

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

André Garcia Leão Reis Valadares

**A deliberação nos tribunais: a formação da decisão judicial
por órgãos colegiados.**

Belo Horizonte

2017

André Garcia Leão Reis Valadares

A deliberação nos tribunais: a formação da decisão judicial por órgãos colegiados.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.
Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.
Área de estudo: Direito e Poder Judiciário

Orientador: Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.

Belo Horizonte

2017

V136d Valadares, André Garcia Leão Reis
A deliberação nos tribunais: a formação da decisão judicial
por órgãos colegiados / André Garcia Leão Reis Valadares – 2017.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional – Teses 2. Poder Judiciário – Teses
3. Tribunais – Brasil 4. Decisão judicial – Brasil I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 342.56(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

André Garcia Leão Reis Valadares

**A deliberação nos tribunais: a formação da decisão judicial
por órgãos colegiados.**

Belo Horizonte/MG, ____ de _____ de 2017.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando obter o título de Mestre em Direito, tendo logrado _____ ao final da defesa.

Componentes da Banca Examinadora:

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Orientador)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, que, com a serenidade de sempre, me amparou com sua imensa capacidade de transmitir conhecimento e de instigar a busca por novas ideias.

Aos meus pais e à minha irmã, por serem meu porto seguro, pelo incentivo constante e pelo otimismo no resultado deste trabalho.

À Camilla, pela sempre presente companhia, dedicação e carinho, e pela confiança na minha capacidade, quem tornou esse desafio mais leve e prazeroso.

RESUMO

O estudo da legislação processual brasileira, notadamente das reformas constitucionais e infraconstitucionais a partir da década de 1990 e das novidades do CPC/15, evidencia o esforço legislativo em reforçar a orientação firmada pelos Tribunais. Nesse sentido, este estudo pretende debater a estrutura colegiada dos Tribunais, especialmente as características e os propósitos de se organizar os órgãos julgadores em formato coletivo. Diante das características da colegialidade, deve-se buscar compreender o fenômeno deliberativo, sua base filosófica no campo da política e sua compatibilidade no âmbito do Poder Judiciário. Assim, no contexto da colegialidade, pretende-se discutir os elementos que auxiliam na melhoria do desempenho deliberativo de um tribunal em três grandes fases do julgamento colegiado: as fases pré-decisional, decisional e pós-decisional. Enfim, inserir a deliberação como o elemento da colegialidade significa tentar atribuir um modelo de racionalidade ao julgamento colegiado, com o propósito de legitimar e aumentar a qualidade da atuação jurisdicional.

Palavras-chave: Tribunais; colegialidade; deliberação; atuação jurisdicional.

ABSTRACT

The study of Brazilian procedures legislation, notably the constitutional and ordinary law reforms inaugurated in the 1990s and the new innovations brought by the 2015 Code of Civil Procedure, evidences the legislative efforts to reinforce the guidance established by the country's Courts. In this regard, this study intends to discuss the structure in which trials are ruled by a panel of judges, especially the characteristics and purposes of organizing the courts in a collective body. In face of the aspects of the board of judges, the deliberative phenomenon, its philosophical base in the politics area and the compatibility within the Judiciary must be comprehended. Thus, this study aims to debate the elements that helps improve a Court deliberative performance in the three main phases of a judgment by collective body: pre-decisional phase, decisional phase, and post-decisional phase. After all, to insert deliberation as the element of collective ruling means to try to assign a model of rationality to such trial, for the purpose of legitimizing and improving the quality of judicial performance.

Key words: Courts; collegiality; deliberation; judicial performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O CONTEXTO BRASILEIRO	13
1.1. As reformas constitucionais e legais e o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15).....	13
1.2. A realidade dos Tribunais.	20
2. A COLEGIALIDADE	28
2.1. As entidades coletivas.	28
2.2. A colegialidade nos Tribunais.	30
2.2.1. Despersonalização.....	33
2.2.2. A contenção do arbítrio individual.....	37
2.2.3. A abertura a várias vozes e ao desacordo.	41
2.2.4. O reforço das chances de acerto.	48
2.3. Conclusões parciais: uma revisitação à colegialidade.	49
3. A DELIBERAÇÃO	51
3.1. A deliberação na teoria política da Democracia Deliberativa.....	51
3.2. A deliberação nos Tribunais: as considerações de Conrado Hübner Mendes.	57
3.2.1. A deliberação como elemento da argumentação jurídica.....	58
3.2.2. A deliberação como atividade interativa e cooperativa dos juízes em julgamentos colegiados.....	61
3.3. O desempenho deliberativo dos Tribunais.....	64
3.4. Conclusões parciais: colegialidade e deliberação.....	66
4. O DESEMPENHO DELIBERATIVO DE UM TRIBUNAL	68

4.1. O núcleo central do desempenho deliberativo.....	68
4.1.1. As fases deliberativas – pré-decisional, decisional e pós-decisional – e os possíveis deliberadores.....	68
4.1.2. A disposição dos juízes em deliberar.	73
4.2. Os elementos do desempenho deliberativo.	77
4.2.1. Fase pré-decisional.	78
4.2.1.1. O papel do relator.....	78
4.2.1.2. A participação das partes e de terceiros.....	91
4.2.2. Fase decisional.	109
4.2.2.1. A composição do órgão colegiado.....	109
4.2.2.2. A sessão de julgamento.	123
4.2.2.3. A publicidade da sessão de julgamento.	134
4.2.2.4. Os julgamentos virtuais.....	142
4.2.3. Fase pós-decisional.....	147
4.2.3.1. A formalização da decisão: modelos per curiam e seriatim.....	147
4.2.3.2. A disponibilização dos votos concorrentes e divergentes.	153
4.3. Os limites do desempenho deliberativo.	162
CONCLUSÕES	164
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	169

INTRODUÇÃO.

A confiança no Poder Judiciário é baixa. Segundo dados do Relatório ICJ Brasil – 2º semestre/2015,¹ apenas 32% dos brasileiros (isto é, cerca de um terço) afirmou confiar no Poder Judiciário. Esse percentual encontra-se abaixo da confiança em outras instituições, como as Forças Armadas (61%), a Igreja Católica (57%) e as Grandes Empresas (39%). Por outro lado, supera apenas instituições de cunho político (ou esferas representativas, conforme classificação do próprio Relatório), tais como os Sindicatos (25%), o Congresso Nacional (12%), o Governo Federal (11%) e os Partidos Políticos (6%).

Inúmeros fatores contribuem para esta avaliação. A demora na solução das controvérsias que lhe são confiadas, a insegurança no resultado do julgamento, a (im)parcialidade e a (des)honestidade das razões desenvolvidas pelos juízes são exemplos. Tantos outros poderiam ser citados. Mas o que fazer para aumentar a confiança nessa instituição? Seria uma falta de confiança sistêmica? Seria um aspecto da cultura brasileira não confiar nas instituições públicas?

Os problemas que envolvem a baixa confiança no Poder Judiciário não podem ser imputados exclusivamente aos magistrados. A questão abarca, além deles, naturalmente, a legislação, a estrutura, a gestão e os demais partícipes dessa esfera.

A começar pela legislação, a insatisfação na condução da atuação jurisdicional levou o legislador a reformar, especialmente a partir da década de 1990, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Tais alterações levaram à confecção de um novo Código, no intuito de sistematizar e dar coesão à legislação processual. Diferentemente do código anterior, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que entrou em vigor em 2016, foi elaborado e discutido sob a égide da Constituição de 1988 e, por essa razão, tem como um de seus objetivos assegurar aos jurisdicionados um processo em que sejam garantidos direitos processuais fundamentais. Além disso, o

¹ Para dados completos e Informações sobre aspectos metodológicos, CUNHA, Luciana Gross (Coord.). Relatório ICJ-Brasil, 2º Semestre/2015. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2015. ano 6. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-%202%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10/09/2016.

CPC/15 teve que enfrentar os diversos problemas práticos vividos por todos aqueles que se dispõem (ou são forçados) a encarar a justiça brasileira como ela é.

Nesse contexto, a celeridade e efetividade do Poder Judiciário se tornaram dificuldades a serem superadas. O abarrotamento de processos e a cultura de processos em massa, decorrentes de uma crescente judicialização de demandas sociais a partir da Constituição de 1988, tornaram-se os grandes vilões a serem combatidos. Por essa razão, desde a década passada, as reformas no Judiciário contêm, como foco, a resolução de demandas repetitivas. Foi o caso da criação da sistemática de julgamento de casos repetitivos no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda na vigência do CPC/73 e da criação, já no CPC/15, de instituto semelhante para os Tribunais Estaduais e Regionais.

A par da legislação (cujos efeitos da novidade somente serão sentidos no futuro), outras tantas áreas merecem ser examinadas e adequadas para uma efetiva melhora da atuação jurisdicional. Óbices são afrontados diariamente em se tratando de estrutura e gestão. Não por outra razão, um dos vilões para a demora de um processo é o que se denominou de “tempo morto”. Para combatê-lo, instituiu-se e aprimorou-se o processo eletrônico, por exemplo.

Os participantes desse “processo” também influenciam na confiança atribuída ao Poder Judiciário. O advogado – indispensável à administração da justiça, segundo a Constituição – é visto com maus olhos perante a sociedade. Juízes são, por vezes, tachados de autoritários. Servidores são constantemente desacatados. E o jurisdicionado – a quem interessa, ao final – é quem se sente lesado justamente ao buscar ter sua lesão ou ameaça a direito apreciada pelo órgão jurisdicional. A respeito disso, o incentivo à resolução de controvérsias pela via da conciliação ou da mediação, a abertura da possibilidade de participação de órgãos ou entidades como *amicus curiae* e o incremento do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais, num ambiente coparticipativo, são medidas que visam a integrar os participantes da demanda.

Muitos são os meios de se buscar dar uma contribuição ao funcionamento ótimo do Poder Judiciário. A academia, certamente, é um deles. Muitos são os enfoques possíveis para essa tarefa. São exemplos: o acesso à justiça, a garantia de

direitos processuais fundamentais, a efetividade do direito acertado, a celeridade da prestação jurisdicional. Um enfoque, porém, tem recebido pouca atenção das pesquisas em Direito.

Com efeito, um dos fatores que colabora para a baixa confiança no Poder Judiciário é a justificação da decisão judicial.² Há uma pressão por mais transparência e acesso ao processo de tomada de decisões do Poder Judiciário e, diante desse contexto, é necessário que se discuta a qualidade do padrão argumentativo de nossos Tribunais, especialmente sob o prisma da deliberação no órgão colegiado.

A abordagem que se pretende desenvolver nesse trabalho – o estudo da formação da decisão judicial em órgãos colegiados – tem a sua importância prática. Espera-se que a discussão a ser aqui travada a respeito da colegialidade e da deliberação ajude a melhorar a qualidade e a legitimidade da prestação jurisdicional. Não servirá, sozinha, para tanto. Mas é um dos aspectos que, se considerado, pode colaborar para o aumento da confiança na instituição.

O estudo se inicia com o esforço legislativo em reforçar a orientação firmada pelos Tribunais, com especial ênfase nas reformas constitucionais e infraconstitucionais a partir da década de 1990 e nas novidades do CPC/15. Ainda neste capítulo, será abordado, com base em estudos já realizados no Judiciário brasileiro, como as cortes brasileiras decidem e discutido se a forma comumente adotada atende a função que se espera do Poder Judiciário como instituição.

Em seguida, no segundo capítulo, será debatida a estrutura colegiada dos Tribunais, especialmente as características e os propósitos de se organizar os órgãos julgadores em formato coletivo. Este será o momento de revisitar as razões subjacentes à colegialidade, aparentemente um pouco deixadas de lado.

O terceiro capítulo acrescentará ao formato colegiado a noção de deliberação. Para tanto, serão feitas considerações sobre a ideia de Democracia Deliberativa para a teoria política e suas compatibilidades com a atuação jurisdicional.

² Na mesma lógica adotada por Rodriguez (2013), “vou utilizar o termo ‘fundamentação’ para designar qualquer forma de argumentação que pretenda explicitar as razões pelas quais alguém tomou uma decisão e reservarei o termo ‘justificação’ para designar a fundamentação que segue padrões sistemáticos” (RODRIGUEZ, J. R.. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013).

Posteriormente, no quarto capítulo, serão abordados elementos da colegialidade na deliberação em três grandes fases do julgamento colegiado: as fases pré-decisional, decisional e pós-decisional. Sempre levando em conta questões relativas à deliberação, serão desenvolvidas considerações a respeito de aspectos como o papel do relator, a participação das partes e de terceiros na construção da decisão, a sessão de julgamento, o formato da decisão (se *per curiam* ou *seriatim*), a possibilidade da existência de votos divergentes ou concorrentes. Ao longo da análise desses elementos, serão incorporados dados obtidos em pesquisas a respeito dos temas.

Ao final, pretende-se ter examinado como a colegialidade, edificada a partir da deliberação dos membros julgadores, afeta (ou deve afetar) a formação da decisão judicial nos Tribunais. A partir dessas exposições, como a construção da decisão judicial tem o condão de legitimar e aumentar a qualidade da atuação jurisdicional.

É, portanto, nesse sentido, a contribuição que o presente trabalho pretende dar para o enfrentamento da baixa confiança no Poder Judiciário. O aprimoramento da formação da decisão judicial e a sua devida justificação, particularmente em tempos em que o entendimento firmado em Tribunais se irradia para todo o sistema judiciário, é importante e necessário para a sua legitimação.

1. O CONTEXTO BRASILEIRO.

1.1. As reformas constitucionais e legais e o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15).

O retrato do Poder Judiciário no Brasil tem sido desenvolvido por meio de números pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2003. Para se ter a noção da realidade atual do Poder Judiciário, o anuário Justiça em Números 2016,³ tomando-se como base o ano de 2015,⁴ demonstra que o Poder Judiciário continha aproximadamente 74 milhões de casos pendentes. Desse total, 94,7% encontrava-se no primeiro grau de jurisdição. Além disso, desse acervo, 52% se referia à fase de execução.

Ainda de acordo com os dados do relatório Justiça em Números, a recorribilidade externa (aquela do 1º para o 2º grau e do 2º grau para os tribunais superiores, como a apelação, o agravo de instrumento e os recursos especiais e extraordinários) ocorre em aproximadamente 15% dos casos e a recorribilidade interna (aquela em que os recursos são endereçados ao mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida, como os embargos de declaração, os embargos infringentes e os agravos internos e regimentais) se dá em aproximadamente 10% dos processos.

São, portanto, dois os grandes gargalos da justiça brasileira. Em primeiro lugar, vê-se que o grande estoque de processos na fase de conhecimento está no primeiro grau de jurisdição. Por outro lado, a recorribilidade – sempre vista como um dos problemas do sistema processual brasileiro – é, segundo os dados obtidos, relativamente baixa.

O segundo grande gargalo é o número de processos executivos. A entrega célere da solução de mérito da lide não é suficiente se o Poder Judiciário é incapaz em realizar o direito acertado.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.

⁴ A informação é relevante porque a análise foi feita sob a égide do CPC/73; ou seja, os dados não trazem nenhuma informação a respeito de qualquer influência da alteração legislativa.

A chamada crise da justiça brasileira, acentuada pelo advento da Constituição de 1988,⁵ demandou reformas que, inicialmente, vieram por meio de alterações na legislação processual. Durante a década de 1990, o CPC/73 sofreu uma série de modificações na tentativa de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional. Alguns exemplos são emblemáticos, como o da Lei nº 8.952/94, que criou o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e permitiu, por meio de decisão judicial, que o ônus do tempo do processo pudesse correr contra o réu. Até então, o autor da demanda deveria aguardar todo o trâmite processual para ter o seu direito reconhecido, mesmo em casos em que houvesse verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (para usar os conceitos do CPC/73).

A Lei nº 9.245/95, por sua vez, deu nova regulamentação ao procedimento sumário (então chamado de sumaríssimo). A intenção foi corrigir defeitos percebidos na prática e, enfim, concretizar os objetivos de concentração dos atos processuais e da oralidade. Foram promovidas mudanças como a racionalização do elenco das causas sujeitas ao procedimento sumário, retirando aquelas em que o contraditório se impunha com maior amplitude, a previsão de audiência inicial de conciliação e a proibição, como regra, de intervenção de terceiros.

Outro exemplo de reforma substancial na década de 1990 foi a promovida pela Lei nº 9.139/95, que alterou dispositivos do CPC/73 que tratavam do agravo de instrumento. O recurso de agravo era considerado como um grave fator de deficiência da prestação jurisdicional, pois, além da paralisação dos processos para a formação do instrumento causada pela interposição no juízo de origem, a falta de previsão de efeito suspensivo causou o uso desenfreado do mandado de segurança. A referida Lei, então, tentou resolver tais problemas. O recurso passou a ser instruído pelo próprio recorrente e interposto diretamente no tribunal (fisicamente ou pela via postal). O relator, por sua vez, poderia rejeitá-lo liminarmente, requisitar informações ao juiz da causa e, inclusive, atribuir efeito suspensivo ao recurso. A regulamentação do agravo ainda foi alterada pela Leis nº 10.352/01 e nº 11.187/05.

⁵ FARIA, José Eduardo. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. *Colóquio Internacional – Direito e Justiça no Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

A Lei nº 9.139/95 também inseriu no CPC/73 a previsão, do art. 557, de que o relator, nos tribunais, poderia negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior. A Lei nº 9.756/98, por sua vez, alterou a redação deste dispositivo, para que o relator pudesse negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior. Foi a primeira vez que se inseriu no CPC/73 a influência da jurisprudência dominante dos tribunais. Neste mesmo sentido foram as alterações no art. 120, parágrafo único, que cuida do conflito de competência, e no art. 544, §3º, específico do agravo interposto contra a decisão que não admitiu o RE ou o REsp.

As reformas continuaram ao longo da década de 2000. No âmbito constitucional, as novidades vieram por meio da Emenda Constitucional nº 45/04. Além de criar o instituto da Súmula Vinculante (art. 103-A) e adicionar, ao rol do art. 5º, a garantia da razoável duração do processo, judicial e administrativo, e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII), a referida emenda estipulou, a fim de que o STF analise a admissão do recurso extraordinário, o requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

No âmbito infraconstitucional, as alterações no CPC/73 seguiram, conforme exemplos a seguir. A Lei nº 10.352/01, além de alterar a sistemática de alguns recursos, como o agravo, deu nova regulamentação ao reexame necessário, ao prever hipóteses em que a remessa de ofício ao Tribunal não ocorreria – condenação de valor certo não excedente a sessenta salários mínimos e sentença fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente.

A Lei nº 11.232/05 alterou substancialmente a execução de título judicial, extinguindo o processo autônomo até então existente e regulamentando o cumprimento da sentença, que passou a ocorrer nos próprios autos, sem a necessidade de nova citação. A ideia por trás da reforma era garantir e acelerar a realização do direito acertado no processo de conhecimento.

Por sua vez, a Lei nº 11.277/06 previu a improcedência liminar do pedido formulado, quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e no juízo já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos. A técnica pretendia conferir agilidade à prestação jurisdicional.

Em adequação ao comando constitucional da Emenda nº 45/04, a Lei nº 11.418/06 acresceu os arts. 543-A e 543-B ao CPC/73. O primeiro regulamentou o instituto da repercussão geral, que passou a ser, conforme o texto constitucional, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. O segundo criou a nova sistemática de julgamento de recurso extraordinário representativo de controvérsia, para a análise da repercussão geral quando houvesse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

A Lei nº 11.672/08, por sua vez, ao acrescentar o art. 543-C ao CPC/73, criou, também para o recurso especial, a sistemática de julgamento de recurso representativo de controvérsia, quando houvesse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Parte das reformas, como visto, teve como norte o reforço da jurisprudência dos tribunais. Se, no fim da década de 1990 e no início da década de 2000, a lei fazia referência às súmulas e jurisprudência dominante dos tribunais, a lógica foi reforçada pela sistemática de recursos representativos da controvérsia no STF e no STJ, em 2006 e 2008, respectivamente.

Já em 2009, no entanto, a ideia da elaboração de um novo Código de Processo Civil é materializada, por meio do Ato nº 379/09 do Senado Federal, que instituiu uma Comissão de Juristas para a execução do anteprojeto. Nas palavras introdutórias do Ministro Luiz Fux, foi evidenciado o desafio da comissão: “*resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere*”⁶. Embora a exposição de motivos do anteprojeto detalhe os caminhos seguidos pela comissão para sua confecção, interessa, aqui, as observações relativas aos entendimentos dos tribunais, que merecem transcrição:

⁶ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

(...) haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

(...)

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

(...)

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

(...)

A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados.

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

Embora o anteprojeto – concretizado por meio do Projeto de Lei do Senado nº 166/10 – tenha sido objeto de mudanças no decorrer do processo legislativo do

Projeto de Lei nº 8.046/10, as principais ideias expostas na longa transcrição acima foram mantidas no texto aprovado, convertido na Lei nº 13.105/15. Seguindo a lógica das reformas no CPC/73, o CPC/15 realçou a importância do entendimento dos tribunais, por meio da busca pela concretização de uma jurisprudência uniforme e estável.

O CPC/15 estabeleceu, pela primeira vez no ordenamento processual brasileiro, um sistema de precedentes. O art. 926 trouxe como orientação a necessidade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Por sua vez, o art. 927 lista os “tipos” de julgamento que são de observância obrigatória pelos juízes e pelos tribunais. São eles: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, conforme também previsto no art. 102, §2º, da Constituição; (ii) os enunciados de súmula vinculante, como estipulado no art. 103-A da Constituição; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, observado que, nos termos do art. 926, §§ 1º e 2º, estes tribunais devem editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com efeito, o CPC/15 impõe uma lógica relacionada ao art. 927. Ao longo do código, treze dispositivos preveem situações específicas envolvendo súmulas, jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos.⁷ Cite-se, por exemplo, a possibilidade de que o juiz conceda tutela de evidência (espécie de tutela provisória que independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo) quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

⁷ Os treze dispositivos são: 12, §2º, II; 311, II; 332, I, II, III e IV; 489, §1º, V e VI; 496, §4º; 521, IV; 921, IV e V; 955, parágrafo único, I e II; 988, IV; 1.022, parágrafo único, I; 1.030, I, 'b'; 1.035, §3º, I; 1.035, §7º.

Outra situação relevante é a que permite ao juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória e independentemente de citação do réu, julgue liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)⁸ ou Incidente de Assunção de Competência (IAC)⁹ e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Além disso, o CPC/15 prevê a possibilidade de o relator, no tribunal, negar ou dar provimento a recurso, de forma monocrática, fundado em entendimento assentado em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, em acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos e em julgamento de IRDR ou de IAC.

Nota-se, portanto, que, por opção do legislador, o CPC/15 deu uma grande importância ao entendimento firmado pelos tribunais. As hipóteses listadas incluem, além do controle concentrado resolvido pelo plenário do STF, situações que são alcançadas necessariamente por meio do julgamento colegiado. Ressalte-se, aliás, que a relação não se limita aos casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, nos termos do art. 928 do CPC/15), mas engloba também a situação de jurisprudência dominante (no caso das súmulas) e de casos analisados por meio do incidente de assunção de competência (que envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos) e pelo plenário ou pelo órgão especial dos tribunais.

Digno de nota, também, a mudança promovida pelo CPC/15 com a extinção do recurso de Embargos Infringentes. Criou-se, para substituí-lo, a técnica da colegialidade estendida nos casos de julgamento de apelação não unânime (e também nos casos de ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, e agravo de instrumento, quando houver a reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito). Nessas hipóteses, o julgamento é suspenso e tem prosseguimento em sessão a ser

⁸ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁹ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

designada com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Isto é, havendo divergência, amplia-se o colegiado para possibilitar maior deliberação e possibilidade de prevalência do voto divergente.

É por esse motivo que, com o CPC/15, ficou ainda mais necessário dar a devida atenção aos julgamentos colegiados. São desses julgamentos que se extraem os entendimentos que servirão de norte para o julgamento em primeiro (eficácia vertical) e em segundo (eficácia horizontal) graus de jurisdição.

Para tanto, o caminho se inicia com a captação da realidade dos tribunais. Se o legislador optou por dar especial importância ao entendimento dos tribunais, é necessário questionar como os nossos tribunais julgam suas causas. É o que se pretende verificar no próximo capítulo.

