

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO

ANNA JÚLIA CAMARGOS PENNISI

DELIBERAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: SISTEMAS POSSÍVEIS

UBERLÂNDIA

2023

ANNA JÚLIA CAMARGOS PENNISI

DELIBERAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: SISTEMAS POSSÍVEIS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia para a elaboração de trabalho de conclusão de curso, como cumprimento do componente curricular TCC 2 e requisito para obtenção de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof.^a Dr. Raoni Macedo Bielschowsky

UBERLÂNDIA

2023

RESUMO

Trata-se de monografia cujo objetivo é, a partir das teorias da deliberação constitucional, sobretudo sistematizadas por André Rufino do Vale, Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva, bem como da análise do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, identificar quais são as modalidades deliberativas aplicadas pela Corte durante a Jurisdição Constitucional. No presente trabalho, é realizada breve exploração acerca dos debates teóricos entre a legitimidade do Controle de Constitucionalidade por Tribunais, bem como do posicionamento de teóricos substancialistas e procedimentalistas. Após, há a apresentação do conceito de deliberação, bem como das suas modalidades, fases e elementos. Com este arcabouço teórico sistematizado, foi possível indicar, a partir do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, qual era a orientação de atuação da Corte durante a sua atividade interna, em face das teorias da deliberação concretizadas pelos autores supracitados.

PALAVRAS-CHAVE

Deliberação Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Jurisdição Constitucional; Democracia.

ABSTRACT

It is an academic work whose objective is to identify the deliberative modalities applied by the Supreme Court during judicial review, based on the theories of constitutional deliberation, particularly systematized by André Rufino do Vale, Conrado Hubner Mendes, and Virgílio Afonso da Silva, as well as the analysis of the Internal Rules of the Supreme Court. This work briefly explores the theoretical debates regarding the legitimacy of Constitutional Control by Courts, as well as the positions of substantive and procedural theorists. Subsequently, the concept of deliberation, its modalities, phases, and elements are presented. With this systematized theoretical framework, it was possible to indicate, based on the Internal Rules of the Supreme Court, the Court's orientation during its internal activity in relation to the theories of deliberation formulated by the aforementioned authors.

KEYWORDS

Constitucional deliberation; Brazilian Supreme Court; Judicial Review; Democracy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A CONTROVÉRSIA DO SISTEMA DE REVISÃO DE NORMAS	10
3. DELIBERAÇÃO	17
3.1. Deliberação aberta x Deliberação Fechada	22
3.2. Decisão <i>per curiam</i> x <i>seriatim</i>	25
4. AS TAREFAS DA CORTE DELIBERATIVA	28
4.1. 1ª Etapa: pré-decisória	28
4.2. 2ª Etapa: decisória	30
4.3. 3ª Etapa: pós-decisória	31
5. ANÁLISE DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
32	
5.1. Atores da deliberação	32
5.2. A Contestação Pública em Audiências	37
5.3. Das sessões em geral	38
5.4. Da publicação das decisões	42
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUÇÃO

O Direito está em constante movimento, seja pela criação e estruturação de novas normas ou pela atribuição de camadas interpretativas que tornam as regras pré-existentes em operáveis. Durante a atividade inovativa do legislador em criar novas leis para fazer jus a movimentos sociais e padrões éticos atualizados, a Constituição, dentre outras funções, serve como um balizador para garantir direitos fundamentais mínimos, com amparo na própria dignidade da pessoa humana. Assim, a existência do Estado Democrático de Direito pressupõe uma validação constitucional das produções infraconstitucionais.

O corpo institucional que realizará a análise das normas, entretanto, permeia diversas questões teóricas que foram exploradas no presente trabalho. Há teorias favoráveis e contrárias a chamada jurisdição constitucional, ou seja, ao controle das normas infraconstitucionais pelo poder judiciário, à luz da Constituição, e teorias contrárias a esta aplicação. Dentre autores favoráveis à revisão judicial, há, ainda, a divisão teórica entre substancialistas e procedimentalistas, que enxergam de modo diverso a extensão do controle de constitucionalidade.

Dentre os autores contrários à jurisdição constitucional, Waldron¹ pugna pela preservação da regra da maioria, como procedimento apto para manter a autonomia do eleitorado que optou por um conjunto de ideologias a serem aplicados por seus representantes. Aqui, os procedimentos legislativos promovem a segurança institucional necessária para o processo democrático, ainda que determinadas camadas da população se encontrem à margem do Direito e que a aplicação das normativas seja contrária aos princípios constitucionais mais sensíveis. Esta lente traz como função do judiciário a mera manutenção dos demais poderes, de maneira essencialmente técnica.

A corrente procedimentalista assinada, dentre outros, por Habermas², analisa o judiciário a partir de uma teoria verdadeiramente liberal, voltada para mínima intervenção, e que busca afastar diretamente a política do direito. Para este grupo de teóricos, a jurisdição constitucional é um caminho essencial, embora não possa ser utilizada para ativismos, devendo se ater à manutenção dos procedimentos democráticos determinados pela Carta Magna.

¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-406.10, 2006

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

Por outro lado, existem teóricos como Dworkin e Streck³ que se aprofundam na insuficiência da regra da maioria e do direito político para construir normas substancialmente adequadas para um grupo minoritário, alcançando assim a justiça social e todos os princípios de que são dotados os direitos. Ora, neste sentido, não poderia o próprio legislador, imbuído dentro do contexto político que o fez editar e aprovar uma norma que contraria o texto principiológico da Constituição, realizar a sua própria gestão e contradita por meio da revisão. Assim, resta ao ativismo judicial realizar o controle normativo por meio da jurisdição constitucional.

Em síntese, a escola substancialista, representante desta vertente, percebe que os tribunais devem não apenas se constituir para a manutenção de demais poderes, mas para ser um canal de transformação do ordenamento jurídico conforme as atualizações sociais e políticas, por meio de uma leitura moral da Constituição. Esta corrente busca entender como funciona a coesão e a efetividade das regras e princípios constitucionais, ainda que haja uma evolução tecnológica, social e comportamental do corpo social regido por estas. Assim, os tribunais devem alterar o Direito de modo que ele permaneça aplicável a todos os sujeitos, ainda que componentes de uma minoria política.

Para alguns autores⁴, este debate deve ser superado, ao menos na senda brasileira, considerando que o poder atribuído aos tribunais já é constitucionalmente estabelecido e pacífico. Em tese, o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário é um fato concreto que apenas mudará com a edição de uma nova Constituição, por ser o seu procedimento garantido de modo pétreo. Assim, ainda que haja um conflito entre a legitimidade ou não das decisões dos tribunais dadas como ativistas, um novo paradigma deverá ser considerado.

Se a jurisdição constitucional é inevitável, que sejam analisados os modos de sua concretização a partir dos procedimentos internos do tribunal. Ou seja, verificar qual a forma com a qual as deliberações ocorrem e suas implicações no ordenamento jurídico e na democracia constitucional, quais as suas implicações políticas e jurídicas no conteúdo decisório e como se dá a adequação destes ao paradigma político. Grosso modo, as decisões são tomadas por meio do sistema de deliberação constitucional, que é, em síntese, o diálogo

³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da constituição norte americana. São Paulo: Martins Fontes, 2019 e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Livraria do Advogado Editora, 2002.

⁴ Por exemplo: VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019 e MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013

entre os ministros ou magistrados com finalidade de obter uma concessão mútua e um resultado adequado para a solução da controvérsia normativa. Neste sentido, a deliberação possui, dentre os estudos já pré-existentes, algumas facetas interessantes e classificações a serem analisadas.

A primeira delas é a modalidade de exposição do processo deliberativo e se isto o torna mais ou menos político. Um tribunal deliberativo pode tornar público um debate para que as normas sejam apresentadas e questionadas perante toda a sociedade que assiste ao julgamento. O risco é que seus argumentos podem ser controlados pela opinião pública, mas há o benefício de maior transparência em todo o procedimento de tomada de decisão. Trata-se da deliberação aberta. Ao contrário, é possível que o tribunal decida realizar seu procedimento sem participação externa, mantendo hermético o processo de argumentação constitucional envolvido na tomada de decisão da jurisdição constitucional. Este é o modelo de deliberação fechado.

Ainda, o Tribunal poderá optar por um modelo de compartilhamento de decisões seriadas, em que os Ministros possuem mais protagonismo e podem optar por redigir e publicar seus próprios votos, ainda que diversos do dispositivo final do acórdão, para que toda a análise do caminho decisória possa ser realizada. Em contrário, é possível que o Tribunal opte por manter a decisão compartilhada única, sem citar os argumentos contrários ao dispositivo, se o que se pretende é criar a ideia de uma unidade.

Assim, há modelos diversos de deliberação utilizados pelos tribunais e que são expressos em seus respectivos regimentos. A forma com a qual a deliberação ocorre, procedimentalmente, pode afetar no resultado alcançado pelos juristas, sendo fulcral para a definição da filosofia do tribunal. O documento que expressa, de forma concreta, o procedimento do processo de deliberação Constitucional no Brasil dentro do Supremo Tribunal Federal, é o Regimento Interno, um conjunto de normas que indicam competências, órgãos, atuações, modos de decidir e trâmites de lides internamente ao STF. É na análise destas normas que se encontra se o Tribunal adota o sistema aberto, fechado, *seriatim* e *per curiam* de audiência e divulgação.

Neste sentido, a relevância da pesquisa é entender e sistematizar os modelos deliberativos e, em essência, verificar quais são os caminhos normativos percorridos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que justificam este ser aberto, fechado, com divulgação seriada ou *per curiam*. Além disso, busca apresentar, de modo mais aprofundado,

quais são as críticas para cada dispositivo específico a partir dos estudos voltados para o modelo deliberativo aplicado e quais os impactos causados na própria atividade das Cortes.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo reunir e sistematizar quais são os modelos de deliberação constitucional e suas classificações, em face ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, discorre acerca dos modelos deliberativos, sua articulação e quais as implicações para a atuação nas cortes constitucionais, com fins a fomentar o debate acerca da deliberação.

Por fim, a presente pesquisa se fez na modalidade bibliográfica, a partir do levantamento de obras relacionadas ao tema da deliberação e a análise destas em face da atuação do Supremo Tribunal Federal. Por meio dessa sistematização, buscou-se verificar, em comparação, se as proposições acerca da deliberação constitucional se confirmam ou não. O *corpus* analítico foi composto por livros e artigos científicos que abordam as teses referentes à argumentação jurídica constitucional e decisão colegiada, com ênfase naquelas de autoria de Conrado Hubner Mendes⁵, André Rufino do Vale⁶ e André Garcia Leão Reis Valadares⁷.

Os resultados serão apresentados na presente monografia, que se inicia por uma breve revisão acerca dos sistemas de revisão de normas e a controvérsia inicial da legitimidade da jurisdição constitucional, seguida da conceituação básica de deliberação e do detalhamento das quatro modalidades existentes. Após, será apresentado capítulo acerca das três fases deliberativas e, enfim, a análise do regimento interno do Supremo Tribunal Federal afim de encontrar quais são os atores da deliberação, como se dá a contestação pública, as sessões e a divulgação dos resultados, com base nas teses apresentadas.

⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. André Rufino do Vale e Conrado Hubner Mendes

⁶ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019

⁷ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

2. A CONTROVÉRSIA DO SISTEMA DE REVISÃO DE NORMAS

De início, antes de realizar o aprofundamento na atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão deliberativo, convém compreender quais são as controvérsias que concernem a jurisdição constitucional e a legitimidade do judiciário em dar a última palavra em matéria constitucional. Afinal, há um questionamento acerca da legitimidade das decisões dadas por membros não eleitos, bem como, se forem legítimas, quais as suas limitações. É sobre isto que se discorrerá a seguir.

Em princípio, é importante verificar que há teóricos que se posicionam de modo favorável à jurisdição constitucional, e outros que se posicionam em contrariedade ao modelo de revisão de normas pelos membros do poder judiciário. Dentre os autores favoráveis ao modelo, existem aqueles que postulam que este deve se realizar de modo amplo e aqueles que identificam uma linha a ser traçada entre os limites da atuação da corte.

Grosso modo, os teóricos adeptos à jurisdição constitucional o fazem por identificar que há a necessidade de o poder judiciário exercer a função de manutenção do regime democrático por meio da verificação da constitucionalidade do processo legislativo infraconstitucional, seja por via de análise procedimental ou material. Esta tese possui como base a insuficiência do parlamento para a integral manutenção da democracia, considerando que, por ser uma instituição plenamente política, sem formação técnica para criar e interpretar as normas à luz da Constituição, não poderia realizar o controle de sua própria atividade.⁸ Entretanto, em que pese os autores desta tese se portarem a favor da realização do controle de constitucionalidade pelos tribunais, há uma divisão entre eles conforme o nível de alcance da Jurisdição Constitucional: substancialistas e procedimentalistas.

