vista. Em um primeiro momento, questiona-se a realização, em regra, de uma sessão única, na qual se concentra toda a instrução e o julgamento da causa. Dessa forma, na sessão plenária são realizadas as sustentações orais, passando-se, em seguida, para o julgamento, que, a princípio, deve ser finalizado na própria sessão.

Guilherme Forma Klafke indica dois problemas resultantes dessa configuração concentrada: o fato de nem todos os Ministros estarem preparados para julgar de imediato, pela falta de contato prévio com o caso em exame, e a possibilidade de serem

---

Retomaremos esse ponto – a alteração da postura ou da mentalidade dos Ministros – mais adiante, ao tratarmos das propostas para o aperfeiçoamento da deliberação da corte.

[263] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 580.

[264] **Deciding without deliberating**, p. 569.

[265] *"The opinion of the justice most familiar with the case is "revealed" only in the plenary session"*. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**, p. 570.

surpreendidos por argumentos apresentados por seus pares, sem terem meios para rebatê-los de pronto[266].

A esse segundo problema poderia se acrescentar a possibilidade de os Ministros serem surpreendidos, igualmente, por argumentos trazidos nas sustentações orais. Neste caso, em tese os Ministros poderiam levar em conta esses novos pontos surgidos na audiência, até mesmo o relator – que está com o seu voto preparado –, uma vez que qualquer Ministro tem a oportunidade de alterar sua posição inicial ao externá-la na sessão plenária, ou posteriormente, no curso da sessão. No entanto, essa modificação torna-se mais difícil na presença de votos previamente escritos. Assim, nos casos mais polêmicos, em que todos os Ministros costumam levar seus votos redigidos, os argumentos apresentados nas sustentações orais tendem a não ser considerados. Existe, dessa forma, grande probabilidade de que as alegações expostas nessa oportunidade sequer cheguem a ser apreciadas pelos Ministros. Como consequência, a fase de sustentações orais, sendo realizada na mesma sessão em que ocorrerá o julgamento, acabaria ostentando uma importância reduzida, não servindo ao seu propósito de influenciar a decisão final.

A solução desses problemas decorrentes da concentração da sessão plenária, na sistemática atual, estaria no pedido de vista, que permitiria uma análise mais detida dos autos e uma reflexão mais profunda acerca da matéria. Por meio do pedido de vista, é concedido ao Ministro que não se sente preparado para proferir seu voto na ocasião um tempo adicional para se debruçar sobre a matéria. Quando é feito um pedido de vista, interrompe-se a sessão plenária, que é retomada posteriormente, com frequência após o decurso de um prazo bastante dilatado.

Questiona-se, porém, além da suspensão do julgamento por período indeterminado – às vezes por anos –, o uso exagerado dos pedidos de vista e a possibilidade de se interromper a sessão plenária antes mesmo que cada Ministro tenha a oportunidade de expressar sua opinião sobre o caso[267].

Com isso, os pedidos de vista frequentemente são elaborados antes de um "esforço coletivo de deliberação[268]", que poderia permitir a superação deste estado de dúvida a respeito da melhor decisão a se tomar no caso. De fato, ao interromper o julgamento, o

---

[266] **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 105 e 109.

[267] SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 569.

[268] MENDES, Conrado Hübner. **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358.

pedido de vista impede que os demais Ministros que votariam na sequência – e muitas vezes já têm seus votos preparados – adiantem seus posicionamentos, os quais poderiam influir no voto daqueles que ainda não fixaram seu entendimento acerca do caso, contribuindo para a obtenção da decisão.

Desse modo, na prática, o pedido de vista funcionaria não apenas como um mecanismo apto a permitir uma maior reflexão antes de se proferir o voto, mas principalmente como um instrumento de "ruptura e bloqueio de uma dinâmica de deliberação colegiada, a fim de privilegiar a formação individual da convicção[269]", em detrimento do debate em plenário.

Por fim, no que toca à formalização dos julgados, observa-se que as críticas se dirigem a aspectos que estão intimamente ligados à fase anterior, de tomada da decisão, até porque no Supremo Tribunal Federal inexiste uma distinção precisa entre esses dois momentos (fases decisional e pós-decisional).

De fato, se os votos são escritos com antecedência, já estando prontos por ocasião da sessão plenária, não é destacada uma oportunidade posterior para a redação da decisão, elaborando-se ao final apenas a ementa e juntando-se a transcrição de eventuais apartes e debates. Na verdade, ainda que se evidencie paradoxal, a redação da decisão, em geral, acontece previamente à própria apuração do resultado. Isso se dá mesmo nos casos corriqueiros em que os Ministros não apresentam votos próprios, haja vista que o voto do relator é redigido antes da sessão.

Assim, em função da maneira como os Ministros apresentam suas posições na sessão plenária, verifica-se que, especialmente nos casos mais complexos, as decisões finais da corte têm se caracterizado por serem muitos extensas e compostas por votos estanques. Tudo isso em decorrência da ausência de um debate entre os Ministros, que optam por levar votos previamente preparados nesses casos.

Em matéria de formalização, a par dos problemas atinentes à extensão das decisões e à sua compartimentalização em diversos votos, tem-se assinalado que a ementa, cujo objetivo é o de sintetizar o que restou decidido, nem sempre reflete todos os argumentos apresentados.

---

[269] KLAFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 113. Segundo o autor, o pedido de vista "serve para que os ministros voltem aos seus gabinetes e reflitam individualmente sobre a ação", tendo como desvantagem o fato de que "interrompe justamente o único momento em que a Corte pode deliberar". Para ele, se está diante de uma "deturpação do voto-vista". P. 125 e 109 e ss.

Com efeito, muitas vezes o relator, que é o responsável por elaborar a ementa, limita-se a sintetizar os seus próprios argumentos, sem fazer referências aos demais, ainda que levem à mesma conclusão[270]. Por conseguinte, a mera leitura da ementa pode não ser suficiente para permitir a visualização das linhas gerais do entendimento da corte, exigindo-se para tanto a leitura de todos os votos, o que demanda bastante tempo quando as decisões são mais extensas.

O aspecto problemático é que nesses casos, como observa Mateus Matos Tormin,"muitas vezes o que acaba sendo citado pelos operadores do direito é a ementa, e não o teor do acórdão em si[271]". Desse modo, em razão da dificuldade porventura existente em se realizar a leitura de todos os votos, há uma tendência a se reportar apenas à ementa, que, no entanto, pode não expressar com exatidão o posicionamento do tribunal[272].

Essas são, portanto, as principais críticas que podem ser dirigidas à prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal. Cabe agora trazer à tona as consequências do seu reconhecimento.

Considerando a estreita relação entre deliberação qualificada e legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais, as falhas identificada no processo decisório da corte têm graves repercussões, pois se referem a um aspecto extremamente sensível à justiça constitucional.

Realmente, se a legitimidade da atuação das Cortes Constitucionais decorre da qualidade da sua prática deliberativa, e se no âmbito do Supremo Tribunal Federal a deliberação apresenta diversos vícios, poderia vir a ser questionada a própria atribuição ao tribunal da realização do controle do constitucionalidade, com a perspectiva de invalidação de atos normativos produzidos por representantes do povo democraticamente eleitos.

---

[270] A título de exemplo, pode-se mencionar que o Ministro Cezar Peluso, em voto proferido na reclamação nº 9.428, assevera que a ementa da ADPF nº 130, que questionava a Lei de Imprensa, reflete tão-somente a posição pessoal do relator (Ministro Ayres Britto), e não a opinião majoritária da Corte. Na ADPF nº 132, relativa à união homoafetiva, todavia, observa-se que o mesmo relator teve o cuidado de ressaltar na ementa a existência de "divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão", apesar da unanimidade em declarar procedente o pedido.

[271] **Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: o esboço de um modelo de análise.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/212_Mateus%20Tormin%20alterada.pdf, p. 91.

[272] Por esse motivo, Mateus Tormin sugere que, nos casos em que a maioria dos Ministros apresenta votos escritos, a ementa seja elaborada de modo coletivo, não só para refletir efetivamente o que restou decidido pela corte, mas também para estimular o debate entre os Ministros, com o aclaramento das premissas adotadas. O autor reconhece, porém, as dificuldades práticas da implementação da medida. **Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal**, p. 94-95. Sugestão semelhante, com algumas particularidades, será oferecida quando forem abordadas as propostas de aperfeiçoamento do processo decisório da corte.

Segundo André Rufino do Vale, os problemas verificados no método de tomada de decisão empregado pelo Supremo Tribunal Federal, baseado na somatória de votos, acabam por aproximá-lo da "lógica da maioria que governa as decisões políticas dos parlamentos", quando, em verdade, seus pronunciamentos deveriam consistir "em uma espécie de acordo racionalmente construído por meio de deliberação e argumentação que resulte numa única decisão consistente[273]".

Assim, se a ideia era distinguir as decisões proferidas na esfera da justiça constitucional daquelas tomadas no âmbito do Parlamento, de modo a legitimar a atuação das Cortes Constitucionais ao afastar atos do Poder Legislativo, este objetivo pode ser afetado por uma prática deliberativa inadequada.

Decerto, grande parte dos problemas apontados, nomeadamente a ausência de uma deliberação propriamente dita, está ligada ao excessivo número de processos em trâmite na corte[274]. Se não há exatamente uma relação de causa e efeito entre essas variáveis, é fato que o volume de trabalho com que os Ministros se deparam não contribui para que se desenvolva uma deliberação efetiva. A atual carga de trabalho funciona como um fator de inibição à uma análise detida dos processos e à uma discussão adequada em torno de cada um deles[275].

Entretanto, a questão não se restringe ao problema do elevado volume de trabalho. Com efeito, existem alguns aspectos da forma de proceder do Supremo Tribunal Federal que podem ser aprimorados, de modo a potencializar a deliberação, ainda que mantidos os números atuais de processos em trâmite. Mais adiante serão ofertadas sugestões neste sentido.

---

[273] **A Deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns Problemas e Perspectivas de Análise Teórica.** *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 334-335.

[274] Essa situação, porém, não é recente. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, desde a década de 1940 se constatava um excesso no volume de trabalho, relatando à época o Ministro Filadelpho Azevedo a existência de uma "crise do Supremo Tribunal", caracterizada pela impossibilidade de se julgar todos os processos que ingressavam anualmente na corte. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 770. Ao tratar do "problema do congestionamento crônico" do tribunal na década de 60, o Ministro Aliomar Baleeiro asseverou que se trata de questão ainda mais antiga, tendo sido colocada pelo Ministro Guimarães Natal já em 1913. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 121-122.

[275] Aliomar Baleeiro já indicava que o excessivo número de processos tramitando na corte comprometia o "bom padrão de discussão". **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**, p. 125. No mesmo sentido, relacionando o volume de trabalho e a qualidade da deliberação dos tribunais, Mathilde Cohen assevera que *"the deliberative ideal lacks verisimilitude for certain courts by virtue of their skyrocketing dockets"*. De acordo com ela, *"there is an inevitable tension between courts' aspirations to make decisions based on deliberation and their need to dispose of their caseload in a timely manner"*. **Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort.** *In* American Journal of Comparative Law, vol. 62, 2014, p. 999 e 1002.

Capítulo 3: A EXPERIÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS ESTRANGEIRAS

Constatada a existência de problemas na deliberação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o caminho natural é o de oferecer propostas para a sua superação, com vistas a conduzir a um aperfeiçoamento da prática deliberativa da corte, que, em última instância, implicará em um ganho de legitimidade democrática para o exercício de suas competências, notadamente o controle da constitucionalidade dos atos normativos, além de colaborar para o efetivo fortalecimento de sua jurisprudência.

Percebe-se, porém, que as propostas que se pretenda formular nesta seara podem ser enriquecidas e até mesmo melhor delimitadas com o recurso às experiências de outros países neste tema, diante da eventualidade de terem concebido respostas interessantes a questões semelhantes enfrentadas.

Por esse motivo, antes mesmo de apresentar propostas voltadas ao aperfeiçoamento da deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, serão analisadas, em uma perspectiva de direito comparado, determinadas Cortes Constitucionais estrangeiras[276].

Assim, foram selecionados o Conselho Constitucional da França, o Tribunal Constitucional de Portugal, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e a Suprema Corte dos Estados Unidos. Todos esses tribunais são aqui concebidos como "Cortes Constitucionais", no sentido amplo da expressão, uma vez que encarregados de efetuar o controle de constitucionalidade[277].

Considerando a atuação dessas cortes no controle de constitucionalidade, atividade que constitui o foco da nossa atenção, verifica-se que foram escolhidos tribunais que

---

[276] A análise é feita principalmente a partir da doutrina estrangeira que aborda cada uma das Cortes Constitucionais selecionadas, cotejada com a legislação correspondente. Um mero exame da legislação poderia não revelar a prática efetiva das cortes. Assim, o recurso à doutrina busca trazer um retrato mais fidedigno da forma de deliberação empregada. Servem como referência também algumas obras de direito comparado. Todavia, conforme enfatiza Jan Komárek, existem poucos estudos comparados de cortes e argumentação judicial, talvez em razão de sua complexidade, tendo em vista a necessidade de conhecimento aprofundado do sistema legal em que se inserem. Assevera o autor que *"instead of carrying out a superficial search, which literary analysis allows, one needs to go deeply into these debates and try to understand the other legal system on its own terms"*. Prossegue afirmando ser preciso *"digging deeper into the minds of lawyers, and particularly those of legal thinkers, in foreign legal systems to see how* they *understand their practice and its place within their legal systems"*. **Questioning Judicial Deliberations.** *In* Oxford Journal of Legal Studies, vol. 29, issue 4, 2009, p. 826.

[277] Como afirmado anteriormente, para os nossos fins, é indiferente tratar-se de um tribunal de cúpula que, dentre outras atribuições, também realiza o controle de constitucionalidade, ou de uma corte criada tão-somente para esta finalidade.

representam os principais modelos de fiscalização. Nesse campo, têm destaque o modelo norte-americano da *"judicial review"*, que se caracteriza por ser difuso e concreto, e o modelo europeu de matriz kelseniana, de feição concentrada e abstrata. Observa-se que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sofreu influxo desses dois modelos, daí porque se analisam tribunais que representam as duas vertentes[278]. Por isso, justifica-se a pesquisa sobre a Suprema Corte norte-americana, bem como sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, que pode ser reputado como o principal exemplo de Corte Constitucional adepta do segundo modelo de controle de constitucionalidade.

Já o interesse no estudo do Tribunal Constitucional de Portugal, que a princípio poderia ser inserido no modelo europeu, decorre da circunstância de o sistema português também admitir um controle difuso de constitucionalidade, ao lado do concentrado, o que o aproximaria do sistema brasileiro.

A par desses modelos de maior evidência, parece interessante o exame do modelo francês, que se caracteriza pelo predomínio de um controle preventivo de constitucionalidade.

Cada uma das cortes selecionadas será objeto de análise nos moldes daquela efetuada a respeito do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, serão apresentadas inicialmente informações gerais sobre a corte, bem como sobre o sistema de controle de constitucionalidade acolhido pelo respectivo país. A partir daí, será examinada a prática deliberativa da corte. Todavia, as críticas doutrinárias envolvendo aspectos da deliberação

---

[278] Francisco Fernández Segado acredita que a bipolaridade entre os modelos americano e europeu-kelseniano está obsoleta, indicando uma tendência de aproximação entre os dois modelos, dadas as alterações que ambos têm sofrido. **La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano.** Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna, 2010. Cabe aduzir, no entanto, que os modelos norte-americano e europeu de matriz kelseniana permanecem como os padrões clássicos quando se trata de controle de constitucionalidade, oferecendo duas maneiras distintas de operacionalizar a verificação da compatibilidade entre atos normativos e a constituição. De toda sorte, nota-se que outros sistemas também têm passado por modificações significativas em suas configurações iniciais, como o sistema francês, antes apontado como exemplo de um controle tão-somente preventivo, e o sistema inglês, que não admitia qualquer controle, em razão da ausência de constituição escrita, e que começa a comportar uma espécie de "controle", ainda que de forma incipiente, quando se trata de normas que violem o Human Rights Act de 1998. A criação da Suprema Corte em 2005 – e sua efetiva instalação em 2009 – seria um indício de que se caminha rumo à instituição de uma justiça constitucional. Sobre o controle de constitucionalidade no sistema inglês, consultar NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Quebrantamento de uma tradição ou o retorno ao bonham's case?** *In* Revista Trimestral de Direito Público. Belo Horizonte, n° 57, abr./jun. 2014. A respeito da Suprema Corte do Reino Unido, conferir PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Política e jurisdição: alterações jurídicas nos modelos constitucionais inglês, belga e francês.** *In* CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN (coord.). **Direito constitucional brasileiro – organização do Estado e dos poderes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Acerca das transformações do sistema francês serão feitos esclarecimentos logo mais, no tópico específico sobre o Conselho Constitucional.

porventura encontradas não serão reunidas em tópico apartado, mas expostas juntamente com a descrição do processo decisório da corte.

Ressalte-se que o exame da deliberação nas diferentes Cortes Constitucionais permite visualizar uma relação com o sistema de controle de constitucionalidade adotado. Segundo Ferejohn e Pasquino, a cada um dos três modelos de controle de constitucionalidade corresponde um padrão distinto de deliberação. Assim, no modelo norte-americano, a deliberação é acompanhada de audiências públicas e da publicação dos votos dos juízes que discordam da maioria. No modelo europeu continental, por sua vez, costuma ser publicada apenas a decisão da corte, obtida após votação sigilosa, sendo raras as audiências públicas e a divulgação de votos dissidentes. Por fim, no modelo francês, a deliberação ocorre de forma de secreta, sem audiências públicas ou votos dissidentes[279].

3.1. A sistemática do Conselho Constitucional francês

Neste tópico, será examinada a forma de decidir empregada pelo Conselho Constitucional francês no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Para isso, em um primeiro momento, será feita uma exposição sobre a origem do Conselho Constitucional, sua composição e sua competência no controle de constitucionalidade. Na sequência, será abordada a prática deliberativa da corte[280].

A despeito das peculiaridades que caracterizam o sistema francês de controle de constitucionalidade e que o distanciam bastante do sistema adotado no Brasil, há interesse no exame da sistemática do Conselho Constitucional da França exatamente em razão da diversidade da configuração de sua prática deliberativa, que permite visualizar outras perspectivas quanto ao modo de tomada e formalização das decisões.

3.1.1. O Conselho Constitucional

---

[279] **Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice.** *In* SADURSKI, Wojciech. **Constitutional Justice, East and West – democratic legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a comparative perspective.** The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 33.

[280] Conforme será visto, o processo decisório do Conselho Constitucional é bastante diverso daquele verificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para uma comparação entre as cortes, envolvendo outros aspectos além da forma de deliberação, cf. nosso **O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o Conselho Constitucional francês: uma análise comparativa.** *In* **Temas atuais de Direito Público II: diálogos entre Brasil e França.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

Por muito tempo, a França se mostrou refratária à concepção de que a legislação pudesse ser submetida a um exame de conformidade com a constituição. A ideia de um controle de constitucionalidade, que surgira doutrinariamente na própria França, em 1795, na obra de Sieyès[281], não foi acolhida pela Assembleia Constituinte da época, que rejeitou a instituição de um *jury constitutionnaire* encarregado desta função na ocasião[282].

Posteriormente, mesmo com a difusão do controle de constitucionalidade mundo afora, a partir do julgamento de *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos e da adoção por vários países da Europa continental do modelo austríaco concebido por Hans Kelsen, a França seguiu alheia a essa inovação. Essa postura pode ser explicada em parte pelo papel de destaque desempenhado pela lei e pela noção de soberania parlamentar no sistema jurídico francês, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[283], e em parte pela desconfiança em relação à atribuição desse controle aos juízes.

Apenas com a Constituição de 1958 foi instituído um verdadeiro mecanismo de controle da constitucionalidade das leis[284], a ser efetuado de maneira prévia. Para a realização de tal controle, foi criado o Conselho Constitucional, oficialmente instalado em março de 1959[285]. O Conselho, todavia, não foi concebido inicialmente como uma Corte Constitucional propriamente dita[286]. O objetivo precípuo de sua criação era o de impedir que o Poder Legislativo invadisse a esfera de atribuições do Poder Executivo[287].

Entretanto, com o tempo, o Conselho Constitucional passou a ocupar um papel cada vez mais importante no contexto das instituições francesas, cuidando não só do

---

[281] SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Essai sur les privilèges et autres textes.** Paris: Dalloz, 2007, p. 99 e ss.

[282] SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** *In* Revista de Direito Administrativo, n° 250, 2009, p. 200.

[283] O artigo VI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que: *« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».*

[284] Sobre a evolução do controle de constitucionalidade na França, com a descrição das tentativas de implementação anteriores ao modelo atual, consultar FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 287-310.

[285] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**, p. 313.

[286] Por esse motivo, Patrick Wachsmann critica a pretensão de enxergar no Conselho uma *"justiça constitucional"*, haja vista que essa hipótese não fora aventada pelo constituinte. **Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel.** *In* **Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak**. LGDJ, 2007, p. 279.

[287] HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009, p. 822. No entanto, segundo Ferejohn e Pasquino, o Conselho Constitucional "cumpre um papel essencial para preservar a ideia de soberania da lei", uma vez que "a ação legislativa não poderá ocorrer quando há uma objeção do Conseil, mas uma vez que a lei é promulgada ela não se sujeitará mais aos mecanismos de revisão e controle de constitucionalidade". **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 56. Essa formulação é válida se considerada a competência original do Conselho Constitucional. Contudo, conforme será visto, posteriormente passou-se a admitir o controle repressivo no âmbito da corte em determinadas situações.

equilíbrio dos poderes, mas também da hierarquia das normas e da garantia dos direitos fundamentais[288], como consequência do recente desenvolvimento de sua jurisprudência[289].

A par da competência para o controle de constitucionalidade, o Conselho Constitucional atua em questões eleitorais, pois é encarregado de supervisionar a regularidade das eleições para Presidente da República, deputados e senadores, assim como a dos referendos, a teor do disposto nos artigos 58 a 60 da Constituição francesa.

A resistência verificada em torno da instituição do Conselho Constitucional foi sendo vencida com o passar dos anos. De acordo com a doutrina francesa, sua aceitação adveio do fato de que ele não tem a última palavra, sendo bastante difundida, a respeito da atuação da corte, a chamada *"théorie de l'aiguilleur"*. O *"aiguilleur"* é o "encarregado de movimentar a agulha da estrada de ferro e indicar por quais trilhos o trem passará[290]". Assim, fazendo uma analogia, a doutrina afirma que o Conselho Constitucional atuaria como um *"aiguilleur"*, apenas indicando o caminho a ser seguido pelo legislador. Com isso, o obstáculo colocado pela declaração de inconstitucionalidade de uma lei não seria definitivo, diante da possibilidade de edição de uma norma constitucional regulando a matéria[291]. A decisão apenas indicaria que a alteração normativa não poderia ser adotada pela via legislativa ordinária[292]. Dessa postura resultaria a legitimidade do Conselho Constitucional.

Diversamente do que ocorre no Brasil, o Conselho Constitucional não se configura como o órgão de cúpula do Poder Judiciário[293], mas como um órgão que não integra a estrutura judiciária, o que, de outra parte, não significa que se trate de um Tribunal Constitucional nos moldes defendidos por Kelsen.

---

[288] HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009, p. 822-823 e 861-863.
[289] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 372.
[290] COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 151.
[291] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**, p. 375.
[292] No mesmo sentido, HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**, p. 868.
[293] Aliás, sequer se fala na existência de um "Poder Judiciário" na França. O que existe é a "autoridade judiciária", cuja independência é garantida pelo Presidente da República. A matéria é disciplinada pelo título VIII da Constituição francesa, que se refere expressamente à "autoridade judiciária". No sistema francês, a divisão do poder é feita entre o Executivo e o Legislativo. Tem-se, portanto, uma bipartição dos poderes, e não a tripartição defendida por Montesquieu. Ao analisar a questão sob a ótica da Constituição de 1875, Joseph Barthélemy e Paul Duez já apontavam a controvérsia acerca da existência de um "Poder Judiciário", asseverando que apenas se pode falar em Poder Judiciário se a constituição instituiu esse poder, o que não havia sido feito, já que a constituição francesa silenciara sobre o assunto. **Traité de Droit Constitutionnel.** Paris: Librairie Dalloz, 1933, p. 847-848.

Na verdade, de acordo com o entendimento corrente, o Conselho Constitucional francês caracteriza-se como um órgão político[294]. Para alguns doutrinadores, o Conselho se aproximaria do Poder Legislativo, chegando a ser considerado quase como uma "terceira casa" legislativa, ao lado do Senado e da Assembleia Nacional[295]. Para outros autores, apesar de ainda ser um órgão político, o papel desempenhado pelo Conselho Constitucional tem-se demonstrado cada vez mais jurídico[296].

Uma peculiaridade do Conselho Constitucional, que realça sua feição política, é a sua composição, que inclui membros de direito, a par dos membros nomeados. Desse modo, além dos nove membros indicados diretamente pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado e pelo Presidente da Assembleia Nacional, o Conselho Constitucional francês é composto pelos antigos Presidentes da República.

A composição do Conselho Constitucional é o principal alvo das críticas doutrinárias endereçadas à corte, que se dirigem tanto à presença dos membros de direito quanto ao modo de indicação dos membros nomeados[297]. Alega-se que a sua forma de composição é característica de um órgão político, e não de um órgão que vem ganhando feições jurisdicionais[298].

---

[294] Em sentido contrário, cf. COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 172. Para o autor, a partir de 2008, com a atribuição de competência ao Conselho Constitucional para decidir a questão prioritária de constitucionalidade, aferindo a adequação constitucional da legislação no curso de um processo judicial, essa qualificação deve ser definitivamente descartada.

[295] HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009, p. 867; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 51; SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** *In* Revista de Direito Administrativo, n° 250, 2009, p. 208. Essa concepção é refutada expressamente por Georges Vedel. **Neuf ans au Conseil constitutionnel.** Extrato da revista Le débat, nº 55, mars-août 1989, disponibilizado em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/neuf-ans-au-conseil-constitutionnel.25707.html. E também por Louis Favoreu. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 373.

[296] DEUMIER, Pascale. **Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?** Revue trimestrielle de droit civil, juillet-septembre 2012, n° 3, p. 481.