1.2. A realidade dos Tribunais.

Em “Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)”, José Rodrigo Rodriguez tem a pretensão “*de identificar as melhores razões para criticar o direito de nosso país tendo em vista o aperfeiçoamento de nosso estado de direito e o aprofundamento de nossa democracia*”.¹⁰ A partir desse diagnóstico, o autor entende ser possível “*avaliar as vantagens e as desvantagens de possíveis reformas em nome de um modelo diferente de estado e de democracia*”.¹¹

Em sua opinião, a discussão sobre os problemas do Poder Judiciário tem estado centrada em questões relativas à sua celeridade e à sua produtividade. A qualidade da prestação jurisdicional e a racionalidade na atuação dos juízes não têm sido inseridas nesses debates. Especificamente, sua pesquisa passou por uma pauta de investigações empíricas a respeito da qualidade da argumentação jurídica dos tribunais superiores.¹² Suas reflexões tangenciam “*a maneira pela qual os tribunais*

¹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 6.

¹¹ RODRIGUEZ, *ibid.*, p. 12.

¹² As pesquisas de Rodriguez, segundo o autor, “*incluíram a leitura de decisões de tribunais superiores brasileiros e a análise de sua argumentação, em especial, o modo de citar casos e de utilizar a palavra*

exercem este poder [de padronizar a opinião do Poder Judiciário a respeito de problemas jurídicos controversos].¹³

Para tanto, RODRIGUEZ busca identificar as características empíricas da racionalidade jurisdicional no Brasil. Segundo o autor, são dois os principais traços das decisões tomadas no poder judiciário brasileiro. Em primeiro lugar, adota-se a argumentação por autoridade, no sentido de que, quanto maior o número de autoridades, maior a força do argumento.¹⁴ E em segundo lugar, como consequência do primeiro, neste tipo de argumentação, a pessoa que toma a decisão e a própria decisão em si são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para alcançá-la.¹⁵

Nesse contexto, segundo RODRIGUEZ, fundamentar uma decisão no Brasil significa expor uma opinião pessoal. A decisão busca apresentar as razões pelas quais o julgador formou sua opinião pessoal sobre o caso.¹⁶ Tudo isso com o reforço de argumentos de autoridade representados pela jurisprudência e pela doutrina.

Nos julgamentos colegiados, o ponto de vista pessoal do julgador interage com outras posições. Mas não por meio de uma argumentação racional sistematizante e, sim, por meio da agregação de opiniões, pela contagem de votos.

Ao final, RODRIGUEZ conclui que o modelo de raciocínio jurídico empiricamente dominante no Brasil é o de invocação de autoridades, sendo que, como resultado e fator de reprodução deste modo de pensar, o nosso poder judiciário se caracteriza como uma jurisdição opinativa.

O resultado desse modelo de racionalidade jurídica é, segundo RODRIGUEZ, um quadro “*complexo e interessante*”:

(...) um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc., que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira

“*jurisprudência*” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 49). São frutos dessas pesquisas as seguintes publicações do projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça (disponíveis em <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes>): Processo Legislativo e Controle de Constitucionalidade e Igualdade de direitos entre mulheres e homens.

¹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 49.

¹⁴ *Ibid.*, p. 59.

¹⁵ *Ibid.*, p. 62.

¹⁶ *Ibid.*, p. 62.

racional e unificada. É possível reconstituir, claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada um com todo.¹⁷

Para justificar o que afirma, RODRIGUEZ cita três casos exemplares: o do Recurso de Revista nº 5200-40.2003.5.22.0003, julgado pelo TST, o da ADI nº 354, analisada pelo STF e o do REsp nº 598.281, examinado pelo STJ. Cada qual, com suas peculiaridades, demonstra o modelo de racionalidade jurídica sustentado pelo autor.

O primeiro recurso, o de nº 5200-40.2003.5.22.0003, julgado pelo TST, questionava a quebra de isonomia entre homens e mulheres contida em norma coletiva que regulou os critérios de concessão de auxílio-creche. O acórdão, de seis páginas, contém apenas o relatório, o voto do relator, Ministro Ives Gandra Martins Filho, e a informação de que os demais ministros acompanharam o voto do relator. Seu voto afasta a alegada quebra de isonomia e defende a existência de diferenciação legítima decorrente do “desgaste maior da mulher trabalhadora”. Para dar corpo ao seu entendimento, o relator cita a filósofa Edith Stein para justificar uma suposta diferenciação da vocação do homem e da mulher.

Relativamente a este acórdão, dois pontos se destacam. Um, não há discussões sistematizadas sobre os fundamentos adotados pelo voto do relator. Dois, a unanimidade tem relação com o resultado final da decisão, e não com a argumentação utilizada para alcançá-la. Prova disso é que, de acordo com RODRIGUEZ, a fundamentação adotada pelo relator – e seguida à unanimidade pelos demais ministros da Turma – vai na contramão da maioria dos julgados trabalhistas a respeito das questões de gênero.¹⁸

O segundo processo (ADI nº 354) analisado, do STF, discutia a constitucionalidade da Lei nº 8.037/90, que previa alterações na forma de contagem de votos nas eleições, considerando erros cometidos pelos eleitores no preenchimento da cédula de voto. O questionamento não era propriamente o conteúdo da lei, mas o seu

¹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 70.

¹⁸ Conforme anotado por RODRIGUEZ, a conclusão de que as decisões judiciais têm caminhado no sentido de desnaturalização da categoria da mulher foi um dos resultados da pesquisa “Igualdade de Direitos entre Homens e Mulheres”, financiada pelo Ministério da Justiça no programa Pensando o Direito. (Ibid., p. 76).

art. 2º, que previa a entrada em vigor imediata das modificações, o que, segundo o proponente da ação, violava o art. 16 da Constituição de 1988, de acordo com o qual “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”.

A controvérsia, no STF, pode ser delineada nos seguintes pontos. Primeiro, as mudanças na contagem de votos integram o processo eleitoral? Para essa pergunta, duas foram as linhas de entendimento: para alguns ministros, o processo eleitoral é entendido em sentido amplo e, dessa forma, as mudanças na contagem de votos integram o processo eleitoral; para outros, o processo eleitoral deve ser entendido em sentido estrito, diferenciando-se o processo eleitoral e o direito eleitoral material. Segundo, qual o momento de vigência da lei? Para essa resposta, pela lógica, a primeira resposta levaria à segunda (ou seja, se as mudanças são parte do processo eleitoral, a lei somente poderia entrar em vigor um ano após sua promulgação). Mas essa lógica não foi seguida por todos os ministros.

Neste caso, é interessante notar que a questão, antes de chegar ao STF, foi analisada no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, na sua composição, continha quatro ministros do STF. Esses quatro ministros, portanto, acabaram por votar duas vezes sobre a discussão.

Alguns comentários sobre os votos são válidos. Inicialmente, é interessante notar que os ministros que votaram no TSE (Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Célio Borja e Sydney Sanches) mantiveram o seu entendimento. Os ministros Célio Borja e Sydney Sanches, inclusive, limitaram-se a afirmar que analisaram a questão quando do julgamento do TSE, sem trazer qualquer consideração sobre se as regras de contagem de votos integram ou não o processo eleitoral.

Além disso, 4 dos 11 ministros fazem referência a doutrina ou jurisprudência (Octavio Gallotti, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves). No entanto, quanto ao uso da doutrina e da jurisprudência, o que chama atenção é que os ministros Celso de Mello e Moreira Alves, apesar de fazerem referência a trechos idênticos dos

mesmos doutrinadores (Fávila Ribeiro e José Afonso da Silva), chegam a conclusões divergentes. Isso demonstra a falta de contextualização da doutrina utilizada.¹⁹

Por fim, deve ser destacado o voto do ministro Octavio Gallotti que, embora tenha adotado o entendimento amplo sobre o conceito de processo eleitoral (e considerado que a contagem de votos integra tal conceito), afastou a inconstitucionalidade, por já ter assim decidido no TSE e por entender que as alterações não seriam prejudiciais aos partidos políticos e aos eleitores.

Em conclusão, apesar de seis ministros terem entendido que as regras de contagem de votos integrariam o conceito de processo eleitoral (o que, inicialmente, atrairia a violação ao art. 16 da Constituição), prevaleceu o entendimento de que a vigência imediata da Lei nº 8.037/90 não seria inconstitucional, também por seis votos a cinco. Não se pode extrair, no entanto, um único fundamento da decisão proferida.

O terceiro processo analisado foi o REsp nº 598.281. A discussão do processo girava em torno do dano moral ambiental. A controvérsia posta ao STJ envolvia dois pontos: primeiro, saber se a figura do “dano moral coletivo” seria admissível no direito brasileiro; segundo, saber se, no caso concreto, ocorreu esta modalidade de dano.

Da mesma forma, algumas questões chamam a atenção no acórdão proferido pelo STJ. Conforme observado por RODRIGUEZ, das 48 páginas do acórdão, 7 são dedicadas a apresentar dados do processo ou do voto; das 41 páginas restantes, 22 se referem exclusivamente a transcrição de textos de doutrina; das 19 páginas restantes (em que os ministros escrevem texto próprio), 8 são dedicadas a resumir o julgamento até ali, de forma que apenas 11 páginas são considerações feitas pelos julgadores.²⁰

Em relação à primeira questão – admissão do dano moral coletivo no direito brasileiro –, três dos cinco ministros (Luiz Fux, Denise Arruda e José Delgado) concluíram pela sua possibilidade. Os três julgadores fundamentaram seu

¹⁹ Não se está a dizer que o Magistrado deva ou não utilizar doutrina em sua decisão. O que se afirma é que, se fizer uso de referências doutrinárias, o Juiz deve contextualizar sua utilização com o caso concreto em julgamento. Não basta a mera citação desconectada da controvérsia examinada.

²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 85.

entendimento no sentido de que é possível compensar dores comunitárias, isto é, o sofrimento de um grupo de pessoas. O ministro Fux adicionou outros dois fundamentos para a admissão do dano moral coletivo: a necessidade de prevenir danos futuros e de punir aqueles que degradaram o meio ambiente. Por outro lado, os ministros Teori Zavaski e Francisco Falcão afastaram a possibilidade de concessão de dano moral coletivo, considerando que o dano moral é ínsito a uma dor individual (e não coletiva).

Contudo, o resultado do julgamento foi o de, no caso concreto, não conceder o dano moral coletivo. É que a ministra Denise Arruda, embora tenha reconhecido a possibilidade do dano moral coletivo no direito brasileiro, não foi convencida da existência do dano no caso dos autos.

A ementa do acórdão, no entanto, não refletiu a opinião majoritária dos ministros, pois fez constar que a figura do dano moral está necessariamente ligada à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Este, como visto, foi o entendimento adotado pela divergência aberta pelos ministros Zavaski e Falcão, que restou vencida. A ementa não fez prevalecer, assim, os argumentos levados em consideração pela maioria dos ministros.

Esse modelo de racionalidade jurídica é confirmado pela pesquisa “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”.²¹ Especificamente na parte da pesquisa que “*busca examinar a consistência e qualidade da prestação jurisdicional, por meio de apuração do processo de formação dos acórdãos prolatados nos recursos especiais e repetitivos*”,²² os resultados são interessantes para o que se está a tratar.

Neste ponto, a pesquisa procurou responder, após a análise por amostragem de 50 processos originários das três Seções do STJ, três indagações: (i) se todos os argumentos deduzidos pelas partes e por terceiros são enfrentados pela turma julgadora na formação do julgado; (ii) qual o grau e a participação das partes e de terceiros na discussão da matéria objeto de análise; e (iii) qual a frequência com que o

²¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

²² *Ibid.*, p. 92.

STJ reformula sua própria jurisprudência e, nestes casos, quais classes de razões são adotadas.

Sobre a primeira questão – se todos os argumentos das partes e dos terceiros são analisados –, a conclusão alcançada pela equipe de pesquisa foi a de que, “*majoritariamente, o Superior Tribunal de Justiça analisa apenas parcialmente os argumentos do Recorrente, desconsiderando grande parte de sua argumentação, ainda que decidindo em consonância com o provimento do recurso*”.²³ Neste ponto, afirmou-se, ainda, serem raras as situações em que o STJ decide de forma inovadora, considerando outros argumentos que não os levados ao processo pelas partes ou por terceiros.

Quanto ao segundo ponto de pesquisa – o grau de participação de terceiros na construção da decisão –, o trabalho concluiu que admissão de terceiros não tem sido efetivamente uma realidade. Em apenas metade dos processos houve a participação do Ministério Público (ente de maior participação). Nesses casos, aliás, constatou-se o indeferimento da manifestação de interessados, seja ao argumento de que o Ministério Público já representaria os interesses daquela parte, seja porque o tribunal não vislumbrou efetivo interesse da parte em se manifestar nos autos. Além disso, a pesquisa concluiu que o STJ raramente utiliza os argumentos desenvolvidos por terceiros, sendo a sua participação pouco influente na construção da decisão judicial.

Finalmente, no que se refere à terceira questão – a frequência da revisão da jurisprudência e as razões que a justificam –, a pesquisa aponta não serem comuns as ocasiões em que o STJ revisa seu entendimento. Embora as partes levantem dissídio jurisprudencial, a corte costuma fundamentar suas decisões em assentamentos jurisprudenciais. De acordo com o trabalho:

Dos 50 processos analisados, 48 utilizam questões dogmáticas assentadas na jurisprudência para a formação da decisão que dá ensejo ao tema uniformizador de jurisprudência. A título de comparação, observou-se que, em contrapartida, 17 acórdãos utilizaram questões doutrinárias na fundamentação,

²³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 94/95.

seis acórdãos utilizaram questões pragmáticas (de conveniência e de oportunidade) na fundamentação, e apenas quatro acórdãos mencionaram razões de fidelidade à Constituição na fundamentação.²⁴

Além de se basearem, notadamente, na jurisprudência da Corte, as decisões, em sua maioria, não analisaram as alegadas divergências jurisprudenciais, “*de forma que os relatores dos processos se bastaram a explicitar as razões pelas quais consideram determinado posicionamento como correto*”.²⁵

Diante do contexto captado pelas mencionadas pesquisas, e considerando que, conforme exposto no tópico anterior, o legislador brasileiro caminhou no sentido de conferir singular relevância ao entendimento dos tribunais, é preciso pensar em um modelo de racionalidade jurídica a ser adotado nos tribunais que melhor garanta a qualidade das decisões judiciais colegiadas.

O que se desenvolverá adiante é, primordialmente, consequência de uma revisitação do princípio da colegialidade e dos motivos de se organizar os tribunais em órgãos colegiados. Após, a este conceito será inserida a ideia de deliberação, como critério a nortear o julgamento colegiado. Com isso, passa-se, em seguida, a se debater elementos que instigam ou reduzem o desempenho deliberativo de um tribunal nas três grandes fases do julgamento colegiado (fase pré-decisional, fase decisional e fase pós-decisional).

²⁴ Ibid., p. 97.

²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 97.

2. A COLEGIALIDADE

2.1. As entidades coletivas.

Os Tribunais, no Brasil e no mundo, tendem a se organizar por meio de órgãos colegiados. Por aqui, são compostos por câmaras, turmas e/ou órgãos especiais, cada qual contendo um certo número de juízes e suas respectivas funções regimentais.²⁶ Em contraposição ao método de julgamento de primeira instância – como padrão, realizado monocraticamente, isto é, por juízes singulares²⁷ –, o julgamento nos Tribunais envolve, em regra, mais de um juiz.²⁸

Pensando de forma geral (ou seja, não restrita para a colegialidade no âmbito do Poder Judiciário), a entidade coletiva se caracteriza pela união de pessoas num esforço coordenado na busca por um fim em comum. Para KORNHAUSER E

²⁶ Lei Complementar n. 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura): “Art. 101 - Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno.

§ 1º - Salvo nos casos de embargos infringentes ou de divergência, do julgamento das Câmaras ou Turmas, participarão apenas três dos seus membros, se maior o número de composição de umas ou outras.

§ 2º - As Seções especializadas serão integradas, conforme disposto no Regimento Interno, pelas Turmas ou Câmaras da respectiva área de especialização.

§ 3º - A cada uma das Seções caberá processar e julgar:

a) os embargos infringentes ou de divergência das decisões das Turmas da respectiva área de especialização;

b) os conflitos de jurisdição relativamente às matérias das respectivas áreas de especialização;

c) a uniformização da jurisprudência, quando ocorrer divergência na interpretação do direito entre as Turmas que a integram;

d) os mandados de segurança contra ato de Juiz de Direito;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias dos julgamentos de primeiro grau, da própria Seção ou das respectivas Turmas.

§ 4º - Cada Câmara, Turma ou Seção especializada funcionará como Tribunal distinto das demais, cabendo ao Tribunal Pleno, ou ao seu órgão especial, onde houver, o julgamento dos feitos que, por lei, excedam a competência de Seção.”

²⁷ No Brasil, diz-se do julgamento monocrático em primeira instância como regra, em razão, por exemplo, da exceção contida na Lei n. 12.694/12, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Na Europa, também existem julgamentos colegiados em primeiro grau. É o caso da França, em que se admite a colegialidade em primeira instância não apenas em matéria penal (como na *Cour d’Assises*, que julga crimes cujas penas superam 10 anos), mas também em matéria cível (como no *Tribunal de Grande Instance*, que julga litígios que superam 10 mil euros).

²⁸ A regra do julgamento colegiado nos Tribunais se excepciona pela possibilidade de julgamento monocrático nas hipóteses especificadas no art. 932, III, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015.

SAGER²⁹, o formato coletivo pode se qualificar de quatro diferentes modos: (i) distributivo, (ii) de equipe, (iii) redundante e (iv) colegial.

As formas distributiva e de equipe se distinguem uma da outra pela maneira que cada uma estabelece a coordenação entre os membros. No modelo distributivo, apesar de os indivíduos agirem isoladamente, há a prévia separação (e a necessária coordenação) dos trabalhos. Nos modelos distributivos mais básicos, os participantes possuem tarefas idênticas, multiplicando a performance, que será, em verdade, mais do mesmo. KORNHAUSER E SAGER citam como exemplo a situação de várias pessoas pintando uma casa ou trabalhadores cuidando de um campo. Nos modelos mais complexos, cada um dos participantes possui sua respectiva tarefa. É o caso das linhas de produção industriais, em que cada envolvido atua de forma independente, mas sempre vinculado à finalidade comum. O objetivo, neste caso, é otimizar ou acelerar o desempenho buscado.

A coletividade de equipe, por sua vez, exige dos membros uma atitude coordenada durante a atuação. É dizer, cada participante deve considerar (e responder a) o trabalho feito pelos outros durante o seu desempenho; o resultado só é alcançado por meio da atuação coordenada dos envolvidos. Nesta situação, o desempenho que se busca realizar é redefinido intrinsecamente pela relação entre os membros da equipe; isto é, a interação dos membros da coletividade é essencial para o objetivo final. KORNHAUSER E SAGER ilustram esse modelo com as orquestras e com os times de esportes coletivos – basquete, futebol, etc.

Por outro lado, os modelos redundante e colegial não buscam amplificar ou remodelar o desempenho da tarefa desejada. Em vez disso, têm como finalidade realizar tarefas que, a princípio, poderiam representar o esforço de uma só pessoa; executá-las por entidades coletivas visa a trazer o desempenho para mais perto do ideal.

De acordo com KORNHAUSER E SAGER, a coletividade redundante se baseia numa estrutura externa de múltiplos esforços independentes. São caracterizados por independência dos envolvidos, que não atuam de forma

²⁹ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993, p. 3-5.

colaborativa. Processos e regras regulam e vinculam a atuação dos membros da coletividade. Muitas vezes, a interação entre os membros é, inclusive, vedada, justamente para preservar uma revisão influenciada pela conclusão alheia. Exemplos mencionados pelos autores são o controle de qualidade num processo de automação industrial, composto por três inspetores, ou o julgamento em eventos esportivos, integrado por três jurados. No primeiro caso, um inspetor pode concluir pela rejeição do processo, enquanto os outros dois podem aprova-lo; o resultado pode ser a aprovação por unanimidade ou pela maioria. Na segunda hipótese, cada jurado avalia a performance do atleta sem consultar seus colegas e os resultados são agregados (seja pela soma, seja pela média, seja por qualquer outro método de apuração).

A coletividade colegial, a seu turno, assemelha-se à atuação por equipe (mencionada anteriormente), já que deve levar em consideração os colegas que também realizam a tarefa. Caracteriza-se pela colaboração e pela deliberação dos seus membros. Enquanto a interação e a troca de informações não são buscadas na coletividade redundante, elas são vitais para o resultado do modelo colegial. O resultado alcançado pela coletividade colegial é, na verdade, produto único da interação daquela entidade coletiva. É por isso que se diz que a coletividade colegial pressupõe a alteração na forma de atuação individual para uma atuação em grupo. KORNHAUSER E SAGER citam o trabalho de cientistas em uma pesquisa e de alunos em um trabalho escolar.

Os quatro modelos de coletividade não necessariamente se apresentam de forma pura. É possível que grupos se organizem, durante a tarefa a ser desenvolvida, em mais de um modo descrito acima. Numa pesquisa em grupo, por exemplo, os membros podem realizar uma tarefa empírica – coleta de dados – de forma distributiva e discutir as conclusões para a elaboração do trabalho final no modelo colegial.

Dentro desse esquema, onde enquadrar os Tribunais? A resposta a essa pergunta deve se pautar pelos efeitos buscados ao se optar por se estruturar os Tribunais em órgãos colegiados. Isto é, pelas consequências da colegialidade.

2.2. A colegialidade nos Tribunais.

Também no Poder Judiciário, não há regra na atuação colegiada. No Tribunal do Júri, por exemplo, a atuação dos sete jurados ocorre segundo o modelo redundante. É dizer, uma vez sorteados, os jurados não podem comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo (art. 466, §1º, do Código de Processo Penal – CPP). A votação ocorre de maneira sigilosa e por meio de respostas simples (sim ou não) inseridas em um papel (arts. 486 e 487 do CPP). Não há – e não deve haver – colaboração ou deliberação entre os jurados.

A questão deve ser vista de outra forma, porém, se se está a tratar dos julgamentos colegiados nos Tribunais. No julgamento monocrático, o juiz deve, à luz da lide posta e das provas produzidas nos autos, julgar o caso com base nas suas reflexões e convicções sobre o direito.³⁰ Por sua vez, o julgamento colegiado nos Tribunais, em tese, pode se dar de duas formas.

Se o julgador do órgão colegiado reflete de modo isolado, consulta apenas as suas próprias fontes e expõe suas conclusões sem levar em consideração os seus pares, certamente estará a atuar de forma redundante. A adoção da regra da maioria, pura e simplesmente, portanto, aproxima o julgamento desse modelo (redundante) de coletividade. Nestes casos, os votos serão individualmente considerados na perspectiva agregativa. O resultado do julgamento pode ser à unanimidade, mas a construção da decisão – por meio da agregação dos votos – se dá pela reflexão individual – e não colaborativa – dos membros do órgão julgador. É que a corte colegiada não seria, na essência, um corpo deliberativo.³¹

Em outras palavras, na atuação redundante, o julgador do órgão colegiado atua de forma idêntica ao juiz monocrático. A presença dos demais membros julgadores não gera efeitos na reflexão a respeito da controvérsia nem na tomada de decisão. A existência de outros julgadores nesta hipótese serve apenas para a contabilização dos votos.

³⁰ SHAPIRO, ao tratar de deliberação, conclui: “*Deliberation is not an isolated activity. Rather it is an interactive one involving two or more people. We can be individually reflective but not individually deliberative*”. (SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, n. 2, 2002, p. 197).

³¹ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 62.

Por outro lado, a atuação do órgão julgador colegiado também pode se realizar pelo formato colegial. Neste caso, os membros julgadores atuam de forma colaborativa e deliberativa, a partir da troca de informações, na busca da melhor solução jurídica para o caso. Isto é, os julgadores trabalham como um grupo, não como participantes individuais com função meramente agregativa dos seus entendimentos.