Com efeito, os autores substancialistas são favoráveis ao sistema de controle de constitucionalidade por tribunais. No entanto, autores como Dworkin⁹ e Streck¹⁰ se posicionam pela amplitude máxima deste controle, atingindo inclusive o conteúdo das normas, e não apenas o procedimento com a qual estas foram trazidas ao ordenamento jurídico. Estes teóricos compreendem que a democracia deve ter esteio na convivência com minorias, ainda que isso signifique uma tomada de decisões impopulares e ativistas, sem a

⁸ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008

⁹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Livraria do Advogado Editora, 2002.

interação e desejo da população geral. Com o objetivo de garantir a proteção dos direitos fundamentais das minorias, é possível violar o procedimento de regras numéricas da maioria, por meio, por exemplo, da jurisdição constitucional. Assim, os tribunais poderão tomar decisões de princípio, e não de política, para solucionar a inadequação de regras injustas.

Ademais, a corte pode proteger os direitos das minorias em face da maioria, que elege os seus representantes com maior facilidade por ser assim o sistema eleitoral matematicamente definido. Ou seja, é possível enxergar o poder jurisdicional como o único apto a aplicar convicções morais e substanciais dentro de sua atuação. Quando uma norma é criada e sua aplicação gera casos difíceis, que confrontam a mesma norma com princípios fundamentais, caberá ao juízo solucionar estas regras por meio de ativismo interpretativo. Trata-se da leitura moral da constituição.

Segundo a teoria substantiva da Constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A Constituição, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, é o Poder Judiciário, que, por sua vez, irá interpretar os valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição permitindo dessa forma uma ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.¹¹

De modo diverso, os procedimentalistas verificam que o controle de constitucionalidade deve versar, tão somente, sobre aspectos formais e sobre a manutenção do procedimento constitucional, sem versar sobre a materialidade das normas submetidas a este. Ou seja, ainda que o procedimento seja resguardado pelo judiciário, as decisões materiais ou principiológicas precisam passar pelos representantes do poder legislativo, que foram eleitos pelo povo e assim podem se portar, democraticamente. Neste sentido:

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com esta teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.¹²

¹¹ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequencia**. Florianópolis, p. 151-177, jun. 2008.

¹² KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequencia**. Florianópolis, p. 151-177, jun. 2008.

Neste sentido, ainda que a jurisdição constitucional, para os procedimentalistas, seja possível e necessária, deverá ser limitada para garantir o exercício da democracia pelo povo, mas não pode adentrar na esfera criativa dos membros do poder legislativo.

Ainda, há autores, como Jeremy Waldron¹³, que contrariam a possibilidade do controle de constitucionalidade ser realizado por tribunais. Neste sentido, há a apresentação de pontos favoráveis ao controle realizado pelo legislador, em oposição ao controle judicial.

Em princípio, a representação pela maioria é uma forma de aplicar a um determinado grupo de indivíduos a função política exclusiva e concentrada, de modo mais complexo. O parlamento é a própria transcrição da democracia direta, em que pese estar atuando em voz como um representante daqueles que lhe confiaram os votos para a composição, de modo indireto. Não obstante, não haveria uma lógica adversarial no parlamento, como há em casos concretos que chegam às cortes, sem a necessidade de uma polarização das demandas debatidas no pleno. É imperioso, portanto, ver a democracia como um processo no qual há um voto contado pela medida de eleitos e representantes, de modo que o pragmatismo legislativo se sobrepõe a qualquer tipo de ativismo judicial.

De mesmo modo, as cortes, para tal vertente, não protegem as condições prévias da democracia, já que os próprios juízes constitucionais estão imiscuídos dentro de um debate político que tangenciaria suas próprias atribuições. Nesta ótica, confiar na moralidade do judiciário seria temerário, visto que a própria decisão substancial afastaria a tecnicidade pressuposta da atuação *erga omnes*, que seria incumbência do legislativo. Ademais, considerando que a decisão de controle de constitucionalidade suprime ou adiciona informações ao ordenamento jurídico, não seria seguro que estas estejam formuladas pelo arcabouço técnico elitista e hermético que afastaria o povo das próprias normas.

Assim, para Waldron¹⁴, a jurisdição constitucional se configura em uma confusão interna sobre textos normativos e a Constituição, bem como a sua interpretação, não permitindo que a sociedade se concentre em resolvê-los democraticamente e atribuindo a tarefa para juízes não eleitos e cujos votos induzem uma falsa ideia de maioria. Contrariaria, para ele, os princípios da representação política e da igualdade na última resolução de uma matéria de direito. Neste sentido:

¹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-406.10, 2006.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-406.10, 2006.

[A revisão judicial] é vulnerável a ataques em duas frentes. Em verdade, ela não provê uma forma para que a sociedade se concentre, claramente, em problemas reais quando os cidadãos discordam acerca de direitos; do contrário, distrai-os com problemas marginais como precedentes, textos e interpretação. E ainda é politicamente ilegítima, considerando valores democráticos. Por privilegiar a maioria dentre um grupo pequeno de juízes não eleitos, há um certo abandono dos cidadãos comuns no que concerne à representação e igualdade política na solução final de questões de Direito.¹⁵

Portanto, adeptos à revisão normativa pelo Legislativo verificam que a base do regime democrático é o respeito a um procedimento previamente estabelecido, sobre o qual se deve versar a atuação legítima dos entes dotados de poder decisório, ou seja, os legisladores. Neste caso, em representação à maioria, os entes eleitos podem seguir as regras do justo, para manter o resultado constitucional das eleições, sem realizar nenhum tipo de interpretação que vá à contramão do numerário dos votantes que decidiram pela existência de uma norma ou de um tópico de agenda.

No entanto, a regra da maioria tem como principal mazela desconsiderar o que as minorias necessitam para a verdadeira justiça social e constitucional. Ainda que pareça razoável adotar a maioria numérica de votos para tomar uma decisão democrática, há de se pensar que pode haver uma parte do povo a ser injustiçada, considerando que a igualdade matemática não é representada substancialmente dentro de um corpo social. Assim, por não aceitar o favorecimento de uma demanda, ainda que dentro da minoria, a tese avessa à jurisdição constitucional peca em promover a exclusão.

Em função do debate apresentado, Mendes¹⁶ propõe uma alternativa para a dicotomia entre a revisão judicial e o controle de constitucionalidade pelo parlamento. Neste sentido, o diálogo interinstitucional é uma opção viável para a participação dos dois poderes na guarda da constituição, em um modelo no qual não há exatamente uma palavra final ou uma verticalidade nas decisões judiciais, devendo o judiciário e o legislativo debaterem, em conjunto, as questões políticas incidentes na aplicação e interpretação de uma norma constitucional.

¹⁵ “Judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.” WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-406.10, 2006.p. 8

¹⁶ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008.

Ora, se o parlamento pode dialogar com o Judiciário, ninguém toma a última palavra, e haveria uma deliberação interna entre os eleitos, como representantes do procedimento majoritário, e não eleitos, como os representantes das minorias que ficariam à margem de qualquer tipo de debate, além de balizadores da influência política nas decisões legislativas. O processo de debate, portanto, se tornaria mais amplo.

Não obstante, Bustamante¹⁷ delinea que há uma desconfiança nas cortes constitucionais, ainda que no sistema de jurisdição constitucional dos países do *common law*, acerca da legitimidade para discordar de decisões específicas e adotar direcionamentos para a aplicação da *bill of rights*. Tal desconfiança pode ser sanada por meio de três postulados: a corte apenas supervisiona o processo legislativo formalmente; se comporta como um fórum de princípios, para priorizar o certo em detrimento do que é conveniente; e, ainda, é revestida de diálogo interinstitucional que a tornaria eficiente de modo coletivo, e não isolado. Assim:

Existem pelo menos três respostas plausíveis a essas objeções, baseadas em ideias diferentes dos tribunais constitucionais. A primeira concebe o tribunal como um "guardião" da deliberação pública, limitando-se a fiscalizar o processo legislativo para avaliar se ele foi realizado em condições deliberativas adequadas. A segunda retrata o tribunal como um "fórum de princípios" ou um lugar privilegiado para "casos públicos" considerados essenciais para uma "concepção política de justiça" que sanciona a "supremacia do direito sobre o bem". (...) A terceira é uma história "dialógica" que mostra pessoas, legisladores, líderes e tribunais em constante diálogo sobre o significado das disposições constitucionais, de modo que a imagem do tribunal constitucional é um "parceiro de conversa" em um longo prazo diálogo com o legislador e a esfera pública mais ampla". De acordo com essa visão, não há uma resposta clara ao argumento constitucional.¹⁸

Apesar disso, o Brasil segue o tradicional modelo de jurisdição constitucional, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos magistrados e desembargadores, no exercício dos controles de constitucionalidade concentrados e difusos. Assim, a revisão de normas do legislativo brasileiro tem como responsável o poder judiciário, que detém a última

¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic Yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts? **Modern Law Review**. Set. 2015.

¹⁸ There are at least three plausible responses to these objections, which are based on different images of constitutional courts. The first conceives the court as a 'custodian' of public deliberation, which merely supervises the legislative process with a view to assessing whether it was undertaken under proper deliberative circumstances. The second portrays the court as a 'forum of principle' or a privileged locus of 'public reasons' that is regarded as indispensable for a 'political conception of justice' which establishes the 'priority of the right over the good'. (...) The third is a 'dialogic' account which portrays people, legislatures, executives and the courts in constant conversation about the meaning of constitutional provisions, so that the image of the constitutional court is that of an 'interlocutor' in a 'long term conversation with the legislator and the broader public sphere'. According to this view, there are no final answers in constitutional arguments. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic Yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts? **Modern Law Review**. Set. 2015. P. 373

palavra. Para Vale¹⁹, esta informação é bastante para que se encerre o debate acerca da legitimidade política da jurisdição constitucional. Se a Constituição já atribuiu o controle concentrado ao Supremo, não se justifica questionar se ele é legítimo ou não, pois é automaticamente constitucional. Afasta-se aqui qualquer tipo de questionamento de invalidez, a não ser que seja de ordem moral.

Como dito, para Vale²⁰, o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional é prescindível, considerando que, nas democracias contemporâneas, há a estruturação de um órgão que garanta os direitos fundamentais pelo controle formal da democracia, além de que o movimento de positivação do controle de constitucionalidade pelo poder judiciário é legítimo e legal, pois advém da urgência de fiscalizar e manter a democracia contra regimes autoritários. Além disso, saber se uma corte constitucional é legítima ou não passa a ser uma questão empírica, conforme a qual se deve verificar como os tribunais se estruturam e exercem seu poder.

Se já está definido que haverá um modelo de revisão a partir do judiciário, de modo constitucionalmente legítimo, ainda que exista debate teórico entre procedimentalistas e substancialistas, surge um novo paradigma de análise. Como se dá a deliberação dentro das casas judiciárias que promovem a jurisdição constitucional? De modo mais específico, como ocorre a deliberação no Supremo Tribunal Federal? Portanto:

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a questão em torno das relações entre democracia e constitucionalismo tornou-se uma questão mais empírica do que filosófica (ou normativa). Isso quer dizer que, em vez de suscitar um debate filosófico que busque um modelo ideal (normativo) de relação (de tensão ou de conciliação) entre jurisdição constitucional e democracia, essa questão pressupõe cada vez mais o conhecimento em concreto das diferentes realidades políticas e depende crescentemente da aferição empírica das práticas e dos resultados que os diferentes modelos institucionais proporcionam nas diversas democracias. Em suma, o problema de saber se a jurisdição constitucional é compatível ou não com a democracia passou a ser uma questão mais empírica e contextual do que normativa e universal²¹

A mudança de perspectiva de uma análise sobre a legitimidade ou não das cortes para a análise da forma com a qual a corte delibera é tão relevante, nesse sentido, que, para

¹⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

²⁰ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

²¹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019, p.33.