[297] Para maior aprofundamento a respeito da discussão existente em torno da forma de composição do Conselho Constitucional, com a apresentação de posições distintas, conferir GENEVOIS, Bruno. **La composition du Conseil constitutionnel.** *In* RDA, février 2012, p. 89; SAINT-BONNET, François. **L'ironie du sort.** *In* RDA, février 2012, p. 99; BOUDON, Julien. **Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel.** *In* RDA, février 2012, p. 110; BÉCHILLON, Denys de. **Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel).** *In* RDA, février 2012, p. 115.

[298] Afirmam Francis Hamon e Michel Troper que *«cette contradiction explique au moins en partie la méfiance que manifestent encore à son égard les milieux de la haute magistrature judiciaire ou administrative »*. **Droit constitutionnel**, p. 868.

Os membros de direito integram o Conselho Constitucional vitaliciamente, mas nem todos os antigos Presidentes da República chegam a exercer efetivamente a função[299]. De qualquer modo, a doutrina insurge-se contra a possibilidade de assento desses membros, que reforça o caráter político do órgão, afastando-o de uma verdadeira justiça constitucional[300].

No que se refere aos demais membros, são nomeados para um mandato de nove anos, sem possibilidade de recondução. Nesse caso, frequentemente questiona-se o fato de as nomeações serem feitas sem qualquer mecanismo de freio e contrapeso. Assim, cada uma das autoridades com atribuição para a escolha (Presidente da República, Presidente do Senado e Presidente da Assembleia Nacional) nomeia diretamente um membro do Conselho Constitucional, a cada três anos, sem que a nomeação seja controlada por outro órgão ou poder. Além disso, as autoridades escolhem discricionariamente os futuros membros da corte, sem se vincular a qualquer condição[301]. Não é necessário, por exemplo, possuir "notável saber jurídico", nem mesmo formação em direito[302].

Apesar das inúmeras propostas apresentadas em sede doutrinária para a alteração desse quadro, a única modificação efetuada pela revisão constitucional de 2008 foi a previsão de uma consulta acerca das nomeações[303]. As nomeações passaram a ser submetidas ao exame de comissões parlamentares, que podem sabatinar os candidatos e rejeitar a indicação por uma maioria de 3/5[304]. Foi mantido, desse modo, em suas linhas

---

[299] Os ex-presidentes Charles de Gaulle e François Miterrand, apesar de serem considerados membros de direito, jamais chegaram a tomar assento no Conselho Constitucional.http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/tous-les-membres/les-membres-du-conseil-constitutionnel-depuis-l-origine.98198.html. Atualmente, dentre os antigos Presidentes da República, apenas Valéry Giscard d'Estaing participa das sessões do Conselho Constitucional. Jacques Chirac e Nicolas Sarkozy deixaram de participar das sessões do Conselho em março de 2011 e janeiro de 2013, respectivamente. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/liste-des-membres/liste-des-membres-du-conseil-constitutionnel.319.html. Com relação a Jacques Chirac, o caso conhecido como *"affaire Chirac"* demonstra a possibilidade de um conflito de interesses. Cf. BEAUD, Olivier ; WACHSMANN, Patrick. **Révisons la Constitution!** Le Monde Diplomatique, 11.03.2011. http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/03/11/revisons-la-constitution_1491740_3232.html#lv5qRCmtySsFhgvu.99 e **La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel.** *In* RDA, février 2012, p. 113.

[300] DEUMIER, Pascale. **Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?**, Revue trimestrielle de droit civil, juillet-septembre 2012, n° 3, p. 481.

[301] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 314.

[302] Não obstante, a maior parte de seus membros é formada por juristas. FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**, p. 314. Recentemente, porém, a nomeação de membros oriundos da vida política reacendeu o debate acerca da necessidade de qualificação jurídica para o exercício da função. DEUMIER, Pascale. **Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?**, p. 481.

[303] DEUMIER, Pascale. **Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?**, p. 481.

[304] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**, p. 314. A lei constitucional nº 2008-724, de 23 de julho de 2008, acrescentou duas frases ao artigo 56 da Constituição francesa, que trata da nomeação dos membros do Conselho Constitucional: *«La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces*

gerais, o modelo de composição concebido para um órgão político, a despeito de o Conselho Constitucional estar adquirindo, em seu desenvolvimento, feições que o aproximam de um órgão judicial[305].

No exercício de seu mister, os membros do Conselho Constitucional recebem o apoio de assistentes jurídicos. Estes, porém, não são destacados para uma colaboração individualizada a determinado integrante da corte, auxiliando-os de forma conjunta. E como observa Dominique Rousseau, o Conselho conta com uma estrutura enxuta, com reduzido número de funcionários[306].

3.1.2. O controle de constitucionalidade francês

O controle de constitucionalidade na França tradicionalmente tem sido considerado um controle político[307], e não jurisdicional, não obstante aponte-se na atualidade uma tendência no sentido da jurisdicionalização.

Como regra, o controle é efetuado de maneira prévia, antes da promulgação da lei. Entretanto, a partir da reforma constitucional de 2008, existe a possibilidade de um controle posterior, de lei já promulgada, a ser realizado de modo incidental, desde que se trate de disposição legislativa que contrarie direitos e liberdades garantidos constitucionalmente[308]. Observa-se, porém, que, mesmo nesse caso, a competência para o controle de constitucionalidade permanece do Conselho Constitucional, tendo em vista que a controvérsia constitucional será a ele enviada para decisão, por meio da « *question prioritaire de constitutionnalité » – QPC,* remetida pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação.

---

nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée ».

[305] DEUMIER, Pascale. **Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?**, Revue trimestrielle de droit civil, juillet-septembre 2012, n° 3, p. 481.

[306] **La justicia constitucional en Europa.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 43-44.

[307] Classifica-se como controle político aquele que é realizado por um órgão que não faz parte do Judiciário. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 35ª ed., 2009, p. 37.

[308] A reforma de 2008 promoveu a inovação ao inserir o art. 61-1 na Constituição francesa, com a seguinte redação: *« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».*

Ademais, cumpre ressaltar que, em princípio, o Conselho Constitucional só se pronuncia uma vez a respeito da constitucionalidade de um dispositivo normativo. Assim, se a lei já foi apreciada em controle prévio, não será examinada novamente em QPC[309].

Compete ao Conselho Constitucional pronunciar-se sobre a conformidade das leis com a constituição. No sistema francês, não há controle de constitucionalidade de emendas constitucionais[310].

A teor do disposto no artigo 61 da Constituição da República francesa, as leis serão (ou poderão ser) submetidas ao Conselho Constitucional antes de sua promulgação[311]. Em alguns casos, é obrigatória a submissão da lei ao Conselho Constitucional para exame de sua constitucionalidade[312]. A regra, porém, é a realização do controle somente se a lei for questionada por uma das autoridades legitimadas, que são o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores.

As autoridades legitimadas a indagar o Conselho Constitucional sobre a constitucionalidade de uma lei não precisam fundamentar a petição inicial e nem sequer apontar os dispositivos particularmente questionados, não obstante se vislumbre uma tendência de maior motivação nessas manifestações[313].

Uma vez declarado inconstitucional, o dispositivo normativo não pode ser promulgado ou colocado em aplicação. É possível, ainda, a inconstitucionalidade por arrastamento, quando o Conselho Constitucional declara que o dispositivo julgado inconstitucional é inseparável do restante da lei. Nessas situações, a lei toda não poderá ser promulgada.

---

[309] Para uma crítica a essa interdição, cf. WACHSMANN, Patrick. **L'Oracle des libertés ne parle qu'une seule fois.** Jus politicum, nº 7. http://juspoliticum.com/L-oracle-des-libertes-ne-parle-qu.html

[310] Com isso, ao menos em tese, o poder constituinte reformador pode modificar qualquer dos dispositivos constitucionais. Anote-se, porém, que o artigo 89, alínea 5, prevê expressamente que a forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão. COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 151.

[311] O que caracteriza o controle de constitucionalidade como prévio no direito francês é o fato de ser realizado antes da promulgação da lei. COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional**, p. 173. Em determinadas hipóteses, podem ser objeto de exame pelo Conselho Constitucional projetos de lei, ou seja, textos que ainda não configuram leis. FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 357.

[312] São as hipóteses previstas no artigo 61 da Constituição: *«Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ».*

[313] COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional**, p. 174. Essa tendência, por seu turno, estaria repercutindo nas próprias decisões do Conselho Constitucional, cada vez mais fundamentadas, segundo Favoreu. **Droit constitutionnel**, p. 361.

No caso de declaração de inconstitucionalidade de lei já promulgada, na hipótese de *question prioritaire de constitutionnalité*, a lei deixa de produzir efeitos a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional, ou de uma data ulterior fixada na decisão. É admissível, portanto, a modulação temporal dos efeitos da decisão. O Conselho pode, ainda, determinar as condições e os limites nos quais os efeitos já produzidos pelo dispositivo declarado inconstitucional podem ser questionados. De qualquer modo, seja o controle preventivo, seja ele repressivo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *erga omnes*[314].

Os parâmetros do controle de constitucionalidade são o texto constitucional de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta do meio ambiente de 2004. A inclusão de outros diplomas normativos, além do próprio corpo da constituição vigente, decorre de referência expressa a eles no preâmbulo da Constituição de 1958, bem como de decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 1971, reconhecendo valor normativo ao preâmbulo[315]. Com isso, foi reforçado o papel do Conselho na proteção dos direitos e liberdades.

As decisões do Conselho Constitucional são irrecorríveis, obrigando os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais, nos termos do item 2 do artigo 62 da Constituição francesa. Destarte, o efeito vinculante de suas decisões decorre diretamente do texto constitucional[316].

3.1.3. A deliberação no Conselho Constitucional

Feitas essas considerações sobre o Conselho Constitucional e sobre o controle de constitucionalidade por ele realizado, passa-se à analise da deliberação por ele efetuada, ou seja, do modo como são tomadas, e posteriormente formalizadas, suas decisões.

Segundo o artigo 63 da Constituição francesa, uma lei orgânica determinará, dentre outros pontos, o procedimento a ser seguido perante o Conselho. Assim, além das disposições constitucionais, incidem aquelas previstas na lei orgânica do Conselho Constitucional[317].

---

[314] Segundo Thales Morais da Costa, preserva-se, com isso, a igualdade dos cidadãos. **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 144.
[315] COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional**, p. 147.
[316] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124.
[317] *Ordonnance nº 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

O Conselho dispõe, ainda, de autonomia regulamentar[318], podendo completar as regras de procedimento[319]. No que toca à atuação na matéria genericamente identificada como "eleitoral", existem regulamentos disciplinando o procedimento a ser adotado pelo Conselho Constitucional no enfrentamento de algumas das questões[320]. Com a instituição do controle incidental de constitucionalidade, por meio da questão prioritária de constitucionalidade, foi elaborado também um regulamento específico acerca da matéria, para disciplinar o procedimento a ser seguido no âmbito do Conselho Constitucional[321].

No que tange ao procedimento referente ao controle preventivo de constitucionalidade das leis, que é a forma tradicional de controle no direito francês, não há, todavia, um regulamento específico. Por esse motivo, têm sido aplicadas neste domínio também normas não escritas, desenvolvidas pelo próprio Conselho Constitucional ao longo dos anos e consagradas costumeiramente[322].

A Constituição francesa, em seu artigo 61, alínea 3, fixa um prazo para a decisão a respeito da constitucionalidade da lei. Assim, o Conselho Constitucional dispõe de trinta dias para proferir sua decisão, a partir do recebimento da petição inicial. No entanto, em caso de urgência, e havendo pedido do governo, o prazo é abreviado para apenas oito dias. A previsão de um prazo diminuto para a decisão se coaduna com o sistema francês, no qual a regra é a realização do controle prévio de constitucionalidade, suspendendo-se o prazo para a promulgação da lei enquanto pendente a decisão do Conselho Constitucional. Desse modo, evita-se que o prazo de promulgação da lei fique suspenso indefinidamente ou por um longo período, à espera de uma decisão a respeito da sua constitucionalidade. A decisão deve trazer uma resposta rápida acerca da questão. Além disso, observa-se que somente é possível que a decisão seja proferida em período tão curto em razão da reduzida competência do Conselho Constitucional[323].

---

[318] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 316.

[319] Nesse sentido, estabelece o artigo 56 da lei orgânica do Conselho Constitucional: « *Le Conseil constitutionnel complétera par son règlement intérieur les règles de procédure applicables devant lui édictées par le titre II de la présente ordonnance. Il précisera notamment les conditions dans lesquelles auront lieu les enquêtes et mesures d'instruction prévues aux articles 42, 43 et 45-5 sous la direction d'un rapporteur* ».

[320] Há regulamentos específicos no que concerne ao procedimento do contencioso das eleições de deputados e senadores e das reclamações relativas aos referendos. FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**, p. 316. Todavia, esses regulamentos não serão examinados neste trabalho, tendo em vista que o nosso foco é a atividade de controle de constitucionalidade.

[321] *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.

[322] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**, p. 316 e 358.

[323] Como esclarece Favoreu, *« à la différence des autres cours constitutionnelles souvent surencombrées, le Conseil constitutionnel a la possibilité de se consacrer pleinement à une seule affaire pendant plusieurs semaines »*. **Droit constitutionnel**, p. 360.

Nesse prazo, desenvolve-se todo o procedimento, o que abrange a resposta e a eventual instrução. Apesar de inexistir previsão expressa para réplica e tréplica, essa fase tem sido observada, a partir de construção do Conselho Constitucional[324]. Além do Secretário Geral do Governo, que atua em defesa da lei, o Conselho tem admitido a manifestação do Ministério interessado, de juristas, parlamentares, associações, sindicatos e grupos de pessoas com interesse na lei[325].

Com relação à questão prioritária de constitucionalidade, há algumas especificidades no procedimento. O prazo para julgamento é diferenciado, tendo sido fixado em três meses, a teor do artigo 23-10 da lei orgânica do Conselho Constitucional. Ademais, salvo casos excepcionais[326], é prevista a realização de uma audiência pública, na qual as partes podem ser representadas por advogados[327].

Na sequência, tem-se a sessão de julgamento. As deliberações do Conselho Constitucional francês ocorrem em sessões secretas[328], nas quais não é permitida a presença de terceiros[329]. As decisões são tomadas pelo plenário[330], com a presença de pelo menos sete conselheiros, exceto em caso de força maior[331]. Havendo empate, prevalece o voto do Presidente do Conselho Constitucional, que é nomeado pelo Presidente da República.

Assim como ocorre em todos os tribunais franceses, que mantêm o hábito de realizar um prolongado debate previamente à tomada das decisões [332], os membros do Conselho Constitucional discutem detidamente as questões que lhes são submetidas antes

---

[324] Segundo Thales Morais da Costa, do texto da lei orgânica "não decorre nenhuma obrigação para o *Conseil constitutionnel* de dar conhecimento aos requerentes dos argumentos levantados pelo Governo a favor da lei. No entanto, em atenção ao princípio do contraditório, as petições são, sistematicamente, comunicadas à outra parte. Assim, sucedem-se petição inicial, resposta, réplica e tréplica. Cada uma dessas manifestações ocorre, normalmente, no prazo de dois dias". **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 175.

[325] ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 49-50.

[326] Dispõe o artigo 8, alínea 3, do *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*: « *Le président peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs* ».

[327] HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009, p. 851.

[328] Antes de assumir suas funções, os membros do Conselho prestam juramento perante o Presidente da República de manter o segredo das deliberações e dos votos.

[329] Essa é, inclusive, a praxe nos tribunais franceses. COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional**, p. 175-176.

[330] ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa**, p. 45.

[331] No procedimento da QPC, há previsão de que somente os membros presentes na audiência podem participar da deliberação (artigo 11, alínea 1, do *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*).

[332] LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. **Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy.** New York: Oxford University Press, 2004, p. 323.

de obter um veredicto. A deliberação é favorecida pelo sigilo das sessões de julgamento, característico do sistema francês. Como enfatiza Mitchel Lasser, "pode haver uma lamentável tensão entre publicidade e deliberação judicial, uma tensão que os franceses parecem resolver em favor da deliberação[333]".

De fato, pode-se inferir que a opção por sessões secretas favorece a deliberação na medida em que propicia um efetivo debate em torno dos argumentos envolvidos, já que a presença dos interessados ou de terceiros tende a tolher a discussão[334]. A tomada de decisões a portas fechadas permite que os julgadores discutam livremente sobre a questão, o que se mostra inclusive necessário diante da imposição da construção da decisão de forma coletiva.

Ao fim da sessão, é redigido o acórdão, que usualmente se manifesta em um texto sucinto, no qual é expressa a posição do Conselho Constitucional, sem que sejam reveladas eventuais divergências. Divulgam-se apenas os nomes dos membros presentes na sessão.

Verifica-se, assim, que é proferida decisão única do colegiado, o que permite a identificação do posicionamento da instituição, não se indicando sequer se houve votos vencidos, como, aliás, ocorre com as decisões francesas em geral[335]. Dessa forma, a decisão publicada reflete o entendimento do Conselho Constitucional como um todo, e não o mero somatório de posições individuais[336]. Entende-se que a divulgação de votos divergentes ou mesmo concorrentes teria impacto negativo na autoridade das decisões do Conselho Constitucional, pois exporia a existência de uma divisão interna[337]. Outras repercussões negativas apontadas pela doutrina na França no que se refere à essa

---

[333] **Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy.** New York: Oxford University Press, 2004, p. 325.

[334] A publicidade das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, que inclui a transmissão em canal de televisão, impressiona o observador francês. POUILLIEUTE, Antoine. **Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF).** Cahiers du Conseil constitutionnel nº 26 (Dossier: Tribunal fédéral suprême du Brésil), août 2009. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-26/regard-d-un-francais-sur-le-tribunal-federal-supreme-stf.51497.html.

[335] Essa prática seria observada ao menos desde a Revolução francesa, decorrendo da concepção de que a decisão jurisdicional reflete a "verdade". HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009, p. 869.

[336] Ao examinar como essa questão é tratada no Supremo Tribunal Federal, fazendo um paralelo com o sistema francês, Antoine Pouillieute assevera que *« la collégialité n'a pas du tout le même sens qu'en France où la majorité, une fois acquise, est l'opinion de tous puisque seule l'institution s'exprime par une décision collective. Dans une récente affaire de corruption d'élus, le membre-rapporteur est ainsi apparu – à juste titre – comme le héraut de vertu publique sans que le mérite en rejaillisse sur le STF tout entier: les lauriers ne se divisent guère. D'où une institution fonctionnant avec peu de collégialité et moins encore de confidentialité ».* **Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF).** http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-26/regard-d-un-francais-sur-le-tribunal-federal-supreme-stf.51497.html.

[337] HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**, p. 868-869.

divulgação são a maior dificuldade na obtenção de um consenso[338] e a menor independência de seus membros frente à opinião pública[339].

Tem-se levantado, porém, a questão da conveniência de se ocultar eventuais posicionamentos divergentes, mantendo-se o sigilo do resultado das deliberações, diante da atual permissão de acesso a essa informação por pesquisadores, assim como pelo público em geral, após o decurso do lapso de 25 anos[340]. Esse ponto, contudo, dificilmente deve ser objeto de alteração, eis que representa, na linha da praxe francesa, uma valorização da colegialidade[341].

A prolação de decisão única do colegiado, sem a divulgação de votos dissidentes e concorrentes, tem, inclusive, reflexos na organização administrativa interna do Conselho Constitucional. Com efeito, diversamente do que ocorre nas cortes em que esses votos são divulgados, no Conselho Constitucional, como visto, os assistentes jurídicos não são designados para auxiliar especificamente um dos membros na elaboração dos seus votos, mas atuam em conjunto para o órgão como um todo, recebendo instruções do presidente ou do secretario geral[342].

Os artigos 20 e 23-11 da lei orgânica do Conselho Constitucional estabelecem a obrigação de motivação das decisões que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. Tal motivação, à evidência, será coletiva, diante da vedação à divulgação de divergências.

As decisões do Conselho Constitucional se exprimem em uma estrutura silogística. Costumam obedecer à mesma forma, contendo a menção às disposições normativas aplicadas, a motivação e o dispositivo[343]. E sua redação é usualmente concisa, seguindo a

---

[338] « *En ce qui concerne plus particulièrement le Conseil constitutionnel, qui examine souvent des textes politiquement controversés, permettre la publication d'opinions dissidentes ou concordantes aboutirait sans doute à rendre plus difficile la conciliation des différents points de vue, certains membres pouvant être tentés de cultiver leur singularité plutôt que de rechercher des compromis ».* HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009, p. 869.

[339] De acordo com Thales Morais da Costa, os conselheiros "poderiam, a justo título, temer represálias da opinião pública". O autor entende que as sessões secretas preservam a independência e a imparcialidade das decisões. **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 175-176.

[340] « *La question mérite d'autant plus d'être posée que, depuis le 1er janvier 2008, les délibérations du Conseil constitutionnel sont accessibles aux chercheurs, et peuvent même être rendues publiques à l'expiration d'un délai d'au moins vingt-cinq ans. Puisque l'on a finalement renoncé, pour le passé, à la fiction d'un Conseil unanime, est-il vraiment nécessaire de la maintenir pour le présent? ».* HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**, p. 869.

[341] LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. **Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy.** New York: Oxford University Press, 2004, p. 330.

[342] HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**, p. 869-870.

[343] FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 360.

chamada "tradição francesa[344]", o que, a princípio, parece implicar em textos mais acessíveis ao público[345]. A não divulgação de votos divergentes contribui para reduzir a extensão das decisões.

Como esclarecem Ferejohn e Pasquino, "as decisões normalmente são breves e não apresentam as objeções constitucionais à legislação de modo detalhado[346]". Após alguns "considerandos", nos quais são expostos os motivos da decisão, o Conselho Constitucional externa o resultado do julgamento, no sentido da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei.

Apesar de reconhecer a nota da concisão, Favoreu chegou a identificar uma tendência do Conselho Constitucional à prolação de decisões mais extensas, com um maior número de considerandos, explicando que: "De fato, elas estão mais longas, não sendo raro agora que tenham uma centena de considerandos, ou em média uma quarentena, enquanto antes uma dezena de considerandos era o máximo[347]".

Há quem sustente, porém, a ocorrência de uma inversão desta tendência de desenvolver a argumentação, a partir de uma exposição mais detalhada dos motivos que levavam à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. Atualmente,

---

[344] « *Jusque-là, la tradition dans les rédactions du Conseil, à l'instar de celles du Conseil d'État, allait dans le sens de la brièveté. A partir du moment où la contestation des décisions par le monde politique est devenue vive, le Conseil a entrepris de manière systématique un travail juridico-pédagogique d'explication. Par exemple la décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations comporte, non pas une longue dissertation érudite à la manière de la Cour allemande ou italienne, mais tout de même une explication substantielle des motifs et des choix. Actuellement le Conseil a pour habitude de rédiger ses motifs en trois points: l'argumentation de ceux qui critiquent la loi; ce que l'on peut ou non leur répondre; ce qu'il faut décider ».*VEDEL, Georges. **Neuf ans au Conseil constitutionnel.** Extrato da revista Le débat, nº 55, mars-août 1989, disponibilizado em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/neuf-ans-au-conseil-constitutionnel.25707.html. Ao abordar o controle de constitucionalidade praticado na França, Virgílio Afonso da Silva afirma que "no sistema francês, não há uma instância deliberativa, uma instância da qual seja exigida uma *deliberação* extensiva e uma fundamentação exaustiva e sofisticada, já que o Conselho Constitucional decide como órgão político, sem que haja grandes motivações". **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** *In* Revista de Direito Administrativo, n° 250, 2009, p. 208. Todavia, como esclarece Louis Favoreu, também as decisões do Conselho de Estado e da Corte de Cassação são tradicionalmente concisas. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012, p. 361. Assim, talvez a ausência de uma fundamentação exaustiva seja característica das decisões francesas em geral, e não apenas daquelas proferidas pelo Conselho Constitucional, enquanto órgão político.

[345] Ao menos se comparados aos textos das decisões do Supremo Tribunal Federal, cuja extensão muitas vezes desencoraja a leitura pelo público leigo, em especial nos casos de maior repercussão.

[346] **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 58.

[347] **Droit constitutionnel**, p. 361.

estar-se-ia diante de uma nova inflexão na postura do Conselho Constitucional, que não mais demonstraria preocupação em indicar os seus fundamentos de modo tão explícito[348].

Observa-se que a concisão, que permanece como característica típica dos pronunciamentos do Conselho Constitucional, tem sido avaliada pela doutrina francesa de maneira muitas vezes crítica, na medida em que estaria relacionada com uma fundamentação insuficiente dos julgados[349]. Alega-se que as decisões seriam tomadas sem um exame aprofundado da matéria subjacente, não sendo providenciada, ainda, a devida motivação para as suas conclusões[350].

Adicionalmente, setores da doutrina compreendem que a adesão à tradição francesa de decisões concisas não seria adequada no caso dos pronunciamentos do Conselho Constitucional, que demandariam maiores esclarecimentos e justificativas[351], por dizerem respeito justamente ao controle de constitucionalidade da legislação[352].

---

[348] SABÈTE, Wagdi. **De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel.** *In* AJDA, 2011, p. 885-887. Esta constatação decorre, sobretudo, da análise de decisões recentes do Conselho Constitucional que declararam a constitucionalidade de determinadas leis, as quais, na concepção de Patrick Wachsmann, teriam violado direitos e liberdades constitucionais. **Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel.** *In* **Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak**. LGDJ, 2007, p. 282.

[349] Não se pode negar, porém, que é difícil delimitar o que seria exatamente uma fundamentação suficiente. A resposta a esse problema não é dada apenas pela extensão da decisão, pois uma decisão mais longa não é necessariamente melhor fundamentada do que uma decisão curta. Nesse sentido, BARANGER, Denis. **Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle: motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.** Jus politicum, nº 7. http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html, p. 3. O que importa, na verdade, é a qualidade da argumentação. É preciso, no entanto, encontrar um meio-termo, pois parece claro que, se decisões muito longas como as do Supremo Tribunal Federal não podem ser consideradas ideais, decisões por demais sucintas talvez não consigam desenvolver adequadamente a argumentação.