A propósito dessa dualidade, EDWARDS critica o desprezo que se dá à colegialidade na análise da formação da decisão judicial: “*The fundamental principle of collegiality is the recognition that judging on the appellate bench is a group process. Too often researches ignore the fact that appellate judges sit in panels of three and decide cases together through deliberation*”³². KORNHAUSER E SAGER também demonstram o mesmo sentimento e criticam a incompletude do estudo do processo de tomada de decisão pela falta de consideração das particularidades do julgamento em órgãos colegiados.³³

“Traditional theories of adjudication are curiously incomplete. Their focus is on the process by which a single judge decides or ought to decide cases. Judging is treated as though it were a solitary act, occasioning reference to other judges only to the extent that the artifacts of their past efforts provide authoritative or instructive precedent for the present decisions of the lone judge. The real world of adjudication, though, differs dramatically. Only at the trial level do judges normally decide cases alone. Intermediate courts of appeal and courts of last resort are organized so that judges almost sit and act together with colleagues on adjudication panels. And the size of these panels almost always varies directly with the level of authority they enjoy within their legal system, indicating our widely-shared, naive belief that this multiplicity of judges is in some sense a route to ‘better’ decisions. Appellate adjudication, the common, almost exclusive focus of theories of adjudication, is thus essentially a group process, yet to

³² EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003, p. 1656.

³³ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, 1986, p. 82. Tradução livre: “*Teorias tradicionais da aplicação do direito são curiosamente incompletas. O seu foco é no processo pelo qual um juiz singular decide ou deve decidir casos. Julgar é tratado como se fosse um ato solitário, fazendo referência a outros juízes somente na medida em que o resultado de seus esforços passados fornecem precedentes autoritativos ou instrutivos para as decisões atuais do juiz solitário. O mundo real da aplicação do direito, porém, difere drasticamente. Somente em julgamento de primeira instância os juízes decidem os casos sozinhos. As cortes de apelação e as cortes de último recurso são organizados de forma a que os juízes sentem e atuam em conjunto com colegas em painéis. E o tamanho desses painéis quase sempre varia diretamente de acordo com o nível de autoridade que possuem no sistema jurídico, indicando a nossa inocente e amplamente compartilhada crença de que a colegialidade é, de certo modo, a rota para melhores decisões. O julgamento de apelações, normalmente, quase o objeto exclusivo das teorias da aplicação do direito, é, portanto, essencialmente um processo de grupo, ainda que as teorias existentes não expliquem a natureza do grupo nem o levam em conta*”.

extant theories neither explain the group nature of the process nor take it into account.”

Diante desse contexto, é preciso verificar, com base nas razões adjacentes ao princípio da colegialidade, qual das práticas (redundante ou colegial) deve ser buscada na atuação dos membros dos Tribunais. Para essa tarefa, serão consideradas as quatro razões enumeradas por MENDES que justificam a colegialidade.³⁴ Os quatro argumentos em prol da colegialidade desenvolvidos a seguir não dependem da forma de atuação da corte (se redundante-agregativa ou colegial-deliberativa). São eles: (i) a despersonalização; (ii) a contenção do arbítrio individual; (iii) a abertura a várias vozes e ao desacordo; e (iv) o reforço das chances de acerto.

2.2.1. Despersonalização.

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.

MENDES alerta, todavia, que a esperada despersonalização gerada pela colegialidade pode ser ilusória. Se, por um lado, a decisão monocrática personifica porque associada a um julgador específico, ela despersonaliza porque produz uma decisão singular coesa, gerada por um membro do Poder Judiciário. Por outro lado, se o órgão colegiado despersonaliza porque envolve mais de um julgador e, assim, dilui a associação da decisão a um membro específico, ela personifica na medida em que pode gerar uma decisão assistemática decorrente da agregação de votos individuais

³⁴ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 63-65.

(em vez de uma decisão unitária), no caso de decisões *seriatim*.³⁵ Nesta hipótese, o autor da opinião individual é personificado.³⁶

A despersonalização pode ser apontada ainda como um reforço do caráter da impessoalidade, da independência e da imparcialidade dos membros julgadores do órgão colegiado.

A impessoalidade, não é preciso dizer muito, reforça-se pelo fato já mencionado de que a decisão colegiada não gera a associação do resultado do julgamento a nenhum dos membros julgadores. Isto é, a conclusão tomada pelo Tribunal é alcançada a partir de um órgão colegiado e não de um juiz singular específico.

A independência, aliada à impessoalidade, é fortalecida pela diluição da responsabilidade da decisão, que não é colocada nas mãos de uma única pessoa, mas de uma entidade coletiva do Tribunal. Com isso, segundo SOKAL, dois riscos em especial são mitigados.³⁷

Em primeiro lugar, diminui-se o risco de que pressões externas sejam exercidas sobre o julgador único. Ou seja, ao atuar enquanto entidade coletiva, o órgão colegiado está (ou ao menos deveria estar) menos suscetível a influências não jurídicas. É que, além de envolver mais pessoas, o julgamento colegiado permite que a pressão exercida sobre um dos juízes seja abrandada no agir coletivo. Os demais partícipes, cada qual com a sua voz, podem confrontar o entendimento gerado da influência externa. É também para evitar a possibilidade de pressões externas que a

³⁵ O modelo "*seriatim*", adotado como regra nos Tribunais brasileiros, entrega um agregado ou a soma das posições individuais dos julgadores do órgão colegiado, apresentadas "em série". Como contraponto a este modelo, o modelo "*per curiam*" (do latim, "pela corte") exprime o resultado do julgamento como "opinião da corte" ("*the opinion of the court*"), por meio de um voto único.

³⁶ É o que acontece, de forma geral, no Brasil, em que se busca detectar, por meio das declarações de voto, o entendimento de cada membro do Tribunal. Ao se distribuir um recurso ou uma ação originária a um Desembargador de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional ou a um Ministro das Cortes Superiores, é comum se buscar na jurisprudência a orientação adotada pelo Relator e pelos demais membros da respectiva Turma ou Câmara. Apesar da formação colegiada, é possível extrair o entendimento de cada membro julgador, o que denota, com bastante evidência, o personalismo das decisões dos nossos Tribunais. (OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. *Revista de Sociologia e Política (UFPR. Impresso)*, v. 20, p. 139-153, 2012).

³⁷ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 98.

Constituição Federal elenca, em seu artigo 95, as garantias da vitaliciedade, na inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio aos magistrados.

Em segundo lugar, a independência dos membros julgadores se robustece pela menor exposição a que está submetido. Em outras palavras, o fato de a decisão ter sido formada a partir da análise colegiada da questão dificulta a atribuição do mérito ou demérito do resultado a uma única pessoa.³⁸

Por fim, em conjunto com a impessoalidade e com a independência, a colegialidade fortifica, ao final, a imparcialidade dos seus membros julgadores. O julgador imparcial é aquele que se mantém desinteressado (no sentido puro) da pretensão em julgamento e quanto às partes da causa.³⁹ É por essa razão que o Código de Processo Civil lista, nos artigos 144 e 145, as hipóteses de impedimento e de suspeição do juiz: manter íntegra a imparcialidade da jurisdição.

Com efeito, tamanha a importância de tais predicados, é importante observar que a independência e a imparcialidade dos Tribunais são garantias trazidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.⁴⁰

³⁸ A mesma crítica feita linhas antes, a respeito do personalismo das decisões judiciais no Brasil, se repete aqui. O modelo “*seriatim*” de decisões judiciais torna muito claro o entendimento individual de cada membro do órgão colegiado. Assim, ainda que a colegialidade tenda a diminuir o risco de exposição dos juízes, o personalismo nos nossos Tribunais acaba por dissipá-lo. É que, com facilidade, é possível direcionar críticas ao entendimento de cada um dos juízes, ainda que a decisão tenha sido tomada por entidades coletivas. Especialmente em tempos de ampla publicidade dos julgamentos, com a transmissão ao vivo das sessões.

³⁹ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 97.

⁴⁰ **Convenção Americana de Direitos Humanos:** “Artigo 8 – Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. “Artigo 6º - Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

Interessante notar, ainda, as ponderações de COHENDET a respeito da relação entre a colegialidade e a imparcialidade do Poder Judiciário no Direito Francês. Lá, ainda vige o julgamento colegiado em primeira instância, embora a legislação francesa já tenha sido alterada para admitir o julgamento monocrático em determinadas discussões. De toda forma, a colegialidade tem ainda mais força que em outros países, onde se limitam aos Tribunais de segunda instância e aos Tribunais superiores.

O questionamento de COHENDET se apresenta à luz de reformas promovidas na legislação francesa, que, segundo a autora, ameaçam o princípio da colegialidade. A criação da previsão de julgamento por juiz singular em certas jurisdições judiciais em 1975 “gerou a ira no Conselho Constitucional e a reação enérgica da doutrina”. Mas, segundo ela, houve, àquele tempo, resignação. Em 1995, com mais uma extensão do juízo monocrático no âmbito judicial e com sua chegada à jurisdição administrativa, “o silêncio foi quase ensurdecador”, para utilizar de suas palavras. No início da década de 2000 – e esta é a razão que a levou a discorrer a respeito da matéria –, noticiou-se, não oficialmente, a intenção do Governo de fixar uma lista de situações que seriam analisadas por um juiz único.⁴¹ No seu entender, caso aprovada a proposta, cerca de 85 a 90% das decisões de tribunais administrativos seriam proferidas por juízes singulares, de forma que o juiz único seria a regra e a colegialidade seria a exceção em primeira instância.

O clamor gerado pelos advogados teria, ao menos àquela época, esfriado as discussões. Permaneceu, no entanto, a preocupação de que previsão semelhante fosse inserida na legislação francesa.⁴² De um lado, a manifestação da autora se volta para

⁴¹ De acordo com a autora, o juízo monocrático seria estendido para demandas que discutem direito de estrangeiros, direitos trabalhistas, direitos habitacionais, direitos dos deficientes, direitos dos estudantes do ensino primário e secundário; ou, segundo ela, o contencioso de massa e as pequenas causas.

⁴² PERROT observa que a colegialidade também tem gerado críticos na França: “*Alguns chegam a pensar que um colégio de três juízes é uma ‘Justiça de luxo’ que podia convir no século passado, mas em nossos dias já não pode corresponder aos imperativos de uma Justiça moderna.*” Porém, o mesmo autor registra que as críticas ainda não representam a opinião da maioria dos juristas franceses: “*Entretanto, os juristas franceses, no conjunto, permanecem muito apegados à colegialidade, considerada por eles como garantia de boa justiça. E não sem razão: a deliberação entre três juízes enriquece a reflexão, e a colegialidade, sobretudo, melhor preserva a independência de espírito de cada juiz, graças ao anonimato que permite a cada um deles tomar sua decisão sem ficar exposto ao rancor de determinados litigantes: em nossos países latinos, onde os espíritos são prontos na crítica, esse aspecto está longe de ser despreciado.*” (PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo*, n. 91, São Paulo: RT, 1998, p. 206).

saber se o princípio da colegialidade deve ser objeto de proteção em nível constitucional, para, em seguida, perquirir quais devem ser os limites da restrição à colegialidade de forma a se manter a independência da justiça.

COHENDET, no cenário da tradição democrática francesa, defende que a colegialidade é corolário necessário à independência e à imparcialidade da justiça, as quais são, a seu turno, princípios de valores constitucionais.⁴³ Isso porque, apenas com a independência e com a imparcialidade do Judiciário, concretiza-se a separação entre os poderes, a liberdade política e, conseqüentemente, o Estado de Direito.⁴⁴

Além do argumento voltado para a independência e imparcialidade do Poder Judiciário, COHENDET ainda destaca duas outras características da colegialidade: o incentivo à moderação⁴⁵ (que será tratado no tópico seguinte, a respeito da contenção do arbítrio individual) e a correlação entre a discussão de vários pontos de vista e a qualidade da decisão final⁴⁶ (também tratada adiante, de forma individualizada, em relação à abertura a várias vozes e ao desacordo e ao reforço das chances de acerto).

Embora se perceba que a colegialidade está mais presente no Direito Francês do que no nosso, as razões sustentadas por COHENDET pela defesa da colegialidade podem ser todas defendidas no Direito Brasileiro. É que também aqui, como visto acima, há fundamento para se relacionar a colegialidade à independência e à imparcialidade do Poder Judiciário, uma vez previsto, na Constituição brasileira, a separação dos poderes, as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio aos magistrados e, como fundamento de ambos, o Estado Democrático de Direito.

2.2.2. A contenção do arbítrio individual.

Se, de um lado, a colegialidade atua como um reforço da despersonalização, endossando a impessoalidade, a independência e a imparcialidade do julgador, de

⁴³ COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?. *Revue française de droit constitutionnel*, v.4, n. 68, 2006, p. 718.

⁴⁴ COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?. *Revue française de droit constitutionnel*, v.4, n. 68, 2006, p. 720.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 721

⁴⁶ *Ibid.*, p. 721.

outro, ela funciona também como um modelo de contenção do arbítrio individual. Enquanto, em razão da despersonalização, retira-se o peso da responsabilidade da tomada de decisão das costas de um juiz monocrático, ao mesmo tempo, por conta da contenção do arbítrio individual, evita-se a concentração de muito poder nas mãos de uma só pessoa.⁴⁷

Esse argumento, ao invés de proteger o magistrado membro do colegiado, tutela o jurisdicionado e o conteúdo da prestação jurisdicional⁴⁸. 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*”⁴⁹; 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 discussão.

Com efeito, muito se discute acerca da posição política e ideológica dos juízes nos julgamentos colegiados.⁵² Essa é uma preocupação, em especial, dos norte-americanos, em razão da forma de ingresso na magistratura, já que, naquele país, os juízes, mesmo dos Tribunais inferiores, são nomeados pelo Presidente.

Como consequência, muitos autores se debruçam sobre o efeito da colegialidade nesse contexto.⁵³ KIM, por exemplo, rechaça a ideia de que os juízes

⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 63.

⁴⁸ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 101.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 103.

⁵⁰ COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: um príncipe en voie de disparition?. *Revue française de droit constitutionnel*, v.4, n. 68, 2006, p. 721.

⁵¹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 131.

⁵² Citem-se: CROSS, Frank B. Collegial ideology in the courts. *Northwestern University Law Review*. V. 103, n. 3, 2009, p. 1399-1426; CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistle blowing on the federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 7, 1998, p. 2155-2176; EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003. P. 1639-1690; EDWARDS, Harry T. Race and the judiciary. *Yale Law & Policy Review*. V. 20, n. 2, 2002, p. 325-330; QUINN, Kevin. M. The academic study of decision making on multimember courts. *California Law Review*. V. 100, 2012, p.1493-1501. SUSTEIN, Cass R. [et al]. Ideological voting on federal Courts of Appeal: a preliminary investigation. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 198*, 2003.

⁵³ COX, Adam B.; MILES, Thomas J. Judging the Voting Rights Act. *Columbia Law Review*. V. 108, n. 1, 2008, p. 1-54; QUINN, Kevin. M. The academic study of decision making on multimember courts. *California Law Review*. V. 100, 2012, p.1493-1501; SUSTEIN, Cass R. [et al]. Ideological voting on federal Courts of Appeal: a preliminary investigation. *John M. Olin Program in Law and Economics*

votariam simplesmente de acordo com o seu entendimento pessoal, de modo que a colegialidade refletiria a mera agregação dos votos pela regra da maioria. Ao contrário: para a autora, os juízes não votam da mesma forma independentemente da composição do órgão colegiado, pois parecem ser influenciados pelas preferências dos outros julgadores com quem atuam. É o que ela – e outros autores – chamam de “*panel effects*”. A definição de “*panel effects*” de SUSTEIN é esclarecedora:⁵⁴

Human beings are often influenced by other human beings, particularly those with whom they frequently interact. When like-minded people get together, they often go to extremes. And sometimes people suppress their private views and conform to the apparent views of others. Drawing on the findings, we might speculate that federal appellate judges are subject to ‘panel effects’ – that the votes of individual judges are affected by the votes of other judges on the panel. On a three-judge panel, a judge’s likely vote might well be affected by other two judges assigned to the same panel. In particular, we might ask: ‘Does a judge vote differently depending on whether she is sitting with no judge, one judge, or two judges appointed by a president of the same political party?’.

Os efeitos da composição do órgão julgador foram objeto de um estudo de Richard Revesz (“*Environmental regulation, ideology and the D.C Circuit*”).⁵⁵ O autor percebeu que, na Corte do Distrito de Columbia, em casos que envolviam questionamento das regras da Agência de Proteção Ambiental (“*Environmental Protection Agency*”), um juiz “democrata” (isto é, indicado por um Presidente democrata) numa turma com outros dois juízes “republicanos” (ou seja, indicado por um Presidente republicano) votava de forma mais conservadora que um juiz “republicano” numa turma com outros dois juízes “democratas”. Sua conclusão foi no sentido de que “*while individual ideology and panel composition both have important effects on a*

Working Paper n. 198, 2003. COLLINS, Todd. Is the sum greater than its parts? Circuit court composition and judicial behavior in the Courts of Appeals. *Law & Policy*. V. 32, n. 4, 2010, p.434-453.

⁵⁴ SUSTEIN, Cass R. [et al]. *Are judges political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 07. Tradução livre: “*Seres humanos são frequentemente influenciados por outros seres humanos, particularmente aqueles com quem interagem com frequência. Quando pessoas de mentalidade semelhante se reúnem, muitas vezes elas vão para os extremos. E, às vezes, as pessoas suprimem suas visões privadas e se adequam às visões aparentes dos outros. Com base nessas descobertas, podemos especular que os juízes de cortes de apelação são afetados pelos votos de outros juízes no painel. Em um painel de três juízes, o voto provável de um juiz pode ser afetado por outros dois juízes atribuídos ao mesmo painel. Em particular, podemos perguntar ‘um juiz vota de forma diferente a depender se ele está julgando com nenhum, com um ou com dois juízes indicados por um presidente do mesmo partido?’.*”

⁵⁵ QUINN, Kevin. M. The academic study of decision making on multimember courts. *California Law Review*. V. 100, 2012, p. 1498.

judge's vote, the ideology of one's colleagues is a better predictor of one's vote than one's own ideology".

Frank Cross e Emerson Tiller, em "*Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*", chegaram a conclusões empíricas semelhantes. Em seus estudos de julgados da *D.C. Circuit Court of Appeal*, perceberam que colegiados controlados por juízes "republicanos" tendiam a confirmar decisões mais conservadoras, enquanto aqueles controlados por juízes "democratas" votaram em sentido mais liberal.⁵⁶ Todavia, os autores observam que, estando presente, um juiz "minoritário" atua como moderador, ou "delator" ("*whistleblower*") de decisões tomadas com cunho partidário.

Em nosso sistema jurídico, a preocupação com a inclinação partidária é bastante reduzida nos Tribunais Estaduais e Regionais, uma vez que, como regra, o acesso é feito por antiguidade e merecimento (art. 93, III, da Constituição de 1988). A exceção está contida no art. 94 da Constituição, que prevê que um quinto dos lugares dos Tribunais será composto por membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira e advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional. A escolha, nesse caso, compete ao Poder Executivo, após indicação em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes e formação de lista tríplice pelos respectivos Tribunais. Somente nessa hipótese se poderia discutir, com maior clareza, eventual influência partidária dos escolhidos.

Por sua vez, a nomeação dos Ministros para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça compete ao Presidente da República, que deve escolher entre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (arts. 101 e 104 da Constituição).

É nesse contexto que surge o estudo de Fabiana Luci de Oliveira a respeito de como o STF decide seus casos. Partindo da análise empírica de 1.277 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) julgadas pelo Supremo entre 1999 e 2006, OLIVEIRA

⁵⁶ Ibid., p. 1498.

sustenta que, “em geral, o STF atua a partir da formação de blocos e redes de votação”. Sua hipótese é a de que “os agrupamentos dão-se de acordo com a nomeação presidencial, ou seja, ministros nomeados por um mesmo Presidente da República são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir seus votos”⁵⁷.

Durante esse período (1999-2006), a Suprema Corte contou com Ministros indicados pelos presidentes do período militar, por José Sarney, por Fernando Collor/Itamar Franco, por Fernando Henrique Cardoso e por Luis Inácio Lula da Silva, que compuseram os cinco blocos de estudo da autora. Ao analisar o julgamento das ADIs do período, a conclusão alcançada foi a de que houve maior coesão nos blocos de Ministros nomeados por Fernando Henrique (96% de coesão) e pelos presidentes do período militar (93%), seguidos pelas nomeações de José Sarney e de Lula (84% de coesão).⁵⁸ O bloco de nomeações de Collor e Itamar possuía apenas 68% de coesão, devido ao comportamento do Ministro Marco Aurélio – campeão de votos vencidos, segundo OLIVEIRA: “em mais de 70% das decisões majoritárias de que participou, ele ficou na posição vencida; em 55% das decisões em que ficou como voto vencido ele votou sozinho, sem a adesão de nenhum outro membro do Tribunal”⁵⁹.

Enfim, a composição do órgão colegiado tem nítida influência no resultado de julgamento, de modo que a colegialidade funciona como meio propício à contenção do arbítrio individual. Os exemplos de cunho partidário trazidos nos parágrafos anteriores servem apenas para explicitar uma das possibilidades de arbitrariedade pelos magistrados, que não se restringe, por certo, apenas a essa situação, mas se estendem para outros ramos, como a religião.

2.2.3. A abertura a várias vozes e ao desacordo.

⁵⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*. V. 20, n. 44, 2012, p. 139.

⁵⁸ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*. V. 20, n. 44, 2012, p. 151.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 148. OLIVEIRA destaca, porém, que são três as condições para que o Presidente exerça influência no direcionamento das decisões da corte: (i) o Presidente deve ter a oportunidade de nomear um ou mais juízes; (ii) quando um Presidente nomeia vários juízes, estes devem votar de modo igual entre si em ações decididas de maneira não unânime; e (iii) a coesão deve corresponder ainda às preferências políticas do Presidente.

Outro argumento que justifica a colegialidade é a abertura a várias vozes e ao desacordo. Cuida-se de conteúdo de natureza simbólica: o reconhecimento de que o conceito de Direito (ou a interpretação do Direito) é algo que, por sua complexidade, deve estar aberto à argumentação e à divergência. Nesse sentido, um órgão colegiado – mais do que o juízo monocrático – expressa, com mais precisão, o caráter argumentativo do Direito.⁶⁰

A noção acima se reforça no contexto de constitucionalização do Direito, caracterizado por um efeito expansivo das normas constitucionais que se irradiam, com força normativa, por todo o sistema jurídico.⁶¹

Com efeito, o fim da Segunda Guerra Mundial coincidiu com a reconstitucionalização da Europa e marcou a inauguração de um novo Direito Constitucional. O positivismo, cuja ascensão remonta ao final do século XIX, igualou o Direito à lei e se afastou da filosofia e de debates sobre legitimidade ou justiça. O seu fracasso é relacionado com a queda do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. O fim da guerra e as barbáries cometidas naquele tempo promoveram o retorno dos valores para o Direito. Foi justamente nesse período que o positivismo jurídico fracassou enquanto filosofia dominante e abriu espaço para um novo marco filosófico: o pós-positivismo.

O pós-positivismo situa-se na confluência do jusnaturalismo e do positivismo: “*busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas*”.⁶²

Esse novo paradigma expôs três transformações: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, (ii) a expansão da jurisdição constitucional, resultado do modelo de supremacia da Constituição; e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A lei, pois, passa a encontrar limites e

⁶⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 64.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, número 9, mar/abr/mai, 2007, p. 14. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em 29 de novembro de 2016.

⁶² *Ibid.*

contornos no próprio texto constitucional e a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição.⁶³

O Poder Judiciário assume, neste momento, duas tarefas: além de exercer o controle de constitucionalidade, ele condiciona a interpretação de todas as normas jurídicas do ordenamento tendo por base as normas constitucionais.

No Brasil, o marco do novo Direito Constitucional foi a Constituição de 1988, carta política responsável pela passagem do Estado brasileiro de um regime autoritário para o modelo de Estado Democrático de Direito.⁶⁴ A Constituição de 1988 passou a ser o centro do sistema jurídico e a ensejar a reinterpretção dos institutos vigentes sob uma ótica constitucional.⁶⁵ A promulgação, no Brasil, de uma Constituição com “textura aberta” e normas programáticas⁶⁶ e a existência de leis que contêm conteúdos jurídicos indeterminados, endossam o caráter argumentativo do Direito e a necessidade de se instigar o debate e se fazer ouvir entendimentos contrários.

Nessa ordem de ideias, desse elemento se extrai também a importância que a composição dos órgãos colegiados seja marcada pela diversidade, refletindo o pluralismo encontrado na sociedade.⁶⁷ A relevância desse quadro está no fato de que a diversidade e o pluralismo na composição amplificam a possibilidade de que novos enfoques surjam para a compreensão completa da controvérsia em julgamento.