Virgílio Afonso da Silva²², se sabe se a Corte tem qualidade ao averiguar se ela lida de maneira adequada com a deliberação. Nestes termos, Silva²³ constrói uma lógica segundo a qual a capacidade deliberativa é diretamente proporcional à qualidade da aplicação normativa realizada por uma Corte. Neste sentido:

Os juízes em cortes supremas e constitucionais não são eleitos diretamente. Entretanto, a legitimidade destas cortes em revisar a legislação aprovada por parlamentares democraticamente eleitos deve ter diferentes fundamentos. A mais frequentemente mencionada fonte de legitimidade é a proteção das minorias, entretanto, há outras fontes, dentre as quais se posiciona a deliberação. Quando as cortes não deliberam (ou deliberam de modo fraco), elas não adicionam nada, ou muito pouco, ao trabalho já realizado pelo legislativo. Em outras palavras, se a deliberação consistir em apenas contar votos por cabeça, então Waldron está correto em desafiar sua legitimidade. No entanto, assumir que as cortes são (ou podem ser) instituições com um potencial distinto deliberação é o caminho para a sua legitimação.²⁴

Nestes termos, para verificar a legitimidade de uma corte, é imperioso que se observe se o processo deliberativo está sendo realizado realmente ou se está sendo apenas um pressuposto de eleição indireta de opiniões formuladas por juízes não eleitos. O diferencial do Judiciário, em síntese, é a capacidade técnica de argumentar e construir caminhos que o legislativo não poderia fazer, praticando a leitura moral da Constituição. Não deliberar, ou não realizar uma deliberação de qualidade, para Silva, desconstrói totalmente a sua legitimidade enquanto órgão de deliberação.

Considerando o exposto, é relevante a análise do sistema de operação de um órgão com poder decisório que extrapola, evidentemente, o que se espera do Poder Judiciário enquanto operador de jurisdição. Em vistas a analisar concretamente o modo de atuação da Corte, é importante levantar quais os modelos deliberativos e de quais instrumentos o Supremo Tribunal Federal se utiliza, a partir de seu Regimento Interno.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal Of Legal Studies**, [s. l], v. 9, n. 2, p. 209-241, jan. 2017.

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal Of Legal Studies**, [s. l], v. 9, n. 2, p. 209-241, jan. 2017.

²⁴ Justices in supreme and constitutional courts are not directly elected. Therefore, the legitimacy of these courts in reviewing the legislation passed by democratically elected parliaments must have different foundations. The most frequently mentioned source of their legitimacy is surely the fact that they can protect the constitutional rights of minorities. However, there are other sources, and the quality of the deliberation is one of them. When courts do not deliberate (or when they deliberate poorly), they add nothing (or very little) to the work already done by the legislature. In other words, if court decisions consist of pure head counting, then Waldron is right to challenge their legitimacy.¹⁶ Thus, the assumption that courts are (or at least can be) institutions with a distinct deliberative potential is paramount to their legitimacy. SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal Of Legal Studies**, [s. l], v. 9, n. 2, p. 209-241, jan. 2017.

3. DELIBERAÇÃO

Deliberação, para Mendes²⁵ é uma forma de argumentação jurídica que exige ao máximo a interação dentro do processo de tomada de decisão, por meio do qual as razões de decidir são intercambiadas entre os magistrados, com o fim de atingir o consenso pela persuasão. Quando um tribunal é composto por um número de magistrados com modos diversos de operar o Direito e compreender o ordenamento e as normativas, a forma mais segura de decidir seria forçar um diálogo e um debate para minimizar ao máximo o dissenso.

A força motriz do engajamento dos colegiados é, portanto, tripla: o esforço para considerar todas as posições que o tribunal foi capaz de conceber empaticamente; a busca pela melhor resposta baseada em princípios; e a busca do consenso ou, caso não ocorra, um dissenso mínimo. Cabe a cada tribunal equilibrar essas demandas quando elas puxam em direções diferentes²⁶

Nesta feita, sabendo que as decisões em controle concentrado de constitucionalidade de interesse federal são proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como exposto, é relevante compreender a forma com a qual este processo decisório se constrói dentro da Corte. Para Botelho e Fiorindo²⁷, as práticas de deliberação dos tribunais são especialmente importantes no Brasil, considerando que o controle de constitucionalidade tem uma tendência maior a transformar o próprio direito brasileiro por meio da padronização do modo de decisão.

Nesse panorama, em que a busca de eficácia e celeridade do Poder Judiciário passaria apenas pela padronização da atividade jurisdicional, surgem profundos estudos e teses sobre os precedentes judiciais, súmulas vinculantes, atividade judicial e praticidade, os quais alertam para os riscos de massificação da atividade judicial e da desconsideração das circunstâncias específicas de cada caso concreto, o que poderia implicar uma fragmentação da razão prática e uma aplicação amoral e avalorativa da norma jurisprudencial²⁸

²⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

²⁶ The driving-force of collegial engagement is, accordingly, three-fold: the effort to take into account all positions the court was able to collect and to empathetically conceive; the search for the best principled answer; and the pursuit of consensus or, if it does not come forth, minimal dissensus. It is up for each court to balance these demands when they pull in different directions. MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 121.

²⁷ BOTELHO, Cristiane Miranda; FIORINDO, Regivaldo. Deliberação nas cortes superiores. Julgamento per seriatim e per curiam. Importância da fixação da ratio decidendi. Delineamento de técnicas processuais de distinção – distinguishing. Exame de caso paradigmático julgado pela turma nacional de uniformização dos julgados especiais federais. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, v. 258, n. 12, p. 1-15, ago. 2016.

²⁸ BOTELHO, Cristiane Miranda; FIORINDO, Regivaldo. Deliberação nas cortes superiores. Julgamento per seriatim e per curiam. Importância da fixação da ratio decidendi. Delineamento de técnicas processuais de distinção – distinguishing. Exame de caso paradigmático julgado pela turma nacional de uniformização dos julgados especiais federais. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, v. 258, n. 12, p. 1-15, ago. 2016.

A deliberação, para Bustamante²⁹, é um modo de permitir que a jurisdição constitucional seja democraticamente coligada aos valores constitucionais intrínsecos, de modo que o povo tenha a possibilidade de dialogar dentro das decisões do tribunal e exercer o seu papel democrático. A medida, portanto, de democracia do trabalho de uma corte se relaciona diretamente com as ferramentas que implicam a deliberação, os modelos institucionais e as pautas dos julgamentos. Para Silva³⁰, se trata de um processo de troca de argumentos dentro de uma instituição colegiada para que seja realizada a persuasão e um processo de tomada de decisões coletivas.

Em semelhante teor, Vale³¹ estabelece que a deliberação é sopesamento e balanceamento, a partir do próprio termo latino *libra*, que traz a concepção da busca de um equilíbrio em uma aplicação concreta dos componentes do ordenamento jurídico. Assim, quando há um questionamento em curso na Corte Constitucional, na busca de uma solução adequada e a análise, dentre as normas fundamentais aplicáveis, daquela que deve ser posta em um caráter dominante, há um processo de deliberação.

De mesmo modo, verificar a forma com a qual a deliberação constitucional é realizada e quais os modelos aplicáveis superaria a necessidade de entender se o próprio tribunal constitucional é competente, de fato, para realizar democraticamente o poder político que lhe foi constitucionalmente conferido. Assim, as críticas à jurisdição constitucional e a dúvida acerca da possibilidade ou não do controle político dos tribunais sucumbiria ao debate em relação ao modo pelo qual as decisões são tomadas, os autos organizados, os juízes dispostos e as sentenças, ou acórdãos, tornadas públicas. Além disso, fixa a tese de que as instituições deliberativas se sustentam muito mais pela sua argumentação, e não pela sua potencialidade política.

Os argumentos e/ou os discursos produzidos pelos Tribunais Constitucionais constituem um dos aspectos cruciais de legitimação de sua atividade institucional, na medida em que levam consigo as razões justificadoras dessa atividade e de seus resultados decisórios, e assim se submetem constantemente à (re)avaliação de diversos auditórios ou audiências presentes na esfera pública de uma comunidade democrática. Nesse sentido, não seria demasiado afirmar que as práticas argumentativas dos Tribunais

²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic Yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts? **Modern Law Review**. Set. 2015.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal Of Legal Studies**, [s. l], v. 9, n. 2, p. 209-241, jan. 2017.

³¹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

Constitucionais podem representar uma espécie de “sismógrafo” do quantum de democracia presente no exercício de sua jurisdição constitucional³²

Ademais, uma nova camada à deliberação é atribuída por Valadares³³, quando este a define como forma de tomada de decisão que se contrapõe à democracia agregativa da maioria, necessariamente aliada ao princípio da colegialidade. Este é tanto um elemento da própria argumentação jurídica em *hard cases* quanto uma atividade de cooperação e interação entre os magistrados, quando estes se utilizam dos colegiados para expor e discutir as razões que justificam preferências legais e se abrem à oportunidade de revisar o caráter dos próprios votos, em um modelo ideal.

Ao delinear o caráter da deliberação nos tribunais, a partir da ótica da colegialidade, Valadares³⁴ elenca uma série de princípios que regem este modelo decisório. O princípio, ou razão adjacente à colegialidade, tem como fundamento retirar a responsabilidade de uma pessoa isolada, como um Ministro ou magistrado, e inserir em uma instituição concreta. Não haveria, em um colegiado, decisão do juiz, mas sim uma decisão da Corte. Isto levaria, essencialmente, à segunda razão: a contenção dos arbítrios individuais dos magistrados.

O primeiro desses argumentos é que o órgão colegiado se beneficia do fenômeno da despersonalização. Em vez de se colocar todo o peso da responsabilidade da tomada de decisão – e de dizer qual é o Direito aplicável ao caso concreto – nas costas de uma só pessoa, a responsabilidade pela decisão é conferida à instituição (ou seja, ao Tribunal). A decisão tomada pelo colegiado se torna algo construído pela instituição, dissociada de seus membros.³⁵

A colegialidade evita que um poder decisório grande fique sob o controle de um único indivíduo, devendo os juízes se levar pelas condutas dos demais para a formulação de seus votos. Não obstante, a abertura à várias vozes e ao desacordo é outro princípio agregado à deliberação. A possibilidade de novas opiniões acerca dos diplomas legais permite a expansão da Constituição em interpretação e um desenvolvimento firme de nova dogmática acerca de matérias com maior controvérsia. Neste sentido:

A colegialidade implica, dentre outras coisas, a disposição de trabalhar em grupo; a ausência de hierarquia dentre os juízes (pelo menos no sentido em

³² VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

³³ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁴ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁵ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 33.

que os argumentos de cada e de todos os juizes possuem o mesmo valor; o ímpeto de ouvir argumentos avançados formulados por outros juizes (estar aberto a ser convencido por bons argumentos de outros juizes), a cooperação no processo de tomada de decisão; o respeito mútuo dentre juizes; a disposição para falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos mas uma instituição.³⁶

Por fim, é perceptível o reforço de possibilidades de acerto em um dispositivo quando o diálogo é instigado e novas ideias são difundidas, considerando atentamente as críticas levantadas pelos demais magistrados para que um resultado coletivo e mais satisfatório seja apresentado à sociedade. Portanto, a deliberação enquanto modo de decisão colegiada é uma chave para decisões mais justas, democráticas e legítimas, sobretudo quando tratam de matéria de alto interesse público.

Portanto, considerando o exposto, é possível identificar um grupo de características que compõem a deliberação. Trata-se de um sistema de tomada de decisão colegiada, a partir de um debate, que visa minimizar o dissenso, de modo que os magistrados sejam compelidos a argumentar e apresentar seus próprios ideários dentro das teorias jurídicas adotadas diversamente em isolamento. Assim, cabe verificar qual norma será aplicada em detrimento de outras em um caso concreto ou em uma provocação abstrata sobre a validade de normas. O principal objetivo da deliberação seria adotar a menor chance de erros, considerando a maior quantidade de atores no processo decisório, e incitar a argumentação dentro das Cortes colegiadas, a fim de encontrar a melhor decisão de subsunção e sopesamento normativos.

Passemos à análise dos elementos da deliberação, per se. Bustamante³⁷ apresenta uma enumeração de virtudes que podem determinar se a corte constitucional delibera com qualidade democrática ou não, a saber: curiosidade respeitosa, colegialidade, responsividade e clareza. O primeiro trata da oitiva atenta e curiosa dos argumentos apresentados pelas partes e pelos magistrados, sem julgamentos antecipados, em momento pré-decisório para iniciar a interação com o caso concreto. O segundo, já exposto, é uma atividade grupal sem decisões unilaterais, caracterizada pelo comportamento coletivo na ação de decidir, sendo um compromisso para discutir e cooperar, além de uma disposição de encontrar um consenso e

³⁶ Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to being convinced by good arguments of other judges);²³ (iv) a cooperativeness in the decision-making process;²⁴ (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013.

³⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic Yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts? **Modern Law Review**. Set. 2015. P. 373

uma univocidade. Enfim, a responsividade é a eficiência deliberativa para elencar as respostas adequadas às perguntas apresentadas dentro das argumentações, na fase pré-deliberativa. E a clareza se reporta ao modo de comunicação de decisões pelas cortes. Preenchidos estes requisitos, é possível dizer que a deliberação foi realizada de um modo adequado e democrático.

A primeira é a virtude da ‘responsividade’, que exige uma resposta adequada aos argumentos levantados pelos interlocutores do tribunal na fase pré-decisória. Do ponto de vista do julgamento, essa virtude implica uma capacidade de “selecionar qual dos argumentos levantados por interlocutores formais e informais merece uma resposta adequada”. O tribunal não é obrigado a responder a tudo o que foi argumentado a favor ou contra uma decisão constitucional. Ao contrário, o tribunal deve exercer, “por uma questão de praticidade e equidade”, uma forma de “julgamento sensato” com base no “filtro qualitativo na fase de contestação pública”. Além disso, o tribunal deve ser capaz de gerir o tom da resposta, tendo em conta que a decisão é dirigida a toda a comunidade política e que é seu dever “falar com voz igual a ambos os grupos”³⁸

Em adição a isso, Silva³⁹ elenca dois principais elementos que podem justificar o processo deliberativo como um valor: o compartilhamento de informações que estavam, anteriormente, ocultas; e diminuir ou superar o impacto da racionalidade estrita. O primeiro se trata da coleta do máximo possível de informações prévias à tomada de decisão, levantando o máximo de opiniões dos outros magistrados e com a finalidade de clarear, ao máximo, quais os fundamentos, ônus e bônus de um dispositivo. Além disso, o debate coletivo atenua o peso de uma racionalidade limitada à historicidade de cada julgador, que poderá colocar as suas opiniões e absorver as dos colegas, ampliando as possibilidades de decisão.

Além disso, há três elementos essenciais para identificar se uma corte possui o comportamento deliberativo pleno ou não, a saber: núcleo central, elementos e limites da deliberação. O primeiro se refere a um comportamento observável de modo imediato de uma corte, durante a operação decisória. Em seguida, aos fatores existentes nos próprios

³⁸ The first one is the virtue of ‘responsiveness’, which requires an adequate answer to the arguments raised by the interlocutors of the court at the pre-decisional phase. As a matter of judgment, this virtue entails an ability ‘to select which of the arguments raised by formal and informal, actual and vicarious interlocutors, deserve a proper reply’. The court is not obliged to respond to everything that was argued for or against a constitutional decision. On the contrary, the court must exercise, ‘as a matter of practicality and fairness’, a form of ‘sensible judgment’ on the basis of the ‘qualitative filter at the stage of public contestation’. Furthermore, the court must be able to manage the tone of the answer, bearing in mind that the decision is addressed to the whole political community and that it is its duty to ‘speak with equal voice to both groups’ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic Yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts? *Modern Law Review*. Set. 2015.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal Of Constitutional Law*, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013.

regimentos internos que desencadeiam ou desencorajam a decisão conjunta, como procedimentos. E por último, o modo de escolha do que se deve deliberar, quando e por quê.

É importante ressaltar que as cortes não são idênticas, e possuem diferentes formas de deliberar, considerando a sua própria formatação interna.⁴⁰ Afinal, como dito, quanto melhor o processo de deliberação, maior a sua legitimidade para executar a revisão normativa. Neste sentido, existem diferentes elementos e classificações aplicáveis ao conceito de deliberação, que adequam aos diferentes órgãos judiciários que fazem o controle de constitucionalidade por meio das suas regências internas.

Acerca dos modelos de deliberação, Vale⁴¹ aponta duas cortes cujos regimentos são diametralmente opostos, a saber: o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Corte Constitucional da Espanha. Se utilizando da classificação de Mendes⁴² para os tribunais deliberativos, o autor propõe perguntas para verificar se os magistrados se identificam, teoricamente, com o regimento interno de seu próprio modelo de trabalho. Os próximos tópicos se debruçarão sobre estas classificações, que serão aplicadas no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, a fim de aferir a real proximidade deste com o princípio da colegialidade, em prática. Portanto, serão abordados com detalhes os tipos de classificação aberta e fechada, e da publicação das decisões de modo *seriatim* e *per curiam*.

3.1. Deliberação aberta x Deliberação Fechada

Em vistas institucionais, pode-se diferenciar os modos de deliberação, já na fase de discussão, entre aberta e fechada. Esta classificação se reporta ao acesso à informação pela população em geral, ou seja, de um público, no processo de tomada de decisão e às audiências realizadas pelas Cortes deliberativas. Não há um padrão, sendo aplicados os dois modelos em diferentes ordenamentos jurídicos.

A deliberação aberta consiste na possibilidade de o público externo poder ter acesso ao que está sendo debatido nos tribunais. É um modelo que admite como principal fundamento a transparência e publicidade de suas decisões, considerando uma eventual necessidade de prestação de contas da Corte para o público. De modo específico, se trata de um modo de deliberação no qual o povo pode transitar pelo interior dos tribunais, limitados apenas por

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal Of Constitutional Law*, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013.

⁴¹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁴² MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

preceitos formais e de segurança básicos, com a presença das partes, advogados, jornalistas, interessados ou terceiros.

Há dois requisitos para que se constitua tal modelo deliberativo. O primeiro é o livre acesso aos espaços físicos em que ocorrem as deliberações, de modo irrestrito. Em seguida, faz-se necessária a publicidade dos julgamentos por qualquer meio que torne acessível ao público as pautas e os argumentos apresentados, passíveis inclusive de transmissões televisivas ou publicações em redes sociais oficiais, em tempo real, das movimentações internas ao tribunal. Para Vale⁴³, a deliberação pública é pautada pela transparência e pela chamada *accountability*, ou seja, a prestação de contas para a sociedade do que é realizado e decidido pelo ente deliberativo. Apesar destes dois valores, a deliberação aberta é minoritária nos julgamentos das Cortes pelo mundo. A *accountability*⁴⁴ se conceitua como uma derivação da própria separação de poderes, e deste modo:

A separação de poderes abrange vários tipos de responsabilidade, cada um dos quais ocupando pontos distintos de uma “cadeia de justificação”. Quanto mais distante uma autoridade estiver da eleição, maior será seu dever de dar razões “em troca”. Em um extremo, uma carga deliberativa mais pesada compensa o déficit eleitoral. Por outro, o déficit deliberativo é contrabalanceado pela proximidade às pessoas⁴⁵

A deliberação aberta é o modelo positivado pelo regimento interno do Supremo Tribunal Federal, como se verá em momento oportuno e de modo mais específico. São previstos portais virtuais em tempo real, televisionamento das sessões do plenário virtual e presencial, bem como todo o controle da tramitação processual em livre acesso. Ademais, não há precedente legal para nenhum tipo de debate prévio a portas fechadas, sendo que os Ministros apresentam os seus votos em primeira vista na leitura individual do relator e, em seguida, do ministro mais antigo ao mais novo, proferindo suas decisões.

Por outro lado, o modelo de deliberação fechada consiste na análise, pelos juízes, dos casos, bem como os respectivos debates, de modo secreto, sem a participação do grande

⁴³ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 93

⁴⁴ Em tradução livre, trata-se de expressão equivalente à “prestação de contas”.

⁴⁵ The separation of powers encompasses various kinds of accountability, each of which occupying distinct spots of a “chain of justification.” The longer the thread of delegation, or the more distant an authority is from election, the greater will be its duty of reason-giving “in return.” On one extreme, a weightier deliberative burden compensates for the electoral deficit. On the other, the deliberative deficit is counterbalanced by the closeness to the people. MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 93

público. Vale⁴⁶ elenca dois principais elementos que compõem este modelo: a ocorrência no interior do tribunal a portas fechadas e o absoluto segredo das discussões entre os magistrados durante as sessões de julgamento. É diverso ao aplicável no Brasil.

Notadamente, não se trata de um modelo que privilegia a transparência, como faz a deliberação aberta. Porém, os adeptos desse sistema e seus defensores apresentam certas vantagens que os compõem. De início, a independência dos magistrados, que em tese podem debater sem maiores limites morais e sociais, à revelia da opinião pública para a sua aceção, é uma benesse que ampliaria as discussões para argumentos que contrariariam o que seria esperado da corte pelo grande público, o que faz com que os magistrados se liguem de modo mais adequado ao Direito⁴⁷. Assim, o colegiado pode receber uma argumentação vasta a partir de pontos particulares de seus membros, sem a possibilidade de uma pressão política externa.

Além disso, para Vale⁴⁸, a atuação dos magistrados em segredo privilegia a autoridade da corte. Isto se dá porque, ao manter os dissensos em segredos ou limitar ao máximo a sua divulgação, a resposta aos questionamentos apresentados à corte vem de modo unívoco, sem alimentar a diversidade decisória e mantendo, de modo estrito, o fortalecimento da instituição que decide. O ideal, portanto, seria alimentar uma pretensão de certeza, correção e autoridade da instituição judicial.

Parte-se do pressuposto de que em espaços fechados, longe dos olhares do público, cada membro do colegiado pode se sentir mais a vontade para refletir e alcançar sua convicção pessoal, imune às pressões políticas de qualquer tipo, e assim pode produzir dialogicamente argumentos mais sinceros e pretensamente corretos. Por isso, a garantia da independência e da livre expressão dos magistrados é vista como uma importante justificativa para esse modelo. Além disso, o resguardo do segredo de tudo o que ocorre nos momentos deliberativos internos, preservando-se no interior do colegiado as divergências entre seus membros, tem o intuito de cultivar posicionamentos unívocos que podem passar ao público externo uma imagem mais fidedigna de certeza e de correção da decisão, criando uma aura de segurança jurídica, fundamento da autoridade judicial.⁴⁹

⁴⁶ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁴⁷ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁴⁸ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁴⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

3.2. Decisão *per curiam x seriatim*

Além da classificação institucional, que diferencia o modo com o qual as deliberações ocorrem perante o público, é de certa relevância identificar como se publicam as decisões para o público geral. Para Mendes⁵⁰, a decisão escrita traduz o compromisso da deliberação realizada ao texto e, dentre seus elementos essenciais, há a necessidade de abordagem do raciocínio dos seus litigantes.

Dentre os modelos possíveis de divulgação das decisões, o modelo *per curiam* é aquele que geralmente se alia aos tribunais que operam de modo fechado ou secreto. Trata-se da publicação de um acórdão único, com os argumentos consentidos pela corte e o dispositivo que afluem a decisão. Todos os juízes assinam este documento com o resultado da deliberação, e a Corte assume a autoridade do conteúdo decisório, que não se reporta a uma pessoa específica.

O modelo de publicação de decisão *per curiam* é aplicado pelo tribunal espanhol, por exemplo, que adota um procedimento específico segundo o qual apenas o relator designado para o caso elabora um texto, mediante a participação dos outros magistrados que sugerem partes e podem, inclusive, negociar a inserção de argumentos para a decisão final⁵¹. Após, o texto é votado, os magistrados inserem as eventuais alterações e debatem o que foi exposto previamente como razão da decisão.

Há uma possibilidade, apesar da unidade do documento, de publicar votos dissidentes, quais sejam textos escritos pelos magistrados que decidiram de modo diverso àquele que foi consolidado pela corte, como no exemplo Espanhol. Existe uma certa polêmica neste sentido, segundo o qual alguns magistrados acreditam que esta publicação afastaria a univocidade do tribunal, causando insegurança jurídica e eliminando os benefícios de uma decisão única, sobretudo por confundir o posicionamento da corte com uma ideia pessoal. O posicionamento contrário, pela publicação, se referenda pela abertura de espaço para registrar argumentos que, eventualmente, podem tornar-se válidos e alimentar um espaço mais democrático para futuras decisões de modificações de pontos de vista pela corte.