[350] De acordo com Wagdi Sabète, « *qu'on le veuille ou non, un juriste expérimenté ne saurait nier que certaines décisions récentes du Conseil constitutionnel attirent l'attention par la faiblesse de leurs motifs* ». Prossegue o autor afirmando que *« l'étonnement, voire la déception, à la suite de certaines décisions, justifie aussi largement que la question de l'argumentaire des décisions fasse l'objet de nombreuses études universitaires »*. Em suas palavras, a motivação das decisões do Conselho Constitucional seria "precipitada" e "mal construída". **De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel**, p. 885 e 888. No mesmo sentido, WACHSMANN, Patrick. **Des chameaux et des moustiques**, p. 283.

[351] *« Quant à la jurisprudence, elle est fortement handicapée, à nos yeux, par un premier trait, qui est d'avoir repris de style de motivation « à la française », singulierement celui du Conseil d'État, avec cependant cette différence essentielle que la continuité d'une tradition maîtrisée n'est pas également assurée dans les deux ailes du Palais-Royal. Il faut d'abord se demander si l'*imperatoria brevitas*, comme on l'appelle pompeusement, est bien adaptée au mode d'intervention du Conseil. La rareté des interventions de ce dernier, bloquées par l'article 61 au stade pré-natal de la loi, aurait dû, à elle seule, imposer plus de dévelopements des motivations »*. WACHSMANN, Patrick. **Des chameaux et des moustiques**, p. 279-280.

[352] Neste ponto, aduz-se inclusive que a concisão das decisões estaria ligada à peculiar relação do Conselho Constitucional com a política. BARANGER, Denis. **Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle**, p. 16-17. Igualmente Wagdi Sabète sugere a existência de propósitos políticos orientando as decisões do Conselho Constitucional: *«Si le Conseil avait appliqué les mêmes techniques employées dans sa jurisprudence antérieure et quelle que soit la conclusion à laquelle il parviendrait, ses récentes décisions n'auraient pas suscité autant de doute! Certes, le juge n'est pas sans orientation politique. Celle-ci y était peut-être. On ne lui demande pas d'être sans sensibilité politique, on lui demande d'être au-dessus d'elle »*. **De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel**, p. 891.

Sem dúvida, um dos fatores que contribui para a brevidade da fundamentação observada no âmbito do Conselho Constitucional é a necessidade de se obter consenso em torno das decisões, o que acaba por obstar o desenvolvimento da argumentação, de modo a evitar o surgimento de divergências.

Em síntese, pode-se afirmar que a atividade deliberativa do Conselho Constitucional segue a linha do sistema francês em geral, no qual as decisões são tomadas após a realização de debates em sessões secretas, sendo posteriormente formalizadas por acórdãos sucintos, sem a divulgação de votos dissidentes ou concorrentes.

3.2. A sistemática do Tribunal Constitucional português

Assim como foi feito no tópico precedente, neste tópico será analisada a prática decisória do Tribunal Constitucional português no que se refere ao controle de constitucionalidade da legislação. Após breve exame da criação, competência e composição do Tribunal Constitucional, será apresentado o sistema de controle de constitucionalidade português. Efetuada essa exposição preliminar, será abordada a deliberação da corte.

O interesse pela sistemática do Tribunal Constitucional de Portugal se justifica pela similaridade entre os sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e português, o que pode significar uma maior compatibilidade das soluções lá encontradas em termos de deliberação com a nossa prática nacional.

3.2.1. O Tribunal Constitucional

A jurisdição constitucional em Portugal, ou mais especificamente o controle de constitucionalidade, passou por diversos estágios, desde seu início em 1911, com a adoção do sistema difuso nos moldes do controle norte-americano[353], até a revisão constitucional de 1982, que alterou a Constituição de 1976, criando o Tribunal Constitucional, encarregado de realizar o controle concentrado[354]. O funcionamento efetivo do Tribunal Constitucional, no entanto, só teve início em abril de 1983, com a posse dos seus juízes.

---

[353] Nesse ponto, a Constituição portuguesa de 1911 sofreu influência da Constituição brasileira de 1891, que já importara o sistema de controle norte-americano. QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 291.

[354] Para uma visão esquematizada da evolução do controle de constitucionalidade em Portugal, cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 503-504.

Nos termos do artigo 221º da Constituição portuguesa, compete ao Tribunal Constitucional administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Dentre as suas atribuições, a de maior destaque é a realização do controle de constitucionalidade. Mas o tribunal desempenha ainda outras funções de relevo, como a fiscalização da legalidade[355] e aquelas relacionadas à sua competência em matéria eleitoral[356].

O tribunal é composto por treze juízes-conselheiros, que exercem seus mandatos por um período não renovável de nove anos e são escolhidos com a observância de dois critérios distintos: parte deles é designada pela Assembleia da República e parte é cooptada pelos seus próprios membros. Assim, dez juízes são indicados pelo Parlamento[357] e três, pelos demais juízes do tribunal.

Verifica-se, assim, que não há previsão de participação do Presidente da República na escolha dos juízes do Tribunal Constitucional. A falta de um mecanismo de freios e contrapesos na indicação dos juízes-conselheiros tem sido criticada pela doutrina[358].

A corte é dividida em três seções não especializadas, cada um delas composta pelo presidente ou pelo vice-presidente do Tribunal e por mais quatro juízes. Não havendo

---

[355] O controle de legalidade pode ser efetuado para aferição da compatibilidade de atos legislativos comuns com leis de valor reforçado, bem como da observância da supremacia hierárquica dos estatutos das regiões autônomas. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 37. Carlos Blanco de Morais propõe a extinção do controle de legalidade, por se tratar de "fiscalização moribunda, escassamente utilizada, inutilmente duplicadora do controlo sucessivo de constitucionalidade e, como tal, redundante que complica o sistema sem vantagem". **Que reformas para a justiça constitucional portuguesa?** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 263.

[356] Observa Cardoso da Costa que "se encontra, afinal, concentrada no Tribunal Constitucional toda a competência para o *contencioso eleitoral* (tomada esta expressão em sentido lato) relativo a eleições políticas". **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 49. Maria Lúcia Amaral critica a atribuição dessas outras funções, que não integram a justiça constitucional propriamente dita, ao Tribunal Constitucional, por entender que importam em sobrecarga da corte, consumindo tempo significativo, que deveria ser dedicado ao exercício do controle de constitucionalidade. **O Tribunal Constitucional e o desempenho das funções estranhas ao controle de constitucionalidade das leis.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**, p. 25-33.

[357] Segundo Carlos Blanco de Morais, haveria um "pacto" entre os dois principais partidos políticos (Partido Socialista e Partido Social Democrata), aos quais podem se associar eventualmente partidos menores, para a escolha de juízes para integrar o Tribunal Constitucional. **Justiça Constitucional: Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 139.

[358] Uma crítica a esse e a outros aspectos da forma de designação dos juízes pode ser encontrada em MIRANDA, Jorge. **Sobre a composição do Tribunal Constitucional português.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**, p. 18 e ss. Carlos Blanco de Morais propõe um "'arejamento' no processo de designação dos conselheiros, permitindo-se que uma parcela dos mesmos fosse eleita, de entre juízes de carreira, por um futuro Conselho Superior de Justiça ou, na sua falta, por um colégio de magistrados designados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Administrativo". **Justiça Constitucional: Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 144. Para uma defesa da atual forma de designação dos juízes, consultar a obra de José Manuel M. Cardoso da Costa, ele próprio um antigo membro do Tribunal Constitucional. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 17-18.

especialização em razão da matéria, todas as seções são competentes, em princípio, para julgar a generalidade das demandas. Todavia, tratando-se de fiscalização abstrata de constitucionalidade e de legalidade, as decisões devem ser tomadas pelo tribunal pleno, a teor do artigo 224º da constituição. O julgamento dos recursos no controle concreto, entretanto, compete às seções, assim como todas as demais matérias não reservadas ao plenário[359]. Em alguns casos, visando especialmente a harmonização da jurisprudência do tribunal, cabe ao plenário julgar os recursos das decisões das seções, bem como julgar diretamente os recursos no controle concreto de constitucionalidade[360].

3.2.2. O controle de constitucionalidade português

O sistema português de controle de constitucionalidade, na configuração adotada a partir de 1982, admite a fiscalização difusa, que compete aos tribunais em geral, com possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional[361], e a fiscalização concentrada, atribuída com exclusividade a este último[362]. Por esse motivo, o sistema é considerado misto pela doutrina portuguesa[363], guardando semelhança com o sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro[364].

A competência do Tribunal Constitucional no campo do controle de constitucionalidade das normas é ampla, podendo ser efetivada tanto de modo abstrato quanto de modo concreto.

---

[359] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 61.

[360] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 61-62.

[361] O artigo 280º da Constituição portuguesa prevê duas hipóteses em que o recurso ao Tribunal Constitucional é obrigatório: quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar ou quando a decisão aplicar norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional. Nessas hipóteses, o Ministério Público está obrigado a interpor o recurso.

[362] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 504-505.

[363] Nesse sentido, MOREIRA, Vital. **Le Tribunal constitutionnel portugais: le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle.** Cahiers du Conseil constitutionnel nº 10 (Dossier: Portugal), mai 2001. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-tribunal-constitutionnel-portugais-le-controle-concret-dans-le-cadre-d-un-systeme-mixte-de-justice-constitutionnelle.52132.html. Canotilho considera-o um "sistema misto complexo". **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 917.

[364] O sistema brasileiro, do mesmo modo, acolhe o controle concentrado de constitucionalidade, ao lado do difuso. Contudo, a doutrina pátria em geral classifica o sistema como difuso, ressaltando que não se trata de um sistema misto, mas sim de um sistema difuso no qual coexiste o controle concentrado de constitucionalidade.

As vantagens da solução encontrada pelo sistema português são enunciadas por Carlos Blanco de Morais da seguinte forma:

> (...) em sistemas como o português e o brasileiro, onde o processo de fiscalização concreta assume carácter difuso, carecendo as decisões de inconstitucionalidade proferidas no seu âmbito de força obrigatória geral, é mister reconhecer que a fiscalização abstracta sucessiva permite contrabalançar as insuficiências derivadas da ausência de efeitos "erga omnes" das decisões tomadas no primeiro mecanismo de controlo. Isto porque uma fiscalização concreta difusa desacoplada do efeito do *"stare decisis"* e não associada a um processo de fiscalização abstracta sucessiva constitui um factor de incerteza jurídica, por ausência de um mecanismo adequado que solucione, definitivamente, uma eventual desarmonia de julgados, como provou a história constitucional portuguesa anterior a 1976[365].

O Tribunal Constitucional realiza o controle abstrato de modo preventivo ou repressivo (chamado de "sucessivo" pela doutrina portuguesa)[366]. Todas as normas jurídicas estão sujeitas ao controle sucessivo, inclusive as anteriores à constituição vigente[367] e aquelas de caráter individual e concreto[368].

Ao controle preventivo, todavia, podem ser submetidas apenas as normas constantes de lei, decreto-lei e decreto legislativo regional (diplomas com valor formal de lei) ou de tratado ou acordo internacional.

Caso seja for promovido pelas autoridades legitimadas, o controle preventivo ocorrerá após a aprovação da norma, mas antes de sua publicação[369]. É possível, porém, que a decisão do Tribunal Constitucional que reconhece a inconstitucionalidade do dispositivo seja superada pela Assembleia. A decisão da Assembleia confirmando o dispositivo, no entanto, não obriga o Presidente da República, que pode optar por acompanhar o Tribunal Constitucional, não promulgando o diploma[370]. Interessante observar que a decisão do Tribunal Constitucional que, em fiscalização preventiva, conclui

---

[365] **Justiça Constitucional: Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 483.

[366] O controle preventivo, no entanto, é objeto de críticas doutrinárias – talvez por sua forte feição política – , havendo, inclusive, quem postule a sua extinção, como aponta Carlos Blanco de Morais. **Justiça Constitucional**, p. 482.

[367] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 32-33.

[368] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 35.

[369] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 43-44.

[370] Tanto a previsão de confirmação política do diploma inconstitucional pela Assembleia quanto a faculdade concedida ao Presidente da República de atuar como árbitro do conflito entre Parlamento e Tribunal são criticadas por Carlos Blanco de Morais, que defende a devolução da última palavra sobre a constitucionalidade da legislação ao Tribunal Constitucional. **Que reformas para a justiça constitucional portuguesa?** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 262.

pela constitucionalidade do dispositivo não impede que posteriormente a mesma norma seja objeto de novo controle, seja abstrato, seja concreto[371].

O direito português adota também o controle de inconstitucionalidade por omissão, para apreciação do descumprimento da constituição em razão da não edição das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. Nesse caso, verificando a existência de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional limita-se a dar ciência ao órgão legislativo competente.

No controle concreto, os processos chegam ao Tribunal Constitucional pela via recursal, para revisão de decisões dos tribunais[372] sobre a constitucionalidade de determinada norma, sejam decisões positivas de inconstitucionalidade, sejam decisões negativas de inconstitucionalidade[373]. Desse modo, a decisão recorrida pode ter considerado inconstitucional a norma e recusado a sua aplicação, ou ter aplicado a norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, afastando a alegação. Neste último caso, devem ser observados alguns pressupostos processuais específicos para recebimento do recurso[374]. É cabível ainda o recurso em face de decisões que apliquem normas já declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional. Além das partes, o Ministério Público pode recorrer ao tribunal.

O tribunal irá se manifestar apenas sobre a questão constitucional, que é o objeto do recurso[375]. Ao dar provimento ao recurso, o Tribunal Constitucional determina o retorno dos autos à origem, para que se decida em conformidade com o entendimento por ele firmado acerca da questão da constitucionalidade. Tem-se, portanto, decisão com força cassatória[376].

Observa-se que a decisão proferida no controle concreto produz efeitos apenas entre as partes. Entretanto, quando o Tribunal Constitucional declarar uma norma inconstitucional por três vezes, a eficácia da decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade pode ser expandida, o que é feito a partir da abertura de

---

[371] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 88.

[372] Esclarece Cristina Queiroz que "por "tribunais" no sentido do disposto nos artigos 204º e 280º/1 e 2 da Constituição, deve entender-se todos os órgãos jurisdicionais aos quais é atribuída, como função principal, a atividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à Constituição e à lei". **Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 319.

[373] QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**, p. 323.

[374] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 75 e ss.

[375] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 989.

[376] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2014, p. 427.

um processo de fiscalização abstrata sucessiva. Esse mecanismo, que pode ser instaurado por iniciativa de um dos membros do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público, é conhecido como "processo de generalização[377]".

3.2.3. A deliberação no Tribunal Constitucional

De acordo com o artigo 224º da Constituição portuguesa, a lei deve estabelecer as regras relativas ao funcionamento do Tribunal Constitucional. Tal tarefa coube à Lei nº 28/82, que dispõe sobre a organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional.

Os procedimentos adotados pelo Tribunal Constitucional variam de acordo com a matéria a ser decidida, considerada a diversificação das competências da corte. Tratando-se de controle de constitucionalidade, que é o nosso foco, o procedimento a ser seguido está previsto nos artigos 51º a 85º da Lei nº 28/82. Registre-se, porém, que nem mesmo o procedimento de controle de constitucionalidade é uniforme, tendo em vista a existência de distintos tipos de controle operados pelo tribunal, os quais, em razão de suas peculiaridades, demandam normas procedimentais específicas. Desse modo, a Lei do Tribunal Constitucional regula em subcapítulos separados os processos de fiscalização abstrata (preventiva, sucessiva e inconstitucionalidade por omissão) e os de fiscalização concreta.

Os processos são distribuídos por sorteio, para indicação de um relator, que será o responsável por redigir a decisão final. Todavia, conforme observa Cardoso da Costa, nem sempre haverá a distribuição. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de rejeição liminar de pedido de controle abstrato de constitucionalidade, em que a decisão é desde logo tomada pelo plenário do tribunal, sem a nomeação de relator[378]. Ademais, em situações excepcionais, o relator não será indicado por sorteio, mas designado pelo Presidente, a teor do artigo 63º, 2.

No processo, adota-se tão-somente a forma escrita, uma vez que não há oportunidade para que as partes apresentem alegações orais[379].

---

[377] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1024.

[378] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 63-64.

[379] O ex-juiz-conselheiro do Tribunal Constitucional Armindo Ribeiro Mendes defende, todavia, a introdução das alegações orais nos processos de fiscalização concreta, sob o argumento de que "podem contribuir para uma aproximação da Justiça Constitucional dos cidadãos, quebrando o tradicional sistema de secretismo que decorre de um recurso exclusivamente escrito". **Reforma do processo constitucional – Mesa-redonda.** *In*

A tomada da decisão no controle de constitucionalidade é precedida pela apresentação – pelo relator, Presidente do tribunal, ou Vice-Presidente[380] – de um memorando, contendo o enunciado das questões a serem enfrentadas e da solução proposta, com indicação sumária dos respectivos fundamentos. O memorando é submetido aos demais julgadores para debate reservado, no curso do qual será fixada a orientação do plenário ou da seção.

Posteriormente, será redigido o acórdão pelo relator, com base no memorando, ou, caso o relator saia vencido no julgamento ou caso o memorando tenha sido apresentado pelo Presidente ou Vice-Presidente, por outro juiz para tanto designado.

Existe, ainda, a possibilidade de o relator apresentar desde logo um projeto de acórdão para discussão, em vez de um memorando, se estiver em causa um controle concreto de constitucionalidade, nos termos do artigo 79º-B da Lei nº 28/82, agilizando-se, assim, o procedimento[381].

No controle abstrato em geral, seja ele preventivo ou sucessivo, a tramitação do processo compreende as seguintes fases: recebimento do pedido, oitiva do órgão autor da norma, elaboração do memorando e julgamento[382]. No controle abstrato sucessivo, é possível, ainda, a teor do artigo 64º-A da Lei do Tribunal Constitucional, que o seu Presidente, o relator, ou o próprio Tribunal requisitem a quaisquer órgãos ou entidades elementos que julguem necessários ou convenientes para a apreciação do pedido e a decisão do processo.

Tratando-se de controle preventivo, o relator possui um prazo de cinco dias para elaborar o memorando, do qual serão distribuídas cópias aos demais juízes. Após o recebimento das cópias do memorando, deve-se aguardar um prazo de dois dias para decisão. É o que Carlos Blanco de Morais chama de "prazo mínimo de reflexão[383]". O tribunal se reúne então em sessão plenária para discussão do memorando, tomando a decisão na sequência[384]. Com base no que for decidido, o relator – ou o juiz substituto, se ele restar vencido – redigirá o acórdão. Na fiscalização preventiva é estabelecido um prazo

---

RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 279.

[380] Na fiscalização sucessiva abstrata de constitucionalidade cabe ao Presidente do Tribunal ou, por sua delegação, ao Vice-Presidente a elaboração do memorando, com as questões prévias e de fundo que a corte deve responder.

[381] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 67-68.

[382] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 70.

[383] **Justiça Constitucional: Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 590.

[384] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, p. 590.

de vinte e cinco dias para o Tribunal Constitucional se pronunciar, prazo este que pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

Já no controle abstrato sucessivo, a lei prevê o julgamento em duas etapas. Na primeira, há um debate preliminar no plenário com base no memorando da presidência[385] e, após a fixação do entendimento do tribunal, a designação de relator para redação de projeto de acórdão, no prazo de quarenta dias. Na segunda, há a apreciação e a assinatura do acórdão.

Esclarece Canotilho que nessa sistemática o "relator é, em rigor, um redactor, pois a decisão já foi tomada antes, em sessão plenária, no momento do debate do memorando do Presidente[386]". De acordo com Cardoso da Costa, ao atribuir ao Presidente do Tribunal a preparação dos processos, a lei buscou conferir "maior operacionalidade" à fiscalização abstrata sucessiva, tendo em vista que no regime anterior, no qual o relator era designado no início para elaborar o memorando, havia um acúmulo de processos e atrasos nos julgamentos[387].

Este ponto, porém, não é pacífico. Parcela da doutrina critica a previsão da elaboração do memorando pela presidência do tribunal no controle sucessivo abstrato, tendo em vista que, a despeito das justificativas ofertadas para a sua introdução em 1998, a medida retardaria a solução do processo. Entende João Cura Mariano, ele próprio ex-juiz-conselheiro do Tribunal Constitucional, que há um "defasamento na celeridade" no controle abstrato, uma vez que este exige "a elaboração de duas peças preparatórias por pessoas diferentes (Presidente e Relator), previamente à aprovação do acórdão decisório, enquanto o recurso de fiscalização concreta apenas exige, em regra, a elaboração de uma única peça preparatória (o projeto do Relator)[388]". Propõe o autor, assim, o regresso ao sistema uniforme anterior, em que igualmente no controle abstrato o memorando era preparado pelo relator[389].

No controle concreto, as fases processuais são as seguintes: interposição e admissão do recurso, discussão e julgamento. Nessa modalidade, o órgão autor da norma não é intimado a se manifestar. Apenas as partes e o Ministério Público, se for o caso, são

---

[385] Nesse caso, o "prazo de reflexão" é de quinze dias. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 591.
[386] **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1008.
[387] **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 71.
[388] **Reforma do processo constitucional – Mesa-redonda.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 271.
[389] **Reforma do processo constitucional – Mesa-redonda**, p. 272.

intimados para apresentar alegações, participando da fase de discussão[390]. Registre-se que nas situações em que a lei admite decisão sumária, o trâmite é simplificado. Assim, se o relator entender que não pode conhecer do objeto do recurso ou que a questão a decidir é simples, está autorizado a proferir desde já a decisão, que pode consistir em simples remissão à anterior jurisprudência do tribunal.

Qualquer que seja a modalidade de controle, o quórum para instalação e julgamento é idêntico. Dispõe o artigo 42 da Lei nº 28/82 que o Tribunal Constitucional, em plenário ou em seção, só pode funcionar se presente a maioria dos respectivos membros, sendo as deliberações tomadas à pluralidade de votos dos membros presentes. Em caso de empate, a decisão cabe ao Presidente, que pronunciará o voto de qualidade.

Um aspecto interessante do julgamento pelo Tribunal Constitucional português é que a maioria deve ser obtida em relação a cada uma das questões que a corte deve enfrentar e abrange não só a decisão final a respeito de cada uma delas, mas também os seus fundamentos[391]. Esta opção torna a obtenção de maiorias mais difícil. Os seus méritos, entretanto, devem ser reconhecidos, em especial o fato de facilitar a identificação da posição institucional do tribunal, pois é possível visualizar não apenas a decisão, mas igualmente os motivos que levaram-no a proferir a decisão naquele sentido.

Finalizado o julgamento, há a redação do acórdão. No sistema português, os juízes que não seguirem a maioria, discordando da conclusão ou de seus fundamentos, podem fazer lavrar os seus votos divergentes[392]. São chamados "votos de vencido" em Portugal. A possibilidade de divulgar votos divergentes no âmbito do Tribunal Constitucional está prevista desde a criação da corte[393]. Com isso, é possível conhecer a posição pessoal de todos os seus juízes, diversamente do que ocorre no sistema francês[394]. Mas ainda assim, as decisões finais tendem a ser relativamente concisas, pois os juízes que acompanham o relator não apresentam votos em apartado.

---

[390] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007, p. 83.

[391] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, p. 68.

[392] Segundo Katalin Kelemen, é antiga a tradição portuguesa de permitir a revelação de dissenso, ainda que de modo limitado, pois de há muito se autorizava que fosse escrita a palavra "vencido" ao lado da assinatura do juiz discordante. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1349.

[393] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts**, p. 1348.

[394] Em Portugal também se coloca a questão da conveniência de se divulgar as divergências, despontando entendimentos doutrinários contrários à permissão. Nesse sentido, Armindo Ribeiro Mendes, ao tratar do controle concreto, defende a supressão do "voto de vencido", para garantir "uma maior autoridade das decisões e um mais elevado nível de persuasão". **Reforma do processo constitucional – Mesa-redonda.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 279.

Esses são, em linhas gerais, os contornos da prática deliberativa do Tribunal Constitucional português na fiscalização de constitucionalidade da legislação, que engloba variadas formas de controle.

3.3. A sistemática do Tribunal Constitucional Federal alemão

O presente tópico se destina ao exame da sistemática do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que será efetuado nos mesmos moldes das Cortes Constitucionais que o antecederam. A opção por tratar do tribunal alemão decorre do fato de poder ser considerado o representante de maior proeminência do modelo europeu de matriz kelseniana, o qual exerceu influência no desenvolvimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

3.3.1. O Tribunal Constitucional Federal

A jurisdição constitucional na Alemanha deu seus primeiros passos no início no século XIX, desenvolvendo-se lentamente a partir daí[395]. A Constituição de Weimar, de 1919, representou um avanço importante nessa direção ao instituir um tribunal encarregado de julgar conflitos constitucionais nos Estados (*Staatsgerichtshof*), apesar de muitos considerarem insuficientes suas previsões quanto a este aspecto[396]. Sob a sua égide, em 1925, passou-se a admitir a realização de um controle incidental de constitucionalidade[397].

Mas foi somente com a Constituição de Bonn, de 1949, que a jurisdição constitucional se consolidou na Alemanha, com a previsão de uma Corte Constitucional. O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), por ela criado, com sede em Karlsruhe, foi instalado efetivamente em 1951 e com o tempo sua jurisprudência passou a exercer grande influência no país[398].

Apesar da autoridade conquistada pelo Tribunal Constitucional em seu mister de "guardião da constituição", também na Alemanha essa atuação não é isenta de críticas, existindo questionamentos quanto à extensão de seus poderes na defesa da Lei

---

[395] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 9.
[396] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 10-12.
[397] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 11.
[398] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 15.

Fundamental[399]. Apesar disso, pode-se afirmar que o tribunal goza de prestígio no meio jurídico e de reconhecimento junto à sociedade[400].

Ao *Bundesverfassungsgericht* compete decidir sobre as matérias que lhe são reservadas pela constituição e por leis federais[401]. Dentre as suas atribuições, destacam-se, além do controle de constitucionalidade, nas modalidades abstrata e concreta, a verificação de inconstitucionalidade dos partidos políticos e o julgamento de lides entre certos órgãos estatais (qualificados como "órgãos constitucionais") e entre a União e os Estados-membros. Também compete ao tribunal o julgamento da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), por meio da qual são apreciadas ofensas aos direitos fundamentais dos indivíduos praticadas pelo poder público, seja por ação ou por omissão. Cabe aduzir que a corte lida apenas com matéria constitucional, não sendo um tribunal de revisão[402].