A propósito, CARDOZO faz ponderações sobre o resultado do “atrito” de diferenças individuais:⁶⁸

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

⁶⁴ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010, p. 15.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, número 9, mar/abr/mai, 2007, p. 27. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em 29 de novembro de 2016.

⁶⁶ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

⁶⁷ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 107.

⁶⁸ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 131.

Podemos nos perguntar às vezes como é que, desse jogo de forças individualistas, pode surgir algo coerente, algo que não seja o caos e o vazio. É nesses momentos que exageramos os elementos da diferença. No fim, emerge algo que tem uma forma, verdade e ordem compostas. Já se disse que ‘a história, como matemática, é obrigada a admitir que excentricidades mais ou menos se equilibram, para que algo permaneça no final’. O mesmo se aplica ao trabalho dos tribunais. As excentricidades dos juízes se equilibram. Um juiz examina os problemas do ponto de vista da história; outro, do ponto de vista da filosofia; um terceiro, do ponto de vista da utilidade social; um é formalista; outro, tolerante; um tem medo de mudanças; outro está insatisfeito com o presente. Do atrito entre diversas mentes cria-se algo que tem uma constância, uma uniformidade, um valor médio maiores que seus elementos componentes.

Ao comentar as considerações de Cardozo, EDWARDS diz não concordar apenas com o fato de que o “atrito” entre as diversas mentes cria um valor médio maior que os próprios julgadores; em sua opinião, o processo pelo qual os juízes alcançam este resultado não é o atrito, mas, sim, a colegialidade.⁶⁹

De mais a mais, a abertura a várias vozes e ao desacordo ainda proporciona a concretização do princípio constitucional do contraditório, enquanto garantia de participação influente das partes na elaboração do provimento judicial⁷⁰.

Com efeito, o conceito de contraditório apto a justificar democraticamente o exercício da jurisdição⁷¹ exige a compreensão da teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, capitaneada pelo jurista italiano Elio Fazzalari e desenvolvida, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves.

Essa teoria surgiu como superação da teoria do processo como relação jurídica. Com efeito, o modelo clássico de relação jurídica (de direito material) se baseia na ideia de “*um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico*”⁷². Vale anotar, como o fez GONÇALVES, que, nem mesmo para o direito material, pode-se conceber a possibilidade de um sujeito impor a uma conduta a outro sujeito:⁷³

⁶⁹ EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003, p. 1639.

⁷⁰ FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48.

⁷¹ *Ibid.* p. 48

⁷² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 73 e 74.

⁷³ *Ibid.*, p. 92, 93 e 98.

O único ato imperativo que pode incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa é o ato administrativo do Estado, proferido segundo um procedimento regulado pelo Direito, que disciplina o próprio exercício do poder, manifeste-se ele no cumprimento de qualquer das funções do Estado, legislativa, administrativa ou jurisdicional. (...)

É a força imperativa de uma vontade particular sobre o ato de outrem que se contesta. É por isso que a função jurisdicional é dita substitutiva. Por ela, a atividade do Estado se substitui à atividade do particular, quando um direito deve ser garantido, ou quando sua própria existência, perante o ato de outrem (ação ou omissão), deve ser apreciada e declarada. A atividade do Estado se substitui à do particular quando um dever deve ser coativamente exigido e uma medida reparatória deve ser aplicada. O ato imperativo do Estado, o provimento, pode reparar direitos lesados, mas nenhum particular tem poder para, através do predomínio de sua vontade, vincular outro sujeito.

Na linha de raciocínio do exposto acima, “*ao admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada*”⁷⁴.

Para superar a teoria da relação jurídica, GONÇALVES toma por base a distinção entre procedimento e processo assentada por Fazzalari. O procedimento é seqüência de normas, atos e de posições subjetivas como atividade preparatória de provimentos – atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional.⁷⁵ O processo, por sua vez, se caracteriza como “espécie” do “gênero” procedimento. E o que o torna especial é a presença do contraditório: a participação dos “interessados” na atividade de preparação do provimento. Os interessados, a seu turno, são aqueles em cuja esfera particular o ato produz efeitos.⁷⁶

Nesse sentido, o processo é o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, sendo que a essência do contraditório é justamente a simétrica paridade da participação.⁷⁷ Isto é, o contraditório exige mais do que a audiência das partes; é, na verdade, a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes.

⁷⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 97.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 111 e 112.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 115.

Além de garantir o contraditório em sua dimensão formal (ou estática)⁷⁸ – o direito de audiência, de ouvir e de ser ouvido, tudo isso em simétrica paridade de armas –, ele deve ser assegurado em sua dimensão material (ou dinâmica).⁷⁹ Trata-se das prerrogativas de influência (direito de influir) e de controle das partes por ocasião da construção do conteúdo da decisão judicial.⁸⁰

Nessa linha de raciocínio, THEODORO JÚNIOR e NUNES observam que o contraditório, enquanto elemento normativo estrutural da comparticipação entre juízes e partes (e seus advogados), assegura a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado a possibilidade de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.⁸¹

Tem-se, pois, que o contraditório entre as partes não exclui a participação do juiz; a sua participação atenta no processo exige que o magistrado se atenha a este princípio, adote as providências necessárias para assegurá-lo e para observá-lo, ele mesmo.⁸² E mais: o julgador deve levar em consideração a atividade dos destinatários do provimento; o papel do juiz lhe impõe “*o diálogo entre as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual e não pode meio de um exercício solitário do poder*”.⁸³

É nesse sentido que o confronto de diferentes pontos de vista – base do princípio do contraditório –, não apenas dos destinatários do provimento, mas também

⁷⁸ FRANCO assim conceitua: “A dimensão estática [formal] do contraditório resume-se a possibilitar aos destinatários do provimento a oportunidade de manifestação nos autos e de formulação das alegações e provas lícitas que julgarem pertinentes, com a respectiva oportunidade de reação. O contraditório, assim entendido, relaciona-se ao direito de defesa, por assegurar ‘às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo para a tutela de seus direitos e interesses’. (...) com base na teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, (...) a participação das partes no processo é qualificada pela nota da ‘igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo’.” (FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 56).

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, V. 2, 2010, p. 70.

⁸⁰ FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 57.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, V. 28, 2009, p. 190.

⁸² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 123.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibid.*, p. 71.

dos próprios julgadores, instiga a reflexão coletiva e permite uma construção mais sólida do resultado alcançado.⁸⁴

É importante que se diga, ainda em relação à abertura às várias vozes, que, embora, num primeiro momento, a estrutura colegiada dos Tribunais requereria a tomada de decisão consensual, a existência de votos concorrentes e divergentes não é com ela incompatível. KORNHAUSER E SAGER observam, nessa linha de raciocínio, que a divergência promove e melhora a deliberação, justamente porque os argumentos de um lado do desacordo são testados pelas alegações contrárias e demandam atenção e resposta.⁸⁵ EDWARDS, apesar de sustentar que as divergências em órgãos colegiados tendem a ocorrer quando não há deliberação entre os membros, defende que o desacordo melhora e refina as opiniões da Corte.⁸⁶

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

No entanto, a impessoalidade não mina (e nem poderia fazê-lo) o direito à divergência. Mesmo que a despersonalização pretenda reforçar a entidade do Tribunal enquanto órgão julgador, afastando a pessoalidade do resultado final, a decisão tomada pelo órgão colegiado pode (e deve) retratar eventuais divergências havidas entre os membros julgadores.

Em segundo lugar, a abertura a várias vozes e ao desacordo fortalece a contenção ao arbítrio individual. É que, sem ela, não haveria espaço para o temperamento de posições extremas e para a construção da melhor decisão. Com efeito, não fosse a possibilidade de desacordo, a própria independência do julgador estaria comprometida.

⁸⁴ COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?. *Revue française de droit constitutionnel*, v.4, n. 68, 2006, p. 721.

⁸⁵ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993, p. 9.

⁸⁶ EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003, p. 1646.

Todos os argumentos, a bem da verdade, merecem balanceamento. Uma forte tendência à despersonalização leva ao enfraquecimento da contenção do arbítrio individual e da abertura a várias vozes e ao desacordo e vice-versa. Por isso, deverá haver sempre a busca por equilíbrio. Exemplo disso é o balanceamento entre os modelos “*seriatim*” e “*per curiam*”,⁸⁷ no sentido de que o órgão julgador deva buscar sempre a conciliação de um entendimento comum entre os seus membros, que retrate a opinião da Corte, respeitado, porém, o direito à divergência.

2.2.4. O reforço das chances de acerto.

Finalmente, o quarto argumento em defesa da colegialidade se relaciona com o resultado do julgamento. Significa dizer, por todo o exposto nos tópicos anteriores, que a colegialidade representa, ao fim, um reforço das chances de acerto do resultado final.

Por certo, a estrutura institucional dos Tribunais no formato colegiado não tem como objetivo dar maior eficiência ao Poder Judiciário, já que “*o mesmo número de juízes poderia decidir os recursos de forma mais rápida do que julgamento com outros dois colegas*”.⁸⁸ Todavia, aumentar o número de juízes na tomada de decisões aumenta a possibilidade de que o resultado seja uma melhor decisão.⁸⁹ Para CAMINKER, o modelo colegiado melhora a precisão da tomada de decisão, na medida em que instiga o diálogo, a difusão de novas ideias, a consideração atenta das críticas e a percepção de que o resultado do julgamento é coletivo e não individual.⁹⁰

⁸⁷ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 64.

⁸⁸ KIM, Pauline T. Deliberation and strategy on the United States Courts of Appeal: an empirical exploration of panel effects. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 157, 2009, p. 1321. Texto original: “*As a matter of institutional design, why are federal appellate courts structured in this way? Certainly is not for the sake of efficiency, as the same number of judges sitting alone could decide appeals more quickly than when sitting with two of their colleagues.*”

⁸⁹ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, 1986, p. 82. EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003, p. 1641.

⁹⁰ CAMINKER. Evan H. Sincere and strategic voting norms on multimember courts. *Michigan Law Review*. Vol. 97, 1999, p. 2372-2373.

Com efeito, ao se tratar da colegialidade, não se pode perder de vista que os julgadores, nessa situação, devem possuir um interesse comum, enquanto membros do Poder Judiciário, de obter o que é certo de acordo com a lei.⁹¹ Aliás, se a colegialidade é inerente à tradição jurídica, é porque, de forma geral, entende-se que a solução mais justa será mais bem garantida se a decisão for construída por um órgão colegiado do que por um juiz singular. É por meio da deliberação, do pensamento coletivo, pelo confronto de pontos de vista opostos que melhores resultados serão alcançados.⁹²

2.3. Conclusões parciais: uma revisitação à colegialidade.

Como visto, as entidades coletivas, quanto à forma de interação dos membros, possuem quatro classificações – distributivo, de equipe, redundante e colegial. Os Tribunais, em sua forma colegiada, podem se enquadrar no modelo redundante ou colegial.

No entanto, a exposição dos quatro elementos da colegialidade tratados ao longo deste capítulo – despersonalização, contenção do arbítrio individual, abertura a várias vozes e ao desacordo e reforço das chances de acerto – reforça o caráter colegial (ou deliberativo) que deve guiar os trabalhos nos Tribunais.

É que o sentido da estrutura colegiada dos Tribunais, pautados pelas mencionadas características, deve promover a interação dos seus variados membros para, a partir da construção conjunta da decisão, potencializar o melhor resultado. Nesse linha de raciocínio, o ambiente deliberativo deve afastar a ideia de mera contagem agregativa – redundante – de votos individuais dos julgadores.

A conclusão alcançada no parágrafo anterior, no sentido de que o modelo próprio da colegialidade dos Tribunais é o colegial ou deliberativo, faz surgir a necessidade de se compreender o fenômeno deliberativo, sua base filosófica no campo

⁹¹ EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003, p. 1645.

⁹² COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?. *Revue française de droit constitutionnel*, v.4, n. 68, 2006, p. 721; GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ*, v. V, 2010, p. 36.

da política e sua compatibilidade no âmbito do Poder Judiciário. É o que se trata no capítulo seguinte.

3. A DELIBERAÇÃO

3.1. A deliberação na teoria política da Democracia Deliberativa.

A deliberação tem sido considerada, para a teoria política democrática, um valioso componente da tomada de decisões coletivas.⁹³ A introdução desse elemento na teoria política contrasta com a teoria da democracia agregativa.⁹⁴ Nesta, as preferências dos cidadãos e dos seus representantes são aceitas como são dadas, independentemente de qualquer justificativa. A decisão, nessa linha de raciocínio, é alcançada pela mera tomada da maioria ou pelo filtro do custo-benefício (utilitarista).⁹⁵

A maior crítica à teoria agregativa é considerá-la inadequada para a tarefa de produzir normas aplicáveis a toda a sociedade a partir apenas do mecanismo eleitoral.⁹⁶

⁹³ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 14.

⁹⁴ A propósito, KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Aggregation and deliberation: on the possibility of democratic legitimacy. *Political Theory*, v. 22, 1994, p. 277-296; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 17-78.

⁹⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Ibid.*, p. 30/31.

⁹⁶ KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. *Ibid.* p. 277. O seguinte trecho demonstra as críticas ao mecanismo exclusivo do voto:

“According to William Riker, social choice theory highlights two sorts of difficulty with voting: instability and ambiguity. Voting is unstable because, under certain conditions to which we return below, all known aggregation mechanisms can generate cyclical or intransitive social orderings. Because of this indeterminacy, electoral outcomes are subject to manipulation via strategic voting or agenda control. And in any particular case it is typically impossible to know whether or not a decision is the product of such manipulation.

Voting is ambiguous because electoral outcomes are, at least in part, artifacts of the process by which votes are counted. Starting from the same initial profile of individual preferences, different methods of aggregation – different methods of counting votes – yield different, sometimes dramatically different, social outcomes. Moreover, Riker argues that because each sort of aggregation mechanism violates one or another common criterion of fairness or consistency, no independent, external standard exists for discriminating between methods of vote counting. In particular, there is no way to determine which voting method most accurately represents the popular or collective will”.

Jeremy Waldron (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1/2), por sua vez, faz duras críticas à ideia de que o majoritarismo, por si só, é inadequado enquanto teoria política:

“Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes do direito respeitáveis. Se essa má fama é ou não merecida por causa das extravagâncias, passadas e presentes, digamos, dos membros da Câmara dos Comuns britânica ou das duas casas do Congresso dos EUA, é uma questão sobre a qual não me pronunciarei. Isso porque o problema que percebo é que nem sequer desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. Mais importante, não possuímos um modelo jurisprudência capaz de compreender

Além disso, a agregação de preferências individuais dissociada de justificativas, além de reforçar as distribuições de poder existentes na sociedade, não permite que os cidadãos questionem os próprios métodos da agregação.⁹⁷

Nesse sentido, a deliberação, como elemento da democracia, consiste (i) na atividade interativa e cooperativa dos participantes (ii) que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, (iii) dispostos a mudá-las, (iv) com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão. Nas palavras de MENDES:⁹⁸

Deliberation features no less than a respectful and inclusive practice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good. Thus, participants of deliberation, before counting votes, are open to transform their preferences in the light of well-articulated and persuasive arguments.

Cada peça desse conceito merece ser mais bem detalhada. A atividade deliberativa pressupõe interação e cooperação. Não se trata de uma atividade isolada.⁹⁹ E não se trata, tampouco, de simplesmente tomar uma decisão em grupo na forma da

normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores em um sistema jurídico.

(...)

Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitorais – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou ‘contramajoritárias’ que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica.”

⁹⁷ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33.

⁹⁸ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 14. Tradução livre: “*Deliberação significa não menos que uma prática respeitosa e inclusiva de raciocínio conjunto enquanto se busca, constantemente, soluções para uma demanda, se forma uma posição a partir da troca de razões na busca, mas não necessariamente no alcance, do consenso sobre o bem comum. Assim, participantes da deliberação, antes da contagem dos votos, estão abertos à alterar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos*”.

⁹⁹ SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, n. 2, 2002, p. 197. “*Deliberation is not an isolated activity. Rather, it is an interactive one involving two or more people. We can be individually reflective but not individually deliberative. (...) As well as being interactive, deliberation is a cooperative activity in the sense of being a common enterprise*”.

classificação redundante de KORNHAUSE E SAGER.¹⁰⁰ Isto é, não basta agregar entendimentos; a deliberação impõe, para se chegar ao resultado, a interação e a troca de informações, na forma do modelo colegial de KORNHAUSER E SAGER.¹⁰¹

É justamente a presença de interação e de cooperação que leva à segunda e à terceira características da deliberação. Por transcender a mera agregação de opiniões, exige-se que os participantes exponham as razões que fundamentam suas preferências, de modo que, a partir do exercício mútuo de justificações, são viabilizados a discussão e o diálogo antes da decisão coletiva ser tomada.¹⁰²

GUTMANN E THOMPSON apontam a exigência de justificação (*reason-giving*) como a primeira e mais importante característica da democracia deliberativa.¹⁰³ Para eles, “*as pessoas não deveriam ser meramente tratadas como objetos da legislação, como sujeitos passivos a serem governados*”. Ao contrário, no seu entender, os administrados devem ser compreendidos “*como agentes autônomos que fazem parte do governo de sua própria sociedade, diretamente ou através de seus representantes*”.¹⁰⁴ Os motivos, portanto, devem ser aceitos pelas pessoas que buscam termos justos de cooperação.

A exposição das razões, porém, não basta. Ela deve ser a faísca para a interação entre os deliberadores. E, nesse sentido, os participantes devem buscar ou

¹⁰⁰ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993, p. 3-5. Como explicado no capítulo anterior, o modelo redundante de coletividade se caracteriza pela independência dos membros, que não atuam de forma colaborativa.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 3-5. O modelo colegial, a seu turno, é aquele em que os membros da colegialidade levam em consideração a opinião dos demais participantes, caracterizando-se, portanto, pela colaboração e pela deliberação da entidade coletiva.

¹⁰² MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 15.

¹⁰³ O conceito de democracia deliberativa de GUTMANN E THOMPSON é o seguinte: “*uma forma de governo na qual os cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam um aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitam uma discussão futura*”. (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 19/20. A exigência de justificação será, oportunamente, relacionada com o dever de fundamentação das decisões judiciais; igualmente, a ideia de que o administrado não deve ser tratado como objeto da legislação, mas como agente atuante, também será confrontado com o contraditório no processo judicial.

ao menos estar dispostos a ouvir e a revisar o ponto de vista inicial.¹⁰⁵ A própria natureza do processo deliberativo significa que os participantes desejam participar de um diálogo em que as razões dadas e as razões contra-argumentadas podem se alterar.¹⁰⁶

A exposição das razões e a disposição para ouvi-las funcionam, também, como compartilhamento de informações.¹⁰⁷ É plausível assumir que, quanto mais bem informados, maiores as chances de que os participantes da deliberação tomem decisões mais acertadas.¹⁰⁸ O compartilhamento de informações, aliás, é parte importante da interação e cooperação entre os membros da deliberação. A tomada de decisão, ainda que individual, deve garantir a oportunidade para que todos os partícipes tenham conhecimento das informações a que outros membros tiveram acesso, além da opinião de cada um.

É por isso que GUTMANN E THOMPSON também elencam, entre as principais características da democracia deliberativa, que os motivos dados no processo deliberativo sejam “*acessíveis a todos os cidadãos aos quais eles são endereçados*”.¹⁰⁹ Eles sustentam que “*a deliberação possui maior chance de êxito à medida que os deliberadores sejam mais bem informados, possuam relativamente as mesmas fontes, e levam a sério as opiniões de seus adversários*”.¹¹⁰

Dispondo de todas as informações, e abertos a visitar o respectivo entendimento, os deliberadores podem, inclusive, chegar a conclusões não alcançadas

¹⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 16. FEREJOHN, Jonh; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, wojciech. *Constitutional justice, east and west*. The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2003, p. 23.

¹⁰⁶ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37.

¹⁰⁷ FEARON, James D. Deliberation as Discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge University Press, 1998, p. 45.

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 561. Veja-se: “*It is plausible to assume that in almost every decisional situation, the better the person is informed, the greater is the likelihood that she will make a wise decision. Even if it is true that the greater the amount of information, the more complex the decision-making process may turn out to be, it is also true that ignoring crucial information may lead, to say the least, to suboptimal decisions*”.

¹⁰⁹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

a partir de reflexões isoladas. A troca de informações e compreensões provoca um recíproco “*enlightenment*”, nas palavras de SILVA:¹¹¹

When problems are complex, individual ideas, even if shared, may not lead to an optimal decision. What is needed is an intense exchange of arguments, a ‘reciprocal enlightenment’, so that new ideas may emerge. Any person who, at any point in her life, had to solve complex problems together with other persons, surely knows the benefits and the creative power of ‘brainstorming’. In purely aggregative voting procedures, there is no room for brainstorming. Only deliberative procedures can foster the creativity for new, collectively constructed solutions.

Ao fim, diante de todas as características anteriores, a atividade deliberativa, por possuir a mesma finalidade (no caso da política, o bem comum), deve buscar o consenso.¹¹² MENDES enumera cinco tipos de consenso: espontâneo, produto de parcerias, pragmático, advindo do compromisso sem princípios e coercivo.¹¹³

O consenso espontâneo é aquele que resulta automaticamente da prática deliberativa. A partir da deliberação, os participantes expõem suas ideias, debatem e naturalmente convencem uns aos outros.¹¹⁴ É o tipo de consenso que se espera de um processo deliberativo puro, fundado na única e exclusiva busca pelo melhor resultado.

Caso o consenso não nasça espontaneamente, há outros métodos intermediários (mas não exatamente puros) que podem construí-lo. Essas estratégias

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 561. Tradução livre: “Quando problemas são complexos, ideias individuais, ainda que compartilhadas, podem não levar a uma decisão ótima. O que é preciso é um intenso intercâmbio de argumentos, um ‘esclarecimento recíproco’, para que novas ideias possam surgir. Qualquer pessoa que, em qualquer ponto de sua vida, teve que resolver um problema complexo com outras pessoas, certamente sabe os benefícios e o poder criativo da tempestade de ideias (brainstorming). No procedimento de mera agregação de votos, não há espaço para a tempestade de ideias. Somente o processo deliberativo pode nutrir a criatividade para o novo, soluções construídas coletivamente”. As considerações de MENDES são no mesmo sentido: “Deliberation would still fuel the ability of the group to come up with solutions not envisioned by any individual alone. It would be, therefore, a (iii) creative-sparkling exercise.” (MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 24). Igualmente, SHAPIRO: “(...) there may sometimes be solutions to conflicts which no party is likely to figure out on her own, but might emanate from collective brainstorming in a context where reason-seeking sets a backdrop of cooperative expectations. (...) Regardless of possible transformative or cathartic effects on preferences, deliberation may throw up ways of dealing with conflicts that otherwise might not come to the fore”. (SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, n. 2, 2002, p. 199).

¹¹² SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, n. 2, 2002, p. 198.

¹¹³ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 26.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 26.

envolvem como elemento necessário o compromisso, que pode ser de três tipos. Um deles é o compromisso como produto de parcerias. Acontece na hipótese em que um participante cede à opinião do colega por não estar seguro do melhor resultado. Diante dessa situação de incerteza, acompanha a ideia de outro participante, a partir de critérios de parceria e confiança.¹¹⁵ Outra possibilidade é o consenso pragmático. Nesta situação, o participante também cede a sua ideia principal, para que haja consenso sobre a sua segunda melhor opção.¹¹⁶ Em vez de manter o dissenso, o participante opta por consentir sobre sua segunda opção, a fim de evitar a indecisão ou mesmo um cenário pior. Em ambos os casos, porém, o compromisso advém de comportamentos baseados na busca pelo bem comum. O terceiro tipo de consenso que depende de certo compromisso, por outro lado, é aquele em que o bem comum não é o objetivo do participante. É o consenso advindo do compromisso sem princípios, fundado na busca do bem privado, por meio da barganha. Ou seja, é o acordo alcançado pela concessão de ideias, baseada em trocas mútuas de interesse.¹¹⁷

Por fim, o quinto tipo de consenso é aquele imposto pela força. Isto é, ocorre no caso em que o consenso não advém de ideias ou compromissos, mas, unicamente, pela coerção de um participante sobre outro.¹¹⁸

É claro que nem todos os tipos de consenso são compatíveis com a deliberação. O consenso coercivo, por exemplo, afasta qualquer tipo de troca de ideias; e, por isso, nem se pode dizer, propriamente, em consenso. Nos casos de compromisso, o consenso produto de parcerias pressupõe a deliberação. É que, apesar de o participante não ter certeza sobre a melhor opção, ele ouviu as razões dos outros membros. O consenso pragmático também comporta a deliberação, uma vez que pressupõe que o participante que cede sua primeira opção saiba as alternativas. Por fim, o consenso advindo do compromisso sem princípios não comporta qualquer tipo de deliberação. Como, neste caso, o participante busca o benefício próprio, não há

¹¹⁵ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 27.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

intercâmbio de ideias que o faça interessar pelo debate a respeito do melhor resultado para o bem comum.