Os defensores da publicidade das opiniões dissidentes argumentam que ela tem a vantagem de revelar um tribunal mais democrático, não apenas por

⁵⁰ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁵¹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019.

demonstrar de forma mais fidedigna o desacordo inerente a qualquer processo decisório numa democracia que assegura a liberdade de expressão de seus membros (no caso os membros do colegiado de magistrados), mas também por permitir à opinião pública entender que as decisões judiciais são o resultado da interação deliberativa entre os juizes, o que aumenta sua legitimidade democrática. Argumentam também que, ao contrário do que à primeira vista se pode pensar, esse tipo de publicidade acaba por fortalecer a autoridade e o prestígio do tribunal, que não estariam exatamente relacionadas com a unanimidade, mas com a transparência da realidade do processo decisório, tal como ele ocorre de fato, muitas vezes impregnado de posicionamentos contrários entre si, próprios da resolução de temas complexos e difíceis a que costumeiramente são submetidos os tribunais constitucionais⁵²

Para Mendes⁵³, a decisão *per curiam* não deliberativa indica uma decisão unitária que permanece como um modelo “hermético e obscurantista” das razões de decidir. Mesmo que seja produto de um processo deliberativo por excelência, é eivada de pragmatismos, que seria desejável neste processo.

Ainda dentro dos modelos de decisão, o modo procedimental *seriatim*, como expõe Steinmetz e Freitas⁵⁴, se trata de uma publicação de votos isoladamente, sendo o resultado e, enfim, a decisão final, o somatório de disposições contrárias ou favoráveis a eles. Este modelo, para o autor, dificultaria a construção de uma razão única da corte para realizar um sopesamento de princípios e justificar de modo comum as decisões e precedentes aplicados.

No modelo de decisão *seriatim*, há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série”, um após o outro. Nas instâncias judiciais colegiadas, o resultado final de uma deliberação jurisdicional é o resultado da contabilização dos votos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se todos os onze juizes participam, podemos ter os seguintes escores: 6 X 5, 7 X 4, 8 X 3, 9 X 2, 10 X 1 ou 11 X 0. A decisão, por maioria ou unanimidade, é do tribunal, mas os fundamentos da decisão são eleitos e expostos nos votos individuais.⁵⁵

O modo de decisão *seriatim* permite com que os Ministros realizem, individualmente, suas pesquisas e análises sobre os temas a serem discutidos. Após consolidarem as suas opiniões acerca da pauta e criarem suas teses para corroborá-las em argumentação, procedem ao pleno, em que se inicia uma leitura de todos os votos e, eventualmente, um debate sobre os

⁵² VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁵³ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. O Modelo Seriatim de Deliberação Judicial e Controlabilidade da Ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jun. 2014.

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. O Modelo Seriatim de Deliberação Judicial e Controlabilidade da Ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jun. 2014.

pontos abordados pelos ministros, mesmo que de maneira rara. Não existe, conforme o levantamento de Vale⁵⁶, um momento de deliberação entre os ministros, nem a formação de blocos de decisão de ministros com afinidades ideológicas.

É o modelo aplicado no Supremo Tribunal Federal, em que os Ministros elaboram seus votos anteriormente à decisão e apostilam estes documentos para uma somatória que levaria, essencialmente, ao resultado da deliberação. Isso não permite uma dinamicidade nos debates, considerando que a leitura de votos e seu apostilamento formam uma atividade matemática de maioria e empobrecem o debate específico nos termos da deliberação.

Para Mendes⁵⁷, a decisão *seriatim* não deliberativa indica a falta de uma convergência real entre as decisões da corte. Quando esta é aplicada, os membros se tornam personalidades públicas e são vistos como o que pensam de modo individual. Assim, a unidade da corte é afetada ao ponto de que seus posicionamentos se tornam algo semelhante a uma “colcha de retalhos”, sem exatamente uma coesão.

⁵⁶ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁵⁷ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008.

4. AS TAREFAS DA CORTE DELIBERATIVA

Ao buscar categorizar e visualizar o que são as cortes deliberativas e como estas deveriam, essencialmente, operar, Mendes⁵⁸ realiza distinções entre fases da deliberação, bem como os modos com os quais os atores no processo que enseja o momento de debate nas cortes se portam e são vistos. Estas fases não são cronológicas e sequer seguem, obrigatoriamente, uma sequência linear, podendo justapor e aglutinar momentos deliberativos.

Há três etapas deliberativas: pré-decisória, decisória e pós-decisória. As mesmas etapas são utilizadas por Vale⁵⁹ para identificar quais as diferenças entre os tribunais europeus, em ênfase o espanhol, e os tribunais americanos, com ênfase no Brasil. Identificar as fases é um exercício relevante para, de modo específico, identificar se o processo de debate é, de fato, deliberativo. Neste sentido:

O significado central percorre duas categorias preliminares descritas pelo primeiro capítulo. Primeiro, a distinção entre três fases deliberativas – pré-decisória, decisória e pós-decisória. Estas correspondem a três momentos em que o desempenho pode ser discernido e avaliado, como três partes de um todo. O modelo isola três atividades para diagnosticar e avaliar diversos tipos de problemas e conquistas, instâncias distintas de deliberação.⁶⁰

Nestes termos, uma corte genuinamente deliberativa é aquela que intensifica, ao máximo, a argumentação dos interlocutores durante a fase pré-decisória, estimula o debate e a interação colegiada na fase decisória e redige uma decisão verdadeiramente deliberativa na fase pós-decisória. De modo geral, cabe à corte deliberativa incentivar o diálogo entre os decisores pela colegialidade, por meio da contestação pública e com fins a divulgar de modo claro e acessível as decisões. No entanto, não é possível, por meio dessas tarefas, elaborar se há justiça, eticidade ou adequação na decisão. Apenas identificar se o processo de decisão é, de fato, deliberativo.

4.1. 1ª Etapa: pré-decisória

A fase pré-decisória é um momento de contestação pública acerca de uma matéria de competência do tribunal constitucional. É inaugurada por um ator político cuja legitimação é

⁵⁸ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁵⁹ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁶⁰ The core meaning tracks down two preliminary categories advanced by the first chapter. First, the distinction between three deliberative phases—pre-decisional, decisional, and post-decisional. It corresponds to three moments in which performance might be discerned and appraised, three slices of an overall enterprise. The model isolates three activities in order to diagnose and assess diverse sorts of problems and accomplishments, distinct instances of deliberation. MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

legalmente proposta, com o chamamento de interlocutores que poderão apresentar suas razões, sustentações, eventuais argumentos próprios e dados relevantes para o processo de tomada de decisão posterior. Nesta fase, é relevante verificar se há a possibilidade de participação de terceiros além das partes, como *amicus curiae*, com o objetivo de levantar informações técnicas que fogem à seara especificamente jurídica para alimentar a futura deliberação.

Uma corte deliberativa espera alcançar a boa decisão por ser permeável a um amplo espectro de argumentos expostos por variadas fontes. Deve assimilar, como dito, não apenas os argumentos razoáveis oficialmente apresentados pelos interlocutores formais, mas também por outros que permeiam o debate público. Os ocasionais déficits procedimentais que impedem interlocutores interessados de invocar formalmente suas razões, e que, portanto, restringem a capacidade da corte de alargar seu repositório argumentativo na fase anterior, podem ser compensados pela habilidade de a corte escutar a esfera pública ou mesmo imaginar, vicariamente, outros pontos de vista. Essa é a única maneira de balancear ou mesmo neutralizar um ocasional pobre desempenho da fase anterior⁶¹.

Acerca do *amicus curiae*, os tribunais tradicionais se negam à esta prática por tratar-se de uma novidade que abriria o debate originalmente secreto entre os magistrados. É o que indicou Vale⁶² ao verificar que os magistrados espanhóis, em sua maioria, rejeitam tal ideia. No Brasil, entretanto, é aceito o instituto de intervenção de terceiros em matéria de alta relevância, mediante prévia habilitação, para apresentar eventuais dados ao processo.

De todo o modo, o objetivo principal da corte na fase pré-decisória se molda na coleta de argumentos e na contestação pública destes para que possam ser depurados e refeitos, para que os demais atores possam acrescentar informações, mediante uma abertura especial. Havendo ou não instrumentos próprios para isso, os magistrados devem realizar uma oitiva atenta para que se amplie o arcabouço de informações visando a decisão mais adequada⁶³.

Em síntese, na fase pré-decisória o tribunal recebe o caso e as informações relevantes que concernem à decisão, identifica os argumentos apresentados pelas partes legítimas e pelos entes políticos a que concerne a prática decisória e se prepara para a deliberação concreta.

⁶¹ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 11

⁶² VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁶³ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

4.2. 2ª Etapa: decisória

A fase decisória é a etapa em que a deliberação atinge seu ápice. Neste momento, a corte se une para, de diferentes modos, argumentar acerca do que foi produzido na primeira fase, em instrução, por meio da participação do *amicus curiae* e dos demais autores. Neste momento ocorre a interação colegiada, em que os magistrados, em um modelo ideal, deveriam realizar a busca de uma escuta atenta aos argumentos dos colegas para que se chegue ao consenso. É esperada a razão de concessão mútua pelos magistrados⁶⁴.

Em outras palavras, a fase decisória faz correspondência com uma fase interna da deliberação, em contrapartida à fase anterior pela qual os interlocutores processuais poderiam realizar suas afirmações relacionadas aos direitos que acreditam portar ou a tese que desejam ver criada ou enfrentada em face à Constituição. Neste momento, espera-se dos magistrados uma postura de abertura, para que recebam integralmente as possibilidades de alteração de paradigmas pré-constituídos pela própria historicidade da corte, recepcionando os argumentos apresentados pelos colegas e, em homenagem ao princípio da colegialidade, se abrindo à alteração de seus próprios votos para uma nova elaboração temática. É tão relevante a abordagem coletiva do processo de deliberação que, caso um magistrado se oponha à decisão colegiada e às eventuais soluções apresentadas pelos colegas, sucumbindo por maioria, este se submeterá ao compromisso de relevar suas próprias razões.

O parâmetro da interação colegiada requer que juízes escutem e incorporem as razões dos seus pares, seja para aderir ou para dissentir. Não são obrigados a esconder ou suprimir desacordos, mas comprometidos com uma argumentação franca em busca da melhor resposta⁶⁵.

A interação colegiada, portanto, é a incorporação, a partir da escuta, das razões dos componentes da Corte para que possam, em um viés alheio a qualquer tipo de espírito competitivo, consentir ou dissentir, visando a melhor resposta. É necessário verificar três facetas distintas: o esforço de considerar todas as posições coletadas pelo corte, a busca de uma resposta jurídica mais adequada e o consenso, ou dissenso mitigado. É um momento de tensionamento de limites argumentativos e estímulo à produção cognoscitiva de teses aplicáveis.

⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10

4.3.3ª Etapa: pós-decisória

Nesta fase, deverá ser concretizado ao menos um rascunho que traduza o resultado mínimo do processo de deliberação. Após levantar os argumentos possíveis e controversos para uma mesma questão, submetê-los à análise colegiada para estimular a interação entre magistrados e verificar o mínimo dissenso e uma razão única da corte, é necessária a exposição com máxima responsividade e inteligibilidade para que os destinatários do processo possam compreender os fundamentos para a decisão⁶⁶.

De acordo com Mendes⁶⁷, a corte deliberativa deve articular o seu texto para evitar demonstrar uma relação de vencedores e perdedores, bem como evitar o distanciamento máximo entre os magistrados e o público. Deve reconhecer que há possibilidade de falhar e expor, de modo específico, qual foi o caminho para que a decisão seja tomada a fim de eventual retificação.

O texto de uma decisão deliberativa será usualmente uma rearticulação mais bem estruturada da interação colegiada. Ele precisa tornar um processo às vezes caótico de argumentação interpessoal, que ocorre no momento decisional, num discurso concatenado e inteligível. O estilo redacional de uma decisão cumpre uma função quase tão fundamental quanto o seu próprio conteúdo.⁶⁸

Portanto, se uma corte que realiza a revisão judicial é democrática pelo modo em que delibera, este é o ponto de concretização e exposição dos resultados de todo o processo deliberativo. Assim, como a corte traduz o processo deliberativo dentro das questões suscitadas pelas partes, fundamentando em argumentos que possam ser compreendidos para seus destinatários é a coroação de todo o processo democrático que se busca auferir.

⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10.

⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10.

⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 12.

5. ANÁLISE DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal é documento fruto de atividade administrativa atípica do tribunal de autorregulação e normatização e visa positivar as regras de atuação da Corte. É dividido em quatro partes, a saber: organização e competência, do processo, dos serviços do tribunal e disposições finais. De início, é importante verificar a composição do Tribunal objeto deste trabalho. Trata-se de uma Corte composta por onze ministros, com sede no Distrito Federal – DF, ao lado dos demais poderes da república, divididos em três órgãos: Plenário, Turmas e Presidente.

A relevância da análise do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal se dá, sobretudo, por este ser o único documento normativo cujo propósito é gerir o procedimento interno do tribunal no processo de deliberação. Tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Civil se limitam a elencar as possibilidades de recurso e a competência do tribunal, não havendo uma delimitação específica acerca do processo deliberativo. Além disso, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal serve como modelo básico para os demais Regimentos de Tribunais Estaduais, que podem se utilizar das modalidades aplicadas.