O tribunal se divide em dois Senados, cada um deles composto por oito juízes. No que concerne à divisão dos processos entre eles, observa-se a existência de uma especialização material, podendo-se afirmar que em regra compete ao Primeiro Senado o exame das questões atinentes aos direitos fundamentais e ao Segundo Senado o julgamento daquelas relacionadas com a organização estatal[403]. Em caso de divergência, quando um Senado pretende se desviar do entendimento contido em uma decisão do outro Senado, o Plenário é chamado a decidir.

Integram o Tribunal Constitucional juízes federais e outros membros, eleitos pela Câmara Federal e pelo Conselho Federal (*Bundestag* e *Bundesrat*)[404]. O mandato dos juízes dura doze anos, sendo vedada a reeleição. O mandato também pode se encerrar

---

[399] Nesse sentido, Leonardo Martins aponta setores da doutrina alemã que consideram que "o tribunal pretenderia realizar sua transmutação de "defensor" a "senhor" da Constituição". **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 37.

[400] Segundo Leonardo Martins, a autoridade do tribunal decorre de "sua, em geral, clara e consistente jurisprudência". **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 38.

[401] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 490.

[402] ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional litigation as dispute processing: comparing the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 2.

[403] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 41.

[404] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 488-489.

quando os juízes atingem a idade da aposentadoria compulsória, que ocorre aos sessenta e oito anos[405].

Os juízes contam com assistentes jurídicos para auxiliá-los no desempenho de suas funções oficiais. O parágrafo 13 das Regras de Procedimento do Tribunal Constitucional Federal estabelece que os assistentes jurídicos devem seguir as instruções do juiz ao qual estão alocados.

De acordo com Joachim Wieland, existem 48 assistentes, com formação jurídica, que interrompem suas carreiras por cerca de três a quatro anos para trabalhar com os juízes em Karlsruhe[406]. Considerando que o tribunal é composto por 16 juízes, temos três assistentes por juiz. Além desses assistentes, dois oficiais permanentes, que são servidores do tribunal, auxiliam o Presidente e o Vice-Presidente em suas atribuições no Senado.

Os assistentes jurídicos ocupam uma posição importante no contexto do tribunal, sendo conhecidos como o "Terceiro Senado[407]". Em sua maior parte, os assistentes são juízes de tribunais inferiores, mas há também advogados, professores, promotores e servidores públicos[408].

A seleção dos assistentes jurídicos é feita pelos próprios juízes do Tribunal Constitucional, que frequentemente recebem indicações. É comum ser fixado um período de experiência de seis meses para verificar se o assistente se adequa ao exercício das funções[409].

3.3.2. O controle de constitucionalidade alemão

Na Alemanha, o controle de constitucionalidade se realiza tanto de modo abstrato quanto de modo concreto[410]. O Tribunal Constitucional Federal detém o monopólio da realização do controle, ou ao menos o monopólio da rejeição de uma norma reputada

---

[405] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 7-8.

[406] **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 198. As afirmações do artigo se baseiam na experiência do seu autor como assistente jurídico.

[407] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 198.

[408] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 198.

[409] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 199.

[410] Para um exame da evolução do controle de constitucionalidade na Alemanha, consultar PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 75 e ss.

inconstitucional, já que a apreciação da constitucionalidade deve ser feita por qualquer juiz. Tem-se, portanto, um controle exclusivamente concentrado.

Tratando-se do controle abstrato, a demanda é iniciada diretamente no Tribunal Constitucional. Já no controle concreto, a questão constitucional é submetida ao *Bundesverfassungsgericht* pelos demais tribunais, ficando os processos originários suspensos até a decisão da corte sobre a constitucionalidade da norma. Assim, caso entenda que uma norma aplicável ao caso *sub judice* contraria a Lei Fundamental, o juiz deve levar a questão para decisão do Tribunal Constitucional, formando-se um incidente de inconstitucionalidade[411].

A reclamação constitucional também é inserida por alguns autores entre os procedimentos de controle normativo concentrado[412]. Apesar de se tratar de medida destinada à defesa dos direitos fundamentais, e não ao controle normativo, por vezes ela tem permitido, igualmente, a fiscalização da constitucionalidade da legislação[413]. Trata-se de procedimento que exige o prévio esgotamento das vias judiciais ordinárias, em razão de sua subsidiariedade.

O controle abstrato de normas se realiza nos termos do artigo 93, II, da Lei Fundamental alemã, que dispõe competir ao Tribunal Constitucional decidir as divergências ou dúvidas sobre a compatibilidade formal ou material da legislação federal ou estadual com a constituição, desde que haja solicitação nesse sentido do Governo federal, do Governo de um Estado ou de um quarto dos membros do *Bundestag*[414]. O direito alemão admite o controle abstrato tanto de normas posteriores à *Grundgesetz*, quanto de normas pré-constitucionais[415].

---

[411] Segundo Mauro Cappelletti, a previsão desse mecanismo constitui um aprimoramento ao sistema de matriz austríaca de controle de constitucionalidade original. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1992, p. 108-112.

[412] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 43.

[413] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 40-41.

[414] Hesse esclarece que o requerimento "para controle de normas abstrato somente é admissível quando um autorizado para o pedido julga nulo direito federal ou direito estadual por causa de sua incompatibilidade com a Lei Fundamental ou outro direito federal ou quando ele o julga válido depois que um tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da federação ou de um estado não aplicou esse direito como incompatível com a Lei Fundamental ou outro direito federal". **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 496.

[415] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 495.

No que toca ao controle concreto, pode ser realizado somente com relação às normas pós-constitucionais[416], que configurem leis em sentido formal[417]. Estabelece o artigo 100 I da Lei Fundamental alemã que quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, ele terá de suspender o processo e submeter a questão ao Tribunal Constitucional Federal. Este procedimento é denominado "dever de apresentação judicial[418]".

Desse modo, se houver convencimento judicial sobre a inconstitucionalidade de lei tida como relevante para a decisão [419], deve ser instaurado o incidente de inconstitucionalidade. O apresentante da questão de inconstitucionalidade deve ser o órgão julgador do processo originário (juiz ou tribunal), não podendo as partes da lide levá-la diretamente ao Tribunal Constitucional, mas tão-somente fazer sugestão nesse sentido.

Ao submeter a questão ao Tribunal Constitucional, o órgão julgador deve fundamentar seu entendimento no sentido da inconstitucionalidade da norma, apontando o dispositivo constitucional que reputa violado e demonstrando, ainda, não ser possível uma interpretação conforme a constituição[420]. Além disso, deve indicar em que medida sua decisão depende da validade da disposição legal questionada.

Após a decisão do incidente, o processo originário é retomado, tendo o juiz ou tribunal apresentante autonomia para julgar, devendo apenas respeitar o entendimento do Tribunal Constitucional acerca da constitucionalidade ou não da norma impugnada[421].

---

[416] PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 91.

[417] Leonardo Martins explica que "destarte, alcança-se o escopo da norma do Art. 100 I GG: evitar que a decisão do órgão constitucionalmente legitimado para a criação da regra geral e abstrata seja desrespeitada por órgãos do Poder Judiciário: leis em sentido material (decretos, regulamentos, portarias etc.), enquanto espécies normativas de autoria do Poder Executivo, podem ser rejeitadas em face de sua inconstitucionalidade por qualquer juiz, sem que haja invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário. É da competência genuína do Judiciário controlar ilimitadamente os atos da Administração Pública e governamentais. O controle do Legislativo, ao contrário, encontra certos limites constitucionais, que visam a preservar o princípio da legitimação democrática da fixação de regras gerais". **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 50-51. Observa-se, assim, que o controle de constitucionalidade alemão, seguindo a matriz austríaca, conserva a preocupação presente na sua gênese, pois, como elucida Francisco Fernández Segado, o modelo de Kelsen não partia de uma atitude de desconfiança em relação ao Parlamento, mas de um desejo de reforçá-lo, protegendo-o dos juízes. **La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano.** Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna, 2010, p. 34.

[418] PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**, p. 88.

[419] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 52-53.

[420] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 52.

[421] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 54.

A decisão que declara uma norma nula tem força de lei. E os pronunciamentos do Tribunal Constitucional são obrigatórios para os órgãos constitucionais federais e estaduais, assim como para todos os tribunais e autoridades públicas. Ainda quando a corte aprecia a constitucionalidade da norma em controle concreto, há vinculatividade universal à sua decisão[422].

3.3.3. A deliberação no Tribunal Constitucional Federal

Nos termos do artigo 94, II, da Constituição alemã, cabe à lei ordinária dispor sobre a organização do Tribunal Constitucional Federal, bem como sobre o processo no seu âmbito. Por esse motivo, em 12 de março de 1951, foi editada a Lei do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGG).

Em seu § 1º, 3, a referida lei prevê que compete ao Tribunal Constitucional estabelecer regras para o seu procedimento. Tais regras foram fixadas em novembro de 2014. Também o Regimento Interno do tribunal contém disposições relativas ao procedimento a ser adotado no seu âmbito[423].

As eventuais lacunas deixadas pela Lei Fundamental, pela Lei do Tribunal Constitucional e pelo seu Regimento Interno têm sido sanadas pelo próprio *Bundesverfassungsgericht*, que vem entendendo ter competência para solucionar a questão[424]. Há, todavia, setores da doutrina alemã que se mostram refratários à ampliação dos poderes de conformação procedimental da corte nas situações em que há lacunas normativas[425], por temer a ocorrência de uma invasão da esfera de competências do legislador.

Os recursos constitucionais recebidos pelo Tribunal Constitucional passam por um exame prévio acerca do seu cabimento, realizado por Câmaras compostas por três juízes[426].

---

[422] PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 94.

[423] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

[424] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 38.

[425] "Fala-se, também com tom crítico, que o TCF tem a pretensão de ser o "senhor do processo", ou seja, de livre dispor, com base em seu regimento interno, dos diversos procedimentos". MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 37-38.

[426] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 5.

No controle abstrato, após o recebimento da petição inicial, é dada ao *Bundestag*, ao *Bundesrat* e ao Governo Federal a oportunidade de se manifestarem. Na sequência, é realizada audiência pública[427]. Por fim, o Tribunal Constitucional Federal toma a decisão.

No controle concreto, a Câmara, o Conselho e o Governo Federal podem vir a integrar o procedimento em qualquer estágio (§ 82, 2, BVerfGG). Às partes do processo original é dada, igualmente, oportunidade de manifestação (§ 82, 3, BVerfGG). O Tribunal Constitucional pode, ainda, indagar outros tribunais sobre como tem sido feita a aplicação da norma contestada e a interpretação da constituição com relação à questão em disputa (§ 82, 4, BVerfGG).

É permitida a transmissão televisiva e radiofônica, bem como a filmagem e a gravação de som, durante as audiências orais, até o momento em que o tribunal admite a presença das partes, e durante os pronunciamentos públicos de decisões (§ 17 a, BVerfGG). Todas as sessões de julgamento, no entanto, são sigilosas, só podendo estar presentes os juízes que delas participam.

Nos termos do § 23 das regras de procedimento do Tribunal Constitucional, para cada caso a ser decidido, o juiz relator deve providenciar um parecer escrito. Nos casos mais simples, esse parecer pode ser substituído por um rascunho de decisão. Entre a disponibilização desse parecer aos demais juízes e a data da decisão deve haver um prazo de ao menos dez dias.

Via de regra, as decisões são tomadas por maioria dos presentes, prevendo-se o quórum mínimo de seis juízes para julgamento no Senado (§ 15, 2, BVerfGG). Em caso de empate, não pode ser reconhecida ofensa à Lei Fundamental (§ 15, 4,BVerfGG)[428].

Após as deliberações secretas, uma vez fixado o posicionamento da corte, a decisão é redigida pelo relator, com a devida fundamentação, independente de ele integrar a maioria ou de ter saído vencido. Assim, não existe a figura do relator para o acórdão[429]. Na sequência, a decisão é assinada por todos os juízes que participaram da sessão de julgamento (§ 30, 1, BVerfGG).

---

[427] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 48.

[428] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 8.

[429] SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 197.

As decisões do *Bundesverfassungsgericht* são formalizadas seguindo uma estruturação específica, que contempla um corpo principal e dois acessórios[430]. No corpo principal – ou "decisão propriamente dita", na expressão de Leonardo Martins – estão a fundamentação e o dispositivo. Os acessórios do acórdão são as ementas e os votos divergentes. No direito alemão, o acórdão pode conter em seu início mais de uma ementa, com a síntese do que restou decidido[431].

Os votos divergentes são juntados ao fim, sejam eles expressão de *"dissenting opinion"* ou de mera *"concurring opinion"*. Apenas em 1970 passou-se a admitir formalmente a publicação de voto vencido, com a alteração da Lei do *Bundesverfassungsgericht*[432]. Ainda assim, a Alemanha foi o primeiro país europeu a editar legislação permitindo a divulgação de votos divergentes[433].

A mesma reforma legal tratou da possibilidade de ser revelada a proporção entre os votos vencidos e os vencedores, cabendo ao Senado decidir pela sua divulgação ou não, o que é feito em sessão secreta[434]. De todo modo, não é exposta a identidade dos juízes que votaram em cada sentido[435]. Só é possível saber quem votou contrariamente à tese majoritária se os juízes divergentes optarem por apresentar voto separado[436].

Sem embargo, verifica-se que na grande maioria dos casos não há publicação de divergências[437]. Os votos divergentes costumam ser apresentados tão-somente quando expressam profundas convicções pessoais em sentido diverso da posição majoritária[438].

---

[430] Acerca da estrutura da decisão do Tribunal Constitucional alemão, consultar MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 97-107.

[431] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 97.

[432] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 8 e MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 97-98.

[433] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1347. Há quem sustente, porém, que tal divulgação, ao expor o dissenso entre os juízes, enfraqueceria a autoridade das decisões do Tribunal Constitucional. MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 98.

[434] MARTINS, Leonardo. **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 98.

[435] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts**, p. 1362-1363. Segundo a autora, todavia, são raras as ocasiões em que o tribunal faz uso da faculdade de divulgar a proporção entre votos vencedores e vencidos. P. 1368.

[436] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts**, p. 1363.

[437] De acordo com Leonardo Martins, "após a fase inicial de entusiasmo da década de 1970, onde o percentual de decisões de Senado sobre as quais se publicava conjuntamente uma opinião divergente chegava a 11,6%, caiu para 4,6%, no final da década de 1980, retomando seu crescimento a partir da segunda metade da década de 1990". **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 98, nota 162. Em texto mais recente, Virgílio Afonso da Silva também aponta a queda do número de opiniões divergentes divulgadas na Alemanha. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of

Em seus julgados, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, considerando vinculantes também as razões fundamentais[439]. Leonardo Martins identifica, contudo, uma tendência da corte em considerar como razões fundamentais vinculantes (*tragende Gründe*) somente a parte da motivação em que há interpretação do direito constitucional, excluindo-se a parcela em que se aborda o direito infraconstitucional[440].

Como visto, no exercício de suas atividades, os juízes do Tribunal Constitucional Federal recebem o suporte dos assistentes jurídicos. Os trabalhos preparatórios e a administração dos processos são delegados aos assistentes jurídicos, de forma a permitir que os juízes se concentrem na solução dos casos[441]. A par disso, os assistentes podem colaborar na própria elaboração dos votos. A única função que não pode ser exercida por eles é a de tomar parte nas deliberações do Senado[442]. Mas todo o trabalho prévio pode contar com o seu auxílio. Observa-se, porém, que em todas as possíveis atuações há uma relação de dependência, já que os assistentes seguem as determinações do juiz correspondente[443].

Uma das principais tarefas dos assistentes jurídicos é a de preparar as decisões de admissão ou não de reclamações constitucionais[444]. Nesse caso, os assistentes elaboram o relatório e o rascunho da decisão. Nos casos mais controversos, os assistentes costumam

---

Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 570, nota 39. Consoante o autor, de todas as decisões publicadas no repositório oficial do Tribunal Constitucional Federal entre 1971 e 2014, apenas 7,2% delas contêm votos dissidentes ou concorrentes. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n. 47, jul/dez 2015, p. 206, nota 2. Essa estatística pode ser consultada no site do tribunal: http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/statistik_2014_node.html

[438] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1365.

[439] Nesse sentido, RINKEN, Alfred. **The Federal Constitutional Court and the german political system.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 71.

[440] **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** *In* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 119. No mesmo sentido, PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 106-107.

[441] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison**, p. 201.

[442] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 201.

[443] MASSING, Otwin. **The legal assistants at the German Federal Constitutional Court: a "black box" of research? A comment.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison**, p. 212.

[444] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 202.

conversar com o juiz responsável antes de redigir o rascunho da decisão[445]. Muitas vezes, o juiz fornece ao assistente uma estrutura detalhada para tanto, em especial quando se trata de decisão a ser tomada pelo Senado[446]. Nas situações em que o próprio juiz redige o rascunho da decisão, o assistente costuma colaborar com a pesquisa doutrinária e jurisprudencial. De toda sorte, ainda que feito pelo assistente, o rascunho da decisão é revisado pelo juiz, que é o responsável por ela. Ademais, é o juiz quem vai defender a posição durante a deliberação no Senado[447].

Finda a deliberação no Senado, o veredicto precisa ser formalizado por uma decisão escrita. Nessa etapa pode haver novamente a participação dos assistentes jurídicos. A redação final da decisão usualmente fica a cargo do próprio juiz, para refletir o resultado da deliberação no Senado[448]. No entanto, é frequente a redação das ementas pelos assistentes[449], que também podem auxiliar na elaboração de votos divergentes.

A despeito de se poder delimitar nesses termos a atividade dos assistentes jurídicos, há quem questione a ausência de um conhecimento preciso sobre o papel por eles desempenhado na deliberação do Tribunal Constitucional, problema que é denominado por Otwin Massig de "caixa preta" da justiça constitucional[450]. O jurista alemão acredita que a atuação dos assistentes precisa ser avaliada para que se tenha a dimensão do seu impacto no processo de tomada de decisões, o que não estaria muito claro atualmente[451].

Delineada, assim, a prática deliberativa do Tribunal Constitucional Federal alemão, que pode ser considerado um representante da tradição kelseniana de controle da constitucionalidade da legislação.

3.4. A sistemática da Suprema Corte norte-americana

---

[445] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 203.
[446] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 204.
[447] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 204.
[448] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 204.
[449] WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 204.
[450] **The legal assistants at the German Federal Constitutional Court: a "black box" of research? A comment.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison**, p. 209.
[451] **The legal assistants at the German Federal Constitutional Court**, p. 210.

Por fim, procede-se ao exame da sistemática da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, da mesma forma, seguirá o padrão empregado na análise das demais Cortes Constitucionais selecionadas.

Justifica-se a abordagem da prática deliberativa do tribunal norte-americano não apenas em razão da significativa influência da *"judicial review"* pela via difusa no surgimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, mas igualmente pelo fato de a Suprema Corte ter sido a fonte de inspiração para a criação do Supremo Tribunal Federal.

Adicionalmente, o papel desempenhado pela noção de *"stare decisis"* no direito de países adeptos do *common law*, como o Estados Unidos, contribui para despertar o interesse pelo exame da deliberação na Suprema Corte em um momento no qual se evidencia no cenário nacional a tendência de tornar obrigatórios os pronunciamentos da nossa Corte Constitucional.

Com efeito, se o fortalecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passa pelo aprimoramento da sua prática deliberativa, mostra-se pertinente a análise da forma de deliberação empregada pela Suprema Corte, diante do sistema de precedentes vinculantes que lá vigora.

3.4.1. A Suprema Corte

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi prevista inicialmente na Constituição, em 1787, sendo criada pelo Judiciary Act de 24 de setembro de 1789 e efetivamente organizada em fevereiro de 1790. Apesar de se caracterizar como uma instituição jurídica, o tribunal também desempenha um papel político importante, tomando decisões sobre as questões mais relevantes para o país[452].

Os exatos poderes da Suprema Corte, assim como a organização de todo o Poder Judiciário, não foram estabelecidos com precisão pela Constituição norte-americana, sendo tal tarefa conferida ao Congresso, mediante a edição de leis, e aos próprios juízes da corte, por meio de suas decisões[453]. Não tendo a constituição disciplinado os contornos do tribunal, a função foi desempenhada pela Lei Judiciária de 1789[454].

---

[452] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 4.
[453] https://www.supremecourt.gov/about/institution.aspx
[454] BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 33.

A Suprema Corte constitui o órgão de cúpula do Poder Judiciário norte-americano. Assim, além da competência originária sobre algumas matérias, como disputas entre Estados, bem como entre um Estado e o governo federal, e casos envolvendo corpos diplomáticos estrangeiros[455], o tribunal detém competência recursal, julgando os recursos contra decisões das cortes federais de apelação e também contra decisões das mais altas cortes estaduais, desde que envolvam matéria de lei federal[456]. Enquanto a competência originária da Suprema Corte está prevista na própria Constituição, sua competência recursal é fixada em lei ordinária[457].

A corte tem jurisdição sobre as questões federais, o que abrange os casos nos quais se discute a Constituição, o direito federal ou os tratados[458]. Asseveram Grossman e Epp que "a responsabilidade da Suprema Corte é a de resolver conflitos sobre o significado das leis federais e da Constituição no contexto da adjudicação de casos particulares[459]".

A maioria dos casos que chega à Suprema Corte se insere em sua competência discricionária, sendo possível ao tribunal definir se irá ou não julgá-los[460]. Conforme esclarece Eduardo Schenato Piñeiro, ao decidir em quais casos inseridos em sua competência originária é apropriado realizar o julgamento, a corte considera a seriedade dos fatos da causa e a existência de um foro alternativo disponível[461].

Tratando-se de competência recursal, há tanto a jurisdição obrigatória quanto a discricionária[462]. A jurisdição é discricionária nas situações em que o tribunal avalia a aceitação ou não do julgamento do *certiorari*[463], que é um reexame baseado no interesse público. O seu surgimento remonta a uma lei editada em 1925 para fazer frente à elevação do número de processos em trâmite perante a Suprema Corte, conferindo-lhe discricionariedade para determinar quais processos deveriam ser decididos[464].

---

[455] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 14-15.
[456] BAUM, Lawrence, p. 15.
[457] BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 28-29.
[458] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 109.
[459] **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court**, p. 111.
[460] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 17.
[461] **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 36.
[462] FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 37.
[463] Exige-se o voto de quatro dos nove juízes que compõem o tribunal para que a petição de *certiorari* seja acolhida e a questão seja por ele apreciada.
[464] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court**, p. 109-110.

A partir daí, o tribunal passou a se valer intensamente do *writ of certiorari*, que permite o controle da pauta a partir da seleção dos casos para exame. Apenas os casos mais relevantes, aqueles que transcendem aos meros interesses das partes, são admitidos a julgamento pela Suprema Corte. Por meio do procedimento há significativa redução do volume de processos, uma vez que apenas 1 a 2% do total é aceito para exame do mérito[465]. Não é necessário justificar a recusa do *certiorari*[466], o que faz com que na maioria dos casos o tribunal se limite a afirmar que a petição é negada[467].

O tribunal é integrado por nove juízes, nomeados para cargos vitalícios, sem previsão de idade para aposentadoria compulsória, dispondo a Constituição que permanecem no cargo enquanto houver "bom comportamento[468]".

A escolha dos juízes é feita pelo Presidente da República, com posterior sabatina no Senado. A aprovação requer maioria simples[469], mas o Senado se mostra bastante incisivo nas arguições, existindo diversos casos de rejeição de candidatos a vagas na corte[470]. O processo de indicação dos juízes, fortemente político, tem sido acompanhado de perto pela sociedade e pela mídia, com ampla publicidade e investigação acerca da vida dos postulantes ao cargo, o que levou Richard Davis a compará-lo a uma campanha eleitoral[471].

Também o Presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice*, é escolhido pelo Presidente da República, sendo este cargo igualmente vitalício[472]. Desse modo, um dos

---

[465] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 110.

[466] PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 37.

[467] SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.** Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 171. Segundo Joel Grossman e Charles Epp, o que tem se tornado mais comum é a divulgação de votos dissidentes da rejeição de um caso. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court**, p. 113.

[468] Desse modo, os juízes podem permanecer no cargo a vida toda após nomeados, se não o deixarem voluntariamente ou não forem removidos pelo procedimento de *impeachment*. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 21.

[469] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 21.

[470] Segundo noticiou o jornal Folha de São Paulo, no total foram 12 rejeições ao longo da história, tendo a última delas ocorrido em 1987. Além disso, diversos indicados tiveram seus nomes retirados pela Presidência da República, diante da perspectiva de uma rejeição. "Com rito similar ao do Brasil, nome para o Supremo avança nos EUA". Folha de São Paulo, 23 de março de 2017.

[471] **Electing justice: fixing the Supreme Court nomination process.** New York: Oxford University Press, 2005, p. 7. O autor analisa o crescente papel dos atores externos no processo de nomeação dos juízes da Suprema Corte, o que representaria uma tendência de democratização. De acordo com ele, no entanto, ainda há pontos que precisam ser aperfeiçoados neste processo.

[472] BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 117.

nove juízes é encarregado de exercer de modo permanente a presidência da corte, não havendo a fixação de um mandato para tanto[473].

A Suprema Corte não é dividida internamente em Turmas ou afins, o que faz com que todos os juízes participem do julgamento de todos os casos que lhe são submetidos[474].

Cada juiz da Suprema Corte conta com o auxílio de até quatro assistentes jurídicos[475]. Tais assistentes, que geralmente são bacharéis em Direito recém-formados, são selecionados pelos próprios juízes para exercer a função por um período de um a dois anos[476]. A necessidade de se recorrer ao trabalho dos assistentes foi resultado do aumento da carga de trabalho na Suprema Corte[477]. A prática teve início em 1882, sendo o cargo efetivamente criado em 1886[478].

Os assistentes, no exercício de suas funções, vinculam-se aos juízes individualmente, e não ao tribunal[479]. É o juiz quem determina o número dos seus assistentes, dentro do limite máximo fixado pelo Congresso, sendo responsável também por delimitar as atividades específicas a serem por eles desenvolvidas, o que tem variado de acordo com o juiz[480].