A deliberação, porém, não necessariamente deve alcançar o consenso. Se ela pode ensejar a interação entre os participantes e a disposição de expor e ouvir, essa prática pode revelar diferenças até então não visíveis. Ao fim, pode ampliar o desentendimento em vez de eliminá-lo.¹¹⁹

Por isso que o consenso é um ideal a ser buscado, mas não um fim a qualquer custo. As pessoas podem, apesar da deliberação, não concordarem umas com as outras e não há mal nisso. O propósito da deliberação deve ser possibilitar o conhecimento de todos os argumentos para se chegar ao melhor resultado. Nem sempre, porém, todos concordarão com o mesmo melhor resultado. A divergência, nos casos em que o consenso não é alcançado, deve ser resguardada, até para que o argumento de quem não consinta não seja perdido.¹²⁰

Tendo em vista a possibilidade de divergência, e considerando que toda deliberação deve terminar com uma decisão, a democracia deve se apoiar em outros métodos conclusivos, como o voto.¹²¹ Ou seja, ainda que o processo de decisão final não seja deliberativo, como não o é propriamente o voto, ele deve ter um fim, ainda que essa decisão valha por apenas certo período de tempo.

Feita a exposição da deliberação na teoria política, há de se perquirir se ela tem espaço nos Tribunais. Se não se está diante de controvérsias políticas, mas da aplicação da lei ao caso concreto, seria possível admitir a prática deliberativa na atividade jurisdicional? É o que se pretende responder nos próximos tópicos.

3.2. A deliberação nos Tribunais: as considerações de Conrado Hübner Mendes.

¹¹⁹ SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, n. 2, 2002, p. 198.

¹²⁰ GUTMANN e THOMPSON observam que o processo de tomada de decisão na democracia deliberativa é dinâmico. Significa dizer que a decisão final não é vinculante de forma definitiva (isto é, é provisória) e que se mantém aberta a possibilidade de um diálogo continuado. (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22).

¹²¹ *Ibid.*, p. 35.

MENDES chama de delicada a tarefa de relacionar a aplicação da lei à deliberação e divide, em dois ângulos, a possibilidade de fazê-lo.¹²² A primeira forma seria estabelecer uma relação com o conceito de argumentação jurídica. Para ele, o direito é deliberativo por permitir a ponderação de várias razões para a ação. Ou seja, o direito demanda um engajamento discursivo. A segunda forma, por sua vez, ocorreria por uma relação institucional, tendo em vista que juízes deliberam, uns com os outros, nos julgamentos colegiados. A relação, nesse sentido, corresponde ao conceito de deliberação tratado no tópico anterior, ou seja, a atividade interativa e cooperativa dos juízes na aplicação da lei ao caso concreto.

3.2.1. A deliberação como elemento da argumentação jurídica.

O centro da discussão levantada por MENDES é saber se a deliberação politizaria a aplicação do direito, afastando-a da prática racional, de forma a admitir considerações além do argumento jurídico. Essa questão, para ser respondida, dependeria de estar ancorada em um conceito de direito.

Iniciando sua exposição, MENDES se vale da versão mais pura do positivismo (do juiz *bouche de la loi* ou fonógrafo¹²³) e apresenta a dicotomia entre a elaboração e a aplicação da lei. Aquela, atividade do legislador; esta, do juiz. Dentro dessa lógica, em que a atividade de aplicação do direito se limita à declaração do que a lei afirma, a deliberação seria mais relacionada à política ou à moral, não ao direito; à elaboração da lei, não à sua aplicação. O direito seria, na verdade, anti-deliberativo.¹²⁴ Isso porque, nessa linha de raciocínio, toda a deliberação deve ocorrer no momento anterior à elaboração da legislação. A partir do momento que o resultado da deliberação se torna lei, a lei se torna completa, sem lacunas, de forma a não comportar o debate argumentativo. Essa teoria, porém, é totalmente rechaçada por MENDES, por

¹²² MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 53.

¹²³ MENDES, citando Neumann, explica a teoria do fonógrafo: "(...) the 'phonography theory' of adjudication describes the act of judging as a mere 'act of recognition' of what is 'already contained in the general norm in abstract way'. The judge is in charge of a 'logical subsumption' that connects the major premiss – the law – with the minor premiss – the facts – in order to reach a decision". (Ibid., p. 55).

¹²⁴ Ibid., p. 54.

considerá-la falha ao afirmar inexistir, no direito, espaço para o debate e para a controvérsia.¹²⁵

Para MENDES, Joseph Raz sofisticou a teoria acima ao elaborar a teoria preemptiva.¹²⁶ Pela teoria preemptiva, o direito exclui as razões que serviram de justificativa, durante o debate político, para a elaboração de uma norma jurídica.¹²⁷ Ou seja, as premissas que ampararam a edição da lei não estão mais sujeitas ao questionamento racional. O direito, nessa lógica, alcança a coordenação social justamente por resolver antecipadamente dilemas e por evitar a deliberação no momento da aplicação da lei. A existência de norma jurídica substitui os motivos que originariamente justificaram a sua elaboração. Nesse sentido, não haveria deliberação na aplicação do direito, mas unicamente durante o processo legislativo.

No entanto, mesmo positivistas, como o próprio Raz e como Hebert Hart, reconhecem que, nos casos difíceis, os juízes não possuem discricionariedade para agirem arbitrariamente. A textura aberta da norma ou a sua incompletude atacam o poder criativo dos juízes, que agem nos limites dos sentidos das normas.¹²⁸

Por outro lado, não positivistas, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, relacionam lei e moral de tal forma a rechaçar a separação proposta pelos positivistas.¹²⁹ A noção de integridade, para Dworkin¹³⁰, e da pretensão de correção do direito, para

¹²⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 56.

¹²⁶ “*Since the justification of the binding force of authoritative directives rests on dependent reasons, the reasons on which they depend are (to the extent that the directives are regarded simply as authoritative) replaced rather than added to by those directives. The service conception leads to the pre-emption thesis. Because authorities do not have the right to impose completely independent duties on people, because their directives should reflect dependent reasons which are binding on those people in any case, they have the right to replace people’s own judgment on the merits of the case. Their directives pre-empt the force of at least some of the reasons which otherwise should have guided the actions of those people*” (RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 59.)

¹²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Ibid.*, p. 56.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 58.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹³⁰ “*Dois ideias básicas podem retratar bem as exigências fundamentais da noção de integridade: de um lado, o valor da coerência de modo que deve o jurista tratar de buscar harmonizar o Direito de forma a compreender e ordenar as regras jurídicas particulares de acordo com os princípios que lhes subjazem e que produzem e confirmam a integridade do sistema jurídico; de outro, a necessidade de se buscar, continuamente, um aperfeiçoamento racional desse ordenamento, de modo a exigir do intérprete sempre a melhor, mais racional, mais justa, mais coerente e mais adequada solução jurídica que estiver ao seu alcance*”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 137).

Alexy¹³¹, limita o conteúdo das regras jurídicas, impõe um mínimo de justiça.¹³² Nos casos difíceis, portanto, os juízes precisam buscar os princípios e os valores que fundamentam a racionalidade do sistema jurídico.

De mais a mais, seja para os positivistas, seja para os não positivistas, subsiste o interesse na busca da melhor solução nos casos fáceis ou nos casos difíceis. E justamente porque positivistas e não positivistas concordam com o fato de que a aplicação do direito não pode ser considerada como totalmente certa ou totalmente arbitrária é que, para qualquer conceito de direito que se adote, a lei, por seu caráter argumentativo, admite deliberação, ainda que em graus diferentes. Em resumo, segundo MENDES, a relação entre lei e deliberação existe nessas duas visões:¹³³

¹³¹ “A pretensão de correção atribui ao Direito, portanto, um caráter ideal que desautoriza todos os Positivistas que definem o ordenamento jurídico como mera facticidade ou expressão do poder ou autoridade. Essa dimensão ideal do Direito serve de fundamento para um princípio geral de moralidade que é válido como norma jurídica implícita em todas as Constituições jurídicas. Junto à pretensão de correção reconhece-se, dessa maneira, uma norma pragmaticamente pressuposta que estabelece um dever (ainda que seja um dever-ser ideal) de construir e aplicar corretamente o Direito. Por essa via pode-se justificar o princípio da moralidade como um princípio geral do Direito que é válido para todos os ramos ou setores do ordenamento jurídico e independente de qualquer formulação expressa. Esse princípio, enquanto tal, funciona como um mandado de otimização que, ao mesmo tempo, irradia-se sobre o campo da teoria da argumentação (pois atua como uma metanorma ou regra de argumentação para interpretar e aplicar corretamente o direito positivo) e estabelece um dever jurídico *prima facie* – tendo em vista seu caráter de ‘princípio jurídico’, ou seja, ‘norma que ordena que algo seja realizado na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas’ [Alexy 1997-b:86] – de que as normas e decisões jurídicas em geral sejam moralmente corretas”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 148).

¹³² *Ibid.*, p. 141.

¹³³ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 59-61. Tradução livre: “Em casos difíceis, há deliberação, seja extrajurídica ou não, quando construindo a solução argumentativamente. Em casos fáceis, em que a questão polêmica perde muito da compreensão prática, também pode haver deliberação, todavia permeada por limitadas razões baseadas em regras. Deliberação é razoável quando a decisão não é nem óbvia nem arbitrária. A tomada de decisões jurídicas não tem qualquer dessas qualidades.

(...)

Qualquer que seja o conceito de direito que um teórico adota, assim, deliberação será parte do que o direito é. Não há nada da formalidade do direito que o torna antideliberativo, embora diferentes graus de formalidade implique diferentes graus de deliberatividade do direito.

(...)

Para insistir na questionável divisão entre positivistas e não positivistas, os últimos afirmariam que o direito é inevitavelmente politizado na medida em que o entendemos como a articulação entre princípios políticos profundos; os primeiros sustentariam que o direito pode ser mais ou menos politizado em casos difíceis, quando razões não jurídicas são inevitavelmente levadas em consideração para preencher o espaço de discricção de um modo não arbitrário. Além disso, casos fáceis envolveriam deliberação entre razões estritamente jurídicas, e não há nada de desagradável politicamente nisso”.

In hard cases, there is deliberation, call it extra-legal or not, when constructing a solution argumentatively. In easy cases, where that polemical opposition loses much of its practical grip, there can also be deliberation, however permeated by limiting rule-based reasons. Deliberation is sensible where the decision is neither obvious nor purely arbitrary. Legal decision-making does not have either quality.

(...)

Whichever conception of law a theorist endorses, therefore, deliberation will be part of what the life of law is about. There is nothing in law's formality that makes it anti-deliberative, although different degrees of formality entail diverse grades in law's deliberativeness.

(...)

To insist on that doubtful division between positivists and non-positivists, the latter would assert that law is inevitably politicized inasmuch as we understand it as the articulation of deep political principles; the former would maintain that it may get more or less politicized in hard cases, when non-legal reasons are inescapably taken onboard to fill the space of discretion in a non-arbitrary way. What is more, easy cases may also involve deliberation among strictly rule-based reasons, and there is nothing disagreeably political about that.

3.2.2. A deliberação como atividade interativa e cooperativa dos juízes em julgamentos colegiados.

Ao lado da deliberação como elemento da natureza argumentativa do direito, exposto no tópico anterior, a deliberação também pode ser vista como elemento institucional dos Tribunais. Isto é, a deliberação seria elemento característico da própria forma de estruturação dos Tribunais. Algo ínsito, inseparável da estrutura colegiada dos órgãos julgadores de segunda instância e de instâncias superiores.

Com efeito, é sabido que, na prática, colegialidade não significa necessariamente deliberação. Os julgadores possuem à sua disposição outros modos de agir que não a forma deliberativa. Uma dessas opções é agir por barganha. Porém, a barganha – por meio da negociação de interesses pessoais – é absolutamente incompatível com a noção básica de imparcialidade do julgador e, portanto, com a aplicação do direito ao caso concreto.¹³⁴

¹³⁴ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 65. Tradução livre: “Em casos difíceis, há deliberação, seja extralegal ou não, ao construir uma solução de forma argumentativa. Em casos fáceis, em que essa oposição polêmica perde muito de sua aderência prática, também pode haver deliberação, por mais permeada que seja por limitações baseadas em regras jurídicas. A deliberação é sensata quando a decisão não é óbvia nem puramente arbitrária. A tomada de decisões jurídicas não tem nenhuma dessas qualidades.

(...)

Outra opção é a agregação de votos, que abrange três diferentes tipos. O primeiro, baseado no puro interesse privado, não é admitido pelos mesmos motivos da barganha. Ou seja, pela incompatibilidade com a aplicação do direito, ante a exigência de imparcialidade do juízo. O segundo, fundado na preferência advinda da reflexão individual. O terceiro, correspondente à preferência resultante da deliberação. Nasce, então, o questionamento de MENDES: “*deve um grupo de juízes preferir agregar suas opiniões legais de plano ou, antes, esse grupo deve se empenhar em deliberar e submeter suas posições iniciais ao filtro deliberativo? Por que agregar após deliberar em vez de agregar sem qualquer tom de deliberação?*”.¹³⁵

A resposta a estas perguntas deve ser buscada levando-se em conta o confronto das características da deliberação e da colegialidade, já expostas anteriormente. A deliberatividade se sustenta nos seguintes elementos: (i) na atividade interativa e cooperativa dos participantes (ii) que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, (iii) dispostos a mudá-las, (iv) com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.

O primeiro aspecto – a interação interpessoal – é mais capaz do que a atividade solitária da mera agregação de votos em esclarecer as premissas em jogo, maximizar as informações úteis para a decisão e permitir soluções criativas não pensadas isoladamente pelos membros julgadores, tudo isso com o propósito de se alcançar a melhor decisão.¹³⁶

Seja qual for a concepção de Direito que um teórico apoie, portanto, a deliberação será parte da vida jurídica. Não há nada na formalidade da lei que a torne antideliberativa, embora diferentes graus de formalidade envolvam diferentes graus de deliberatividade do Direito.

(...)

Para insistir nessa divisão duvidosa, entre positivistas e não positivistas, este último afirmaria que a lei é inevitavelmente politizada na medida em que entendemos isso como a articulação de princípios políticos profundos; o primeiro afirmaria que pode ficar mais ou menos politizado em casos difíceis, quando razões não jurídicas são inevitavelmente levadas em conta para preencher o espaço discricionário de forma não arbitrária. Além disso, casos fáceis também podem envolver deliberação entre razões estritamente baseadas em regras e não há nada desagradavelmente político sobre isso”.

¹³⁵ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 65. No original: “(...) should a group of judges prefer to aggregate their legal opinions right away, or should they, first, engage in deliberation and subject their initial positions to the deliberative filter? Why aggregation after deliberation rather than aggregation without any tint of deliberation?”.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 66.

Além do aspecto da interação interpessoal, a busca pelo consenso também deve ser considerada como um elemento importante para a melhor decisão. Especialmente porque os Tribunais são importantes atores na fixação de entendimentos jurídicos que guiam a compreensão da sociedade sobre o direito ou a interpretação da lei, de modo que a atribuição de racionalidade à norma jurídica é uma de suas principais responsabilidades.¹³⁷

A par desses dois elementos – interação interpessoal e busca pelo consenso –, a deliberação ainda assegura a sensação de respeito aos demais membros do órgão julgador e aos próprios litigantes, ao garantir que os diversos pontos de vista foram devidamente considerados. A atenção aos diferentes argumentos, além de reforçar as informações necessárias ao melhor julgamento, propicia um ambiente de colaboração entre os pares e contribui para a aceitação da decisão, ainda que desfavorável, pelas partes.

No capítulo anterior, tratou-se dos seguintes elementos característicos da colegialidade: (i) a despersonalização; (ii) a contenção do arbítrio individual; (iii) a abertura a várias vozes e ao desacordo; e (iv) o reforço das chances de acerto. Dessa forma, o que se percebe da exposição das promessas da deliberação é a reafirmação das razões subjacentes à colegialidade: o órgão colegiado deliberativo despersonaliza, pois seu resultado é diferente da mera soma das opiniões iniciais dos julgadores; torna a decisão aberta a várias vozes, não apenas como resultado da interação interpessoal dos julgadores, mas também pela participação das partes; e transforma o ponto fulcral da decisão final do aspecto quantitativo para o aspecto qualitativo da argumentação jurídica.

MENDES sempre salientou o propósito de uma corte colegiada: “*uma empreitada coletiva cujo resultado pretende ser melhor que a soma das opiniões individuais*”. Essa tarefa “*exige, de cada um, disposição para duvidar de suas convicções iniciais, vontade de minimizar o desacordo e o reconhecimento da importância de uma opinião institucional coesa, fundada em razões claras*”. Num órgão colegiado, os membros devem falar, mas, sobretudo, escutar; devem formar um time,

¹³⁷ Ibid., p. 67.

“*sem estrelismos individuais*”; são colegas, que cooperam, e não adversários, que competem.¹³⁸

É possível, assim, estabelecer uma relação entre colegialidade e deliberação. Para SILVA, a colegialidade implica: (i) a disposição dos membros do colegiado para trabalharem em grupo; (ii) a ausência de hierarquia entre os juízes, ao menos no sentido de que os seus argumentos possuem o mesmo valor; (iii) a disposição dos julgadores em ouvir os seus pares (e isso significa estar aberto a ser convencido por eles); (iv) um processo de tomada de decisão cooperativo; (v) respeito mútuo entre os juízes; (vi) o propósito de se comunicar, sempre que possível, não como a soma de vozes individuais, mas como uma instituição, resultante da deliberação em busca de consenso.¹³⁹ Significa dizer que quanto maior são os elementos da colegialidade, maior o potencial deliberativo da corte.

A deliberação, portanto, deve ser, também, elemento institucional dos Tribunais, enquanto incentivador da atividade interativa e cooperativa dos juízes em julgamentos colegiados.

3.3. O desempenho deliberativo dos Tribunais.

Neste tópico, ainda levando em consideração a teoria de MENDES,¹⁴⁰ tratar-se-á do modelo de três camadas do desempenho deliberativo dos Tribunais (“*three-tiered model of deliberative performance*”). Ou seja, será apresentado o modelo criado por MENDES para explicar “*o que uma corte deliberativa minimamente implica*”.¹⁴¹ A partir desse modelo, pode-se dizer quão deliberativo é o desempenho de uma corte.

Sua estrutura se divide em três camadas: (i) o núcleo central; (ii) os elementos (facilitadores) e (iii) os limites do desempenho deliberativo.¹⁴² O núcleo

¹³⁸ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Opinião, 01/02/2010.

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 562/563.

¹⁴⁰ Embora sua teoria seja voltada para as cortes constitucionais, muitas de suas considerações são válidas para qualquer tipo de tomada de decisão colegiada.

¹⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 102. No original: “*what a deliberative court minimally entails*”.

¹⁴² *Ibid.*, p. 103.

central corresponde ao comportamento imediatamente observável de uma corte deliberativa em operação.¹⁴³ Essa primeira camada fornece ferramentas conceituais para se detectar os compromissos básicos da corte em seu desempenho deliberativo. Isso se faz pela análise das fases do processo de tomada de decisão e dos possíveis deliberadores.

A segunda camada – elementos ou facilitadores – contém fatores que desencadeiam ou desencorajam a deliberação.¹⁴⁴ Se é esperado que a tomada de decisões de uma corte seja deliberativa, é preciso identificar procedimentos que canalizem para este fim. Esta camada, quando examinada em conjunto com o núcleo central, traduz a potencialidade do desempenho deliberativo de um Tribunal.

Por fim, a terceira camada consiste nos limites do desempenho deliberativo de uma corte,¹⁴⁵ compreendendo o contexto legal e as circunstâncias da deliberação. Os limites envolvem sobre o que o órgão colegiado deve deliberar, quais as razões que podem ser consideradas e até quando a deliberação vale a pena. Esta camada, confrontada com o núcleo central, revela a realidade do desempenho deliberativo de uma Corte.

Com efeito, as três camadas, por si sós, não revelam a deliberatividade da tomada de uma decisão. O núcleo central do desempenho deliberativo pode dar uma fachada de deliberatividade, mas é impossível fazer essa verificação sem o exame dos limites colocados no caso concreto. Os elementos ou facilitadores, a seu turno, também não asseguram a deliberatividade de uma decisão, mas são elementos que possibilitam o seu alcance. Enfim, a simples existência de procedimentos favoráveis à deliberatividade não pode garantir que a corte terá um desempenho deliberativo satisfatório, mas constitui as condições básicas para se alcançar este objetivo.¹⁴⁶

Por isso se diz que o desempenho deliberativo é consequência de uma complexa interação entre os instrumentos institucionais, os insumos técnicos

¹⁴³ Ibid., p. 103.

¹⁴⁴ Ibid., p. 103.

¹⁴⁵ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 104.

¹⁴⁶ Ibid., p. 104.

(informações e argumentos relativos ao caso concreto) disponíveis para a tomada de decisão e a disposição dos deliberadores.

3.4. Conclusões parciais: colegialidade e deliberação.

Ao longo deste capítulo, buscou-se compreender a deliberação, entendida como a atividade interativa e cooperativa de membros de órgãos colegiados. Inicialmente, tratou-se da deliberação no âmbito da teoria da democracia deliberativa, voltada para a tomada de decisões no campo político. Nesta oportunidade, discorreu-se sobre as características da deliberação, consistente (i) na atividade interativa e cooperativa dos participantes (ii) que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, (iii) dispostos a mudá-las, (iv) com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.

Em seguida, verificou-se se ela seria compatível com a aplicação do direito. Concluiu-se, partindo das considerações de MENDES, que a aplicação do direito – em qualquer tipo de Tribunal – comporta a deliberação, seja porque o direito é, em si, deliberativo, dado o seu caráter argumentativo e discursivo, seja porque, institucionalmente, juízes são instados a deliberar diante da estrutura colegiada dos órgãos julgadores.

Viu-se, especialmente quanto a esta última característica – aspecto institucional da estrutura colegiada nos tribunais –, que a deliberação reafirma as razões subjacentes à colegialidade, ao despersonalizar a tomada de decisão, reforçar a abertura a várias vozes e a despertar o foco na qualidade da decisão tomada.

O capítulo ainda expôs, também com base na teoria de MENDES, as três camadas do desempenho deliberativo dos tribunais: (i) o núcleo central; (ii) os seus elementos/facilitadores e (iii) os seus limites. Essas três camadas, interconectadas entre si, permitem mensurar o desempenho deliberativo potencial e real da tomada de decisão.

Dessa forma, o próximo capítulo tem como objetivo aprofundar o estudo das camadas do desempenho deliberativo. Em primeiro lugar, será abordado o núcleo central, com ênfase nas fases do processo de tomada de decisão e nos possíveis

deliberadores. Após, o exame dos elementos cuidará de aspectos que fomentam ou desestimulam o caráter deliberativo da tomada de decisões em cada fase do núcleo central, a fim de se averiguar aspectos da potencialidade da deliberação. Por fim, serão feitas considerações sobre os limites do desempenho deliberativo.

4. O DESEMPENHO DELIBERATIVO DE UM TRIBUNAL.

No capítulo anterior, foram apresentadas as três camadas do desempenho deliberativo dos tribunais: (i) o núcleo central; (ii) os seus elementos (facilitadores) e (iii) os seus limites. Neste capítulo, que detalhará aspectos dessas camadas, serão abordados (i) o núcleo central, com a exposição das fases do processo de tomada de decisão e dos possíveis deliberadores, como delineado por MENDES, (ii) os elementos (facilitadores), em que se tratará das características que fomentam ou desestimulam o caráter deliberativo da tomada de decisões em cada fase do núcleo central; e (iii) os limites do desempenho deliberativo.