A análise será realizada em quatro fases: identificando os atores da deliberação e as divisões de competência interna; verificando o procedimento de audiência preliminar, correspondente à contestação pública; analisando o procedimento de Julgamento, correspondente à fase deliberativa em si; e, por fim, o momento pós-decisório, em que há a publicação e transcrição das decisões.

5.1. Atores da deliberação

O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional dividida em várias segmentações, sejam individuais ou coletivas, com diversas funções jurisdicionais e administrativas. É como se a competência do Tribunal fosse repartida conforme certos critérios em subdivisões internas, que fazem os papéis de atores da deliberação.

A turma, nos termos do art. 9º do Regimento Interno⁶⁹, é uma câmara de análise específica, presidida pelo Ministro mais antigo dentre os membros, no período de um ano. Ela possui como competência processar e julgar alguns casos que se referem ao próprio Tribunal, conselhos de magistrados, reclamações constitucionais, mandados de segurança contra o

⁶⁹ O art. 9º elenca a competência originária residual das turmas.

Tribunal de Contas da União e Procurador Geral da República, mandados de injunção contrários a atos do Tribunal de Contas da União e demais Tribunais Superiores, *habeas data* contrários aos atos do próprio TCU, ações de interesse da magistratura, ações contrárias aos conselhos nacionais do Ministério Público e de Justiça, julgamentos derivados de processos de instância inferior em grau de recurso ordinário e recursos extraordinários.

O Plenário é composto por todos os Ministros, e tem como competência processar e julgar os processos de sua competência originária constitucional. Para além do controle de Constitucionalidade, este órgão delibera acerca de crimes comuns de certas pessoas políticas, litígios entre entes federativos e organismos internacionais, mandados de segurança contra o alto escalão da política brasileira, pedidos de medida cautelar pelo Procurador Geral da República, ações individuais em face dos presidentes de órgãos correccionais dos Magistrados e Ministério Público e referendar a decisão do relator sobre eventuais julgamentos de urgência. De acordo com o art. 5º do Regimento Interno⁷⁰, é possível inferir que o Plenário do Supremo Tribunal Federal é representativo do ápice da deliberação: todos os Ministros reunidos com fins a dispor acerca de um determinado caso, examinando os argumentos anteriores para sanar uma dúvida ou questão jurídica.

Dentre a composição do Tribunal, além do Pleno e das Turmas, destaca-se o órgão do Presidente e do Vice-Presidente. Estes cargos são ocupados por Ministros com mandato de dois anos, sem reeleição⁷¹, cujas atribuições são as de representação, controle de prerrogativas, direção dos trabalhos e das sessões, despachar como relator em petições civis e criminais ineptas e inadmissíveis, proferir voto de qualidade e demais atividades administrativas. Incumbe ao Presidente, isoladamente, decidir acerca da admissão ou não da intervenção de terceiros nos processos em trâmite, consoante art. 13 do Regimento.

O voto de qualidade seria uma maneira de atribuir um peso maior a uma decisão de um magistrado em momento deliberativo, o que provoca uma lacuna na regra da maioria. O fundamento da colegialidade, abordado por Valadares⁷², justamente se apoia na ideia de que a análise dos casos submetidos à Corte seja realizada a partir de um debate, entre membros, em igualdade com fins a um consenso. Quando um voto tem um peso maior que os demais, se afasta a presunção de igualdade entre os membros da deliberação e se atribui um

⁷⁰ O art. 5º do Regimento Interno elenca todo o rol de competências originárias do plenário do STF.

⁷¹ Art. 12. O Presidente e o Vice-Presidente têm mandato por dois anos, vedada a reeleição para o período imediato.

⁷² VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

protagonismo maior a outros entes, afastando a prerrogativa do diálogo. Assim, há uma certa dissensão do que seria uma deliberação plena, logo em segunda fase, de acordo com as expectativas conceituais.

A figura do relator também se destaca na atribuição de competências. De modo geral, o relator é aquele Ministro sorteado para um processo específico com a finalidade de ordenar e dirigir todo o caminho da deliberação, considerando os direcionamentos do Presidente do Tribunal. Além de eventuais atividades administrativas, o relator deve decidir monocraticamente acerca de questões urgentes, em plantão judicial, submetendo ao Plenário ou Turmas as questões de ordem, o *referendum* de questões administrativas, o julgamento de agravos de instrumento e homologações de desistência, proferir o voto de relator e submeter ao revisor⁷³. É o Relator que convoca a Audiência Pública e requer o momento de deliberação ao plenário. Em alguns casos, o Relator é o único a promover a redação do voto, sendo os demais Ministros limitados a concordar.

Acerca da figura do relator, Silva⁷⁴ argumenta que este apresenta, além das funções explícitas pelo Regimento Interno, realiza o voto que conduz todo o processo deliberativo dentro do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, durante a apresentação do relatório, inicia os primeiros argumentos, que inauguram a primeira linha de fundamentos passíveis a justificar a decisão tomada. Para o Autor, ao “apresentar subsídios para um debate franco”, o relator faz com que, apesar de os demais Ministros terem levado votos prontos, realizem um esforço semântico para questionar, em honestidade, os seus argumentos. Trata-se de uma preponderância dialógica que é útil para forçar, ao menos, um debate de maior qualidade.

É notório, ao menos para a análise da deliberação, que o próprio regimento interno prevê que todos os processos de competência do Tribunal poderão, e não deverão, ser submetidos a julgamento nas Turmas e no Plenário. Esta redação, no mínimo, traz uma dúvida acerca da real necessidade de deliberação estrita das matérias submetidas à corte. Se o relator pode decidir sozinho, monocraticamente, e teria apenas a faculdade de submeter a uma audiência pública ou a uma sessão de julgamento presencial ou virtual, esta disposição não afastaria do Tribunal a colegialidade e a necessidade de deliberação? Para o art. 21-B⁷⁵ do Regimento

⁷³ O art. 21 do Regimento Interno elenca o rol de atribuições do relator.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer?: o papel do ministro relator na deliberação do supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 181-202, jan. 2015.

⁷⁵ Art. 21-b. Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

Interno do STF, conclui-se que sim. Ainda, o art. 22⁷⁶ do mesmo documento impõe ao relator a submissão do feito ao julgamento do Plenário em dois momentos específicos e muito bem delimitados: quando houver divergência entre Turmas ou quando convier um pronunciamento específico, apenas.

De toda forma, apesar da inegável influência de todo esse ambiente institucional, é muito provável que o principal fator determinante do comportamento individualista dos Ministros seja a atual legislação processual civil, incluindo-se as normas do Regimento Interno do Tribunal, que não apenas permitem como também incentivam a atuação monocrática na tomada de decisão e no julgamento definitivo de processos.⁷⁷

O revisor é uma figura cuja atividade se traduz pelo seu próprio título: é aquele que, em casos de ação rescisória, revisão criminal, ação penal originária, recurso ordinário criminal e declaração de suspensão de direitos, todas com fulcro constitucional, pode sugerir medidas, confirmar e retificar o relatório ou pedir dia para julgamento de feitos quando habilitado a proferir votos, conforme o art. 23 do Regimento⁷⁸. O Ministro Revisor é o que se segue ao relator pela ordem de antiguidade, e atribui uma segunda vista ao trabalho monocrático realizado pelo relator (art. 24).⁷⁹ Apesar de ser uma forma de controle do trabalho individual de um relator, chama atenção essa dualidade de participantes dentro de um único processo, ao invés da submissão para controle de todos os Ministros do Pleno ou da Turma.

Enfim, é possível, dentro do Supremo Tribunal Federal, a criação de comissões para a execução de encargos. Podendo ser permanentes ou temporárias, seus membros são escolhidos e designados pelo Presidente da Corte, com mandato idêntico, presididas por seu integrante mais antigo. Suas atribuições são limitadas, mais administrativas do que jurisprudenciais, podendo revisar e alterar o regimento interno, identificar o modo mais adequado de publicação das decisões reiteradas, orientar o cuidado com documentos e livros, bem como sugerir aos Presidentes do Tribunal e das Turmas medidas destinadas a prevenir decisões controversas e aumentar o rendimento das sessões.

⁷⁶ Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

⁷⁷ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019. P. 243

⁷⁸ Art. 23. Há revisão nos seguintes processos: I – ação rescisória; II – revisão criminal; III – ação penal originária prevista no art. 5º, I e II; IV – recurso ordinário criminal previsto no art. 6º, III, c; V – declaração de suspensão de direitos do art. 5º, VI

⁷⁹ Art. 24. Será Revisor o Ministro que se seguir ao Relator na ordem decrescente de antiguidade. Parágrafo único: em caso de substituição definitiva do Relator, será também substituído o Revisor, consoante o disposto neste artigo.

Considerando a divisão dos Ministros em comissões, turmas e até em uma dicotomia entre o relator e o revisor, é possível identificar que o Supremo Tribunal Federal não é um órgão que preza pela unidade de seus membros, exceto quando estão deliberando em plenário. A colegialidade tem como cerne a unificação de um entendimento por meio de uma Corte despersonalizada, como apregoa Valadares⁸⁰. No entanto, ao separar os atores da deliberação, conferindo protagonismos e distribuindo tarefas que deveriam ser coletivas – como a análise da decisão do relator, que deveria ser coletiva, para se realizar a interação colegiada pela Corte -, há um afastamento do que seria um processo deliberativo por excelência, ao menos neste teor.

A composição colegiada, nesse sentido, age como “um instrumento de indução à moderação e à obtenção de um justo-meio na pluralidade de visões distintas”; instiga o magistrado à neutralidade e à objetividade⁵⁰; e equilibra as excentricidades dos julgadores⁵¹. Enfim, ao se exigir a maioria para a proclamação do resultado, a presença de outros membros tende a equilibrar a discussão⁸¹.

Nesse sentido, Mendes⁸² indica que para que a corte de fato tenha um processo de deliberação estrito, é necessário que promova, ao máximo, a interação entre seus membros para encontrar o mínimo dissenso ou, então, um consenso. Quando um Presidente de Corte se isola dos demais colegas e um relator se prontifica a produzir decisões monocráticas dentro de processos específicos, ou quando apenas o revisor se reveste da qualidade para modificar um voto específico, quando de sua incumbência, o que deveria ser colegiado se torna um conjunto de ilhas isoladas, e os deliberadores se desencontram dentro dos processos veiculados no próprio tribunal.

Em análise às entrevistas tomadas por Ministros do Supremo Tribunal Federal, Silva elenca uma maioria de opiniões orientadas no sentido de que a colegialidade deveria ser melhor aplicada na atuação da Corte, considerando que não há nenhum tipo de movimento expressivo dos magistrados para compor uma unidade. Há, sobretudo, um esforço para que suas individualidades sejam exaltadas dentro do processo deliberativo, de modo que alguns dos Ministros inclusive apontam, com orgulho, jamais terem alterado as suas posições dentro de um julgamento. Essa persistência vai de encontro com a persecução do consenso que, em casos assim, simplesmente não ocorrem.

⁸⁰ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁸¹ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 58

⁸² MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Portanto, o isolamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não se encontra apenas na divisão entre os membros da deliberação. Em verdade, Vale⁸³ aponta a própria disposição física dos gabinetes Ministeriais como a causa de um afastamento entre os Ministros. Grosso modo, cada magistrado se isola com os seus próprios servidores para exercer, de modo autônomo, seu trabalho. Não é preciso nenhum tipo de comunicação prévia entre os gabinetes no momento de elaboração prévia de pautas e votos, ficando restritos aos seus próprios casos e tarefas. É como se os Ministros ficassem em “feudos jurídicos, organismos administrativamente independentes que atuam de modo autossuficiente”⁸⁴.

5.2. A Contestação Pública em Audiências

Apesar de as tarefas da corte elencadas por Mendes⁸⁵ serem divididas entre “pré-deliberativas”, “deliberativas” e “pós-deliberativas”, sendo a primeira relacionada diretamente com o momento de contestação pública, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal traz, posteriormente ao título das sessões, os ditames acerca das audiências públicas. De acordo com o art. 154 do documento, serão sempre públicos dois tipos de audiências: a de instrução de processo e para ouvir depoimentos de pessoas que detenham autoridade para esclarecer a corte em relação a fatos cuja relevância pública e repercussão geral estão estabelecidas. Trata-se do que Mendes⁸⁶ colocaria como a primeira fase da deliberação: a contestação pública, em que se coletam informações relevantes para o julgamento que se propõe realizar.