3.4.2. O controle de constitucionalidade norte-americano

O poder para a realização do controle de constitucionalidade não foi conferido expressamente ao Judiciário pela Constituição norte-americana, sendo o resultado de construção jurisprudencial. Como se sabe, a *"judicial review"* teve sua origem na decisão

---

[473] Inexiste, portanto, rotatividade no cargo, tal como ocorre no Brasil. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 37.
[474] Salvo impedimento de algum deles. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**, p. 37.
[475] A exceção é o Presidente da Corte, que pode contar com cinco assistentes. GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 112. Também os juízes dos tribunais inferiores contam com assistentes jurídicos. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**, p. 38-39.
[476] Outrora, também no Brasil os assessores dos Ministros não podiam ocupar o cargo por mais de dois anos. REZEK, Francisco. **Prefácio.** *In* HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus assessores.** São Paulo: Almedina, 2014, p. 5. Atualmente, não há prazo para a permanência no cargo de assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.
[477] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison**, p. 183.
[478] HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus assessores**, p. 9-10.
[479] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States**, p. 178.
[480] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States**, p. 187.

proferida, em 1803, pelo juiz Marshall no caso Marbury v. Madson[481]. Na ocasião, foi fixado o entendimento de que, por ser a lei suprema, a constituição deve prevalecer em caso de conflito, sendo nula a lei que a contrarie. Com base nesse raciocínio, foi concebida a "doutrina Marshall", segundo a qual qualquer juiz, ao aplicar a lei em um caso concreto, pode reconhecer a sua invalidade, por afronta à constituição[482].

Além de não encontrar suporte explícito no texto constitucional, a solução criativa encontrada pelo juiz Marshall contrariava a ideia de que as decisões que envolvessem o interesse geral deveriam ser tomadas pelo povo, por meio de seus representantes eleitos. Partindo dessa concepção, uma decisão judicial que invalidasse o produto da vontade popular afrontaria o regime democrático, sendo inaceitável que juízes não eleitos afastassem uma lei formulada pela maioria. A questão em torno da aceitação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos passou a ser conhecida como "dificuldade contramajoritária[483]", colocando-se, na visão de seus críticos, uma dicotomia entre um processo político democrático e um processo judicial antidemocrático[484]. O resultado, em última instância, seria o "governo dos juízes[485]".

No entanto, pontua Laurence Tribe que, além de a investidura dos membros do Poder Judiciário contar com a participação política, o controle de constitucionalidade aufere sua legitimidade do próprio procedimento, pela discussão que se trava com os

---

[481] O caso envolvia a negativa de Madison, Secretário de Estado de Jefferson, em outorgar o exercício do cargo de juiz de paz a Marbury, que fora nomeado por Adams no fim do seu governo, mas não tomara posse oportunamente. Nesse caso, discutiu-se a possibilidade de se ampliar por lei a competência originária da Suprema Corte, que é fixada constitucionalmente. Conforme esclarece Laurence Tribe, *"In* Marbury v. Madison, *the Supreme Court held that Congress acted unconstitutionally in conferring upon the Court authority to issue original writs of mandamus in cases not "affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls (or) those in which a State (is) Party": Article III, in defining the extent of the Supreme Court's original jurisdiction, did not include among its grants of power the authority to issue such writs".* **American Constitutional Law.** New York: Foundation Press, 3ª ed., 2000, p. 207. A respeito da motivação do juiz Marshall para proferir a célebre decisão, afirma o autor: *"No doubt Marshall had a personal interest in increasing his own power. No doubt also, Marshall's politics were relevant: judicial review provided Federalist judges like Marshall with a means of checking whatever excesses might result from Jefferson's triumph in the "Revolution of 1800". Perhaps more significantly, Marshall decided* Marbury *at a time when the idea that legislatures would ignore principle in order to please controlling "factions" was widely shared but the idea that courts were similarly political was not yet current (although it would be within a few decades). In the context of the time, therefore,* Marbury *represented no novel seizure of power; indeed, the records of the Constitutional Convention itself suggest to at least some scholars that the Framers did not explicitly grant federal courts the power of judicial review because they took that power for granted".* P. 212.

[482] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade.** *In* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2013, p. 810.

[483] BINENBOJM, Gustavo. **Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, n. 18, ano 5, julho/setembro 2007, item 3. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=47242

[484] TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**, p. 307.

[485] BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 44.

demais poderes, com as diversas cortes atuantes no processo e com o próprio povo, logrando a submissão das práticas governamentais ao filtro das previsões constitucionais[486].

Com o tempo, a *judicial review* se consolidou internamente e se espalhou mundo afora, tendo inspirado a adoção do controle de constitucionalidade em inúmeros países.

O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos é realizado de forma difusa, uma vez que qualquer juiz pode apreciar a adequação constitucional de uma lei, afastando-a se entender que contraria a constituição. A fiscalização é feita de forma concreta, a partir da existência de uma controvérsia específica.

Do mesmo modo, a Suprema Corte não realiza controle abstrato de constitucionalidade, mas apenas concreto, na medida em que analisa a questão constitucional no bojo de um processo destinado a solucionar uma lide entre as partes[487]. A corte, todavia, é a responsável por decidir definitivamente a respeito da constitucionalidade da legislação. A despeito de suas decisões produzirem efeitos apenas *inter partes*, por força do *stare decisis* o precedente da Suprema Corte é seguido pelos demais tribunais[488].

3.4.3. A deliberação na Suprema Corte

Diversamente do que proposto para as demais Cortes Constitucionais selecionadas por este trabalho, no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos não será destacada para exame a prática deliberativa referente ao controle de constitucionalidade, uma vez que não há previsão de um procedimento específico para esta situação. Essa circunstância se relaciona com a própria configuração da corte como um tribunal de cúpula que fiscaliza a constitucionalidade da legislação somente de modo incidental e não se dedica exclusivamente ou precipuamente a esta atividade.

Os trabalhos na Suprema Corte se dividem em *"sittings"* e *"recesses"*, que se alternam em intervalos aproximados de duas semanas. Nos *"sittings"*, os juízes procedem às oitivas pertinentes ao caso e emitem opiniões. Os *"recesses"* são os momentos em que

---

[486] **American Constitutional Law.** New York: Foundation Press, 3ª ed., 2000, p. 308-311.
[487] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 5.
[488] PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 48. Para uma visão didática do papel do precedente no direito norte-americano, consultar FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67 e ss. A autora assevera, entretanto, que as decisões da Suprema Corte "comumente recebem diferentes interpretações das cortes inferiores". P. 38. Segundo Lawrence Baum, a doutrina do *stare decisis* inclui a expectativa de que a própria Suprema Corte siga os seus precedentes. **The Supreme Court**, p. 85.

os juízes redigem os votos[489]. Assim, durante cerca de quinze dias são realizadas audiências. Nos quinze dias seguintes, os juízes, após reunião secreta, elaboram seus votos[490].

É nos momentos denominados de *"sittings"* que são promovidas as audiências. As audiências na Suprema Corte são públicas, mas não televisionadas. Conforme relata Lawrence Baum, houve grande pressão, tanto do Congresso quanto do público em geral, para que as audiências fossem filmadas e transmitidas ao vivo em rede de televisão, mas a corte refutou a adoção da medida[491]. Tampouco se permite aos presentes que fotografem ou gravem áudios durante as sessões[492]. O que se admite apenas é a gravação em áudio das sustentações orais pela própria corte. Posteriormente, procede-se à transcrição da gravação, com liberação de seu conteúdo, geralmente às sextas-feiras, no decorrer dos períodos em que ocorrem os *"sittings"*[493].

Como a maioria dos casos submetidos à apreciação da Suprema Corte envolve sua competência recursal, geralmente não há testemunhas para serem ouvidas. Assim, as audiências usualmente se destinam às sustentações orais dos advogados das partes. Nessa oportunidade, os juízes dirigem aos advogados diversas perguntas. Muitas vezes, o intuito desses questionamentos é o de moldar a percepção de seus colegas acerca do caso, testando os argumentos que pretendem empregar em suas decisões[494].

Após as sustentações orais, a corte se reúne para discutir os casos, em sessão privada[495]. A discussão é iniciada pelo Presidente do tribunal, prosseguindo com os demais

---

[489] https://www.supremecourt.gov/about/procedures.aspx

[490] BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 118.

[491] **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 33. Algumas das tentativas de canais de televisão de obterem permissão para a transmissão das sessões são relatadas por Saul Tourinho Leal. **Por dentro das supremas cortes: bastidores, televisionamento e a magia da tribuna.** *In* Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, 2015, p. 545-548.

[492] FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 64.

[493] YOUM, Kyu Ho. **Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning From Abroad?** *In* Brigham Young University Law Review, vol. 6, 2012, p. 1989. Disponível em: http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2012/iss6/9. No texto, é apresentada a discussão a respeito da presença de câmeras nos tribunais nos Estados Unidos. Ao defender uma reformulação na postura da Suprema Corte de negar a transmissão das sessões por emissoras de rádio e televisão, o autor apresenta as experiências das Supremas Cortes da Inglaterra, do Canadá e do Brasil, como exemplos de transparência judicial. P. 1990 e ss. Nota-se, porém, que – diferentemente do que ocorre no Brasil – no Canadá e no Reino Unido as transmissões se restringem às sessões de sustentação oral, não compreendendo as reuniões para deliberação entre os juízes. Também nos Estados Unidos, uma eventual abertura para transmissões televisivas teria que se limitar às sustentações orais, na medida em que as sessões de julgamento são reservadas aos juízes da Suprema Corte, sem a possibilidade de acompanhamento pelo público externo.

[494] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 60-61.

[495] FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 38.

juízes, do mais antigo ao mais novo. Cada um deles apresenta o seu voto preliminar, acompanhado das razões que justificariam uma decisão em determinado sentido[496]. Como ressalta Lawrence Baum, em regra, depois da manifestação dos juízes há pouco ou nenhum debate[497]. O objetivo dessa conferência é o de delimitar em que direção se posiciona inicialmente a maioria do tribunal[498]. Ressalva-se, assim, a possibilidade de ulterior mudança de entendimento dos juízes.

Por ocasião dos *"recesses"*, os juízes estudam os casos e debruçam-se sobre a redação dos seus votos. Nesse período, também são avaliadas as petições de *certiorari*, para se decidir quais delas serão admitidas.

Depois da sessão reservada de debates, um dos juízes é designado como relator[499], sendo incumbido de redigir um esboço de decisão, com base nas opiniões expressas na audiência. Assim, ao ser indicado como relator, o juiz já fica encarregado de ser o redator do pronunciamento do tribunal[500]. E como é o responsável por dar forma à opinião majoritária, o relator exerce significativa influência sobre a decisão final da corte[501].

Esse esboço de decisão circula entre os demais juízes, que podem alterar a posição anteriormente externada[502]. Tem início então um processo de negociação, pois os juízes podem sugerir modificações para aderir ao posicionamento expresso nesse memorando inicial[503]. O processo de redação da decisão final se desenrola, assim, a partir da troca de manifestações escritas, nas quais os juízes sinalizam sua intenção em seguir ou não o

---

[496] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 62.

[497] **The Supreme Court**, p. 62-63. Segundo o autor, *"this reflects the fact that, as Justice Scalia put it, the discussion of a case in conference "is not really an exercise in persuading each other, it's an exercise in stating your views while the rest of us take notes"*.

[498] MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court: the collegial game.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 6-7.

[499] Se o Presidente da corte integrar a maioria, ele próprio será o relator ou poderá indicar outro juiz para a função. Caso contrário, o relator será o juiz mais antigo dentre os que compõem a maioria. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 38.

[500] SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 183, nota 1.

[501] MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court**, p. 7. Por isso, a escolha do juiz encarregado de redigir o voto da maioria costuma ser feita criteriosamente. P. 55.

[502] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 64.

[503] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 65. A tentativa do redator de obter suporte dos demais juízes pode resultar em votos majoritários dotados de menor clareza. P. 71.

relator[504]. Nesse momento, pode circular um esboço adicional, com respostas do relator aos demais juízes[505].

Os juízes que discordam da posição majoritária também redigem suas decisões, em votos dissidentes ou concorrentes, fundamentados de forma a angariar novos adeptos[506]. Ao juiz mais antigo a expressar sua discordância é atribuída a tarefa de redigir o voto divergente. Observa-se que, como regra, as posições dissonantes se condensam em um voto. Não obstante, podem existir múltiplos votos dissidentes ou concorrentes, se a divergência for tal que não puder ser formulada em um único voto[507].

Apesar de essa redação ser feita simultaneamente à da maioria, frequentemente os juízes aguardam a circulação do esboço da decisão majoritária para apresentar os votos divergentes[508]. E esses votos divergentes acabam exercendo de fato influência sobre a decisão final, na medida em que seus argumentos, se não chegam a convencer os demais, ao menos contribuem para que sejam robustecidos os argumentos contrários, pois impulsionam a apresentação de contra-argumentos destinados a afastá-los[509].

Finalizado esse "processo de negociação" entre os juízes, é proferida a decisão final. As decisões são tomadas em conjunto pelos nove juízes. O quórum mínimo exigido para a tomada de decisões é de seis juízes. Pode ocorrer empate nos processos em que não participam do julgamento todos os juízes, como nas situações em que algum deles se declara impedido. Nestes casos, prevalece a decisão do tribunal inferior[510].

A decisão final contém um relatório do caso, o exame dos aspectos legais envolvidos, a análise das distintas opiniões e a conclusão da corte, terminando com um resumo do resultado para as partes[511]. O responsável por sua redação é identificado[512]. Como regra, a exposição dos fatos e a fundamentação jurídica são bastante detalhadas.

---

[504] MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court: the collegial game.** New York: Cambridge University Press, 2010, p. 20.
[505]MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court**, p. 10.
[506] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 68.
[507] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 69.
[508] MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court**, p. 7.
[509] Nesse sentido, assevera a juíza da Suprema Corte Ruth Bader Ginsburg: *"my experience teaches that there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation"*. Ela prossegue afirmando que *"on occasion – not more than four times per term I would estimate – a dissent will be so persuasive that it attracts the votes necessary to become the opinion of the Court"*. **The Role of Dissenting Opinions.** *In* Minessota Law Review, n° 95, 2010, p. 3-4.
[510] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 24.
[511] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**, p. 70.
[512] *"The judgment is written as the 'opinion of the Court', but it is authored by one judge who delivers the decision in the name of the majority"*. KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1362.

Segundo Ralf Rogowski e Thomas Gawron, em quase todas as decisões da Suprema Corte são publicados votos dissidentes ou concorrentes[513]. Em seus primórdios, a corte formalizava suas decisões de acordo com um modelo estritamente *seriatim*, em que cada juiz apresentava seu voto[514]. Esse panorama foi alterado no começo do século XIX, quando passaram a se conceber decisões institucionais, que expressavam o entendimento da corte como um todo. A consolidação dessa nova prática, centrada na busca da unanimidade, é atribuída à atuação do Chief Justice John Marshall[515].

No entanto, a partir do pós Segunda Guerra Mundial ganhou força a tendência de se divulgar as divergências[516]. Na década de 80 do século passado, observou-se um declínio, mas o número de votos em separado continua elevado[517]. Há quem critique o excessivo número de votos divergentes publicados, alegando que essa situação enfraquece a posição institucional da corte, tornando sua jurisprudência mais instável e fragmentada[518]. E segundo Richard A. Posner, William M. Landes e Lee Epstein, nos casos em que ocorre a publicação de votos divergentes, o voto da maioria tende a ser mais extenso[519], provavelmente devido ao intuito de rebater os argumentos contrários[520].

---

[513] **Constitutional litigation as dispute processing: comparing the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 11.

[514] GINSBURG, Ruth Bader. **The Role of Dissenting Opinions.** *In* Minessota Law Review, n° 95, 2010, p. 2.

[515] Segundo David M. O'Brien, *"Marshall believed that unanimous decisions would build the Court's prestige and legitimacy. He therefore discouraged dissenting opinions and wrote the overwhelming number of the Court's opinions, even when he disagreed with a ruling. Not all of the justices shared his view, but he made it difficult for them not to follow".* **Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions.** *In* GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. **Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches.** Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 92-93.

[516] De qualquer modo, ainda que seja frequente na atualidade a divulgação de votos dissidentes e concorrentes, Luís Roberto Barroso afirma que Marshall foi o responsável pela implementação de um "modelo de discussão prévia, com vistas à produção de consenso". **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 276.

[517] O'BRIEN, David M. **Institutional Norms and Supreme Court Opinions**, p. 92. De acordo com matéria publicada no jornal Folha de São Paulo em 20 de junho de 2016, no período de 1946 a 2009, apenas 30% das decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos foram unânimes ("STF é mais exposto que cortes semelhantes").

[518] Nesse sentido, David M. O'Brien assevera: *"when individual opinions are more highly prized than opinions for the Court, consensus not only declines but the Court's rulings appear more fragmented, uncertain, less stable, and less predictable".* **Institutional Norms and Supreme Court Opinions**, p. 111.

[519] Observa-se, assim, que o dissenso também pode impor "custos" aos vencedores, e não só aos perdedores, que têm o ônus de elaborar voto em separado. **Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis.** *In* John M. Olin Law & Economics Working Paper, n° 510, January 2010, p. 2.

[520] No Supremo Tribunal Federal, essa questão não se coloca nesses moldes, ao menos não nos casos mais polêmicos julgados pela corte, em que os Ministros preparam seus votos antes das sessões plenárias. Aqui, não há uma preocupação da corrente majoritária em rebater os argumentos contrários porque no momento em que os votos são redigidos não se sabe quem efetivamente integrará a maioria. Por outro lado, e até pelo

Verifica-se, desse modo, que é conhecida do público externo a posição de todos os juízes acerca do resultado final, sendo possível visualizar se acompanharam a maioria ou se divergiram[521]. Mas não obstante se admita a divulgação de divergências, tem-se entendido que as decisões prolatadas pela Suprema Corte exprimem o posicionamento da instituição[522].

Observa-se, porém, que a despeito de se tratar de um órgão colegiado, grande parte do trabalho dos juízes da Suprema Corte é feito de maneira isolada. A tomada de posição e a redação de votos se caracterizam mais como uma atividade individual do que como uma empreitada coletiva de se alcançar a decisão pela troca de argumentos.

Todavia, o interesse em formar maioria em torno de uma tese, que se firme como o posicionamento da corte, constitui um forte incentivo para que os juízes se esforcem em persuadir seus pares em determinada direção[523].

De acordo com Maltzman, Spriggs II e Wahlbeck, os juízes da Suprema Corte têm atuado nesse sentido, com o intuito de influenciar a compreensão dos seus pares acerca do caso, em direção a determinado resultado final. Com isso, a decisão acabaria por se configurar como o produto de um processo colaborativo[524]. Para tanto, os juízes precisam negociar e se comprometer uns com os outros, valendo-se de táticas de barganha, em um complexo e dinâmico processo de interação estratégica[525]. Ainda assim, o modelo de decisão da corte ainda é considerado por parcela significativa da doutrina como um modelo

---

próprio fato de todos os votos já terem sido elaborados previamente, as decisões nesses casos costumam ser bastante extensas. Mas a sua extensão não decorre da existência de votos dissidentes, pois mesmo votações unânimes podem se formalizar mediante decisões demasiadamente longas. Foi o que ocorreu no julgamento da ADPF nº 132, em que o tribunal, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Apesar de unânime, a decisão proferida pela corte contém 274 páginas, em razão da justaposição dos votos individuais apresentados pelos Ministros, que se alicerçaram em fundamentos distintos para julgar a ação procedente. Cabe aduzir, a respeito desse ponto, que no nosso sistema considera-se que houve unanimidade na presença de consenso quanto ao resultado da votação, ainda que a motivação seja distinta.

[521] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1362.

[522] GINSBURG, Ruth Bader. **The Role of Dissenting Opinions.** *In* Minessota Law Review, n° 95, 2010, p. 3. Tratando de sua propria atuação na Suprema Corte, a juíza ressalta: *"although I appreciate the value of unanimous opinions, I will continue to speak in dissent when important matters are at stake"*. P. 7. Para ela, a prioridade deve ser a formulação de decisões consensuais, não valendo a pena divergir em qualquer caso. Mas nos casos considerados relevantes, Ruth Ginsburg acredita ser essencial externar a divergência, de forma a demonstrar o equívoco de uma posição que precisaria ser corrigida no futuro.

[523] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 109.

[524] **Crafting Law on the Supreme Court: the collegial game.** New York: Cambridge University Press, 2010, p.8.

[525] **Crafting Law on the Supreme Court**, p. 17 e 25. Segundo Maltzman, Spriggs II e Wahlbeck, os juízes consideram os comportamentos, os sinais e as preferências de seus colegas ao tomarem suas próprias decisões. Trata-se, portanto, de uma atuação interdependente, que os autores chamam de "jogo colegiado", do qual os juízes participariam para garantir a consecução de seus objetivos. P. 149-150.

focado na deliberação externa, o que se traduz pela existência de pouca interação entre os juízes e pela tendência de coexistirem "múltiplas vozes individuais[526]".

A troca de opiniões entre os juízes da Suprema Corte compreende tanto a interação face a face quanto a escrita. O processo de tomada de decisão tem início em uma sessão secreta, momento em que ocorre a discussão direta sobre o caso e é fixada a maioria inicial, prosseguindo com a circulação de esboços de votos escritos, até a obtenção da decisão final[527]. Como visto, nessa etapa de interação escrita, os juízes podem mudar seu posicionamento.

Obtido o veredicto, a decisão é tornada pública, sendo anunciada no que ficou conhecido como *"Opinion Day[528]"*. Nesta oportunidade, todos os juízes apresentam seu entendimento, lendo documento previamente preparado ou resumindo sua conclusão, acompanhada dos fundamentos que a sustentam.

No curso de todo esse procedimento, os assistentes jurídicos participam ativamente em colaboração com os juízes. Parcela da doutrina questiona, contudo, a falta de conhecimento sobre os contornos da atuação dos assistentes jurídicos e sobre o poder real que ostentam[529]. Um fator que dificulta essa delimitação consiste na obrigação de confidencialidade, que está reforçada no Código de Conduta para os assistentes jurídicos[530].

Não obstante, a partir de relatos colhidos na doutrina, pode-se indicar as tarefas mais usuais dos assistentes jurídicos[531]. Com frequência, são incumbidos de preparar memorandos, nos quais apontam os aspectos fáticos envolvidos no caso, identificam as questões jurídicas, sugerem perguntas a serem colocadas aos advogados e abordam o mérito do caso[532]. Dentre as atividades desenvolvidas pelos assistentes, destaca-se a elaboração de esboços de decisão. Os assistentes também podem redigir votos divergentes, que serão revisados pelos juízes.

---

[526] Nesse sentido, cf. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 141. A concepção de Maltzman, Spriggs II e Wahlbeck do processo decisório da Suprema Corte como um jogo colegiado destoa um pouco do entendimento tradicional sobre o modelo de decisão do tribunal, que enfatiza a atuação solitária dos juízes.

[527] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 248.

[528] KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1362.

[529] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 175-176.

[530] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States**, p. 178.

[531] Lawrence Baum reporta o desempenho de algumas tarefas inusitadas, mas nem por isso menos úteis: *"Justice Kagan said that clerks also "wander around the building and find out a lot about what other people are thinking", and one reason is to help justices develop positions in cases that will win support from their colleagues".* **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016, p. 30.

[532] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States States**, p. 188.

A atuação dos assistentes jurídicos é bastante intensa no que se refere à seleção dos casos que serão analisados pelo tribunal [533]. Quando existe uma margem de discricionariedade na escolha dos casos a serem apreciados, os juízes se reúnem secretamente, sem a presença de terceiros, para decidir quais deles serão levados a julgamento. Previamente, contudo, os assistentes preparam um memorando sucinto, recomendando a submissão ou não do caso ao tribunal. Tem sido adotada a prática de os assistentes trabalharem em conjunto, para que cada um deles examine um caso, sem a necessidade de que vários assistentes, de juízes distintos, analisem o mesmo caso [534].

Aqui, cabe registrar que o procedimento de admissão de um caso ocorre em duas etapas. A primeira envolve a elaboração de uma lista de discussão que contém os casos indicados pelos juízes para serem examinados, em função de sua relevância. É necessária a indicação de apenas um dos juízes para que o caso conste da lista. Inexistindo essa única indicação, o caso é automaticamente excluído[535].

Na segunda etapa, há uma avaliação conjunta da mencionada lista, aplicando-se aquela que é conhecida como a "regra dos quatro". De acordo com Grossman e Epp, qualquer caso que obtiver ao menos quatro votos é aceito para julgamento. Havendo cinco votos, é possível que o caso seja decidido sumariamente com uma sucinta votação *per curiam*[536].

Na reunião para a escolha dos casos a serem decididos há pouca discussão, tendo em vista que na maioria das vezes os juízes chegam preparados para votar, limitando-se a exprimir suas opiniões e registrar seus votos, em um procedimento mais próximo da agregação de preferências do que de uma efetiva decisão colegiada[537]. Assim, a seleção dos casos a serem julgados, no procedimento de *certiorari,* não é fruto de uma deliberação conjunta, mas resultado de decisões individualizadas dos juízes, proferidas na forma *seriatim* e não fundamentadas[538].

---

[533] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 176.
[534] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States**, p. 184-185.
[535] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison**, p. 113.
[536] **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court**, p. 113.
[537] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court**, p. 113 e 118.
[538] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court**, p. 120. De todo modo, os autores ponderam que um processo de tomada de decisão individualmente orientado pode ter vantagens, como a produção de uma agenda mais diversificada no âmbito do tribunal.

A decisão dos juízes sobre a aceitação ou não dos casos costuma estar amparada pelo memorando prévio elaborado pelos assistentes jurídicos. Quanto a este ponto, critica-se o poder conferido aos assistentes jurídicos na avaliação dos casos que serão submetidos à Suprema Corte, especialmente nas situações em que trabalham conjuntamente, pois o caso acaba sendo analisado por apenas um assistente[539].

Em uma perspectiva mais ampla, é criticada a própria relação entre os juízes e os seus assistentes, que desviaria o foco da relação dos juízes entre si. Estes se preocupariam mais em dirigir os trabalhos de seus assistentes do que em interagir com os seus pares. Na prática, a troca de informações a respeito dos casos submetidos a julgamento seria mais constante entre os assistentes do que entre os juízes[540]. Haveria entre estes reduzida interação direta, diante do foco na troca de memorandos escritos. Lester Mazor acredita que isso leve até mesmo a um aumento do número de votos divergentes[541].