4.1. O núcleo central do desempenho deliberativo.

O estudo do núcleo central do desempenho deliberativo, como já mencionado, perpassa por duas principais categorias. A primeira se trata da distinção entre três fases deliberativas, equivalentes a três momentos em que se divide o potencial deliberativo da tomada de decisão. É certo que, num caso concreto, uma dessas fases pode se mostrar deliberativa e as outras não. Mas o modelo ideal deve sê-lo nas três fases. A segunda, por sua vez, cuida da disposição individual dos juízes em deliberar. Também é certo que, mesmo que a corte esteja institucionalmente preparada para a atividade deliberativa, a efetividade da deliberação dependerá, ainda, do ânimo dos juízes em agir dessa maneira.

4.1.1. As fases deliberativas – pré-decisional, decisional e pós-decisional – e os possíveis deliberadores.

As três fases deliberativas indicadas por MENDES são as fases pré-decisional, decisional e pós-decisional.¹⁴⁷ Apesar dessa separação didática, elas podem

¹⁴⁷ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 105.

se mesclar. De todo modo, a apresentação em fases separadas facilita a compreensão das atividades principais compreendidas respectivamente em cada qual.

A fase pré-decisional está relacionada com a existência de um caso concreto, envolvendo um litígio e engloba os atos por meio dos quais as partes e também terceiros (os chamados interlocutores) interagem com a corte.¹⁴⁸ Nesta fase, a tarefa deliberativa característica é a “contestação pública”, que vai do momento em que as partes e os terceiros têm o direito de se relacionar com a corte até o momento em que os juízes se reúnem para a tomada de decisão. Esse processo dialógico possui alto grau de potencialidade deliberativa; tanto que os interlocutores são também responsáveis pela qualidade da deliberação nessa fase.¹⁴⁹

A contestação pública consiste numa via dupla: de um lado, os interlocutores devem se envolver de forma efetiva na apresentação de informações e argumentos aos juízes; de outro, os juízes devem estar atentos ao ouvir tais argumentos e questioná-los.¹⁵⁰

À corte, cabe receber todas as possíveis influências para estar mais bem informada quanto à matéria em julgamento. Os juízes, nessa fase, devem, ainda, questionar e desafiar os argumentos postos, oportunizando aos interlocutores que os depurem.

A fase pré-decisional tem, portanto, uma série de objetivos, na lição de MENDES: “coletar, tanto quanto possível, argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos, de modo que os interlocutores tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los; e, acima de tudo, mostrar abertura aos atores que podem ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso”.¹⁵¹

A segunda fase deliberativa é a fase decisional, aquela que, diferentemente da fase anterior, não comporta a participação das partes e de terceiros, mas corresponde ao momento de interação entre os juízes do órgão colegiado. Nessa fase, a tarefa deliberativa principal consiste na “interação colegiada”, considerada o critério

¹⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 59.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 61/62.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 62.

para avaliar o processo intramuros que ocorre entre os julgadores.¹⁵² É, por assim dizer, o centro da noção de deliberação enquanto atividade interativa e cooperativa dos participantes, que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, dispostos a mudá-las, com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.

Na interação colegiada, os membros do colegiado devem trabalhar como um time, estar dispostos a ouvir e a se convencer pelos argumentos dos seus pares, em prol de uma tomada de decisão cooperativa.¹⁵³ A atividade deve se guiar pela cooperação, não pela competição. A interação colegiada exige que os juízes não tenham como objetivo demonstrar que o seu entendimento contém o melhor argumento,¹⁵⁴ mas que tenham como finalidade a construção conjunta da melhor decisão.

Nessa fase, portanto, os juízes devem buscar interagir com os entendimentos inicialmente colocados em discussão, de forma a estimular o debate na busca pelo consenso. Não significa, contudo, que a divergência seja proibida, mas revela que os membros devem estar comprometidos com uma argumentação franca em busca da melhor decisão.¹⁵⁵ Ou seja, embora o consenso deva ser a finalidade a ser alcançada, como meio de se alcançar em maior grau os predicados da segurança

¹⁵² MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 62.

¹⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 564.

¹⁵⁴ A propósito do tema, SHAPIRO critica a forma de tomada de decisão das cortes de apelação americanas, mais competitiva do que cooperativa: “*Even in appellate courts, the authors of different court opinions do not engage in deliberative exchange with their readers. Often they do not even engage in deliberative exchange with the authors of other opinions in the same case. Rather they try to show that they have the most cogently reasoned view, the best argument. This is a competitive justificatory enterprise, not a cooperative one. Argument is about winning, which is what lawyers are trained to do. Deliberation is about getting the right answer.*” (SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, nº 2, 2002, p. 197). Tradução livre: “*Mesmo em cortes de apelação, os autores de diferentes opiniões da corte não se envolvem no intercâmbio deliberativo com seus leitores. Geralmente, eles não se envolvem no intercâmbio deliberativo com os autores de outras opiniões no mesmo caso. Em vez disso, eles tentam mostrar que possuem a opinião mais bem fundamentada, o melhor argumento. Isso é uma empreitada de justificação competitiva, não cooperativa. Argumento é sobre ganhar, o que os advogados estão preparados para fazer. Deliberação é sobre obter a melhor decisão.*”.

¹⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Ibid.*, p. 63.

jurídica e da previsibilidade enquanto opinião da corte, os juízes têm em mente a possibilidade de divergência fundamentada.

Isso quer dizer que o desacordo deve, também, ser fruto da interação colegiada. Se a atividade interativa e cooperativa não resultar no consenso, a divergência possui o ônus argumentativo em diálogo com o entendimento prevalecente.

Importante observar que, durante a fase decisional, os juízes devem se alimentar de outros argumentos que não somente aqueles apresentados formalmente pelos interlocutores na fase pré-decisional. A corte deve estar atenta aos interlocutores informais, a fim de neutralizar eventuais déficits deliberativos ocasionados pelo baixo desempenho dos interlocutores na fase de contestação pública.¹⁵⁶

Assim, é nesse sentido que, para MENDES, a interação colegiada possui três facetas: “o esforço de levar em conta todas as posições que a corte foi capaz de coletar; a busca da melhor resposta jurídica; a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso”¹⁵⁷.

Por fim, a terceira fase deliberativa é a pós-decisional. Corresponde à redação da decisão colegiada tomada na fase anterior e aos debates, fora dos autos, que a sucedem. Essa fase tem como atividade principal a decisão escrita deliberativa, que é aquela que compreende os compromissos éticos da deliberação para o texto da decisão.¹⁵⁸

O objetivo, nessa fase, é comunicar, de forma bem argumentada e a refletir os percursos das discussões havidas nas fases anteriores, não apenas as partes envolvidas no processo, mas também o público em geral. O interesse das partes – imediato – advém, naturalmente, do fato de que aquela decisão produzirá efeitos na sua esfera privada. Assim, a parte pode se convencer das razões da corte, mas pode, caso queira, insurgir-se contra ela. Para tal, deverá possuir a exata noção do que foi considerado para a tomada de decisão.

¹⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 63.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 63.

Mas as decisões dos tribunais, hoje, extrapolam o interesse particular das partes envolvidas.¹⁵⁹ Essas decisões podem consistir em verdadeiros precedentes para casos futuros. Nesse sentido, a decisão escrita deliberativa, de um lado, poupa a deliberação sobre os mesmos argumentos e, de outro, mantém aberta a possibilidade de novas rodadas deliberativas no futuro. Isso significa que a decisão escrita que compendia o teor da deliberação nas fases pré-decisional e decisional é capaz de espelhar o conteúdo do decidido colegiadamente, mas de modo consciente da continuidade da deliberação.

O estilo literário da decisão escrita deliberativa deve buscar transformar o resultado da interação colegiada em uma decisão que reflita a opinião da corte, supraindividual e despersonalizada.¹⁶⁰ A escrita deve refletir a opinião institucional e única da instituição. Mas, não sendo possível dada a existência de dissenso, a decisão escrita deve assegurar o respeito ao valor dessas opiniões divergentes. Se, de um lado, deve-se empenhar em atribuir um peso especial à autoria institucional, de outro, é preciso garantir a exposição de eventual desacordo interno.¹⁶¹

Formalmente, a decisão escrita pode ser expressa por meio de uma única voz (*per curiam*), por meio de múltiplas vozes (*seriatim*) ou ficar em algum ponto entre as duas opções. A forma *per curiam* ou *seriatim*, em si, não significa ser a decisão escrita deliberativa ou não. Essa questão será mais bem enfrentada no exame dos elementos do desempenho deliberativo.

Em resumo, e nas palavras de MENDES:¹⁶²

(...) uma corte genuinamente deliberativa, de maneira curta e direta, é aquela que maximiza o raio de argumento dos interlocutores ao promover a contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática

¹⁵⁹ No STF, aliás, os Ministros, em mais de uma oportunidade (tome-se como exemplo a ADI nº 2418 e a Reclamação nº 4.335), destacam as hipóteses de objetivação (ou dessubjetivação) e a força expansiva das decisões da Corte no exercício de sua jurisdição constitucional também no controle de constitucionalidade difuso, especialmente considerando as alterações constitucionais a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, como a criação do instituto da repercussão geral.

¹⁶⁰ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 65.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 65.

¹⁶² *Ibid.*, p. 60.

sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional.

Importante mencionar, por fim, que as três fases do processo deliberativo de tomada de decisão não implicam em verificar a correção substancial do resultado alcançado. Elas consistem, porém, em critérios que orientam a qualidade deliberativa da decisão e, conseqüentemente, a sua legitimidade.

A corte deliberativa, assim, *“está comprometida com a boa decisão substantiva que se expressa, quando possível e desejável, por meio de uma única voz ou, quando justificável, em múltiplas vozes, conquanto sejam responsivas e precedidas por contestação pública e interação colegiada”*.¹⁶³

4.1.2. A disposição dos juízes em deliberar.

O desempenho deliberativo, institucionalmente, pode ser dividido em fases deliberativas que possuem atividades a serem perseguidas. Aliado ao aspecto institucional, porém, o desempenho deliberativo depende, no âmbito individual de cada juiz, de sua disposição em deliberar.

De fato, não basta que a estrutura institucional dos tribunais seja desenhada de modo a facilitar ou a estimular a deliberação. A efetiva deliberação dependerá, ainda, do ânimo dos magistrados em por em prática a atividade deliberativa. O tópico anterior, ao enumerar e desenvolver as principais questões das fases deliberativas e dos deliberadores, tomou como certa a disposição dos juízes em deliberar no julgamento colegiado. Este tópico, no entanto, tratará do comportamento e das qualidades necessárias para que o juiz esteja, realmente, disposto a deliberar.

Os diferentes comportamentos também podem ser relacionados às três fases deliberativas. Na fase pré-decisional, por exemplo, os juízes devem estar dispostos a ouvirem os diversos argumentos apresentados pelos interlocutores, sejam eles formais (partes e terceiros), sejam eles informais (doutrina, mídia, etc.). A disposição em ouvir

¹⁶³ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 69.

tem como finalidade maximizar as informações colocadas à disposição dos julgadores antes de formarem suas posições.

A disposição em ouvir deve, ainda, ser caracterizada como uma disposição “ativa”.¹⁶⁴ Isto é, os magistrados devem estar atentos para, caso entenda necessário, fazer qualquer questionamento fático ou jurídico ao argumento desenvolvido pelos interlocutores.

A título exemplificativo, não é incomum que indagações sejam feitas pelos julgadores às partes quando da realização de sustentação oral em julgamentos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).¹⁶⁵ A informalidade do processo administrativo permite que os conselheiros estejam em constante diálogo com as partes na sessão de julgamento. Essa conduta demonstra dois elementos da disposição dos julgadores em deliberar: primeiro, evidencia a atenção dada pelos conselheiros à defesa oral do contribuinte; segundo, expressa a intenção dos julgadores em obter maiores esclarecimentos acerca da controvérsia posta.

Por outro lado, é raro ver situações semelhantes no poder judiciário. Talvez pela formalidade que lhe é própria, não se vislumbra, em muitas oportunidades, a interação entre juízes e partes nos órgãos colegiados. O que se admite ocorrer, quando muito, é um aparte dos advogados para esclarecimentos estritamente fáticos. Os limites rígidos dos procedimentos na esfera judicial acabam, assim, por prejudicar uma conduta dialógica entre juízes e interlocutores na fase pré-decisional.

A fase decisional, caracterizada, como visto, pela interação colegiada, exige, com ainda mais relevância, a presença da intenção deliberativa dos julgadores. Já se disse acima que, nessa fase, os magistrados devem trabalhar como um time, estar dispostos a ouvir e a se convencer pelos argumentos dos seus pares, em prol de uma tomada de decisão cooperativa que tem como objetivo o consenso. A conduta individual

¹⁶⁴ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 127.

¹⁶⁵ Embora se trate de um tribunal administrativo, o exemplo do CARF é interessante porque, empiricamente, é possível notar um melhor desempenho deliberativo dos seus órgãos julgadores quando em comparação com os julgamentos judiciais. Vários podem ser os motivos para tal: a informalidade do processo administrativo, a composição paritária (fisco x contribuintes) dos seus órgãos julgadores, a especialização temática (matéria tributária), entre outros que serão detalhados ao longo deste capítulo.

do magistrado é realizada em prol do colegiado¹⁶⁶. Nesse sentido, essa disposição individual dos juízes em deliberar torna o ambiente mais propício ao seu objetivo.

Dessa forma, pautados na ideia de colegialidade, qualidades como modéstia intelectual, ambição intelectual e empatia são necessárias para a melhor atuação deliberativa.¹⁶⁷ A modéstia intelectual se relaciona com a condição necessária para a mudança de entendimento. Ou seja, somente o juiz dotado de modéstia intelectual estará disposto a rever o entendimento que alcançou em reflexão isolada. Por meio do questionamento sincero de suas conclusões iniciais a partir da introdução dos argumentos colocados à mesa pelos seus pares, o juiz poderá reafirmar seu entendimento ou alterá-lo. A modéstia intelectual, portanto, é qualidade essencialmente deliberativa.

A ambição intelectual, por sua vez, é a outra face da moeda da modéstia intelectual e significa a intenção de persistir na busca da melhor solução ao caso concreto. A ambição intelectual é o combustível da colegialidade na atividade de confrontar argumentos na busca do resultado consensual.¹⁶⁸

¹⁶⁶ É digno de nota, uma vez mais, a relação entre colegialidade e deliberação feita por EDWARDS: “(...) when I speak of collegial decision making, I am not endorsing the suppression of divergent views among members of a court. Quite the contrary. In a collegial environment, divergent views are more likely to gain a full airing in the deliberative process – judges go back and forth in their deliberations over disputed and difficult issues until agreement is reached. (...) until a final judgment is reached, judges participate as equals in the deliberative process – each judicial voice carries weight, because each judge is willing to hear and respond to differing positions. The mutual aim of the judges is to apply the law and find the right answer. (...) In my view, it is collegiality that allows judges to disagree freely and to use their disagreement to improve and refine the opinions of the court.” (EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, nº 5, 2003, p. 1646).

Também merecem transcrição as considerações feitas por KORNHAUSER e SAGER: “Appellate adjudication, of course, does not proceed in this isolated manner, but rather has significant collegial features. Judges on appellate tribunal hear cases as a group. They deliberate at some length about both the appropriate outcome and its rationale. They join together in opinions. (...) These features suggest that, in important respects, in appellate adjudication the agency of performance is the court, not the judge.” (KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, nº 1, 1993, p. 7).

¹⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 134/136.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 135.

A seu turno, a empatia consiste no elemento da ambição intelectual que faz com que o juiz tenha o interesse em buscar argumentos que não foram trazidos na fase pré-decisional, suprindo as deficiências no desempenho deliberativo nessa fase.¹⁶⁹

Finalmente, a fase pós-decisional, marcada pela decisão escrita deliberativa, também exige a disposição dos juízes em deliberar, especialmente no que se refere ao estilo argumentativo do texto final. São características dessa fase a responsividade, a clareza e a noção de que a decisão escrita não é definitiva.

A primeira característica exigida dos juízes é a responsividade aos argumentos desenvolvidos pelas partes durante o processo deliberativo de tomada de decisão. Não é demais lembrar que a responsividade foi expressamente incluída no art. 489, §1º, IV, CPC/2015.¹⁷⁰

A segunda característica é a clareza, que vai além da mera boa escrita. A decisão dos tribunais, por significarem mais do que a resolução do caso concreto, deve falar para além da comunidade jurídica.

A terceira e última característica é a noção de que a decisão escrita deliberativa não é imutável e perpétua. A interpretação das normas jurídicas é, sabidamente, situada num certo momento histórico e ensejará, necessariamente, novas rodadas deliberativas. As novas rodadas, aliás, não acontecerão apenas no âmbito do poder judiciário, estando aberta para reações do poder legislativo. Não é incomum que o poder legislativo inclua a matéria discutida no poder judiciário em pauta como reflexo à interpretação conferida pelo judiciário. Essa noção é relevante, também, para a compreensão do voto divergente, que pode representar o entendimento prevalecente no futuro. Os magistrados, portanto, ao elaborarem as decisões escritas, devem deixar o campo preparado para eventuais e futuras alterações de entendimento.

Verificado, então, o comportamento individual que demonstra o interesse e a disposição dos juízes em deliberar, o próximo tópico passará a detalhar alguns elementos que auxiliam ou prejudicam o potencial deliberativo dos tribunais. É a

¹⁶⁹ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 135/136.

¹⁷⁰ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”

exposição de aspectos institucionais de cada fase do processo deliberativo de tomada de decisão.

4.2. Os elementos do desempenho deliberativo.

Há elementos institucionais que incentivam ou desencorajam a deliberação no julgamento colegiado. É certo que a estrutura institucional encontra limites em potencializar a deliberação justamente porque, como dito no tópico anterior, dependeria dos compromissos individuais no comportamento de cada julgador.

No entanto, ainda assim, a introdução de elementos institucionais que incentivem a deliberação tem dupla finalidade. Em primeiro lugar, eliminar gargalos estruturais que obstruam o bom desempenho deliberativo; esse objetivo é óbvio e visa a evitar procedimentos antideliberativos justamente pela incorporação de procedimentos fomentadores da deliberação. Em segundo lugar, minimizar a possibilidade de que os julgadores ajam de forma antideliberativa; aqui, a incorporação de procedimentos deliberativos tem como fim instigar o propósito deliberativo no comportamento individual dos julgadores.

Portanto, a introdução de elementos deliberativos não torna o colegiado deliberativo. Isto é, é absolutamente possível que uma corte estruturada em aspectos que fomentem a deliberatividade tenha baixo desempenho deliberativo. De todo modo, não se pode desconsiderar o fato de que a adoção de procedimentos deliberativos é, sem dúvida, um bom início.¹⁷¹

A apresentação desses elementos, que podem fomentar ou desestimular a deliberação, seguirá as fases deliberativas apresentadas nos tópicos anteriores. Além disso, o potencial deliberativo de cada um desses elementos é algo a ser verificado apenas na prática. É impossível prever, sem a experiência empírica, a exata conexão entre o comportamento dos julgadores e os elementos debatidos a seguir. É possível, porém, estabelecer a potencialidade deliberativa de forma conjectural.

¹⁷¹ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 146/147.

Por fim, é importante observar também que a apresentação de elementos que afetam a deliberação colegiada não significa a proposição de um modelo deliberativo pronto para a generalidade dos tribunais. A mistura desses elementos pode indicar pontos de tensão em que deverá haver concessões. Todos eles contêm, ainda, custos e benefícios que devem ser sopesados e representam escolhas de prioridades.

4.2.1. Fase pré-decisional.

4.2.1.1. O papel do relator.

O Desembargador Oliveira Firmo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), tinha o costume de iniciar os seus votos, quando figurava como vogal, com algumas considerações sobre o julgamento colegiado. Tome-se como exemplo as observações tecidas no processo nº 0008981-30.2013.8.13.0194, que se iniciam pela diferença entre o convencimento solitário do juiz de primeira instância e o julgamento colegiado:

I - Introdução

I.1) –

Senhor Presidente, participo deste julgamento como vogal, na forma do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (RITJMG), Resolução do Tribunal Pleno nº 0003, de 26 de julho de 2013.

Chamo a atenção para este fato porque, como juiz de carreira, acostumado a julgar de forma isolada, com base em meu convencimento livre (solitário) e motivado, competindo-me relatar, revisar e decidir o feito, tudo a um só tempo, aprendi que o julgar colegiado apresenta características próprias e contornos diferenciados.

De fato, antes, ainda juiz de direito, era eu quem decidia. Hoje, alçado a desembargador, meu mister de decidir solitário restringe-se às decisões monocráticas, exceções à regra do julgamento colegiado, muito embora, ainda neste caso, à regra sempre se submetem, se há descontentamento da parte (agravo interno).

Em colegiado, o exercício difere daquele labor singular, vazado no recesso da exclusividade de uma vara, no convencimento particular e bastante de uma só inteligência.

Saliento esse aspecto do julgar colegiado porque, enquanto relator, revisor ou vogal, nunca profiro decisão no sentido exato: o *decisum* é sempre de autoria do órgão julgador que circunstancialmente integro.

Para além das decisões monocráticas, resta-me o voto, manifestação do meu convencimento que pode ou não vir a indicar o sentido definitivo do julgado colegial.

Essa distinção, entre voto e decisão, é de suma importância, pois a segurança jurídica ancora-se ou deveria ancorar-se na coerência das decisões dos julgados. Nesse ambiente, o voto é coadjuvante, pode ou não eventualmente tornar-se condutor do julgado, mas nunca lhe fará as vezes, obstado pelo princípio da colegialidade.

Logo, nem sequer se exija coerência entre votos expressos em cada uma das circunstâncias posições em que o julgador colegiado se apresente (relator, revisor ou vogal). Ao contrário, não estão imunes a tal exigência a decisão monocrática e o acórdão, porque expressam, na inteireza e completude, o julgamento da causa.

O Desembargador desenvolve, ainda, as mais diversas reflexões sobre a colegialidade, em relação às quais voltaremos em tópicos abaixo. No que interessa o presente ponto de discussão, o Desembargador Oliveira Firmo destaca o papel do relator, com ênfase no Regimento Interno do TJMG:

II - Princípio da colegialidade

Cediço que o princípio da colegialidade impõe que os julgamentos resultem do convencimento da maioria, unânime ou não. E tudo acompanhado e fiscalizado estritamente sob a atenção das partes.

Ao relator é dada a condução do processo, presidindo os seus principais atos, instruindo-o quando necessário e resolvendo questões postas antes de submetê-las ao revisor e ao vogal.

Segundo o vigente RITJMG, compete ao relator:

Art. 89. Compete ao Relator, além de outras atribuições previstas na legislação processual:

(...)

XIV - lançar nos autos relatório que contenha sucinta exposição da matéria controvertida e da que, de ofício, possa vir a ser objeto do julgamento, mandando, a seguir e quando for o caso, o processo para o Revisor; (...)
(negrejei).

E isso porque os demais julgadores deveriam resolver, a partir do quanto conste do relatório e depois da solução dada pelo relator, as questões discutidas nos autos, sob o seu aspecto fático quanto jurídico. Assim, a exatidão entre o relatório e todos os fundamentos de fato e de direito do recurso conduzem - assim é esperado - a um julgamento seguro, quiçá justo.

Não é recomendável que o relator apresente qualquer juízo de valor já no relatório. O relatório isento, claro e coerente com os autos permite aos demais julgadores a formação de um juízo imparcial e seguro quanto à matéria fática e jurídica debatida no "caso concreto".

No recurso de apelação, o vogal não dispõe dos mesmos mecanismos conferidos ao revisor, que está ali também para assegurar (poder/dever) a congruência entre as questões constantes dos autos e aquelas descritas no relatório.

Embora não veja diferença na análise que cumpre ao relator em sede de apelação ou de agravo ou outro eventual recurso, é evidente que os vogais esperam lhes seja apresentado relatório coerente com o que há nos autos. Isso porque falecem aos vogais aqueles mesmos relevantes poderes/deveres que o vigente RITJMG atribui ao revisor:

Art. 91. Compete ao Revisor:

I - ordenar a volta dos autos ao Relator para:

- a) sugerir-lhe diligências que, se aceitas, serão por ele determinadas;
- b) se necessário, pedir-lhe pronunciamento sobre incidente ainda não resolvido ou surgido após o relatório:

II - lançar "visto" nos autos, adotando, aditando ou sugerindo a retificação do relatório, devolvendo-os ao cartório com pedido de dia para julgamento (negrejei e sublinhei)

Regimentalmente, os processos de competência do Órgão Especial têm as cópias das principais peças dos autos remetidas aos vogais (art. 101 do vigente RITJMG) e, no caso da Câmara de Uniformização de Jurisprudência (CUJ), o cartório remeterá aos seus integrantes cópia do acórdão em que foi reconhecida a divergência, do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e da exposição do relator (parágrafo único do art. 528 do vigente RITJMG).