A instrução do processo possui um rito próprio. De início, é realizada ampla divulgação e afixação de prazo para o arrolamento das pessoas que são ouvidas em audiência. Após, os defensores e opositores podem opinar, e o próprio Regimento justifica este momento pela amplitude de correntes de pensamento a serem abarcadas nesta fase. É exatamente a transcrição da principal qualidade indicada por Mendes⁸⁷ nesta primeira fase: uma busca por argumentos que podem compor a deliberação entre os magistrados. A seleção das pessoas que

⁸³ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

⁸⁴ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019, p. 243

⁸⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁸⁶ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

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

estarão habilitadas a sustentar será realizada pelo Ministro presidente, bem como a moldura temporal para a fala de cada um.

Durante os depoimentos, conforme o art. 154, parágrafo único⁸⁸, do Regimento, aquele que o realiza deve se ater ao tempo estabelecido, limitando-se ao que está em debate e evitando desvios temáticos irrelevantes. Também devem cumprir com regras de formalidade, como não se dirigir diretamente ao Presidente, sustentar em pé e com a devida vênias. Há previsão expressa de televisionamento e, também, da transmissão em rádio, todas próprias, para maior publicidade acerca das sessões de audiência pública. Todo o registro será realizado pela secretaria competente e autuado para posterior consulta e verificação.

A primeira fase da deliberação constitucional no Supremo Tribunal Federal, portanto, se alinha ao espaço concedido às partes previamente selecionadas e habilitadas pelo Presidente da Sessão para que realizem, em tempo delimitado e específico, as suas sustentações, argumentações e demonstrações técnicas que corroborem para a temática em questão. Nem todos detém tal direito, sendo o Regimento Interno específico na delimitação de autoridades no assunto para esclarecer tópicos e nas partes envolvidas diretamente no litígio. Apesar de uma restrição na participação formal em audiência, é notória a abertura de divulgação das sessões para todo o público, por meio da TV Justiça e da Rádio Justiça, promovidas pelas próprias equipes de servidores da Corte. Ou seja, apesar de pública, o diálogo é limitado.

5.3. Das sessões em geral

Após a contestação pública realizada pela sustentação oral e coleta de depoimentos das partes litigantes, os interessados e as autoridades que possuem o conhecimento necessário acerca da matéria em debate, passa-se ao julgamento. Regra geral⁸⁹, as sessões podem ser

⁸⁸ Art. 154. Serão públicas as audiências: i – para distribuição dos feitos, ressalvado o disposto no art. 68; ii – para instrução de processo, salvo motivo relevante; iii – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: i – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; ii – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; iii – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; iv – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; v – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; vi - os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; vii – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

⁸⁹ Art. 122. Haverá sessões ordinárias, do Plenário e das Turmas, nos dias designados, e extraordinárias, mediante convocação.

ordinárias ou extraordinárias, mas determinadamente públicas, exceto em hipóteses previstas pelo próprio Regimento Interno.

Há expressa previsão de participação dos advogados nas tribunas para formular requerimentos, responderem questionamentos dos Ministros ou, então, produzirem sustentação oral acerca das razões finais de seu pleito. Portanto, em regra, as sessões serão públicas e há a mistura ainda da oitiva dos representantes das partes com o momento de julgamento. As partes poderão falar por quinze minutos, salvo quando a sessão for de ação penal originária, e os advogados do mesmo polo, quanto litisconsorcial, devem dividir o prazo.

Parece, portanto, um desdobramento da primeira tarefa da Corte, ao invés de ser de fato de julgamento e deliberação. Mendes⁹⁰ justifica esta mescla de fases. Para o autor, não necessariamente haverá uma distinção clara entre a fase pré-deliberativa e deliberativa por si só, podendo o tribunal receber contestações públicas no momento de estímulo à colegialidade, a depender do modo com o qual as sessões se estruturam. É o que ocorre quando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza que advogados falem no momento da sessão de julgamento, ainda que em sustentação oral, fora da audiência de instrução ou prévia. É, portanto, esperado que ocorra tal confusão.

Durante as sessões, em ordem, há a verificação do quórum que compõe o Plenário e as Turmas, seguida da leitura e aprovação da ata da última sessão. Após tais formalidades administrativas, se admitem indicações e propostas e, por fim, o julgamento dos processos. Há a possibilidade de apreciação do processo de modo isolado ou conjunto (art. 127), sendo que o último não exige a identidade perfeita entre os casos, desde que os relatórios se reportem, à posteriori, acerca das particularidades de cada um. A pauta é formulada pelo Presidente, que conduzirá toda a sessão, mas é possível que os relatores e o Procurador-Geral realizem requisição de urgência considerando pedidos de medida cautelar. A publicidade das sessões é regra, apesar das controvérsias e críticas a este modelo. Dentre elas:

As sessões públicas, portanto, podem ser um convite à demagogia e impedem o diálogo genuíno. Os juízes podem desenvolver uma *persona* pública e uma identidade particular perante o público externo. Eles teriam um incentivo plausível para se protegerem do “ridículo público”. Mudar de ideia, afinal, pode parecer uma fraqueza de caráter ou de intelecto para o curioso espectador. De modo mais geral, a publicidade dos julgamentos vai

⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

contra a própria colegialidade. A fim de evitar vergonha ou embaraço público, um juiz pode resistir a mudar de ideia.⁹¹

A quantidade de vezes em que um Ministro poderá falar dentro da deliberação no Supremo Tribunal Federal é, em tese, limitada. Ocorre que, no art. 133⁹² do Regimento Interno, há a previsão para que a fala sobre o mesmo tópico seja realizada apenas duas vezes, podendo ter mais uma adição se os votos forem alterados. Devem estar autorizados pelo Presidente, e podem se interromper apenas em casos de apartes, mediante prévia solicitação. Em relação a isto, é necessário revisitar a idealização de momentos de debates.

A fase de debates deveria ser o ápice da deliberação, quando os juízes são estimulados completamente a extrair, do caso e dos argumentos apresentados pelas partes, a melhor solução possível a uma controvérsia jurídica. Ao isolar e mitigar os momentos de intervenção há uma facilitação prática na própria deliberação, que se reduz de tamanho. Mas apesar de trazer mais eficiência e eventual celeridade na apreciação dos pleitos, é possível identificar uma queda na qualidade deliberativa, ao menos se se tomar por base o que Valadares⁹³, Mendes⁹⁴ e Vale⁹⁵ entendem desta forma.

É neste sentido que o confronto de diferentes pontos de vista – base do princípio do contraditório –, não apenas dos destinatários do provimento, mas também dos próprios julgadores, instiga a reflexão coletiva e permite uma construção mais sólida do resultado alcançado. (...) A abertura a várias vozes e ao desacordo contém, ainda, relação com os outros dois argumentos abordados nos tópicos anteriores. Em primeiro lugar, o reforço da despersonalização tende a reduzir o espaço para a multiplicidade de vozes e para o dissenso. É que, se a despersonalização intensifica a impessoalidade, o julgador, na esteira desse raciocínio, teria menos espaço para a divergência,

⁹¹ Public sessions, therefore, may be an invitation to judicial demagoguery and foreclose genuine dialogue. Judges may develop a public persona and a particular identity before the external audience. They would have a plausible incentive to protect themselves against the “public ridicule.” Changing his mind, after all, may look like weakness of character or of intellect to the curious spectator. More generally, publicity runs counter to collegiality itself. In order to avoid public shame or embarrassment, a judge might resist changing his mind. MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁹² Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos. Parágrafo único. Os apartes constarão do acórdão, salvo se cancelados pelo Ministro apartante, caso em que será anotado o cancelamento.

⁹³ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁹⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁹⁵ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019.

a fim de que a decisão final retratasse o entendimento do Tribunal enquanto instituição.⁹⁶

Se, durante o período em que os Ministros requerem vista aos autos, houver um lapso temporal grande o suficiente para que haja uma troca de nomes na composição da Corte, aqueles que não assistiram ao relatório ou aos debates não participam do julgamento⁹⁷. Tal regra comporta duas exceções: a primeira é no caso de o próprio Ministro se julgar esclarecido para participar do julgamento. A segunda se refere ao caso de empate nos votos, que dependeria de uma renovação na argumentação por meio de novo relatório e novas sustentações orais. Novamente, dentro da deliberação, há uma importância devida ao momento de levantamento e ciência das informações apresentadas em contestação para que os Magistrados promovam o seu entendimento, conforme se expôs em dissertação teórica, anteriormente.

Após o debate oral entre os Ministros, com as limitações e regras supracitadas, o Presidente recebe os votos do Relator, Revisor e, se houver, dos demais Ministros. Há a previsão de antecipação de votos, em ordem ao art. 135⁹⁸. Neste momento, ocorre a contagem dos votos para verificar qual foi a tese majoritária para que o Relator, salvo se vencido, redija o acórdão. O Presidente proclama a decisão final e se encerra este momento deliberativo. Como se vê, a interação entre os Ministros fica retida no primeiro debate oral entre eles, com períodos limitados para intervenções, com a única exigência de que tenham participado da instrução ou, pelo menos, declarem-se cientes dos pormenores do caso em voga.

Com os votos prontos, não há exatamente um momento de construção de argumentação, como idealiza Mendes⁹⁹. Aliás, se materializa no próprio Regimento Interno o objeto de grande crítica de Vale¹⁰⁰ à ausência da argumentação dentro da deliberação brasileira. Por esta se concentrar em votos escritos previamente e apenas lidos, submetidos a uma operação aritmética e não a um consenso, o ideal da colegialidade se perde em meio às

⁹⁶ VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁹⁷ Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento

⁹⁸ Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade. § 1º Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar. § 2º Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão. § 3º Se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão. § 4º Se não houver Revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no art. 324, § 3º, deste Regimento.

⁹⁹ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁰⁰ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

formalidades e busca da celeridade processual. A própria somatória de argumentos estáticos para se encontrar um dispositivo satisfatório, por meio de maioria simples, sucumbiria a outros modelos.

A regra da maioria simples, por outro lado, é um método tradicional que tem tanto um apelo moral – dar a cada indivíduo um mesmo valor. Não é de todo óbvio, no entanto, que deva ser adotado como um padrão de decisão dentro de um tribunal constitucional. Uma extensão da persuasão exigida por tal regra é menos ambiciosa e pode estimular outro tipo de comportamento estratégico interno: se não for para chegar a um consenso, a barganha ainda pode ser usada para formar coalizões. Alguma forma de maioria qualificada pode atingir um equilíbrio razoável entre os dois extremos.¹⁰¹

Além disso, o plenário do Supremo Tribunal Federal apenas se reunirá se houver a presença mínima de seis Ministros¹⁰². O espaço físico é organizado de modo que o Presidente se porta ao centro e os demais Ministros aos lados, em um formato de meia quadra, de modo que haja visão entre os Ministros. As sessões da Turma ocorrem por meio da reunião de, no mínimo, três Ministros, dispostos fisicamente de maneira semelhante ao plenário. Neste momento, os Ministros estão em posição dialógica, em opostos, com abertura para o público que poderá compor a audiência durante a sessão solene. Assim, apesar de não haver um estímulo físico para a ocorrência da integração dos Ministros dentro da Corte, esta disposição ocorre nas sessões. No entanto, mesmo todo o ambiente se voltando ao dialogismo, o Regimento implica na mera somatória de compreensões pré-fabricadas.

5.4. Da publicação das decisões

Para concluir o processo deliberativo, os órgãos de deliberação publicam suas decisões por um acórdão. O Regimento Interno prevê que este documento deverá conter, inclusive, a transcrição da sessão de julgamento (art. 93). É outro sinal da abertura e publicidade das decisões promovidas pelo Supremo Tribunal Federal, característica da deliberação pública. Em processos de julgamento em Pleno e, também, nas Turmas, deverá o relator realizar a escrita do acórdão com o registro do nome do Presidente da Corte.

¹⁰¹ Tradução livre. “Simple majority rule, on the other hand, is a traditional method of aggregation that has both a moral appeal—equal value of each individual—and a physicalist dimension—the greater force of the majority to prevail. 118 It is not at all obvious, however, that it should be adopted as a standard of decisiveness within a constitutional court. The extension of persuasion required by such rule is less ambitious and may encourage another type of internal strategic behavior: if not to reach consensus, bargaining may still be used to form coalitions. Some form of qualified majority may strike a reasonable balance between both extremes.” MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁰² Art. 143. O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal. Parágrafo único. O quorum para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.