De um modo geral, argumenta-se que tem sido priorizado o convencimento do público externo, não se dando a devida atenção à persuasão dos demais juízes e à busca do consenso [542]. Sustenta-se, ainda, que esse processo decisório, um tanto quanto individualizado, contribuiria para diminuir o número de decisões veiculadoras do posicionamento institucional da corte que os demais tribunais se sentiriam compelidos a seguir[543].

Com isso, finaliza-se a exposição do panorama geral do processo decisório da Suprema Corte norte-americana, no qual a doutrina identifica traços característicos de um modelo de deliberação externa, valendo-se da classificação de Pasquino e Ferejohn[544].

3.5. Análise da experiência das Cortes Constitucionais estrangeiras à luz da prática deliberativa nacional

---

[539] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002, p. 185. Alega-se que é colocada muita responsabilidade nas mãos de poucos assistentes, o que se mostraria injusto com os litigantes. A esse argumento contrapõe-se o de que os critérios para a seleção dos casos mais importantes seriam fixados pelos juízes, o que reduziria a liberdade de atuação dos assistentes. P. 185.

[540] Segundo Mathilde Cohen, *"the U.S. Supreme Court eschew face-to- face communications between judges as a result of their reliance on the clerk network"*. **Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort.** *In* American Journal of Comparative Law, vol. 62, 2014, p. 997.

[541] MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States**, p. 192-193.

[542] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 143.

[543] GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison**, p. 120.

[544] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 143.

Apresentada a sistemática do Conselho Constitucional francês, do Tribunal Constitucional português, do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte norte-americana, cabe, neste momento, tecer algumas considerações sobre a experiência das Cortes Constitucionais estrangeiras selecionadas.

Logo à primeira vista, fica evidente que cada uma delas adota métodos bastante distintos de tomada de decisões, o que decorre das tradições e opções do país, relacionando-se com o próprio sistema de controle de constitucionalidade encampado. Entretanto, apesar de possuírem suas especificidades, o fato é que alguns aspectos centrais da prática deliberativa destas Cortes Constitucionais coincidem.

Com efeito, em todas as Cortes Constitucionais analisadas são realizadas sessões reservadas para a deliberação, formalizando-se o seu resultado em uma decisão única da maioria, ou de todo o colegiado no caso do Conselho Constitucional francês, que não admite a divulgação de divergências.

Cotejando-se a prática deliberativa de tais cortes com aquela desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o modelo nacional de tomada de decisões se aparta nitidamente dos seus congêneres estrangeiros.

No Brasil, há o emprego de certas práticas que não foram observadas na experiência estrangeira examinada, ressaltando-se o fato de as sessões de julgamento transcorrerem de forma pública e não serem precedidas por qualquer reunião oficial para discussão reservada entre os Ministros. Este ponto é salientado por Luís Roberto Barroso, que, ao analisar as peculiaridades do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, afirma:

> No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um *hearing*, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juízes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente mundo afora[545].

Esse fator contribui para o déficit de deliberação verificado no âmbito da corte:

---

[545] **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 276.

> Em parte como consequência desse modelo de votação pública, o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários. Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final[546].

Na mesma linha, José Rodrigo Rodriguez frisa que a tomada de decisões se dá por "mera agregação de opiniões", inexistindo "um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo[547]".

Adicionalmente, a publicação dos votos de todos os Ministros, notadamente nos casos mais polêmicos, é outro aspecto específico da nossa Corte Constitucional.

Dentre as Cortes Constitucionais escolhidas para este estudo, talvez a que guarde maior semelhança com a brasileira seja a Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa aproximação justifica-se pela grande influência que o Supremo Tribunal Federal sofreu da corte norte-americana em sua origem.

Em termos de processo decisório, a principal similaridade entre as duas cortes reside na ênfase conferida por ambas à deliberação externa, com o consequente realce da publicidade e da transparência em detrimento da busca pelo consenso entre os juízes.

No entanto, há aspectos importantes da deliberação institucionalizada no domínio da Suprema Corte que não foram seguidos pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a realização de reuniões secretas prévias. Após a sessão de deliberação, que não fixa o entendimento final da corte, mas já permite a visualização de uma tendência inicial da maioria, segue-se a preparação de um esboço de decisão, com a posterior troca de memorandos entre os julgadores. Nada disso foi previsto no sistema brasileiro.

Além disso, na corte norte-americana, o posicionamento da maioria se condensa em uma única decisão. Do mesmo modo, sempre que possível, tenta-se reunir as divergências em apenas um voto.

Nota-se, portanto, que, em seu desenvolvimento, o modelo de deliberação do Supremo Tribunal Federal acabou se afastando da sua fonte original de inspiração, trilhando outra direção. Com isso, acentuou-se o caráter externo da deliberação, que se mostra essencialmente voltada ao público, sobretudo em função da ampla publicidade das sessões de julgamento.

---

[546] 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. 276.

[547] **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 82-83.

No entanto, a consagração igualmente aqui de um momento reservado apenas aos Ministros para uma troca prévia de argumentos teria efeitos positivos sobre a deliberação. E a linha norte-americana de sessões sigilosas meramente preparatórias da efetiva tomada da decisão parece se coadunar com o nosso sistema, que garante a publicidade dos julgamentos.

A circulação entre os juízes de um esboço de decisão antes do julgamento definitivo, ou, no nosso caso, ao menos a prévia disponibilização do voto do relator, também se afigura como uma medida apta a fomentar a deliberação[548].

Até mesmo a prática francesa, calcada em pilares muito diversos dos nossos e partindo de um sistema de controle de constitucionalidade singular, pode fornecer ideias para o aperfeiçoamento do processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Realmente, a despeito de algumas críticas incisivas que lhe têm sido endereçadas[549], observa-se que a atividade deliberativa do Conselho Constitucional ostenta iniciativas interessantes, como a previsão de sessões reservadas e o enfoque na formação de um posicionamento da instituição. O seu principal mérito consiste em propiciar o livre debate entre os membros da corte.

A experiência dos Tribunais Constitucionais de Portugal e da Alemanha também é digna de nota. No caso do tribunal português, merece destaque a técnica empregada para a verificação da maioria, segundo a qual esta deve ser obtida em relação a cada uma das questões enfrentadas pela corte e deve abarcar o dispositivo e os fundamentos do *decisum*. Assim, não basta existir acordo a respeito do resultado final, devendo-se apurar ainda se a decisão é amparada por fundamentos aceitos pela maioria dos julgadores. Esta postura, não obstante torne mais intrincada a constituição da maioria, facilita a construção de um entendimento institucional, assim como a sua identificação.

Merece destaque também a prática de elaborar um memorando, com as questões a serem discutidas e a solução aventada, e submetê-lo aos demais juízes antes da decisão, o que contribui para fixar as bases do debate a ser efetivado na sessão secreta de julgamento.

---

[548] Apesar de ser possível ponderar que a interação integralmente face a face seria mais efetiva nesse sentido, a adoção da medida já representaria um significativo estímulo a um maior grau de deliberação, se considerado o nosso estágio atual.

[549] Como exemplo, pode-se citar aquela feita por Patrick Wachsmann, que, ao analisar especificamente o controle envolvendo as liberdades constitucionais clássicas, afirma que *«le lecteur pressé (nous le sommes tous!) a l'impression d'un contrôle bien rôdé, presque routinier et, somme toute, efficace ainsi que d'une vérification scrupuleuse de l'existence des garanties requises pour retirer leur nocivité à des dispositions d'une rigueur croissante. Un examen plus approfondi révèle une très grande supercialité du contrôle, invariablement favorable au texte ».* **Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel.** *In* **Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak**. LGDJ, 2007, p. 282.

Igualmente no Tribunal Constitucional Federal alemão adota-se a prática de disponibilizar com certa antecedência aos demais juízes um parecer escrito, preparado pelo relator para balizar a discussão.

Em ambas as cortes, o texto do pronunciamento final é redigido só depois de tomada a decisão. O que circula anteriormente é apenas um memorando ou parecer, e não um voto fechado. O próprio juiz relator não está adstrito à posição nele externada, que pode ser alterada no decorrer da sessão de julgamento, com a troca de argumentos entre os julgadores.

De se ressaltar, uma vez mais, que em todas as Cortes Constitucionais examinadas o entendimento institucional do tribunal se reflete em uma decisão única, que contempla o posicionamento majoritário. Somente as divergências, quanto ao resultado ou à fundamentação, são registradas em votos apartados, à exceção do Conselho Constitucional francês, que não autoriza a revelação de dissenso entre os seus membros.

A par disso, em todas estas cortes, uma fase do procedimento é destinada ao compartilhamento de opiniões entre os juízes, sem a possibilidade de acompanhamento pelo público externo, o que enseja uma ampla discussão do caso.

A exposição do processo decisório de outras Cortes Constitucionais teve como objetivo permitir a visualização da maneira como elas lidam com as questões com as quais o Supremo Tribunal Federal tem se deparado em tema de deliberação. Neste tópico foram destacados brevemente os pontos que mais chamaram a atenção na análise procedida, como exemplos de experiências que podem ser úteis para a formulação de nossas propostas.

Apesar de não oferecer uma resposta fechada para os problemas nacionais, o estudo do processo decisório de Cortes Constitucionais estrangeiras possibilita pensá-los a partir de outros ângulos, enriquecendo o debate interno sobre o aprimoramento da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal.

Capítulo 4: PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DA DELIBERAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No segundo capítulo, procedeu-se a um mapeamento do processo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o que se mostra essencial quando se tem em mente a necessidade de repensar a prática deliberativa da corte. Na oportunidade, foram identificados diversos aspectos que podem ser reputados falhos no modo de decidir do tribunal. Diante disso, e a partir da análise de algumas experiências estrangeiras, chega-se à conclusão de que existem pontos da deliberação realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal que são passíveis de aprimoramento.

O aperfeiçoamento da prática deliberativa da corte é particularmente importante em um momento como o atual, em que o Supremo Tribunal Federal ocupa uma posição de enorme destaque no cenário nacional, sendo o responsável por decidir os casos de maior repercussão, que são acompanhados em tempo real não só pelo corpo jurídico especializado, mas igualmente pela imprensa e pela sociedade em geral.

Nesse novo contexto, no qual o papel político do Supremo Tribunal Federal se acentua cada vez mais, é imprescindível que a corte responda adequadamente, valendo-se para tanto de uma deliberação qualificada. Nessa linha, Adriana Vojvodic, Ana Machado e Evorah Cardoso advertem sobre a urgência de remodelar o processo decisório do tribunal, de forma a possibilitar que ele dê respostas claras à sociedade quando estão em pauta casos difíceis[550].

No mesmo sentido, Conrado Hübner Mendes, criticando o caráter marcadamente individualista do método de tomada de decisão utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, afirma ser necessária a transformação do que chama de "juízes solistas" em "juízes deliberadores[551]", ou seja, juízes que efetivamente deliberem, de modo colegiado.

Como se depreende da avaliação das críticas dirigidas ao processo decisório do Supremo Tribunal Federal, o problema central se refere à ausência de uma efetiva deliberação.

---

[550] **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF.** *In* Revista Direito GV, n° 9, jan-jun/2009, p. 26.

[551] **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 53.

Pode-se falar que há deliberação quando, para se obter a decisão, existe interação entre os julgadores "por meio do argumento e da persuasão[552]". Para que efetivamente ocorra deliberação, as razões dos demais Ministros devem ser consideradas, ainda que se discorde delas[553]. Isso não ocorre na sistemática atual, em que, nos casos mais complexos, os Ministros levam para a sessão de julgamento votos prontos, elaborados sem o prévio conhecimento do posicionamento e da argumentação dos seus pares.

Retomando a concepção de Conrado Hübner Mendes acerca da deliberação, segundo a qual ela compreenderia as fases pré-decisional, decisional e pós-decisional, correspondendo às atividades de contestação pública, interação colegiada e redação da decisão escrita deliberativa, observa-se que o padrão sugerido não é seguido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, via de regra a decisão é tomada de fato no momento em que se redige o voto, previamente à sua leitura por ocasião da fase de interação colegiada. E a fase seguinte, em que se produziria a decisão escrita deliberativa, acaba não se realizando nessa ordem, pois a juntada dos votos já escritos – pelo relator ou por todos os Ministros, nos casos de maior repercussão – dispensa uma posterior fase de redação da decisão colegiada.

Assim, a forma de decidir empregada pelo Supremo Tribunal Federal não está em consonância com o modelo concebido doutrinariamente, nem tampouco com a sequência naturalmente esperada da atividade decisória, o que se dá em prejuízo da concretização da deliberação[554].

Diante dessa problemática, algumas propostas de aprimoramento do *modus decidendi* do Supremo Tribunal Federal podem ser elaboradas.

Não se pode olvidar que o excessivo número de processos constitui um dos fatores a dificultar a efetivação de uma deliberação adequada no Supremo Tribunal Federal. Essa questão tem se refletido no aumento do número de decisões monocráticas, que, quando

---

[552] MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 57. O autor fala em "troca argumentativa entre os juízes". P. 61.

[553] **O projeto de uma corte deliberativa**, 62.

[554] Um exame da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos mostra que ela nem sempre foi assim. Diversos dos aspectos hoje fortemente criticados nas decisões da corte, como a sua extensão e a mera justaposição de votos individuais, não estavam presentes anteriormente. Segundo Conrado Hübner Menders, seria preciso verificar o motivo dessa inflexão: "Mapear o processo histórico por meio do qual essa tradição decisória se formou seria importante para desnaturalizar costumes que, atualmente, se encontram consolidados. Sobrevivem por inércia, pois não há bom argumento que sustente essa tradição". **O projeto de uma corte deliberativa**, p. 72.

muito, são posteriormente apenas confirmadas pelo plenário, sem que sejam examinadas de modo mais detido pelos demais Ministros.

Para o problema do acúmulo de processos a doutrina não tem vislumbrado saída que não passe pela redução da competência da corte. Assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera, acertadamente, que "solução para isto não virá, em termos realistas, enquanto esse Tribunal não tiver mudada a sua competência para que fique apenas como "guarda da Constituição"[555]".

O fato é que, como bem conclui Oscar Vilhena Vieira,"com uma agenda bem mais restrita de casos, o Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo[556]".

Mas apesar dos reflexos positivos que a medida proporcionaria, a questão não se resume a reduzir a carga de trabalho, existindo pontos relevantes da prática decisória da corte que são passíveis de modificação, com vistas a aperfeiçoar a deliberação do Supremo Tribunal Federal, a despeito das limitações decorrentes do elevado volume de processos, como se pretende demonstrar a seguir.

De todo modo, uma vez aperfeiçoada a deliberação da corte, há uma tendência inclusive de se sentirem os efeitos benéficos das novas práticas no número de processos aguardando julgamento, tendo em vista que algumas das medidas liberariam os Ministros para se ocuparem de outros casos. Isso resultaria na otimização do tempo dos Ministros, agilizando o trâmite processual.

A seguir serão expostas as nossas sugestões para o aperfeiçoamento da deliberação do Supremo Tribunal Federal. Algumas delas dizem respeito a aspectos mais gerais da atividade deliberativa da corte, enquanto outras se referem a pontos bem específicos.

Deve-se ter em conta que as indispensáveis mudanças compreendem não somente a efetivação de ajustes estruturais, mas envolvem também o estabelecimento de uma nova

---

[555] **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2011, p. 258. Pertinente, ainda, a ressalva feita por Oscar Vieira Vilhena: "isto não significa adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, mas, sim, dar seguimento a nossa experimentação institucional, que compõe o sistema difuso com o concentrado". **Supremocracia.** *In* Revista Direito GV, n° 8, jul-dez/2008, p. 457-458. Assim, é possível manter o sistema atual de controle de constitucionalidade e, concomitantemente, restringir a competência do Supremo Tribunal Federal. Isso pode ser feito, por exemplo, com a exclusão, ou ao menos, a diminuição da amplitude, de sua competência penal originária.

[556] **Supremocracia**, p. 458. Também Paulo Barrozo, em artigo publicado na Revista Veja, associa a redução da competência do Supremo Tribunal Federal a uma melhora do seu processo deliberativo. **O Brasil precisa aproveitar a crise: três propostas para o país ter um Estado mais eficiente e justo e construir um mercado maduro e saudável, premissas para que saia maior e melhor da crise.** Edição 2522, ano 50, nº 12, 22 de março de 2017, p. 63.

mentalidade dos juízes da corte[557]. Além de modificações institucionais, seria imprescindível uma alteração da postura dos Ministros em relação ao procedimento decisório do tribunal[558]. Não bastaria o implemento de inovações legais e regimentais sem o advento de uma cultura deliberativa[559]. Seria recomendável que os Ministros mudassem o seu modo de agir, pois o objetivo de aprimoramento da deliberação não será atingido se conservarem os antigos hábitos que obstaculizam a deliberação.

Assim, propõe-se um aperfeiçoamento tanto da regulação do processo de tomada de decisão quanto de aspectos comportamentais pertinentes aos julgadores[560]. Não se pode negar que algumas medidas são de mais fácil implementação que outras. No que concerne às propostas que envolvem aspectos formais, pode-se inclusive proceder à sua introdução em conjunto, pela via de documento legislativo único, responsável por disciplinar todo o procedimento.

4.1. Medidas propostas

4.1.1. Adoção pelos Ministros de uma postura aberta ao debate

---

[557] Conrado Hübner Mendes relaciona os dois aspectos, asseverando que *"proper devices tend to encourage deliberative attitudes; the right attitudes may lead to a constant refinement of the procedures themselves"*. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 222.

[558] Carlos Bastide Horbach sugere uma alteração do próprio perfil dos Ministros, que deveria ser mais político, no sentido de contarem com atuação política anterior, o que, para ele, aumentaria a capacidade de composição com seus pares. **É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal?** http://www.conjur.com.br/2013-nov-17/analise-constitucional-preciso-deliberacao-supremo-tribunal-federal, p. 6. Todavia, não nos parece que para a efetivação do propósito de incrementar a deliberação na atividade colegiada do tribunal seja determinante a presença de Ministros com experiência política, bastando uma postura dos julgadores aberta ao diálogo.

[559] Conrado Hübner Mendes fala em "elementos procedimentais e culturais", ao cuidar dos fatores que determinam o modo de deliberação do Supremo Tribunal Federal. Para ele, mais que "rearranjos procedimentais", é preciso que "juízes pessoalmente, entendam e valorizem o espírito da deliberação". **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 71 e 73. Também Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto defendem a mudança de "aspectos da cultura jurídica envolvida na experiência constitucional brasileira" para solucionar os problemas atinentes ao modo de decidir do Supremo Tribunal Federal. **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**, p. 52. Virgílio Afonso da Silva, por seu turno, ressalta o papel das práticas costumeiras, mais do que das regras procedimentais, no fraco desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 576.

[560] Uma mudança de mentalidade também é sugerida por Guilherme Forma Klafke para solucionar os seguintes vícios encontrados no processo decisório da corte: omissão do plenário, deturpação do voto-vista e improdutividade dos debates. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 124.

Como ponto de partida, parece inegável reconhecer que os Ministros precisam se mostrar abertos ao debate, apesar da obviedade que a afirmação encerra e da aparente desnecessidade de se cuidar dessa questão. Não obstante, a questão engloba dois aspectos que justificam sua abordagem.

Por um lado, convém pontuar que uma postura favorável ao debate, isoladamente, já se mostraria suficiente para se obter um salto qualitativo na atividade de deliberação do Supremo Tribunal Federal, independentemente da promoção de alterações formais nas normas que disciplinam seu processo decisório.

De outro lado, cabe aduzir que não basta alterar o regimento interno ou as leis que dispõem sobre a fiscalização da constitucionalidade da legislação pela corte se os seus Ministros mantiverem-se centrados nos seus próprios argumentos.

Sob essa perspectiva, a adoção pelos Ministros de uma postura aberta ao debate pode ser considerada até mesmo um pressuposto para a concretização de uma efetiva deliberação. Por esse motivo, parece essencial tratar deste ponto logo no início.

Como pondera Virgílio Afonso da Silva, "boas decisões coletivas são frequentemente o resultado de *"brainstorming"*, o que significa que novas ideias (isto é, ideias que não haviam ocorrido previamente a nenhum dos juízes) surgem muitas vezes a partir do ato de deliberar e questionar as premissas dos demais[561]".

A adoção de uma postura aberta ao debate se configura como o típico exemplo de proposta de aperfeiçoamento da deliberação afeta à mudança de mentalidade dos membros da corte. Essa constatação é realizada sem se descurar das dificuldades de implementação que daí decorrem, notadamente o fato de depender em grande medida da boa vontade dos Ministros, não podendo ser simplesmente imposta por meio de alterações normativas.

Apesar disso, pode-se conceber medidas tendentes a induzir o debate entre os Ministros ainda que eles não demonstrem espontaneamente uma abertura à discussão. Muitas das medidas propostas adiante atuam nesse sentido.

Realmente, não se pode deixar que uma questão tão primordial em termos de deliberação quanto a realização de um efetivo debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal dependa exclusivamente de uma mudança espontânea da mentalidade de seus membros.

Por esse motivo, além de se indicar a relevância da adoção pelos Ministros de uma postura aberta ao debate, serão apresentadas propostas referentes a mecanismos aptos a

---

[561] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 576.

aperfeiçoar o *modus operandi* do tribunal, colaborando para a efetivação da discussão, que podem ser introduzidos mediante a institucionalização de modificações procedimentais.

4.1.2. Enfoque na atuação colegiada voltada à obtenção de consenso

Este ponto se relaciona com o anterior na medida em que Ministros abertos ao debate tendem a atuar coletivamente, mostrando-se mais propícios a proferir decisões que sejam fruto de consenso.

A deliberação no âmbito dos tribunais se desenvolve em um ambiente colegiado, com juízes dispostos a discutir entre si os casos submetidos a julgamento, revelando-se receptivos aos entendimentos esposados por seus pares, para eventualmente mudar de posição, da mesma forma que se esforçam para dissuadi-los quando convencidos do acerto do seu próprio posicionamento em sentido contrário[562].

A atuação colegiada pressupõe a troca de argumentos e a tentativa de convencimento recíproco, implicando na construção coletiva da decisão. Quando se busca o consenso, por meio da deliberação, ocorre o compartilhamento de ideias entre os julgadores e uma efetiva discussão sobre elas antes da tomada da decisão pelo colegiado. Tudo isso está concatenado com o tópico precedente, pertinente à abertura ao debate, pois é neste *locus* que a deliberação se desenvolve.

A buscar pelo consenso deve nortear o processo de tomada de decisão, ainda que nem sempre seja factível a sua obtenção. Conforme observa Conrado Hübner Mendes, para se assegurar uma deliberação adequada, deve-se ter como objetivo "a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso[563]". Esclarece o autor que a deliberação colegiada, apesar de não depender do consenso total, é orientada nessa direção[564].

Com essas colocações, o que se está a defender é a busca do maior consenso possível, sem se olvidar que em muitos casos não se consegue eliminar totalmente o

---

[562] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 199.
[563] **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 63.
[564] **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 197.

dissenso[565]. Preserva-se, dessa forma, a possibilidade de divergência, a qual, todavia, passa a ser encarada como último recurso[566].

Por todos esses motivos, é imperioso estruturar a deliberação de maneira a conferir destaque ao procedimento de construção consensual e colegiada da decisão.

No entanto, dificilmente se consegue uma atuação colegiada apenas a partir de modificações procedimentais, apesar de tais medidas serem aptas a fomentar tal resultado[567]. Para que os juízes se comportem efetivamente como membros de um órgão colegiado, faz-se necessária, também neste ponto, uma concomitante mudança de mentalidade.

De outra parte, observa-se não ser possível dissociar as questões envolvendo o déficit de colegialidade daquelas relativas ao elevado número de julgamentos monocráticos. Um aprimoramento quanto a este ponto passa necessariamente pela redução das hipóteses que admitem decisões monocráticas, uma vez que, em um tribunal, estas deveriam constituir a exceção e não a regra.

O enfoque na atuação colegiada voltada à obtenção do consenso constitui proposta de aperfeiçoamento da deliberação que se desdobra em diversas sugestões pontuais. O fortalecimento da colegialidade pode se concretizar, por exemplo, a partir da obrigatoriedade de elaboração de decisão única contendo a posição majoritária.

Do mesmo modo, o objetivo de estimular a troca de argumentos na busca pelo consenso pode ser atingido mediante o emprego de variados mecanismos, como o adiantamento do voto do relator aos demais Ministros e a instituição de momento reservado ao debate entre eles previamente às sessões de julgamento.

Estas e outras propostas concernentes a aspectos mais específicos da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal serão apresentadas com maiores detalhes em tópicos apartados.

4.1.3. Adiantamento do voto do relator aos demais Ministros

---

[565] Conrado Hübner Mendes ressalta ser um desafio "encontrar um ponto de equilíbrio entre o modelo de corte inspirada no consenso, como a francesa, e o da corte animada pelo voto majoritário, como a americana". **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 353.

[566] No mesmo sentido, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 202.

[567] MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 202.

Os dois pontos anteriores, mais do que propostas específicas, se caracterizam como premissas à realização de uma deliberação adequada. Assim, as ideias de postura dos julgadores aberta ao debate e enfoque na atuação colegiada voltada à obtenção do consenso estabelecem as linhas gerais que, a nosso ver, devem estruturar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Estes pressupostos para o desenvolvimento da deliberação se relacionam intimamente com a cultura jurídica da corte.

A partir de agora, serão apresentadas propostas concretas de aprimoramento da prática deliberativa do tribunal, expostas observando-se a própria ordem do procedimento concernente à fiscalização de constitucionalidade.

Uma proposta tendente a incentivar a interação argumentativa entre os Ministros é o estabelecimento da obrigatoriedade de adiantamento do voto do relator aos demais membros do órgão colegiado.

A medida tem como mérito promover o compartilhamento de informações entre os julgadores antes de se firmarem as posições de todos Ministros, o que costuma ocorrer durante o processo de redação dos votos individuais. Ademais, mesmo nos casos em que os votos não são elaborados com antecedência, a medida permite uma maior reflexão sobre a questão anteriormente à sessão de julgamento. Dessa forma, é beneficiada a atividade deliberativa.