Nos demais órgãos julgadores do TJMG isso não ocorre, pois é apenas permitido às partes fornecerem cópias de suas razões para apresentação aos vogais (parágrafo único do art. 101 do vigente RITJMG). Nisso reside uma sistemática (*contrario sensu*) segundo a qual, exceto para os casos do Órgão Especial, é facultativo ao vogal que acesse aquelas peças processuais.

III - "De acordo" do vogal

Em sede de apelação, encerra-se no revisor a possibilidade de corrigir eventuais desalinhos no relatório.

É importante salientar que o tradicional "de acordo" dado pelos vogais em julgamento representa a sua aquiescência com a solução dada pelo relator para cada uma das questões, de fato e de direito, apontadas no relatório.

O "de acordo" do vogal tem, a meu aviso, pois, três aspectos: a) - atesta a confiabilidade no relatório, confirmando que o relator cumpriu seu dever de relatar o feito sem, no entanto, o condão de certificar a consequência, fruto da seriedade e congruência esperadas; b) - reflete a confluência de entendimentos quanto à solução dada ao "caso concreto"; c) - encerra o cumprimento da formalidade legal quanto ao número (quórum) de julgadores necessários à formação do acórdão (em se tratando de apelação, quando o revisor já tiver apostado o seu "de acordo", o voto do vogal, divergente ou convergente com as posições do relator e do revisor será, no caso de manutenção da sentença, mero cumprimento formal exigido pela lei processual acerca desse recurso, visto que a demanda em si já estará materialmente solucionada pela confluência do entendimento da maioria).

Embora tenha indicado dispositivos do Regimento Interno do tribunal mineiro, muito de seu ponto de vista sobre o papel do relator é válido de forma geral, tendo em vista o que se extrai da legislação federal. De acordo com o capítulo "Da ordem dos processos no Tribunal" no CPC/15 (artigos 929 a 946), após o registro dos autos no protocolo do tribunal (art. 929)¹⁷², segue-se à sua distribuição, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade (art. 930)¹⁷³.

¹⁷² "Art. 929. Os autos serão registrados no protocolo do tribunal no dia de sua entrada, cabendo à secretaria ordená-los, com imediata distribuição.

Parágrafo único. A critério do tribunal, os serviços de protocolo poderão ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau."

¹⁷³ "Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

A distribuição dos recursos, pautada na alternatividade, no sorteio eletrônico e na publicidade, corresponde, essencialmente, à conjugação dos princípios da publicidade dos atos processuais e da garantia do juiz natural.¹⁷⁴ A publicidade tem como objetivo possibilitar a fiscalização para a garantia do juiz natural. A alternatividade, a seu turno, visa a assegurar a distribuição equitativa do volume de processos entre os julgadores competentes. O sorteio, por fim, foi a forma escolhida pelo legislador para a efetiva distribuição do processo.

Este modelo – sorteio – se contrapõe a outras formas de distribuição,¹⁷⁵ como a designação discricionária¹⁷⁶ ou como a adotada na Corte Constitucional italiana, em que a escolha do relator é feita de modo *ad hoc* pelo presidente do tribunal, de acordo com a afinidade do tema com a formação do juiz.¹⁷⁷

Após a distribuição, os autos são imediatamente conclusos ao relator, que possui 30 dias para elaborar o seu voto e restituí-los, com relatório, à secretaria (art. 931).¹⁷⁸

Cabe a ele (relator), segundo o art. 932, (i) dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; (ii) apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; (iii) não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; (iv) negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo.

¹⁷⁴ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 173.

¹⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 183.

¹⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 569.

¹⁷⁷ SOKAL, Guilherme Jales. *Ibid.*, p. 181. SOKAL observa que o modelo de distribuição italiano rende críticas da doutrina. Citando Roberto Romboli, o autor destaca que esse sistema aumenta o valor do papel do presidente da corte e tem levado a uma especialização por parte de cada um dos juízes constitucionais. Assim, as mesmas matérias são submetidas aos mesmos juízes, com o risco de se criar linhas jurisprudenciais baseados em decisões de um mesmo magistrado e se mitigar o princípio da colegialidade.

¹⁷⁸ “Art. 931. *Distribuídos, os autos serão imediatamente conclusos ao relator, que, em 30 (trinta) dias, depois de elaborar o voto, restitui-los-á, com relatório, à secretaria.*”

tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (v) depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (vi) decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; (vii) determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; e (viii) exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Os incisos III, IV, V do art. 932 não vêm ao caso neste momento, pois preveem as hipóteses em que se admite, excepcionalmente, a decisão monocrática. Ou seja, tais incisos estipulam exceções ao princípio da colegialidade, pondo fim ao procedimento recursal sem levá-lo a julgamento pelo órgão colegiado. É verdade que a matéria poderá ser examinada pelo colegiado em caso de interposição do agravo interno (art. 1.021), mas, conforme observado por SOKAL, o agravo interno representa a inauguração de procedimento recursal distinto, que não se confunde com o recurso originalmente interposto ao tribunal.¹⁷⁹

Os demais incisos do art. 932 cuidam de hipóteses que se assemelham a despachos (ou atos ordinatórios), como a intimação do Ministério Público, e a decisões interlocutórias, como a apreciação do pedido de tutela provisória e do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e a homologação da autocomposição das partes. Com exceção da homologação da autocomposição, que também põe fim ao processo, os demais atos poderão ser reanalisados pela colegialidade, razão pela qual funcionam como parte da função do relator de preparar o procedimento para o julgamento colegiado.

¹⁷⁹ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 194.

Nesse sentido de preparação do procedimento para o julgamento colegiado, volta-se ao art. 931 do CPC/15, que prescreve o dever de o relator elaborar seu voto e devolver os autos, com relatório, para a secretaria.¹⁸⁰ O CPC/73, em seu art. 549, parágrafo único, dava maiores detalhes acerca do relatório: previa que o relator deveria fazer “*nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso*”. Na ausência de dispositivo semelhante no CPC/15, pode-se adotar como norte o conceito de relatório que o legislador previu para a sentença, no art. 489, com as devidas adaptações: “*conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo*”.¹⁸¹

Dessa forma, o relatório deve revelar aos demais julgadores o conteúdo dos autos, com a síntese de todos os argumentos desenvolvidos por ambas as partes e os acontecimentos relevantes para a tomada de decisão. O relatório, pois, deve guiar a deliberação colegiada, apresentando e organizando a matéria controvertida e os argumentos a serem debatidos pelos membros do órgão colegiado.¹⁸² É tarefa de “*inexcedível delicadeza*”¹⁸³, pois, de certa forma, marcará o ponto de partida para a deliberação.

¹⁸⁰ Nos regimentos internos do STJ e do TRF/1, a menção ao relatório é singela, como no CPC/15:

RISTJ: “Art. 34. São atribuições do relator: (...) X - pedir dia para julgamento dos feitos que lhe couberem por distribuição, ou passá-los ao revisor, com o relatório, se for o caso;”

RITRF/1: “Art. 29. Ao relator incumbe: (...) VIII – determinar a inclusão dos feitos em pauta para julgamento que lhe couberem por distribuição ou passá-los ao revisor com o relatório, se for o caso;”

No regimento interno do TJMG, por sua vez, há a exposição do que conter no relatório:

RITJMG: “Art. 89. Compete ao relator, além de outras atribuições previstas na legislação processual: (...) XV - lançar nos autos relatório que contenha adequada exposição da matéria controvertida e daquela que, de ofício, possa vir a ser objeto do julgamento, determinando, a seguir e quando for o caso, o envio do processo para o revisor; (Redação dada pela Emenda Regimental n° 6, de 2016)”

¹⁸¹ FUX aponta que “*mutatis mutantis, esse relatório é idêntico ao da sentença*”. (FUX, Luiz. Curso de direito processual civil, Vol. I – Processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 760).

¹⁸² SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 205/206.

¹⁸³ MOREIRA, neste ponto, afirma que “*o relatório pode ser longo ou breve, minucioso ou resumido, bem ou mal-ordenado, cristalino ou obscuro, objetivo ou tendencioso: em qualquer caso marcará, de uma forma ou de outra, o julgamento. Além do texto escrito, que em geral se lança nos autos, há as características da exposição oral, feita na sessão; e mil aspectos podem aí assumir relevo, da dicção mais ou menos clara do relator à maior ou menor ênfase com que assinala algum tópico*.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região*, Campinas, v. 1, nº 3, maio/jun, 2005, p. 85).

Apenas nos casos em que há a figura do revisor¹⁸⁴ o relatório pode ser alterado. Entre as competências do revisor, está a de adotar, completar ou retificar o relatório.¹⁸⁵ Sua função, pois, é, basicamente, a de fiscalizar a exatidão do que consta no relatório com a realidade fática e jurídica dos autos. Importante observar, nesse contexto, que o CPC/15 aboliu a figura do revisor nos processos cíveis, então prevista no art. 551 do CPC/73.¹⁸⁶ A intenção dos legisladores foi a de dar mais celeridade ao julgamento.¹⁸⁷

Para alguns dos membros, é importante dizer, o relatório será o primeiro contato com os autos (como observado pelo Desembargador Oliveira Firmo no trecho transcrito linhas acima). Especialmente por essa razão, o relatório deve consistir num texto imparcial, que não contenha nenhum juízo sobre o voto já elaborado pelo relator.¹⁸⁸ Isso porque, tratando-se de julgamento colegiado, os demais membros poderão, a partir da controvérsia apresentada no relatório, apresentar novos pontos de vista que eventualmente não foram percebidos pelo relator. Um relatório parcial poderá

¹⁸⁴ **RISTJ**: “Art. 35. *Sujeitam-se a revisão os seguintes processos: I – ação rescisória; II – ação penal originária; III – revisão criminal.*”.

RITRF/1: “Art. 30. *Sujeitam-se a revisão: I – a ação rescisória; II – os embargos infringentes em matéria criminal; III – a apelação criminal; IV – a revisão criminal.*”.

O RITJMG não possui dispositivo que lista as ações e os recursos sujeitos à revisão.

¹⁸⁵ **RISTJ**: “Art. 37. *Compete ao revisor: (...) II – confirmar, completar ou retificar o relatório.*”.

RITRF/1: “Art. 32. *Compete ao revisor: (...) II – confirmar, completar ou retificar o relatório.*”.

RITJMG: “Art. 91. *Compete ao revisor: (...) II – lançar ‘visto’ nos autos, adotando, aditando ou sugerindo a retificação do relatório, devolvendo-os ao cartório com pedido de dia para julgamento.*”.

¹⁸⁶ **CPC/73**: “Art. 551. *Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor.*”.

¹⁸⁷ Importante observar que a Corte Especial do STJ, no julgamento de Questão de Ordem na Ação Rescisória nº 5241/DF, decidiu que as mudanças introduzidas pelo CPC/15 não eliminaram a figura do revisor nas ações rescisórias processadas originariamente no âmbito do STJ, tendo em vista que continua em vigor o art. 40 da Lei nº 8.038/90, norma de caráter especial e, portanto, não revogada pela lei geral (CPC) posterior. Conforme noticiado, o Ministro Mauro Campell Marques argumentou que “[e]mbora o CPC/2015 tenha suprimido a revisão como regra geral no processo civil e tenha também revogado explicitamente diversos preceitos da Lei 8.038/90, não o fez quanto ao artigo 40, que permanece em vigor e, por isso, as ações rescisórias processadas e julgadas originalmente no Superior Tribunal de Justiça continuam a submeter-se a tal fase procedimental”. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/P ara-o-STJ,-novo-CPC-n%C3%A3o-eliminou-figura-do-revisor-em-seus-processos>. Acesso em 21 de abril de 2017.

¹⁸⁸ Para MOREIRA, “teoricamente, o relatório nunca deveria pronunciar o voto de quem dele se incumbem; na prática, não raro algo transparece e a influência pode começar a fazer sentir-se desde esse instante” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região*, Campinas, v. 1, nº 3, maio/jun. 2005, p. 85).

influenciar, de pronto, os demais julgadores e extirpar qualquer possibilidade criativa de novas soluções.

Seguindo-se ao relatório, e após eventual sustentação oral das partes, o relator é o primeiro juiz a proferir o seu voto, que, nos termos do art. 931 do CPC/15, já estará pronto. O voto do relator dá início, de fato, à interação colegiada e consiste numa espécie de minuta para a decisão final (se o seu entendimento prevalecer, naturalmente).¹⁸⁹ É por meio da opinião do relator, portanto, que a matéria em julgamento é apresentada aos demais julgadores. A fundamentação apresentada pelo relator é, por esse motivo, de extrema importância para a deliberação.¹⁹⁰ Se o relator enfrenta os argumentos capazes de influir na decisão de forma adequada, os demais julgadores já possuirão a exata noção do que está em jogo. Caso contrário, os juízes do órgão julgador podem sentir necessidade de que um ou outro argumento seja considerado ou discutido para a melhor decisão, acarretando um pedido de vista ou, desde logo, a abertura de divergência.¹⁹¹

Diante desse contexto, parafraseando SILVA, há de se perquirir se o juiz relator é o senhor do processo ou apenas um dentre os julgadores.¹⁹² Em estudo

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 569. Embora tratando especificamente do STF, as considerações de SILVA são pertinentes a qualquer tribunal.

¹⁹⁰ Segundo MOREIRA, “a importância do voto do relator varia em função de inúmeros fatores, além do mais óbvio, que é a solidez ou a fragilidade de sua fundamentação” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região*, Campinas, v. 1, nº 3, maio/jun. 2005, p. 85). Outros fatores apontados por MOREIRA são a confiança do relator na leitura de seu voto e as já conhecidas idiosincrasias de cada julgador (“*pendor para favorecer o cônjuge mulher em ações de separação ou relativas à guarda de filhos menores; ou a queda para votar, em matéria tributária, a favor do fisco, ou contra ele, etc.*”).

¹⁹¹ O que ocorre após o voto do relator na sessão de julgamento será tratado em tópico próprio.

¹⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 183. OLIVEIRA, em trabalho que examinou como o STF decide os casos, baseado no estudo empírico de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) julgados pelo Supremo entre 1999 e 2006, concluiu que “O voto do relator varia quase perfeitamente com a variável alvo – o coeficiente de correlação entre voto do relator e resultado final do mérito é de 0,987. Em apenas 6 das 692 ações julgadas no período considerado, o voto do relator foi diferente do resultado final da decisão, ou seja, em 99% dos casos o voto do relator é igual à decisão final da corte. E como o relator é o primeiro a votar, isso implica em que conhecer a direção desse voto é saber o resultado final em 99% das vezes.” (OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator. Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista de Sociologia e Política*. V. 27, nº 88, 2012, p. 109/110).

específico para o STF,¹⁹³ SILVA buscou responder a este questionamento e diferenciou duas situações: aquela em casos mais polêmicos, que chamam a atenção da comunidade jurídica e do público externo, ocasião em que os ministros costumam levar voto pronto para a sessão de julgamento, e aquela considerada como o cenário usual, em que os demais ministros chegam à sessão de julgamento com informações superficiais sobre os processos pautados. A conclusão a que chegou o autor foi a de que, no primeiro caso, o papel e o grau de influência do relator é menor do que no segundo caso.

Para o que interessa ao presente tópico – o papel do relator –, parte do trabalho de SILVA será detalhada aqui. Outra parte, que tangencia de forma mais próxima a sessão de julgamento e o voto dos demais ministros, será trabalhada em tópico apartado. Nesse sentido, a pesquisa de SILVA baseou-se em entrevistas com ministros e ex-ministros do STF, a fim de “*compreender como os próprios ministros do STF encaram o processo deliberativo do qual participam*”, especialmente nas decisões mais polêmicas e que chamam a atenção do público geral.¹⁹⁴ Essa observação é importante, pois algumas das considerações tecidas para estes casos não se aplicam aos julgamentos gerais. Elas são relevantes, de todo modo, pois refletem a imagem dos próprios julgadores sobre o relator.

As perguntas feitas para cada ministro, e que serão consideradas neste tópico, foram: (i) como os ministros avaliam de forma geral o papel do relator; (ii) se o

¹⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 180-200.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 185. De acordo com SILVA, “*todas as entrevistas foram gravadas e depois transcritas. Antes de iniciar cada entrevista, foi assegurado ao entrevistado que as informações seriam usadas de forma anônima. Como o objetivo da pesquisa não é expor a opinião individual dos ministros, mas construir um cenário coletivo a partir de visões individuais, o anonimato nas declarações não compromete os resultados. Pelo contrário, ele tem o potencial de deixar os ministros à vontade para expor de forma mais sincera suas opiniões.*”⁶

Para manter o anonimato, os nomes dos ministros foram substituídos por letras. Embora não haja nenhuma ordem reconhecível nessas letras, uma divisão clara foi feita: as letras A a I representam ministros no exercício da função (no momento da entrevista), enquanto as letras N a U indicam ministros que, ao tempo das entrevistas, já estavam aposentados.

(...)

Uma última explicação sobre a pesquisa e as entrevistas é necessária: o objeto das conversas não era a atitude dos ministros em todas as dezenas de milhares de decisões anuais. O foco eram exclusivamente as decisões mais importantes, mais polêmicas, que chamam mais a atenção do público. Essa é uma explicação importante porque várias das afirmações sobre o papel do relator, sobre a quantidade de votos divergentes, sobre a dinâmica da deliberação, valem apenas para esses casos.”

fato de o voto do relator não ser distribuído com antecedência tem algum efeito no seu poder de influência; e (iii) se os ministros entendem que o voto do relator deve incorporar apenas os argumentos que subsidiam a opinião do relator ou se ele deve expor um panorama mais amplo do tema em debate.

Em relação à primeira pergunta – o papel do relator, do relatório e de seu voto –, a maioria dos ministros enxergam o relator como “*decisivo na deliberação*”, utilizando expressões como “*ele baliza todo o debate*”, “*é uma posição preponderante*”, “*ele fixa a moldura do debate*” e “*é um ponto de partida para discussão*”. Todavia, houve ministro que relativizou a tarefa do relator em razão do volume de trabalho: “*na maioria dos casos, os ministros não leem o relatório, basicamente porque há muito serviço para ler, mas também pelo fato de que muitos relatórios são extensos*”. A diferenciação entre os casos comuns e os casos em destaque foi ressaltada por alguns ministros. Houve quem dissesse que “*apenas nos primeiros [casos comuns] o papel do relator seria decisivo*” e houve quem afirmasse que “*quando a matéria ‘dá ibope’, então o voto do relator é tomado como um voto qualquer*”.

Nesse aspecto, as considerações são aplicáveis, de forma geral, a qualquer colegiado. Como já observado, o voto do relator acaba por, em regra, conduzir o debate colegiado. Naturalmente, isso não significa que os demais membros do órgão julgador não possam desviar as matérias consideradas no voto. Afinal, o voto dos julgadores possuem pesos semelhantes. Quanto à diferenciação dos casos comuns e dos casos paradigmáticos, a visão dos ministros do STF também se aplica aos julgamentos em qualquer tribunal. Há casos que, sabidamente, são mais polêmicos e despertam o interesse do público, mesmo que a matéria debatida não contenha fundo constitucional. Essa noção se reforça com a previsão dos recursos repetitivos no STJ e do incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito dos tribunais regionais/estaduais ou mesmo no incidente de assunção de competência.

Outro aspecto levado em consideração pelos ministros do STF foi o poder do relator em relação à liberação para a pauta de julgamento. Um dos ministros disse que “*o relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo*”, dando como exemplo o fato de o ministro Marco Aurélio não ter levado a julgamento ADPF 54, que examinou a constitucionalidade da tipificação da interrupção da gravidez de feto

anencéfalo em dispositivos do Código Penal, antes da aposentadoria do ministro Eros Grau. Outro ministro, também quanto a este ponto, destacou o “*poder grande de supressão da discussão*” que o relator possui ao poder resolver o momento de levar o processo a julgamento.

Para OLIVEIRA, que examinou ações diretas de inconstitucionalidades (ADIs) julgadas no STF no período de 1999 e 2006 e concluiu que a relação entre o voto do relator e o resultado final do julgamento é de 99%, a prevalência do entendimento do relator “*pode ser um indicativo de que há negociações nos bastidores do Supremo e um tema só entraria em pauta na agenda de votação quando o relator entende que tem maioria suficiente para aderir a sua orientação*”.¹⁹⁵

A questão da agenda, embora com menos importância, também é passível de afetar os julgamentos em qualquer tipo de tribunal. Especialmente se o relator já puder antever o resultado do julgamento a partir da composição da turma julgadora. Porém, a não liberação do processo para julgamento com base em aspectos tais é puramente estratégica e não deliberativa, pois pressupõe a falta de disposição do relator para alcançar a melhor decisão, ainda que a posição vencedora não seja a dele.

A segunda pergunta – o voto quase secreto do ministro relator – advém de uma peculiaridade do julgamento no STF. Todavia, há tribunais em que o relator distribui o seu voto entre os demais membros julgadores antes da sessão de julgamento. As considerações quanto a esta pergunta, portanto, são válidas para aqueles casos em que o relator não disponibiliza o seu voto. SILVA, neste ponto, entende não fazer sentido que os demais ministros da corte participem da sessão de julgamento sem saber a opinião do juiz que debruçou sobre o caso, o relator.¹⁹⁶

De acordo com as entrevistas feitas por SILVA, a sensação dos ministros é semelhante à do autor, por uma série de razões. A principal delas seria o ganho de tempo, notadamente diante do volume de processos pendentes na justiça brasileira. Houve ministro que dissesse que “*se houvesse concordância, não haveria necessidade de tanta extensão e às vezes de tanto debate prévio*”. O mesmo argumento – volume

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator. Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista de Sociologia e Política*. V. 27, nº 88, 2012, p. 110.

¹⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 193.

de processos – foi utilizado também para se sustentar a desnecessidade de distribuição prévia do voto do relator, pois, dada a carga de trabalho, não haveria tempo para a leitura dos votos dos demais ministros antes da sessão.

De todo modo, a maioria dos ministros tende a perceber que a entrega do voto do relator antes da sessão ajudaria em duas situações: em caso de concordância com o relator, não haveria necessidade de se redigir um voto no mesmo sentido; em caso de divergência, a elaboração do voto dissidente seria mais bem feita.¹⁹⁷

Por outro lado, alguns ministros não ficam a vontade de disponibilizar seus votos por uma questão mais pessoal que institucional. O receio é que, disponibilizados os fundamentos do seu entendimento, outros ministros elaborem contra-argumentos mais robustos. Evidencia-se o individualismo e a vaidade na atuação de julgar. Um dos ministros, aliás, deixou bastante claro esse ponto: *“se eu recebesse os votos dos ministros, ‘a’, ‘b’ e ‘c’ e (...) tivesse alguma dúvida, eu telefonaria. Agora se se tratasse do ministro ‘f’, eu ia aproveitar para cair em cima dele, fazer uma grande discussão, transformar aquilo num debate para tentar mostrar que eu sei Direito mais do que ele”*.¹⁹⁸

Para além desse argumento absolutamente antideliberativo, outros ministros não concordaram com a liberação prévia do voto do relator, pois, conforme SILVA, *“entendem que isso pode levar muitos ministros a acompanhar o relator por inércia, ou (...) que o grau de influência do relator poderia ser potencializado, ou ainda (...) que o julgamento já estaria decidido antes de se iniciar a sessão, antes de se ouvirem os advogados em suas sustentações orais”*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Interessante registrar o procedimento adotado pela ministra aposentada do STJ, Eliana Calmon, no julgamento do EREsp 770.451. Nesse processo, o Relator era o ministro Teori Zavascki. Sabedora do posicionamento adotado pelo ministro Zavascki em outro EREsp (681.180), a ministra Calmon elaborou o seu voto em diálogo com o voto proferido por Zavascki naquela outra ocasião. Ou seja, tendo em vista a ausência de disponibilização do voto do relator, a ministra deve que dialogar com o voto proferido em outro processo. O seu voto foi mantido nesses termos, pois o ministro Zavascki reafirmou o seu entendimento anterior. A ministra correu o risco, porém, de dialogar com entendimento ultrapassado, se o relator tivesse mudado de opinião.

¹⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 194/195.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 195. Quanto ao argumento de que o julgamento já estaria decidido antes de se iniciar a sessão, SILVA observa que o receio não leva em consideração a possibilidade de que as sustentações orais sejam realizadas em sessão apartada daquela destinada à tomada dos votos, como afirma ser o modelo mais comum em tribunais constitucionais e supremas cortes.