As decisões, em formato de acórdão, são um conjunto dos votos proferidos, ainda que não sejam concordes entre si, no modelo *seriatim*. Há uma abertura com o voto do relator, seguido de eventual revisão, anexado um extrato de ata que contém, além dos nomes dos atores da deliberação, das partes e dos advogados que sustentaram oralmente na sessão de contestação. É publicado no Diário da Justiça, por meio das conclusões, de modo automático. A ementa do acórdão, que se presume um extrato do resultado da deliberação, é na verdade a transcrição do dispositivo do voto vencedor, pelo relator. Em uma análise, crítica:

[As] decisões *seriatim*, nas quais cada voto escrito, frequentemente, já está pronto antes mesmo de o Ministro conhecer os votos dos seus pares. Essa dinâmica impede, por exemplo, que surjam “votos dissidentes” genuínos, ou seja, que conversem com os votos majoritários por meio de argumentos ou contra-argumentos. Há apenas um emaranhado de votos individuais que se classificam, após comparação entre todos os votos, como majoritários ou minoritários, posição que cada ministro não tinha como saber no momento em que o redigiu¹⁰³

Junto ao acórdão, comumente são anexadas as transcrições dos áudios de julgamento, constando o relatório e a fundamentação de cada um dos votos, bem como a resposta às perguntas feitas pelas partes e os debates orais entre os Ministros que guarnecem a sessão. Excetuando-se os votos disponibilizados no prazo de 20 dias pela secretaria dos gabinetes, também são transcritos os votos lidos durante as sessões.

A publicação das decisões reiteradas pelo Supremo Tribunal Federal se faz em repositório autorizado pelo Regimento ou por ato normativo assinado pelo Presidente da Corte (art. 99¹⁰⁴). Há direcionamento para a composição de todas as decisões no Diário da Justiça, e em Revista Trimestral de Jurisprudência. Os Ministros são autorizados a propor uma revisão da jurisprudência, sobrestando o feito acaso necessário. A publicação do acórdão com conclusões e ementa torna o decidido vinculante para todos os efeitos.

Como já entendido por Vale¹⁰⁵ e Mendes¹⁰⁶, a decisão *seriatim* não é a expressão máxima de um processo deliberativo, sobretudo por distanciar do ideal de unidade pela corte

¹⁰³ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **In Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 18

¹⁰⁴ Art. 99. São repositórios oficiais da jurisprudência do Tribunal: i – o Diário da Justiça, a Revista Trimestral de Jurisprudência, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, e outras publicações por ele editadas, bem como as de outras entidades, que venham a ser autorizadas mediante convênio; ii – para períodos anteriores, as seguintes publicações: Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência (1892-1898); Revista do Supremo Tribunal Federal; Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a primeira e a última editadas pela Imprensa Nacional

¹⁰⁵ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

que delibera e profere uma decisão. Os votos dos Ministros, em maioria lidos no momento das sessões, não se alteram pela razoabilidade decorrente do produto da deliberação. Por chegarem com as peças prontas, apenas para realizar a leitura e compor um placar de votos, não existe estímulo verdadeiro para que o Supremo Tribunal Federal exerça uma deliberação constitucional por excelência, com a interação colegiada e o convencimento de pares. Na verdade, os juízes já estão convencidos quando integram o Plenário ou as Turmas: apenas expõem seus entendimentos aos colegas. Em crítica semelhante, ao verificar todos os fatores que desembocam para a realidade deliberativa brasileira, alude que o Supremo Tribunal Federal é individualista e não possui a intenção de promover a interação entre seus membros.

Uma *seriatim* não deliberativa pode simbolizar não somente a falha mas, provavelmente, a simples ausência de algum esforço de convergência que deve permear a interação colegiada. Mesmo que antecedida por alguma troca informacional que é requisito de qualquer agregação de votos (afinal, essa agregação precisa alcançar uma solução para o caso concreto), tal comunicação permanece aquém do parâmetro normativo de interação colegiada brevemente delineado acima¹⁰⁷

É tão importante publicar uma decisão de qualidade, que para Silva¹⁰⁸, a razão e fundamentos da atividade da corte são o que fazem com que haja diferença entre o poder legislativo e judiciário, e é exatamente o que justifica a utilização deste poder para a execução do controle normativo em face da Constituição. Vejamos:

Legisladores (assim como os cidadãos) não precisam justificar os seus votos por meio da razão pública, ou fazer suas bases e fundamentos consistentes para que se encaixem em uma visão constitucional coerente.¹⁰⁹

Assim, considerando que, no Supremo Tribunal Federal, a decisão é uma mera descrição e transcrição dos votos apresentados pelos Ministros, bem como um breve debate em sessão de julgamento, há afetação direta entre a realidade e a expectativa do que deveria ser uma decisão *seriatim* de fato deliberativa. Há uma queda na qualidade deliberativa, na divulgação da decisão, que não exatamente apresenta a devolutiva social apresentada por Silva e, em última análise, não atende os anseios constitucionalistas. A natureza decisória de um colegiado deve ser coletiva, de concessões mútuas, mas, no caso do que se apregoa no

¹⁰⁶ MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 13.

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer?: o papel do ministro relator na deliberação do supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 181-202, jan. 2015.

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer?: o papel do ministro relator na deliberação do supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 181-202, jan. 2015.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, há, novamente, o isolamento dos Ministros dentro da sua própria atuação na Corte.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, por meio de uma análise bibliográfica e, posteriormente, legislativa, tentou tratar acerca da deliberação constitucional aplicada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de análise acerca sobre a jurisdição constitucional e suas críticas, dos modos e fases da deliberação, as teses levantadas acerca dos modelos foram contrapostas ao Regimento Interno do STF, para verificar como se dão tais teses na prática.

Como visto, a legitimidade da jurisdição constitucional é, teoricamente, muito debatida, sendo o principal ponto de contraste a legitimidade entre a revisão realizada por magistrados que, em essência, não foram eleitos politicamente pelo povo.

Os favoráveis ao modelo de controle de constitucionalidade por tribunais preocupam-se com uma leitura moral da Constituição, modulando a interpretação das normas ainda que seja em desfavor à maioria, desde que se garanta um núcleo mínimo de direitos fundamentais sociais. Assim, ainda que politicamente não haja respeito à regra da maioria, os juízes podem afastar ou adequar normas para que estejam de acordo com os princípios sensíveis da Constituição. Dentre estes autores, há aqueles que concordam que a jurisdição constitucional deve ser ampla, ou seja, os substancialistas, e aqueles que acreditam que ela deve se limitar ao controle do procedimento formal, os procedimentalistas.

Em que pese tais escolas terem sido apontadas, alguns autores como André Rufino do Vale elencam que esse debate é puramente teórico, devendo ser analisada, em legitimidade, a prática dos tribunais, e isso implicaria em verificar como o processo de deliberação constitucional ocorre. Isso se dá por ter o próprio Constituinte Originário brasileiro decidido pelos controles de constitucionalidade concentrados e difusos sob responsabilidade dos magistrados de diversos graus, componentes do poder judiciário. Assim, deve ser afastada, por um instante, a argumentação entre substancialistas e procedimentalistas, e compreendida como o Tribunal lida com o poder conferido a ele para a atuação validando normas, sendo necessário, assim, o estudo da deliberação.

Como exposto, deliberação é um momento de contraposição de argumentos acerca do mesmo tema, em que diversos atores buscam o consenso ou mínimo dissenso, a partir da apresentação de opiniões e fundamentos que entendem como serem corretos para uma decisão equilibrada. Aliás, o próprio nome deliberação denota a ideia de sopesamento para verificar quais tópicos levantados pelos magistrados devem ser descartados ou adotados em um dispositivo final.

De início, foram delimitados os modelos de deliberação em níveis de participação popular (aberta ou fechada) e de divulgação (*seriatim* ou *per curiam*), considerando que são formatos autônomos e que podem se orientar de diversas formas dentro dos regimentos dos tribunais. Em suma, a deliberação aberta é um procedimento de debate público, televisionado ou publicado pela mídia interna, com a exposição de todos os instantes da argumentação pelos magistrados, ainda que se trate de casos mais sensíveis. Em contrário, a deliberação fechada é restrita, não podendo ninguém além dos juízes e alguns assessores tomarem contato com o momento de deliberação em si. Ambos os modelos possuem críticas, tanto relacionadas à maleabilidade opinativa de magistrados expostos quanto à ausência de transparência em deliberações isoladas.

Os modelos de divulgação de decisão eventualmente estão ligados ao fato de a decisão ser realizada de modo aberto ou fechado, mas não necessariamente possuem ligação neste sentido. Em verdade, a decisão *seriatim* é aquela em que os votos dos magistrados são apresentados em sequência, sem interligação. Ao final, são somados os resultados para verificar qual é a maioria da corte, e se apresenta um dispositivo final com as razões e o resultado de tal soma. Já a decisão *per curiam* goza de unidade, na qual um único texto é divulgado com o resultado de todo o processo de deliberação realizado pelos magistrados, já com o sopesamento realizado e a conclusão tomada pelos magistrados.

Além de verificar as formas possíveis de deliberação e de divulgação de resultados, foram analisadas as três fases deliberativas, na ótica de Conrado Hubner Mendes. Há três momentos principais dentro da deliberação, quais sejam: a fase pré-decisória, decisória e pós-decisória. A princípio, é realizada a contestação pública, na qual há maior abertura para população, objetivando um início de debate, coleta de provas, argumentos, verificação de elementos fáticos, dentre outros. Após, há a deliberação em si, na qual se espera que os magistrados realizem debate por excelência e possam concluir na aplicação de uma interpretação a uma norma ou de seu afastamento do ordenamento jurídico, no caso do controle. Por último, na fase pós-decisória, os atores da deliberação realizam a divulgação dos resultados, por meio das publicações de decisões e do julgamento.

Com tais dados em mãos, foi realizada a análise aprofundada do Supremo Tribunal Federal, a partir de seu regimento interno, com fins a verificar, nas normas internas, quais os modelos aplicados e como se dão as três fases deliberativas, além de quais são os atores destas. Verificou-se que o Regimento Interno do STF se articula para que seja realizada

deliberação aberta, pública, e com a divulgação de decisões *seriatim*, sem uma preocupação com a unidade da Corte. O levantamento dos artigos foi feito por meio da articulação com as críticas presentes nas obras de Vale, Valadares, Mendes e outros, com o objetivo de alinhar tais comentários ao discurso do documento.

Portanto, a partir disso, foi possível verificar que no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal há a concretização de um sistema deliberativo aberto, no qual os Ministros são altamente influenciados pelos holofotes da publicização de seus julgamentos, com baixo incentivo ao debate, uma busca mínima por integração e, sobretudo, o isolamento de cada Ministro dentro de seu gabinete e modo de pensar, sem a real articulação que se esperaria de uma deliberação constitucional. Ainda que os modelos abertos e *seriatim* tenham suas vantagens, o modo com o que estes se articulam o RI STF minimiza eventuais benesses e amplia os problemas conhecidos.

Como apresentado no início do presente trabalho, a deliberação é o diferencial do poder judiciário, quando as cortes deixam de ser meros contadores de opiniões e passam a realizar atividade argumentativa com ânimo construtivo. Considerando os dados levantados, o próprio Regimento Interno posiciona o STF enquanto um mero somador de cabeças, no qual os Ministros possuem suas próprias opiniões e o resultado dos julgamentos se dá a partir de uma atividade mais aritmética do que racional. Neste sentido, se a atividade deliberativa é fraca, a legitimidade do tribunal também é gravemente afetada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOTELHO, Cristiane Miranda; FIORINDO, Regivaldo. Deliberação nas cortes superiores. Julgamento per seriatim e per curiam. Importância da fixação da ratio decidendi. Delineamento de técnicas processuais de distinção – distinguishing. Exame de caso paradigmático julgado pela turma nacional de uniformização dos juizados especiais federais. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, v. 258, n. 12, p. 1-15, ago. 2016.
- BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2023.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic Yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts? **Modern Law Review**. Set. 2015.
- DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da constituição norte americana. São Paulo: Martins Fontes, 2019
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequencia**, Florianópolis, p. 151-177, jun. 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. In Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal Of Legal Studies**, [s. l], v. 9, n. 2, p. 209-241, jan. 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer?: o papel do ministro relator na deliberação do supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**, [s. l], v. 1, n. 1, p. 181-202, jan. 2015.
- STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. O Modelo Seriatim de Deliberação Judicial e Controlabilidade da Ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jun. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Livraria do Advogado Editora, 2002.
- VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais**: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.