Realmente, a deliberação tem maiores chances de se desenvolver em um ambiente em que cada julgador tem acesso aos dados dos demais e sabe de antemão a opinião dos seus pares a respeito da questão objeto de julgamento. Virgílio Afonso da Silva aponta o compartilhamento de informações como uma das principais características da deliberação, contribuindo, inclusive, para melhorar a qualidade da decisão[568].

Nesse contexto, o adiantamento do voto do relator afigura-se como medida salutar. Em nossa proposta, este seria instituído como o primeiro momento de interação e troca de informações entre os Ministros, ocorrendo após o recebimento e o exame do processo pelo relator.

A opção por iniciar a interação colegiada em ocasião na qual já está formada a convicção do relator decorre de uma avaliação de melhor oportunidade. Outro momento poderia ser fixado. Assim, poderia ser prevista a realização de um debate entre os Ministros antes mesmo da análise detida da questão e elaboração do voto pelo relator, como ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos. No entanto, parece ser mais produtiva

---

[568] **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 561-562.

a prévia fixação de balizas pelo Ministro sorteado como relator, de forma a conduzir a discussão com os seus pares, na linha do que se verifica nos Tribunais Constitucionais de Portugal e da Alemanha.

Como visto, na prática portuguesa, o relator prepara um memorando, com o enunciado das questões a serem enfrentadas e da solução sugerida. Do mesmo modo, na prática alemã, o relator formula um parecer prévio a respeito do caso. Tanto o memorando quanto o parecer indicam um rumo para uma futura decisão e são distribuídos aos demais juízes antes do julgamento.

Entretanto, diversamente do que ocorre nestes países, aqui haveria a circulação de um voto já finalizado pelo relator, ainda que ressalvada a possibilidade de o próprio relator mudar seu posicionamento no curso dos debates ou de efetuar reparos em seu voto. Essa proposta mostra-se mais consentânea com a nossa prática, em que não há o hábito de se redigir algo como um rascunho de decisão, tendo, portanto, maiores chances de implementação.

Não obstante, as práticas portuguesa e alemã apresentam a vantagem de postergar a redação da decisão final para depois da fixação do entendimento do colegiado. Com isso, a decisão final incorpora todos os argumentos que sustentam a posição majoritária. Ainda que este seja um modelo mais próximo do ideal, o adiantamento do voto preparado pelo relator já representaria um avanço para a deliberação da nossa Corte Constitucional.

O adiantamento do voto pelo relator atuaria no sentido de racionalizar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, nos casos mais polêmicos, em que cada Ministro costuma redigir o seu próprio voto, esse procedimento favoreceria tanto os que venham a concordar com a posição do relator, quanto os que dele discordarem.

Aos primeiros, bastaria aderir ao voto do relator, evitando-se que os Ministros que o acompanham tenham de elaborar seus votos individuais. Com isso, poderiam se dedicar a outros processos pendentes de julgamento, o que contribuiria para agilizar o andamento dos feitos na corte. Já os segundos, divergindo da fundamentação ou da conclusão do relator, teriam mais elementos para preparar seus votos concorrentes ou dissidentes, estando aptos a rebater os argumentos já colocados, o que estabeleceria um diálogo entre os votos. Assim, conclui-se que o adiantamento do voto pelo relator facilitaria o trabalho dos demais Ministros[569].

---

[569] Pesquisa realizada por Virgílio Afonso da Silva com Ministros atuais e antigos do Supremo Tribunal Federal, apontou que a maior parte deles reconhece que a medida teria efeitos positivos se adotada pela corte, por representar uma "economia de tempo". No entanto, um dos Ministros mostrou-se contrário à proposta

Dessa maneira, apenas os Ministros que discordassem do relator redigiriam seus votos para a sessão de julgamento, ficando os demais livres para se debruçar sobre outros processos. Ou tão-somente o Ministro que instaurasse a divergência, uma vez que esta poderia ser igualmente acompanhada pelos colegas que compartilhassem tal entendimento, sem a necessidade de se elaborar votos dissidentes ou concorrentes adicionais.

Além de liberar os Ministros que acompanham o relator da tarefa de redigir votos próprios, a circulação prévia do voto permitiria a realização de eventuais ajustes em seu texto, a partir da colaboração dos demais Ministros[570]. Por essa via, e havendo concordância, seria possível adicionar outros argumentos ao voto do relator.

Portanto, um provável efeito da adoção do procedimento seria a reunião de toda a corrente majoritária em torno de um único voto, que exprimiria o posicionamento institucional.

Outro efeito benéfico seria a redução do número de pedidos de vista[571], pois os demais Ministros já estariam familiarizados com a questão por ocasião da sessão plenária, em razão da prévia leitura do voto do relator.

Proposta nesse sentido já foi formulada pelo Ministro Luiz Roberto Barroso. Ao ingressar no Supremo Tribunal Federal, ele sugeriu que os relatores apresentassem seus votos antes da sessão de julgamento, comprometendo-se ele próprio a adotar tal prática. O Ministro chegou a defender a medida em textos doutrinários, nos quais delimitou os seus termos. Propôs o envio do voto pelo relator até 48 horas antes da sessão plenária, para conhecimento pelos demais Ministros, respeitando-se apenas situações excepcionais e os Ministros que não admitissem essa prática[572]. Uma medida simples, com alto impacto.

Todavia, a sugestão não foi acolhida por todos os integrantes do tribunal. Em casos de maior complexidade, o relator às vezes disponibiliza o seu voto com antecedência aos

---

justamente sob a alegação de falta de tempo para ler os votos dos relatores, em função da excessiva carga de trabalho. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, 2015, p. 193-194. Essa objeção não nos parece apta a afastar os benefícios do preconizado adiantamento do voto, tendo em vista que se cada Ministro conhecesse de antemão o teor do voto do relator, poderia ter o seu volume de trabalho reduzido, sendo dispensado de redigir votos próprios nos casos em que concordasse com o relator. Essa é a percepção da maioria dos Ministros e ex-Ministros, pois dos 17 entrevistados, apenas quatro mostraram-se refratários à medida. P. 199.

[570] MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

[571] BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança.** *In* BARROSO, Luís Roberto (org.). **Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF.** https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf

[572] BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.** http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf, p. 15.

demais Ministros, implementando a medida de modo informal. No entanto, há Ministros que se recusam a fazê-lo[573].

Segundo o Ministro Luiz Roberto Barroso, "este procedimento tem sido adotado na Primeira Turma e, parcialmente, no Plenário, com inequívoco aumento da eficiência e da qualidade das deliberações[574]". O desafio consiste em generalizar a prática.

Para tanto, a medida deveria ser acolhida formalmente, pela via legislativa ou regimental, já que improvável sua implementação de forma generalizada a partir de uma simples mudança na mentalidade dos integrantes da corte, como o demonstra a dificuldade do Ministro Luís Roberto Barroso em obter integral adesão espontânea à proposta para que os demais Ministros, quando relatores, adiantassem seus votos.

Imprescindível, portanto, a institucionalização da prática, a fim de que todos os Ministros, na posição de relatores, passem a circular obrigatoriamente seus votos antes da sessão de julgamento.

4.1.4. Possibilidade de separação da sessão plenária em três etapas

Na atual configuração do procedimento, preparado o voto pelo relator, aguarda-se sua inclusão na pauta, para que seja proferida decisão em sessão plenária, que compreende toda a atividade de sustentação oral, deliberação e julgamento.

Como apontado anteriormente, essa circunstância apresenta dois pontos problemáticos. Nos casos mais complexos, a realização das audiências orais e do julgamento da causa na mesma sessão reduz significativamente a influência que as sustentações das partes exercem sobre os julgadores, pois estes levam seus votos já redigidos para a sessão plenária. Ademais, a redação dos votos sem um prévio debate entre os Ministros impede que eles troquem argumentos e busquem o convencimento recíproco antes de firmarem suas posições, cristalizadas em votos individuais.

---

[573] O Ministro Marco Aurélio, além de não adiantar seus votos, não aceita receber os votos dos demais Ministros. Outros adotam a prática, como o Ministro Dias Toffoli, que ressalta que a medida otimiza o julgamento, permitindo, inclusive, que o voto seja resumido na leitura feita durante a sessão plenária, haja vista que, com a antecipação do posicionamento do relator, os demais Ministros já dispõem de elementos para saber se vão ou não acompanhá-lo. FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; CANTISANO, Pedro Jimenez; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz Henrique (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.21: Dias Toffoli.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017, p. 128.

[574] **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.** http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf, p. 15.

Diante desse quadro, a previsão da possibilidade de separação da sessão plenária em três etapas destina-se a sanar estes problemas, que são mais acentuados nos casos de maior complexidade.

Na nossa proposta, haveria inicialmente uma sessão destinada às sustentações orais das partes. Em sendo o caso, se seguiria uma sessão de debates reservada aos Ministros. Uma vez vencidas essas etapas, ocorreria a sessão de julgamento[575].

A divisão da sessão em três etapas, contudo, não seria obrigatória. Apesar de se mostrar interessante a generalização da medida, vislumbra-se que isso poderia prolongar demais o trâmite processual dos casos mais simples. A manutenção de sessões únicas seria apropriada, por exemplo, nos casos em que a jurisprudência da corte já está consolidada e não se pretende rediscuti-la. A proposta mostra-se indicada sobretudo nos casos de maior repercussão, em que há necessidade de reflexão mais detida e amplo debate entre os Ministros.

O Ministro relator, já tendo contato com o processo, e identificando a necessidade de separação da sessão plenária em etapas, poderia fazer solicitação nesse sentido concomitantemente ao pedido de inclusão do feito em pauta. Mas também os outros Ministros, visualizando a utilidade da medida em determinada situação – em especial para permitir um debate reservado sobre a questão –, estariam autorizados a solicitar a separação da sessão plenária ao Presidente da corte.

Com isso, em primeiro lugar seria realizada sessão destinada às sustentações orais, a fim de que as alegações das partes em audiência possam exercer influência sobre os votos dos Ministros, ainda não preparados. Inclusive o relator teria tempo para fazer eventuais alterações em seu voto no intervalo até a sessão de julgamento.

---

[575] Na mesma linha, Paulo Barrozo propõe uma divisão da sessão plenária em três etapas. Na primeira haveria sustentação oral dos advogados. Na segunda, debate entre os Ministros acerca de suas tendências de voto, circulando entre eles previamente um resumo escrito do posicionamento inicial de cada julgador. Somente em uma terceira etapa seriam proferidos os votos finais. À diferença da nossa proposta, não só o relator, mas também os outros Ministros adiantariam textos contendo seu entendimento pessoal. Além disso, para ele, as três etapas seriam realizadas em datas distintas. Na nossa proposta, não há óbices a que a primeira e a segunda etapas ocorram no mesmo dia. **O Brasil precisa aproveitar a crise: três propostas para o país ter um Estado mais eficiente e justo e construir um mercado maduro e saudável, premissas para que saia maior e melhor da crise.** Revista Veja, edição 2522, ano 50, nº 12, 22 de março de 2017, p. 63. Guilherme Forma Klafke, por sua vez, propõe a divisão do julgamento em duas etapas. Em um primeiro momento haveria a deliberação dos Ministros. Posteriormente, o veredicto seria obtido. No interregno entre esses dois momentos, os Ministros poderiam refletir a respeito da questão levada a julgamento e eventualmente alterar a posição anteriormente externada. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 124-125.

Na sequência, ocorreria uma sessão de debates reservada aos Ministros, proposta que será melhor delimitada no próximo tópico.

Por fim, sucederia a sessão julgamento, designada para data posterior.

As sessões de sustentações orais e de julgamento seriam públicas, enquanto a de debates seria restrita aos Ministros.

4.1.5. Instituição de sessões de debates reservadas aos Ministros

Na atual prática decisória do Supremo Tribunal Federal, não é frequente a interação argumentativa entre os Ministros, voltada à obtenção de consenso a respeito das questões submetidas a julgamento. Uma proposta que contribuiria bastante para modificar esse quadro, incentivando a deliberação, é a instituição de sessões de debates reservadas aos Ministros.

A despeito de o regimento interno da corte já prever a realização de debates entre os Ministros durante a sessão plenária, no momento que antecede a tomada dos votos, na prática constata-se que tais debates não costumam ocorrer. Aponta-se que a publicidade das sessões de julgamento, potencializada por sua transmissão pela TV Justiça, seria um fator de inibição de discussão.

De fato, ainda que exista o interesse do público em geral de ter acesso ao que se passa nas sessões de julgamento, não se pode negar que a publicidade tende a inibir a discussão, uma vez que em público os Ministros buscam apresentar opiniões formadas, sem apresentar suas dúvidas e ponderar com os colegas entre as diferentes possibilidades de decisão. Mudanças de opinião costumam ser consideradas como sinal de fraqueza[576]. Ademais, não se pode esquecer, como adverte Conrado Hübner Mendes, que existe "a possibilidade da demagogia e da retórica judicial quando os juízes falam para o grande público[577]".

Em um ambiente assim, com as pressões decorrentes do acompanhamento pelo público externo, dificilmente haverá abertura dos julgadores para o convencimento recíproco, que se constitui como pré-requisito para a deliberação.

---

[576] Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes assevera que a presença de espectadores constrange os deliberadores: *"In order to avoid public shame or embarrassment, a judge might resist changing his mind"*. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014, p. 246-247.

[577] **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 353.

Diante disso, seria importante proporcionar um ambiente que favorecesse a livre troca de ideias e argumentos entre os Ministros.

Para enfrentar esta situação, há quem proponha a realização de sessões secretas de julgamento, a fim de que as discussões entre os Ministros pudessem ter lugar, desenvolvendo-se livremente. O sigilo das sessões, evidentemente, não afastaria a subsequente divulgação do teor das decisões, de forma a garantir o acesso do público ao conteúdo da deliberação.

No entanto, dado o cenário brasileiro, a proposição seria de pouco provável implementação, pois seria considerada um retrocesso se comparada à situação de transparência em grau máximo hoje assegurada pela transmissão ao vivo das sessões de julgamento pela TV Justiça, dificilmente reversível.

Por isso, uma saída que contribuiria para a deliberação sem comprometer a transparência seria a instituição de sessões de debates restritas aos Ministros, previamente à elaboração dos votos.

O exame da experiência das Cortes Constitucionais estrangeiras selecionadas neste trabalho demonstrou que em todas elas os juízes se reúnem reservadamente para deliberar. Retome-se, neste ponto, a sistemática da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde as sessões secretas acontecem antes de os juízes redigirem seus votos.

A diferença é que, na prática norte-americana, seguem-se a partir daí apenas comunicações escritas entre eles até se chegar à decisão final, enquanto na proposta aqui formulada, finda essa sessão, e após eventual redação de votos, haverá uma nova sessão, dessa vez pública, para o julgamento colegiado da causa.

A realização de reuniões reservadas aos Ministros do Supremo Tribunal Federal previamente à sessão de julgamento permitiria que trocassem livremente impressões acerca do caso a ser decidido e buscassem persuadir seus pares com a apresentação de seus argumentos.

Essa solução, além de fomentar a deliberação no âmbito da corte, não viola o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, no ponto em que estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos. Realmente, por meio dela, é mantida a publicidade das sessões de julgamento, inclusive a sua transmissão em rede de televisão, mas se abre uma oportunidade para os Ministros debaterem com antecedência os

casos a serem decididos, em um ambiente que possibilite a livre troca de argumentos com vistas ao convencimento recíproco[578].

Desse modo, pode ser atingido o objetivo de promover a deliberação entre os Ministros, sem que sejam afetadas as transmissões da TV Justiça, preservando-se esse mecanismo democrático e a consequente transparência que proporciona aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal[579].

Corroborando o entendimento de que a publicidade do julgamento não é atingida por reuniões prévias reservadas para a discussão do caso, o ex-Ministro Cezar Peluso apresenta a praxe de outros tribunais, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que os desembargadores conversam sobre os processos a eles submetidos antes da sessão pública de julgamento[580].

A promoção de sessões reservadas para discussão retomaria prática anterior do próprio Supremo Tribunal Federal. Conforme relatam Maurício Puls e Márcio Ferrari, "antigamente as sessões de votação eram precedidas pelas chamadas sessões de conselho, nas quais os casos eram apresentados previamente, o que permitia que os ministros conhecessem a posição uns dos outros[581]". Contudo, os autores informam que "tais sessões caíram em desuso após a presidência (2001-2003) de Marco Aurélio Mello – nomeado em junho de 1990 para o tribunal –, que não as apreciava[582]". Assim, apesar de autorizadas pelo regimento interno da corte, as sessões de conselho não têm mais sido convocadas.

Observa-se, no entanto, que a nossa proposta não se limita a conclamar os Ministros a retomar o hábito de realizar sessões de conselho. Pretende-se instituir, pela via

---

[578] Esta proposta está de acordo com o entendimento doutrinário segundo o qual *"only the product (the judgment) is public, not the production (the decision-making process)"*. KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, 2013, p. 1364.

[579] A propósito do assunto, pondera Luís Roberto Barroso que "a despeito de críticas e de um ou outro inconveniente que se pode apontar, a transmissão ao vivo deu visibilidade, transparência e legitimidade democrática à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil". **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 276, nota 125. Ao assumir a presidência da corte, o ex-Ministro Cezar Peluso, considerando a TV Justiça um instrumento irreversível, defendeu a realização de discussões entre os Ministros antes dos julgamentos. Asseverou ser "mais fácil numa reunião prévia um concordar com o outro sem sentir que está capitulando". http://www.conjur.com.br/2010-mar-11/peluso-defender-ferias-60-dias-batalha-perdida

[580] FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fabio Ferraz de. **História oral do Supremo (1988-2013), v.4: Cezar Peluso.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015, p. 107.

[581] **Déficit de deliberação.** *In* Revista FAPESP, edição nº 243, maio 2016, p. 83.

[582] **Déficit de deliberação**, p. 83. A informação é confirmada pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence: "era da tradição do Tribunal, em certos casos, uma discussão prévia, sem tomada de votos, sobre aspectos relevantes e tal de um julgamento próximo. Isso praticamente acabou, pela oposição radical do ministro Marco Aurélio a tais reuniões". FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑES, Izabel Saenger. **História oral do Supremo (1988-2013), v.3: Sepúlveda Pertence.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015, p.116.

regimental ou legal, a obrigatoriedade de comparecimento e participação nos debates quando houver a convocação dessa sessão prévia pelo Presidente da corte. Assim, não ficaria ao arbítrio individual dos Ministros adotar ou não a prática, segundo suas preferências pessoais.

A determinação de realização dessa sessão de debates seria feita pelo Presidente da corte, de ofício ou por solicitação do relator, ou ainda de qualquer outro Ministro que justifique o interesse em uma reunião prévia. Poderia ser previsto ainda mecanismo destinado a impor a realização da sessão de debate, ainda que o Presidente da corte em um primeiro momento mostre-se contrário à medida, se houver solicitação por um número mínimo de Ministros. Uma vez designada a sessão, seria obrigatória presença de todos os Ministros.

De se ressaltar que não seria necessária a realização de reuniões prévias em todos os casos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas naqueles de maior relevância e complexidade, bem como naqueles em que se vislumbrasse *a priori* a existência de uma divergência significativa entre os Ministros. Nessas situações, as vantagens da instituição do mecanismo são patentes.

Por ocasião dessa sessão prévia de debates seria possível delimitar os pontos controvertidos a serem enfrentados pelos Ministros[583], superando-se o problema da indeterminação das questões que demandam análise pela corte no julgamento da causa.

A par disso, como resultado dos debates realizados, o relator pode vir a adicionar ao seu voto novos argumentos, ou a refutar de modo expresso os argumentos contrários surgidos nessa oportunidade, caso não haja mudança de posicionamento. Para a hipótese de se verificar nessa sessão deliberativa que a posição do relator não encontra guarida na maioria dos membros da corte, poderia inclusive ser prevista a indicação de Ministro para consolidar textualmente o entendimento majoritário[584].

O importante é que a instituição de sessões reservadas fortalece a deliberação ao fazer com que todos os Ministros estejam habilitados a firmar suas posições com amplo conhecimento do posicionamento de seus pares e mediante livre troca de argumentos.

---

[583] Guilherme Forma Klafke propõe que a fixação dos pontos controvertidos, sobre os quais todos os Ministros devam se manifestar, ocorra no próprio relatório ou em reunião destinada a esse fim. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf, p. 126.

[584] O próprio relator poderia ser encarregado de redigir a decisão da maioria ainda que saísse vencido, como ocorre no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Essa possibilidade, contudo, não se mostra aderente à praxe do sistema brasileiro, em que se designa relator para o acórdao quando o relator originário é voto vencido.

Assim, o principal benefício da medida consiste em promover o diálogo entre os membros do órgão julgador, possibilitando a incorporação dos argumentos dos demais Ministros nos votos, pois, como observa Conrado Hübner Mendes, "numa boa deliberação interna os juízes prestam atenção a todos os participantes, incorporam os argumentos dos outros em seus posicionamentos, seja para aderir ou para dissentir[585]".

Atualmente, nos casos mais polêmicos, cada Ministro redige o seu voto sem saber como votarão os demais. No momento em que prepara o seu voto, o Ministro não tem conhecimento se sua posição será vencedora ou vencida. Por esse motivo, os votos que restam vencidos não buscam apresentar contra-argumentos à tese da maioria, assim como os votos que compõem o posicionamento majoritário não se preocupam em repelir diretamente os fundamentos dos votos divergentes. Inexiste, portanto, diálogo entre os votos.

A proposta de instituição de sessões de debate reservadas aos Ministros tem a finalidade de fazer frente a esse quadro, propiciando a livre discussão entre eles, a partir da troca de impressões e argumentos sem pressões do público externo, com o objetivo de estabelecer um diálogo centrado na busca do convencimento recíproco. O fato de o debate acontecer em data anterior à finalização dos votos favorece o desenvolvimento da deliberação, permitindo a ocorrência de uma efetiva interação argumentativa.

4.1.6. Alteração da dinâmica da sessão de julgamento

Finda a sessão destinada aos debates, se designada, e após os Ministros terem a oportunidade de refletir a respeito da questão, a próxima etapa do procedimento seria então a realização da sessão de julgamento.

Na sistemática atual, nos casos de maior repercussão, a sessão de julgamento – parte integrante da sessão plenária, na qual ocorrem também audiências orais – tem se caracterizado pela leitura dos votos anteriormente preparados, com a subsequente contagem dos votos para apurar o resultado.

Considerando que nesses casos mais polêmicos os votos dos Ministros apresentam-se cada vez mais extensos, as sessões plenárias, nas quais há a leitura dos votos, estão se

---

[585] **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352.

tornando cada vez mais longas, o que tem motivado sugestões de limitação do tempo para apresentação ou leitura dos votos[586].

Diante desse quadro, o que se propõe neste trabalho é a alteração da própria dinâmica da sessão de julgamento, que ganharia uma nova configuração. Com efeito, em nossa proposta, os Ministros apresentariam brevemente suas posições – sem efetuar a leitura do teor integral dos votos porventura apresentados –, apurando-se o resultado do julgamento. Ao final da sessão seria fixada expressamente a tese jurídica acolhida pela corte, com a indicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão debatida.

No decorrer da sessão seria facultada a realização de debates entre os Ministros. Nos casos corriqueiros, em que todo o debate se desenvolve em sessão única, não sendo, em regra, designada sessão prévia para tanto, esta é a oportunidade para a troca de argumentos entre os Ministros.

Nos casos mais complexos, porém, ocorrendo prévia deliberação em sessão designada especificamente para essa finalidade, com a pré-definição dos posicionamentos, a princípio seriam dispensáveis novos debates na sessão de julgamento. Nessas situações, a discussão mais detida sobre o caso já teria se verificado por ocasião da sessão reservada aos Ministros. De todo modo, mesmo nestes casos, não restaria impedida a realização de novos debates, se surgisse a necessidade de rediscutir determinado ponto ou mesmo o cerne da questão.

Uma medida que influenciaria bastante a dinâmica das sessões de julgamento, em especial a maneira de divulgação dos entendimentos individuais, seria a imposição da obrigatoriedade de apresentação de decisão única pela maioria, condensando todo o posicionamento majoritário. Tal proposta será analisada com maiores detalhes mais adiante, ao se discorrer sobre a formalização das decisões.

Adicionalmente, propõe-se que, ao fim da sessão de julgamento, seja fixada, de modo expresso, a tese jurídica agasalhada pela corte ao decidir o caso. Dada a relevância

---

[586] Proposta nesse sentido foi formulada pelo Ministro Luiz Fux, que, em entrevista ao jornal O Estado de São Paulo, sugeriu que fosse estabelecido regimentalmente que o Ministro que estivesse de acordo com o relator apenas manifestasse sua posição, sem a leitura do voto. Sugeriu, ainda, que o Ministro que discordasse tivesse um tempo máximo de quinze minutos para a leitura do seu voto, tempo igual ao que é atribuído aos advogados das partes. Segundo ele, a leitura dos votos nas sessões de julgamento as torna enfadonhas. http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,enfadonho-diz-fux-sobre-julgamento,10000082381. Na mesma linha, Paulo Barrozo sugere a fixação de um limite temporal para a exposição dos votos pelos Ministros. **O Brasil precisa aproveitar a crise: três propostas para o país ter um Estado mais eficiente e justo e construir um mercado maduro e saudável, premissas para que saia maior e melhor da crise.** Revista Veja, edição 2522, ano 50, nº 12, 22 de março de 2017, p. 63.

desse mecanismo no contexto do procedimento proposto por este trabalho, o ponto merece abordagem em tópico apartado a seguir.

Dessa forma, na sessão de julgamento os Ministros enunciariam resumidamente suas posições, bem como realizariam eventuais debates, se necessário, apresentando-se a conclusão institucional do Supremo Tribunal Federal, acompanhada da expressa indicação da tese jurídica acolhida pela corte.

4.1.7. Fixação da tese jurídica acolhida pela corte

Como adiantado, entre nossas propostas para o aperfeiçoamento da deliberação do Supremo Tribunal Federal inclui-se a previsão de fixação, de forma expressa, da tese jurídica acolhida pela corte, mediante votação e aprovação pela maioria ao final da sessão de julgamento. A tese jurídica assim assentada deve constar da ementa do julgado.

Nessa linha, o Ministro Luiz Roberto Barroso propõe que, antes da conclusão do julgamento, a tese jurídica que constará da ementa seja submetida pelo relator à aprovação pelos demais julgadores. Segundo ele, essa medida conferiria maior clareza aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, possibilitando que fosse prontamente identificada a posição do tribunal, o que facilitaria inclusive a compreensão da decisão pelo público em geral[587].

Após a tomada da decisão, o Ministro relator ficaria responsável por redigir a ementa contendo a tese jurídica agasalhada pelo tribunal, que deve contar com a aprovação dos integrantes da posição majoritária[588]. Desse modo, seria explicitado, em enunciado sucinto, o entendimento prevalecente na corte.

O procedimento, ao tornar mais nítidas as manifestações do Supremo Tribunal Federal, contribuiria consideravelmente para a identificação da motivação coletiva dos julgados, o que se mostra especialmente relevante nos casos em que as decisões são dotadas de efeito vinculante, pois permitiria visualizar com precisão o que exatamente deve ser seguido por quem se sujeita a tal efeito.

A medida já tem sido adotada nos casos de repercussão geral, em que o Código de Processo Civil determina, no artigo 1.035, § 11, que "a súmula da decisão sobre a

---

[587] **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.** http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf, p. 15.

[588] BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança.** *In* BARROSO, Luís Roberto (org.). **Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF.** https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf

repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão[589]".

Propõe-se aqui que essa sistemática seja ampliada, para compreender outras decisões [590], incluindo-se ao menos aquelas proferidas em sede de controle de constitucionalidade. A partir da fixação da tese jurídica aceita pelo colegiado seria possível assinalar qual é a posição institucional do Supremo Tribunal Federal acerca da questão.

A proposta pode ser formalizada pela via legislativa ou mesmo regimental, mas o essencial é que seja oficializada, de modo a obrigar o colegiado a implementá-la, afastando, com isso, resistências individuais.

4.1.8. Formalização das decisões de modo institucional

Por fim, propõe-se que, uma vez tomada a decisão, seja ela formalizada de modo institucional, para que represente o posicionamento da corte como um todo.

Quanto a esse aspecto, o ideal seria redigir a decisão integralmente ao final, pois é nesse momento que seria conhecido o placar da votação e o teor da deliberação. Essa saída seria mais eficaz em fortalecer a colegialidade do que simplesmente utilizar o voto individual do relator, previamente preparado, como expressão da decisão da corte, haja vista que é durante o processo de deliberação que se fixa o exato conteúdo do entendimento coletivo da corte.

Entretanto, considerando o fato de ao menos o Ministro relator já ter elaborado seu voto anteriormente, seria mais condizente com a nossa praxe partir desse voto, ajustando-o ao que restou de fato decidido pelo colegiado. Assim, seria conferido ao relator que se sagrou vencedor um prazo para proceder aos acertos necessários na redação final, incorporando ao seu voto a tese jurídica definida pelo plenário. Como consequência, o voto do relator passaria a ser de fato a expressão do entendimento institucional do tribunal.

Daí se depreende que a redação da decisão final deveria ficar a encargo de apenas um dos Ministros, sem a necessidade da divulgação dos votos escritos daqueles que acompanham a posição majoritária[591]. Assim, se estivesse com a maioria, o Ministro

---

[589] Dispositivo com igual teor já havia sido inserido no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei nº 11.418/2006 (artigo 543-A, § 7º).

[590] No mesmo sentido, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 204.

[591] Essa opinião é compartilhada por Oscar Vilhena Vieira, que assevera: "Depois de tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja 11 votos

relator deveria ser incumbido de redigir a decisão, partindo do voto por ele apresentado. Caso contrário, e de acordo com a nossa tradição, outro Ministro deveria ser designado para tal mister.

Ao formalizar o que restou decidido, a corte deve apresentar uma decisão que reflita a sua posição institucional, e não uma mera junção de votos individuais. A decisão final seria responsável por condensar todo o posicionamento majoritário.

No entanto, parece-nos que a consolidação do posicionamento majoritário em decisão única somente seria factível se estatuída formalmente a vedação de juntada de votos por todos os Ministros. Se deixada essa questão ao alvedrio dos membros do Supremo Tribunal Federal, dificilmente será superada a problemática envolvendo a formalização das decisões mediante a justaposição de onze votos individuais, que tem caracterizado a deliberação da corte nos casos mais polêmicos.

Pelo sistema proposto, poderiam ser juntados à decisão da maioria apenas os votos dissidentes e concorrentes.

Apesar de se admitir a publicação de votos dissidentes e concorrentes, observa-se que seria recomendável que configurasse a exceção e não a regra, de forma a reforçar a tentativa de se atingir o consenso. A divergência deveria ser permitida, mas não encorajada. Com efeito, a divergência restaria como alternativa apenas para as situações em que, envidados todos os esforços, não se chegasse a uma decisão consensual. Entretanto, o uso da faculdade de publicar votos divergentes com comedimento, em prol da busca pelo consenso, depende mais da atitude dos juízes do que de regras procedimentais[592].

Ademais, cabe advertir que as divergências não podem ser externadas de modo a configurar uma "colcha de retalhos", na expressão de Conrado Hübner Mendes[593]. Segundo ele, o que se conceberia é a exposição de "múltiplas vozes" que "ao menos conversam entre si[594]".

Em nossa proposta, a interação argumentativa se dá principalmente por meio do adiantamento do voto do relator e da realização de sessões de debate reservadas aos

---

apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados". **Supremocracia.** *In* Revista Direito GV, n° 8, p. 441-464, jul-dez/2008, p. 459.

[592] SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** *In* International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 3, 2013, p. 576, nota 54.

[593] **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 66.

[594] De acordo com o autor, no caso de uma decisão *seriatim* deliberativa, "em vez de uma colcha de retalhos esgarçada, as opiniões individuais são costuradas de maneira mais explícita. Argumentos mútuos são enfrentados, objeções são respondidas e posições são assumidas". **O projeto de uma corte deliberativa**, p. 67.

Ministros. Essa troca de argumentos terá reflexos no diálogo a ser estabelecido entre os votos.

Em face desse panorama, pertinente a ponderação de Conrado Hübner Mendes no sentido de que se deve "tentar converter a interação colegiada numa decisão supraindividual", balanceando-se, se for o caso, "a necessidade de construir uma identidade institucional com o dever de respeitar o lugar e o valor de opiniões dissidentes[595]".

Portanto, nos termos da nossa proposta, deixaria de haver uma mera reunião de votos individuais, para dar lugar a uma única decisão que expressasse o entendimento institucional do Supremo Tribunal Federal, e que poderia eventualmente ser acompanhada por votos divergentes em separado.

4.2. Considerações sobre as propostas apresentadas

Observa-se que, de um modo geral, as propostas aqui apresentadas não são exatamente inovadoras – salvo talvez a vedação à divulgação de votos individuais de todos os Ministros –, além de se afastarem na menor medida possível da tradição deliberativa nacional. Algumas das propostas retomam práticas antigas do próprio Supremo Tribunal Federal. Outras são baseadas em exitosa experiência estrangeira. Em comum, todas elas podem ser consideradas relativamente singelas. A despeito disso, caso venham a ser implementadas, têm o potencial de promover melhorias significativas no processo decisório da corte, ao incentivar os Ministros a deliberarem coletivamente.

Cabe ressaltar que não nos limitamos a propor a adoção de medidas esparsas. A nossa contribuição consiste na sistematização de diversas propostas, com a sugestão de todo um procedimento a ser seguido, a fim de aperfeiçoar a deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

---

[595] **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 65. Na mesma linha, ao tratar do sistema norte-americano, Charles H. Sheldon propugna por*"a balance between the creativity of dissensus with the stability of consensus"*. **The Incidence and Structure of Dissensus on a State Supreme Court.** *In* GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. **Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches.** Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 133.

CONCLUSÃO

A deliberação desempenha um importante papel na legitimação da atuação das Cortes Constitucionais em sentido amplo, assim consideradas as cortes incumbidas de realizar o controle jurisdicional de constitucionalidade com feição de definitividade, seja como um poder autônomo, seja como um tribunal de cúpula. Diante dos questionamentos que invariavelmente se colocam a respeito de sua atividade de fiscalização da constitucionalidade da legislação, haja vista que eventualmente pode resultar no afastamento de atos normativos elaborados por representantes do povo, democraticamente eleitos, argumenta-se que a deliberação qualificada que efetuam, acompanhada de uma fundamentação racional, seria responsável por conferir legitimidade democrática às Cortes Constitucionais.

Por esse motivo, o estudo da deliberação praticada por tais cortes constitui ponto central em tema de justiça constitucional. Para os fins deste trabalho, definiu-se deliberação como o processo de construção colegiada das decisões, mediante interação argumentativa entre os julgadores e busca do convencimento recíproco, e sua posterior formalização em texto que reflita o entendimento do tribunal como um todo.

Partindo desse conceito, foram apresentadas algumas classificações que refletem as principais variações observadas nesta seara, destacando-se as noções de deliberação interna e externa (se o foco é o debate entre os membros do colegiado ou o público externo), de deliberação pública ou sigilosa (com relação à publicidade do processo decisório) e de modelo *per curiam* ou *seriatim* (se é apresentada decisão única do colegiado ou se são agregadas divergências). No Supremo Tribunal Federal, a deliberação caracteriza-se como marcadamente externa, ocorrendo de maneira pública e seguindo um modelo *seriatim* puro, em que todos os Ministros podem divulgar seus votos.

Apesar de não ser objeto do nosso trabalho o exame dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas tão-somente da sua prática deliberativa, observa-se que o recente movimento de valorização dos precedentes da corte, com a introdução de mecanismos voltados à expansão da eficácia de seus pronunciamentos, torna ainda mais proeminente o estudo da deliberação no contexto brasileiro, conferindo maior realce à questão.

Com efeito, para que ocorra o efetivo fortalecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal é imprescindível que a corte desenvolva uma deliberação qualificada, de forma que os seus comandos dotados de efeitos vinculantes sejam facilmente identificáveis.

No entanto, a atual conformação da prática deliberativa da corte não tem favorecido essa dinâmica, na medida em que, em função de suas características, não se mostra propícia à formação e à identificação de um posicionamento institucional que possa ser atribuído ao Supremo Tribunal Federal como um todo.

Em face desse panorama, o presente trabalho procurou analisar detidamente a deliberação efetuada no âmbito do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de oferecer propostas voltadas ao seu aperfeiçoamento.

Assim, foi exposta a sistemática do Supremo Tribunal Federal, abrangendo informações sobre a corte – tais como sua origem, competências, composição e estrutura –, sobre o sistema nacional de controle de constitucionalidade – com enfoque na parcela que compete ao tribunal – e sobre a deliberação que efetua, no que toca especificamente à fiscalização de constitucionalidade da legislação.

Delimitado esse quadro geral, foram detalhadas as críticas que a prática deliberativa do tribunal tem recebido e que serão sintetizadas a seguir. As decisões são tomadas em sessões públicas, mas não se observa um efetivo debate entre os Ministros. A despeito de haver discussão entre eles sobre um ou outro ponto na sessão de julgamento, em regra o que ocorre, ao menos nos casos de maior repercussão, é a mera leitura de votos elaborados previamente pelos Ministros, de maneira isolada. Tais votos acabam juntados aos autos ainda que não expressem qualquer divergência. Como resultado, ao reunir votos individuais por vezes já bastante longos e que não dialogam entre si, as decisões finais da corte costumam ser extensas em demasia, além de não expressar um posicionamento institucional.

Para colaborar na busca de uma solução para enfrentar essa situação, recorreu-se à experiência de cortes congêneres estrangeiras, examinando-se a prática deliberativa do Conselho Constitucional da França, do Tribunal Constitucional de Portugal, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte dos Estados Unidos. A escolha dessas Cortes Constitucionais foi justificada em função de representarem os principais modelos de controle de constitucionalidade, correspondendo a padrões distintos de deliberação.

Cada uma das Cortes Constitucionais selecionadas foi objeto de análise que seguiu os mesmos moldes daquela efetuada a respeito do Supremo Tribunal Federal, com a

exposição de sua configuração geral, do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo país e da deliberação por ela praticada relativamente à fiscalização de constitucionalidade.

Após o exame da sistemática das cortes, observou-se que, apesar de apresentarem peculiaridades em termos de prática deliberativa, em todas elas são realizadas sessões reservadas para debate entre seus integrantes, sendo as decisões finais a expressão do entendimento majoritário, e não um mero somatório de votos individuais. Esta constatação evidencia que a deliberação efetuada no âmbito do Supremo Tribunal Federal se afasta de modo significativo daquela observada nas demais Cortes Constitucionais apreciadas.

O estudo comparativo empreendido trouxe algumas sugestões para a modificação do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, com vistas ao seu aprimoramento. Outras proposições surgiram da simples reflexão a partir da observação da prática deliberativa nacional e da identificação de seus pontos problemáticos.

Com isso, foram sistematizadas algumas propostas para o aperfeiçoamento da deliberação do Supremo Tribunal Federal, que constituem nossa contribuição ao estudo do tema.

As propostas compreendem: a adoção pelos Ministros de uma postura aberta ao debate; o enfoque na atuação colegiada voltada à obtenção de consenso; o adiantamento do voto do relator aos demais Ministros; a possibilidade de separação da sessão plenária em três etapas; a instituição de sessões de debates reservadas aos Ministros; a alteração da dinâmica da sessão de julgamento; a fixação da tese jurídica acolhida pela corte e a formalização das decisões de modo institucional.

A implementação de tais propostas pode ser obtida mediante alterações formais no processo de tomada de decisões da corte combinadas com mudanças comportamentais de seus membros. Saliente-se, porém, que inexiste uma resposta certa acerca do melhor procedimento decisório a ser adotado. Não há um único modelo de deliberação reputado como ideal. O que há são distintas formas de equacionar a questão. A opção por uma delas depende do contexto e das tradições do país.

Considerando esta premissa, neste trabalho pretendeu-se apresentar propostas que guardam pertinência com o sistema jurídico pátrio, não representando ruptura com os paradigmas internos, mas tão-somente aperfeiçoamento das atuais práticas deliberativas do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, espera-se que o Supremo Tribunal Federal passe a realizar uma deliberação qualificada, respondendo adequadamente às relevantes demandas que lhe são submetidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Isadora de Sousa. **A deliberação no STF: uma análise dos acórdãos com mudança de entendimento no decorrer do julgamento.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2011. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/181_Isadora%20Abreu.pdf

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Germany.** *In* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study.** England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. **"Nos termos do voto do relator": considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 1, p. 263-297, 2016.

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. **Explicando o dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 2, p. 899-931, 2016.

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

AMARAL, Maria Lúcia. **O Tribunal Constitucional e o desempenho das funções estranhas ao controle de constitucionalidade das leis.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivan A. **A monocratização do STF.** https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARANGER, Denis. **Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle: motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.** Jus politicum, nº 7. http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.** http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf

BARROSO, Luís Roberto. **O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar.** https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. **O Supremo Tribunal Federal em 2017: as 10 decisões mais importantes do ano.** https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2017-barroso-parte.pdf

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança.** *In* BARROSO, Luís Roberto (org.). **Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF.** https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf

BARROZO, Paulo. **O Brasil precisa aproveitar a crise: três propostas para o país ter um Estado mais eficiente e justo e construir um mercado maduro e saudável, premissas para que saia maior e melhor da crise.** Revista Veja, edição 2522, ano 50, nº 12, 22 de março de 2017, p. 62-63.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. **Traité de Droit Constitutionnel.** Paris: Librairie Dalloz, 1933.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** *In* Brooklyn Law Review, vol. 71, issue 3, 2006.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Los Angeles: Sage, 12ª ed., 2016.

BEAUD, Olivier; WACHSMANN, Patrick. **Révisons la Constitution!** Le Monde Diplomatique, 11.03.2011. http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/03/11/revisons-la-constitution_1491740_3232.html#lv5qRCmtySsFhgvu.99

BEAUD, Olivier; WACHSMANN, Patrick. **La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel.** *In* RDA, février 2012, p. 113.

BÉCHILLON, Denys de. **Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel).** *In* RDA, février 2012, p. 115.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, n. 18, ano 5, julho/setembro 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=47242

BOUDON, Julien. **Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel.** *In* RDA, février 2012, p. 110.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1992.

CHAVES, Matheus Kudlaviec. **Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário.** Monografia apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42078

COHEN, Mathilde. **Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort.** *In* American Journal of Comparative Law, vol. 62, p. 951-1007, 2014.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2007.

COSTA, Thales Morais da. **Justiça Constitucional.** *In* COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês.** Curitiba: Juruá, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 2002.

DAVIS, Richard. **Electing justice: fixing the Supreme Court nomination process.** New York: Oxford University Press, 2005.

DEUMIER, Pascale. **Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?** Revue trimestrielle de droit civil, juillet-septembre 2012, n° 3, p. 481-487.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo.** Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo Tribunal Federal Processual.** *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia;

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (org.). **Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.** São Paulo: Lex Magister, 2013.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. **Onze Supremos: todos contra o plenário.** *In* FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016.** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FALSARELLA, Christiane Mina. **O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o Conselho Constitucional francês: uma análise comparativa.** *In* **Temas atuais de Direito Público II: diálogos entre Brasil e França.** Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2017.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. **Droit constitutionnel.** Paris: Éditions Dalloz, 14ª ed., 2012.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutionaltheory of constitutional justice.** *In* SADURSKI, Wojciech. **Constitutional Justice, East and West – democratic legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a comparative perspective.** The Hague: Kluwer Law International, 2003.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas.** *In* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 35ª ed., 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação?** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; CANTISANO, Pedro Jimenez; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz

Henrique (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.21: Dias Toffoli.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fabio Ferraz de (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.4: Cezar Peluso.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑES, Izabel Saenger (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.3: Sepúlveda Pertence.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; NUÑES, Izabel Saenger (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013), v.12: Luiz Fux.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GENEVOIS, Bruno. **La composition du Conseil constitutionnel.** *In* RDA, février 2012, p. 89.

GINSBURG, Ruth Bader. **The Role of Dissenting Opinions.** *In* Minessota Law Review, n° 95, p. 1-8, 2010.

GROSSMAN, Joel B.; EPP, Charles R. **Agenda formation on the policy active U.S. Supreme Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** Paris: Lextenso Éditions, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORBACH, Carlos Bastide. **É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal?** http://www.conjur.com.br/2013-nov-17/analise-constitucional-preciso-deliberacao-supremo-tribunal-federal

KAPISZEWSKI, Diana. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal.*** *In* COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel.**Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.** New York: Cambridge University Press, 2010.

KELEMEN, Katalin. **Dissenting Opinion in Constitucional Courts.** *In* German Law Journal, vol. 14, nº 8, p. 1345-1371, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas.** *In* Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n° 1, p. 89-104, jan.2014.

KOMÁREK, Jan. **Questioning Judicial Deliberations.** *In* Oxford Journal of Legal Studies, vol. 29, issue 4, p. 805-826, 2009.

LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. **Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy.** New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. **Por dentro das supremas cortes: bastidores, televisionamento e a magia da tribuna.** *In* Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, p. 538-551, 2015.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n° 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting Law on the Supreme Court: the collegial game.** New York: Cambridge University Press, 2010.

MARIANO, João Cura. **Reforma do processo constitucional – Mesa-redonda.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo:Almedina, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade.** *In* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2017.

MASSING, Otwin. **The legal assistants at the German Federal Constitutional Court: a "black box" of research? A comment.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

MAZOR, Lester J. **The Law Clerks at the Supreme Court of the United States.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

MCCUBBINS, Mathew D.; RODRIGUEZ, Daniel B. **When Does Deliberating Improve Decisionmaking?** *In* Journal of Contemporary Legal Issues, vol. 15, n° 9, 2006, p. 9-50.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Juízes do Supremo Tribunal Federal são midiáticos.** http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/jose-miguel-medina-juizes-supremo-sao-midiaticos

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República).** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 4ª ed., 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil.** *In* Universitas JUS, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Armindo Ribeiro. **Reforma do processo constitucional – Mesa-redonda.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF.** *In* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas.** Folha de São Paulo. 01.02.2010. http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm

MENDES, Conrado Hübner. **Lendo uma decisão: *obter dictum* e *ratio decidendi.* Racionalidade e retórica na decisão.** Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf

MENDES, Conrado Hübner. **Is it All About the Last Word? Deliberative Separation of Powers 1.** *In* Legisprudence, vol. 3, n° 1, p. 69-110, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2.** *In* Legisprudence, vol. 3, n° 2, p. 191-246, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3.** *In* Legisprudence, vol. 5, n° 1, p. 1-40, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.**
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro : Forense, 3ª ed., 2011.

MIRANDA, Jorge. **Sobre a composição do Tribunal Constitucional português.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Justiça Constitucional e Democracia.** *In* **Constitucionalismo e Democracia.** FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Que reformas para a justiça constitucional portuguesa?** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011.

MOREIRA, Vital. **Le Tribunal constitutionnel portugais: le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle.** Cahiers du Conseil constitutionnel nº 10 (Dossier: Portugal), mai 2001. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-tribunal-constitutionnel-portugais-le-controle-concret-dans-le-cadre-d-un-systeme-mixte-de-justice-constitutionnelle.52132.html

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Quebrantamento de uma tradição ou o retorno ao bonham'scase?** *In* Revista Trimestral de Direito Público. Belo Horizonte, n° 57, abr./jun. 2014.

O'BRIEN, David M. **Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions.** *In* GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. **Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches.** Chicago: The Universityof Chicago Press, 1999.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas".** *In* Revista de Sociologia Política, Curitiba, vol. 20, n° 44, p. 139-153, nov. 2012.

OSTROM, Brian J.; HANSON, Roger A. **Understanding and Diagnosing Court Culture.** *In* Court Review: The Journal of the American Judges Association, vol. 45, p. 104-109, 2009.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros.** São Paulo: Editora Método, 2012.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Política e jurisdição: alterações jurídicas nos modelos constitucionais inglês, belga e francês.** *In* CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN (coord.). **Direito constitucional brasileiro – organização do Estado e dos poderes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M.; EPSTEIN, Lee.**Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis.** *In* John M. Olin Law & Economics Working Paper, n° 510, January 2010.

POUILLIEUTE, Antoine. **Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF).** Cahiers du Conseil constitutionnel nº 26 (Dossier: Tribunal fédéral suprême du Brésil), août 2009. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-26/regard-d-un-francais-sur-le-tribunal-federal-supreme-stf.51497.html

PULS, Maurício; FERRARI, Márcio. **Déficit de deliberação.** *In* Revista FAPESP, edição nº 243, maio 2016, p. 80-83.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O papel dos vencidos.** *In* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, nº 242, jan. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988.** *In* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

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

REZEK, Francisco. **Prefácio.** *In* HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus assessores.** São Paulo: Almedina, 2014.

RINKEN, Alfred. **The Federal Constitutional Court and the german political system.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I: Defesa das Liberdades Civis (1891-1898).** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II: Defesa do Federalismo (1899-1910).** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III: Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* (1910-1926).** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo IV, vol. 1: 1930-1963.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional litigation as dispute processing: comparing the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SABÈTE, Wagdi. **De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel**. *In* AJDA, p. 885, 2011.

SAINT-BONNET, François. **L'ironie du sort.** *In* RDA, février 2012, p. 99.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.** Cambridge: Harvard UniversityPress, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. **La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano.** Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna, 2010.

SELIGMAN, Felipe; BASILE, Juliano. **STF: uma Corte que pauta e que é pautada pela imprensa.** *In* MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição Constitucional em 2020.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SHELDON, Charles H. **The Incidence and Structure of Dissensus on a State Supreme Court.** *In* GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. **Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches.** Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Essai sur les privilèges et autres textes.** Paris: Dalloz, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** *In* Revista de Direito Administrativo, n° 250, p. 197-227, 2009.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate? If so, how?** *In* European Journal of Legal Studies, vol. 9, nº 2, p. 209-240, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 1, nº 1, p. 180-200, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogosian.** *In* Revista Estudos Institucionais, vol. 2, nº 2, p. 648-669, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal.** *In* Direito, Estado e Sociedade, n. 47, p. 205-225, jul/dez 2015.

SPRIGGS II, James F.; STRAS, David R. **Explaining Plurality Decisions.** *In* The Georgetown Law Journal, v. 99, p. 515-570, 2011.

STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. **Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro.** *In* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 30, n° 1, p. 221-236, jan./jun. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. **Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira.** *In* VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta;

GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. **Four Failures of Deliberating Groups.** *In* Public Law and Legal Theory Working Papers, n° 215, 2008.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. **Precedent in Italy.** *In* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). Interpreting precedents: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006.** São Paulo: Método, 3ª ed., 2009.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TORMIN, Mateus Matos. **Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: o esboço de um modelo de análise.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/212_Mateus%20Tormin%20alterada.pdf

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law.** New York: Foundation Press, 3ª ed., 2000.

TRIBE, Laurence. **Respecting Dissent: Justice Ginsburg's Critique of the Troubling Invocation of Appearance.** *In* Essays in Honor of Justice Ruth Ginsburg, fev., 2013, p. 63-66.

VALE, André Rufino do. **É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal.** http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf

VALE, André Rufino do. **Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes.** https://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes

VALE, André Rufino do. **A Deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns Problemas e Perspectivas de Análise Teórica.** *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

VEDEL, Georges. **Neuf ans au Conseil constitutionnel.** *In* Le débat, nº 55, p. 61-70, mars-août 1989.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** *In* Revista Direito GV, n° 8, p. 441-464, jul-dez/2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF.** *In* Revista Direito GV, n° 9, p. 21-44, jan-jun/2009.

WACHSMANN, Patrick. **L'Oracle des libertés ne parle qu'une seule fois.** Jus politicum, nº 7.http://juspoliticum.com/L-oracle-des-libertes-ne-parle-qu.html

WACHSMANN, Patrick. **Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel.** *In* **Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak**. LGDJ, 2007, p. 279.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review.** *In* Yale Law Journal, n° 115, p. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WIELAND, Joachim. **The role of the legal assistants at the German Federal Constitutional Court.** *In* ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

YOUM, Kyu Ho. **Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning From Abroad?** *In* Brigham Young University Law Review, vol. 6, 2012. Disponível em: http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2012/iss6/9