Todos os argumentos utilizados pelos ministros fazem sentido. No entanto, tendo-se em vista o aspecto deliberativo que deve guiar o julgamento colegiado, parece melhor correr-se os riscos observados no parágrafo anterior. A prévia disponibilização do voto do relator permite que os membros julgadores possuam mais informação sobre a matéria em julgamento ao chegarem à sessão. As informações contidas no voto do relator são úteis, seja para concordar, seja para discordar. Além disso, se os demais membros do colegiado já sabem o entendimento do relator e os fundamentos utilizados para alcançá-lo, eles poderão, com mais facilidade, dialogar com o voto.

Por fim, a terceira indagação – a postura do relator em relação a argumentos contrários – também tem estreita relação com o potencial deliberativo do julgamento. Neste quesito, deve-se salientar que, tomando como base o aspecto deliberativo, o relator, enquanto preparador do procedimento para o julgamento colegiado, deve elaborar um relatório que seja imparcial e que contenha todos os argumentos apresentados pelas partes para a solução da controvérsia. A apresentação somente daqueles argumentos que coincidem com o voto proferido demonstraria a falta de disposição em deliberar, ou seja, a intenção de fazer prevalecer o seu entendimento, a despeito da busca pela melhor solução jurídica.

As respostas dos ministros do STF demonstraram baixo grau de deliberatividade. Segundo os ministros, “*são raros os momentos em que isso [a exposição de argumentos contrários] ocorre*”, “*normalmente nós procuramos construir o nosso voto com a doutrina que chancela o nosso entendimento; dificilmente nós levamos correntes diferentes*”. Um dos ministros, aliás, reconheceu que a consideração de posicionamentos contrários não tem como objetivo tornar o debate mais sincero, mas, sim, aumentar o poder persuasivo do voto, por abordá-los e por rebatê-los.

Quanto a este ponto, SILVA menciona, em nota de rodapé, em comparação com a opinião dos ministros brasileiros, o ponto de vista da maioria dos ministros do Tribunal Constitucional alemão. Um dos juízes alemães observou: “*em seu voto, o relator não poderia, por exemplo, esconder posições contrárias (...). Isso não dá! Ou*

seja, eu não posso ir para a sessão de deliberação e esconder um artigo acadêmico com opiniões contrárias. Isso seria absolutamente fatal. Ninguém faria isso”.²⁰⁰

Portanto, o relator assume uma relevante função no julgamento colegiado: ele elabora o relatório, que deve ser imparcial e completo, e profere o primeiro voto, que deve enfrentar todos os argumentos debatidos no curso do processo. O seu contato com os autos o torna o preparador da deliberação colegiada. Sua atuação deficiente – seja por elaborar um relatório parcial, seja por omitir argumentos contrários ao seu entendimento – fere o propósito deliberativo que deve guiar o julgamento colegiado.

4.2.1.2. A participação das partes e de terceiros.

Como visto, a fase pré-decisional compreende o momento em que partes e terceiros interagem com a corte e, portanto, têm sua parte de responsabilidade no desempenho deliberativo dos órgãos colegiados.

A interação das partes e de terceiros consiste, ainda, na concretização do elemento da colegialidade que chamamos, em tópico anterior, da abertura a várias vozes e ao desacordo, na medida em que permite se efetivar o princípio constitucional do contraditório, entendido, como já visto, na garantia de participação influente das partes na elaboração do provimento jurisdicional.

Na já abordada teoria do processo de Aroldo Plínio Gonçalves, em que se pontua a distinção entre procedimento e processo, o procedimento é sequência de normas, atos e de posições subjetivas como atividade preparatória de provimentos – atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional.²⁰¹ Por sua vez, o processo se caracteriza como “espécie” do “gênero” procedimento, tornando-se especial pela presença do contraditório: a participação dos “interessados” na atividade de preparação do

²⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 196. Este trecho foi retirado do seguinte artigo: KRANENPOHL, U. Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht? Der Einfluss des Berichterstatters in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. 30, 2, 2009, p. 147.

²⁰¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 111 e 112.

provimento. Os interessados, a seu turno, são aqueles em cuja esfera particular o ato produz efeitos.²⁰²

A interação das partes com a corte pode ocorrer de diversas maneiras. A primeira e principal é o recurso ou a petição inicial (para os casos de competência originária). Os fatos e as razões jurídicas subjacentes ao caso concreto devem estar, todos eles, bem expostos no documento escrito. Além da petição inicial/recursal, as partes e terceiros autorizados a se manifestar podem apresentar memoriais para o destaque de fatos e argumentos. A interação com os juízes pode se dar, ainda, de forma oral. É direito do advogado dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho²⁰³ e também se manifestar, via sustentação oral ou pela ordem, nas sessões de julgamento.²⁰⁴

O primeiro contato formal das partes no julgamento colegiado ocorre na sessão de julgamento, após a leitura do relatório pelo relator, quando lhes é oportunizada a realização de sustentação oral, conforme prevê o art. 937 do CPC/15.²⁰⁵

²⁰² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

²⁰³ Lei nº 8.906/94. “Art. 7º. São direitos do advogado: (...) VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;”.

²⁰⁴ Lei nº 8.906/94. “Art. 7º. São direitos do advogado: (...) X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas; (...) XII - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;”.

²⁰⁵ “Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021:

I - no recurso de apelação;

II - no recurso ordinário;

III - no recurso especial;

IV - no recurso extraordinário;

V - nos embargos de divergência;

VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

VII - (VETADO);

VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

§ 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 984, no que couber.

§ 2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que o processo seja julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

O código listou as hipóteses em que a sustentação oral tem cabimento: na apelação, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário, nos embargos de divergência, na ação rescisória, no mandado de segurança, na reclamação e no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência.

Uma das hipóteses – a sustentação oral no agravo interno originário de recurso de apelação, de recurso ordinário, de recurso especial ou de recurso extraordinário – foi vetada pela Presidência da República, sob o argumento de que a previsão “*resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais*”.²⁰⁶

§ 3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga.

§ 4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.”

²⁰⁶ Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015, que expôs as razões dos vetos do Projeto de Lei do Senado nº 166/10 (PL da Câmara dos Deputados nº 8.046/10), convertido na Lei nº 13.105/15. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em 19 de março de 2017.

Digno de nota que a jurisprudência do STF e do STJ se posicionavam, em momento anterior ao CPC/15, neste mesmo sentido:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO REGIMENTAL. INCABÍVEL. ART. 131, § 2º, DO RISTF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 287 DO STF. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Preliminarmente, ressalta-se que é incabível o pedido de sustentação oral, pois, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o recurso de agravo regimental não comporta sustentação oral (art. 131, § 2º). II - O agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, o que o torna inviável o recurso extraordinário, o que faz incidir o óbice da Súmula 287 do STF. Precedentes. III - A discussão acerca do prazo prescricional demanda a análise de legislação infraconstitucional, Decreto-Lei 20.910/32. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. IV – Agravo improvido. (AI 795683 AgR, Relator(a): Minº RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-217 DIVULG 11-11-2010 PUBLIC 12-11-2010 EMENT VOL-02430-02 PP-00492).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO. ADIAMENTO DA SESSÃO. INDEFERIMENTO. MAIS DE UM ADVOGADO CONSTITUÍDO. NÃO CONHECIMENTO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. 1. Preliminarmente, indefere-se o pleito de adiamento da sessão de julgamento. O agravante é representado por mais de um advogado constituído, conforme se verifica na procuração e no substabelecimento de fls. 997 e 1.661 (e-STJ), de modo que não há razão plausível para adiar o ato processual pelo simples fato de um deles estar impossibilitado de comparecer ao Tribunal. Precedentes do STF e do STJ: RHC 128.173, Relator: Minº Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe-151 e 3/8/2015; HC 209.038/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 27/2/2013; EDcl no REsp 1.275.156/PR, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe 19/11/2012. 2. Acrescente-se que, em se tratando de julgamento de Agravo Regimental, nem mesmo é cabível sustentação oral. 3. Nos termos da Súmula 315/STJ, "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial". 4. In casu, o agravante questiona a aplicação

Com efeito, a decisão monocrática é exceção em face da regra da colegialidade. Conforme o art. 932 do CPC/15, o relator apenas pode atuar, sem levar a questão ao órgão colegiado, nas situações expressamente previstas. Em relação ao mérito, a atuação monocrática do relator pode ocorrer das seguintes formas: (iii) não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; (iv) negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (v) depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Portanto, em tese, e considerando que apenas nessas hipóteses os relatores decidiriam monocraticamente, não haveria por que a previsão de sustentação oral em agravo interno. Ora, tratando-se de matéria pacificada pelas sistemáticas criadas pelo CPC/15, seria razoável admitir a supressão da sustentação oral no julgamento daquele recurso.

Todavia, é sabido que, por vezes, não se tem a correta aplicação do art. 932 do CPC/15. Há casos em que o relator se vale da exceção à colegialidade a despeito das hipóteses legais.

Com o devido respeito, tome-se como exemplo a decisão proferida pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Rigamonte Fonseca nos autos do Agravo de Instrumento nº 0012321-43.2016.4.01.0000, analisado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Referido recurso foi interposto contra decisão proferida no processo originário,

da Súmula 182/STJ por acórdão que negou provimento a Agravo Regimental de decisão que não conheceu de Agravo em Recurso Especial. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EAREsp 719.466/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/06/2016, DJe 19/09/2016).

que indeferiu o pedido de antecipação de tutela que objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em debate. A matéria discutida se referiria à exigência de PIS e de COFINS sobre receitas financeiras tendo por base as alíquotas previstas no Decreto nº 8.426/15.

O cerne da controvérsia reside no fato de que o art. 27, §2º, da Lei nº 10.865/04 permitiu ao Poder Executivo reduzir ou restabelecer as alíquotas de PIS e de COFINS incidentes sobre receitas financeiras. Em 2004, o Decreto nº 5.164/04 reduziu a zero as referidas alíquotas para os contribuintes sujeitos ao regime não cumulativo das mencionadas contribuições. A seu turno, em 2015, o Decreto nº 8.426/15 restabeleceu as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS sobre receitas financeiras para 0,65% e 4%, respectivamente.

O argumento dos contribuintes é no sentido de que a majoração das alíquotas realizada pelo Decreto nº 8.426/15 viola o princípio da legalidade tributária, estipulado no art. 150, I, da Constituição de 1988, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Ao analisar o agravo de instrumento, em 07 de abril de 2016, o ilustre Juiz Convocado houve por bem, em decisão monocrática, dar-lhe parcial provimento, para suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pela agravante, nos termos dos Decretos nº 8.426/15. Para tanto, evoca fundamento no art. 557, §1º-A, do regovado CPC/73, que permitia que o relator desse provimento ao recurso “*se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”.

Com efeito, àquela época, nem o STF, nem o STJ, e sequer o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tinham se manifestado em decisão colegiada sobre a controvérsia. Aliás, o STJ ainda analisa o REsp nº 1.586.950 e o STF reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional controvertida no RE nº 1.043.313, estando o recurso pendente de julgamento. Tanto que a mencionada decisão monocrática no Agravo de Instrumento não menciona qualquer súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

Houve, no caso concreto, a aplicação indevida do art. 557, §1º-A, do CPC/73, atualmente previsto no art. 932, V, do CPC/15. Essa situação acarretou violação à regra da colegialidade e, em análise de eventual agravo interno interposto, a parte se verá proibida de realizar sustentação oral perante a Turma. Nesse sentido, sem que exista jurisprudência consolidada sobre a matéria, o juízo monocrático extrapola seu poder jurisdicional e causa prejuízos às partes, que ficam impedidas de apresentarem suas razões orais ao órgão colegiado.

Esse é o motivo da crítica ao entendimento firmado no STJ, reiteradamente aplicado a casos como tais, no sentido de que *“a decisão monocrática que poderia ter eventualmente descumprido a formalidade exigida pelo art. 557 do CPC não prejudicou a recorrente, uma vez que foi apreciada e confirmada pelo órgão colegiado do Tribunal local”* (AgInt no AREsp nº 816.280, sessão de 25 de outubro de 2016, acórdão publicado em 17 de novembro de 2016).

Apesar desta orientação, há acórdão de relatoria do Ministro Humberto Martins no REsp nº 1.366.348, cujo voto foi acompanhado à unanimidade pela Segunda Turma do STJ, vinculando a sustentação oral ao exercício do contraditório.

Na ocasião, após dar provimento ao recurso especial da União em decisão monocrática, o recorrido opôs Embargos de Declaração, que foram acolhidos com efeitos infringentes para tornar sem efeito a decisão embargada. O fundamento adotado pelo Ministro relator foi o de que o REsp adotado como precedente na decisão monocrática não teve o seu julgamento concluído por pedido de vista. E, por esse motivo, o relator defendeu, também em decisão monocrática, que *“a matéria em questão merece ser analisada pelo Colegiado da Segunda Turma, após o julgamento definitivo do REsp 1.340.444/RS”*. Sua conclusão, posteriormente confirmada pela Turma em agravo regimental, foi a de que *“só com isso será possível o exercício do contraditório, mediante sustentação oral perante os ministros daquele órgão julgador”*.

É inegável que, ainda que a decisão monocrática seja confirmada pelo órgão colegiado, o descumprimento na aplicação do art. 932 do CPC/15 (e ao art. 557 do CPC/73) causa prejuízos às partes. Ao lhes retirar a possibilidade de sustentação oral, fica vedada a plenitude da colegialidade, especialmente o contraditório como garantia de participação influente das partes na elaboração do provimento jurisdicional.

Representa, ao fim, o descompromisso com o ótimo desempenho deliberativo de órgãos colegiados.

A relação entre sustentação oral e contraditório já foi abordada por SOKAL. O autor defende que a sustentação oral é “*mecanismo a incrementar o direito de influência das partes sobre a formação do convencimento dos julgadores do órgão colegiado, sem que exclua, em qualquer caso, as alegações por escrito*”.²⁰⁷ Apesar disso, SOKAL não vê necessária correlação entre um e outro, de modo a concluir que “*contraditório não significa, necessariamente, defesa oral*”. Para o autor, a manifestação oral não é imprescindível à luz da Constituição de 1988 e seu argumento é o de que, se o fosse, deveria ser considerada inconstitucional a inexistência de sustentação oral em qualquer procedimento, inclusive os julgamentos realizados sem audiência em primeiro grau.

Em defesa de seu argumento, cita a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, segundo a qual a ausência de oralidade nos Tribunais de segunda instância não representa violação à cláusula do processo justo.²⁰⁸ Menciona, ainda, estudo promovido pelo Ministério da Justiça Português, no qual se afirma não haver previsão de sustentação oral no julgamento de recursos nos tribunais de segunda instância.²⁰⁹

²⁰⁷ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 259.

²⁰⁸ SOKAL cita o texto que serviu de base para o colóquio “*Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*”, realizado, em 2008, pela Associação Internacional de Direito Processual na Espanha, disponível em: <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2017.

²⁰⁹ O estudo a que se refere SOKAL é o relatório chamado “*Avaliação do sistema de recursos em processo civil e processo penal*”, disponibilizado em 2005. De acordo com o relatório, o Código de Processo Civil de 1961 aboliu a possibilidade de sustentação oral em segunda instância, então previsto no CPC de 1939, “*pelo absoluto desuso da solução e por a disposição legal que a permite ser praticamente letra morta*” (disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/relatorio-de-avaliacao/downloadFile/file/RelatrioFinal20050512.pdf?nocache=1210668659.27>>. Acesso em 20 de março de 2017. Importante observar que o CPC de 2013 não alterou, neste ponto, o CPC de 1961. O art. 659, que trata do julgamento do objeto do recurso, tem a seguinte redação:

“*Art. 659. Julgamento do objeto do recurso*

1 - *O processo é inscrito em tabela logo que se mostre decorrido o prazo para o relator elaborar o projecto de acórdão.*

2 - *No dia do julgamento, o relator faz sucinta apresentação do projecto de acórdão e, de seguida, dão o seu voto os juízes-adjuntos, pela ordem da sua intervenção no processo.*

Por outro lado, MARTINS defende ser da “*essência do princípio do contraditório e da ampla defesa permitir que a parte possa expor oralmente na sessão de julgamento*” não só para o devido destaque de aspectos fáticos e jurídicos, mas também para corrigir ou complementar o relatório lido pelo relator. Isso porque, segundo o autor, como apenas o relator e, em certos casos, o revisor têm contato prévio com os autos do processo, os demais membros do órgão colegiado “*julgam com fundamento naquilo que ouvem e, eventualmente, por aquilo que é debatido entre os demais julgadores*”²¹⁰.

SOKAL vê o entendimento de MARTINS como solução meramente paliativa. O problema de fundo, para aquele autor, não é a relação entre contraditório e sustentação oral, mas sim a manutenção do procedimento que permite que os demais julgadores – que não o relator e o revisor – julguem sem nenhum contato prévio com o processo. Nesse sentido, a defesa de SOKAL é que:

(...) enquanto perdurar o regime em que os demais julgadores somente têm contato com a causa através do debate oral na sessão, às partes têm de ser reconhecido o direito à sustentação oral em qualquer espécie de recurso como fruto da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), para que possam influir da única forma direta e eficaz possível sobre o convencimento dos demais julgadores que compõem o colegiado. Quando, porém, tal sistemática for devidamente corrida com o estudo prévio dos autos por cada julgador, já não será mais necessário defender um direito fundamental à oralidade na segunda instância como decorrência da garantia do contraditório, de vez que este pode ser validamente exercido também de forma efetiva através de petições escritas no processo, influenciando a convicção dos membros do colegiado da mesma forma como ocorre com os julgamentos em primeiro grau

3 - *A decisão é tomada por maioria, sendo a discussão dirigida pelo presidente, que desempata quando não possa formar-se maioria.*”

Por sua vez, no recurso de revista, analisado pelo Supremo Tribunal de Justiça português, há espaço para a apresentação de alegações orais:

“*Art. 891. Alegações orais*

1 - *Pode o relator, oficiosamente ou a requerimento fundamentado de alguma das partes, determinar a realização de audiência para discussão do objeto do recurso.*

2 - *No dia marcado para a audiência ouvem-se as partes que tiverem comparecido, não havendo lugar a adiamentos.*

3 - *O presidente declara aberta a audiência e faz uma exposição sumária sobre o objeto do recurso, enunciando as questões que o tribunal entende deverem ser discutidas.*

4 - *O presidente dá a palavra aos mandatários do recorrente e do recorrido para se pronunciarem sobre as questões referidas no número anterior.*”

²¹⁰ MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 412.

sem audiência, em que é ausente a oralidade sem qualquer pecha de inconstitucionalidade.²¹¹

As razões sustentadas por SOKAL são, do ponto de vista do melhor desempenho deliberativo do órgão colegiado, acertadas. Contudo, sua solução contraria a lógica seguida pelo legislador brasileiro, que, como já mencionado, optou por suprimir a figura do revisor. Ou seja, em prol da celeridade processual, o CPC/15 dispensou que os autos, após a elaboração do relatório pelo relator, fossem encaminhados a outro julgador para “visto”. Exigir que todos os processos sejam previamente estudados por todos os julgadores, embora seja o ideal sob o olhar da qualidade do procedimento decisório, não condiz com o volume de processos da justiça brasileira e com o garantia constitucional da celeridade processual.

Importante notar que há autores que defendem haver pequena influência da sustentação oral no resultado do julgamento. Segundo essa linha de raciocínio, as preferências dos julgadores já estão tomadas e estabilizadas²¹² e não haveria evidências de que a sustentação oral determinasse a solução da controvérsia (ou, nas palavras dos autores, determinasse quem ganha e quem perde).²¹³ O argumento é o de que o curto tempo de sustentação oral e o fato de os juízes já possuírem entendimento fixado em certas matérias tornaria inócua a realização de sustentação oral.²¹⁴

Quanto à primeira crítica, o prazo para que as partes realizem sua sustentação oral há, de fato, de ser razoável para o exercício da garantia da ampla defesa e do contraditório. Como regra, no Brasil, as partes possuem quinze minutos para sustentar suas razões, conforme art. 937 do CPC/15. Este prazo não soa desarrazoado. Exemplo de prazo sem razoabilidade era o previsto no Decreto Estadual nº 54.486/09 que, regulamentando a Lei Estadual nº 13.457/09, do Estado de São Paulo, estipulava o prazo de cinco minutos para a sustentação oral no Tribunal de

²¹¹ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 262.

²¹² ROHDE, David. W; SPAETH, Harold J. *Supreme Court decision making*. San Francisco: Freeman, 1976, p. 153.

²¹³ SEGAL, Jeffery A; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 208.

²¹⁴ JOHNSON, Timothy R. Information, oral arguments, and Supreme Court decision making. *American Politics Research*, v. 29, nº 4, 2001, p. 332.

Impostos e Taxas (TIT) da Secretaria de Estado da Fazenda.²¹⁵ Dada a complexidade de muitas das matérias debatidas no tribunal administrativo, e a constante pressão dos advogados que militavam na área, o Estado de São Paulo editou, em janeiro de 2016, a Lei Estadual nº 16.125/16, que assegura às partes, perante o TIT, o prazo de quinze minutos para a defesa oral.

Por sua vez, a segunda crítica deve ser minimizada no contexto normativo brasileiro. Como já observado, a regra dos julgamentos colegiados é que apenas o relator tenha contato com os autos antes da sessão de julgamento.²¹⁶ Nesse cenário, somente o relator vai para a sessão de julgamento com o voto elaborado (nos termos do art. 931 do CPC/15). Os demais julgadores, em tese, formarão o seu convencimento na própria sessão. Ou seja, apenas o relator tem o entendimento formado antes da realização da sustentação oral e trata-se, naturalmente, de uma minuta de voto, passível de alteração até a proclamação do resultado do julgamento.

De todo modo, ainda que não existam evidências de que a sustentação oral determine o resultado do julgamento,²¹⁷ há de se lhe reconhecer como uma das mais importantes fontes de informação do órgão colegiado.²¹⁸ A sustentação oral é, como

²¹⁵ O TIT, tal qual o já mencionado CARF, é o tribunal administrativo que julga os processos administrativos tributários em segunda instância. Apesar de defendermos a falta de razoabilidade, não localizamos decisões judiciais que tratassem da matéria, seja para considerar o prazo de cinco minutos ilegal/inconstitucional, seja para considera-lo legal/constitucional.

²¹⁶ O revisor, nas hipóteses admitidas, também acessarão os autos do processo.

²¹⁷ Por outro lado, JOHNSON, WAHLBECK e SPRIGGS, II, em pesquisa relativa à Suprema Corte Americana, defenderam existir evidências de que a sustentação oral afeta os votos dos julgadores e o processo decisório da corte. Baseados em notas dadas a sustentações orais de advogados pelo Justice Harry Blackmun (que ocupou a Suprema Corte Americana entre os anos de 1970 e 1994), encontradas em arquivos pessoais do julgador, os autores relacionaram a qualidade da argumentação oral ao voto final de mérito dos julgadores. A análise dos dados levantados – 539 casos aleatórios decididos entre 1970 e 1994 – permitiu a conclusão de que um dos fatores que mais influencia essa relação é a credibilidade do advogado que profere a defesa oral. Nesse sentido, aspectos como maior experiência e melhor educação jurídica tendem a afetar a qualidade da sustentação oral e, conseqüentemente, o voto dos julgadores. (JOHNSON, Timothy R.; WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS, II; James F. The influence of oral arguments on the U.S. Supreme Court. *The American Political Science Review*, v. 100, nº 1, 2006, p. 99-113).

²¹⁸ BENOIT, William. Attorney argumentation and Supreme Court opinions. *Argumentation and Advocacy*, v. 26, nº 1, 1989; COHEN, Donald. Judicial predictability in United States Court oral advocacy: analysis of the oral argument in *TVA v. Hill*. *University of Puget Sound Law Review*, v. 2, 1978. JOHNSON, Timothy R. Information, oral arguments, and Supreme Court decision making. *American Politics Research*, v. 29, nº 4, 2001. JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan. Justice, interrupted: the effect of gender, ideology and seniority at Supreme Court oral arguments. *Virginia Law Review*, nº 203, Forthcoming, 2017; SULLIVAN, Barry; CANTY, Mega. Interruptions in search of a purpose: oral arguments in the Supreme Court. *Utah Law Review*, nº 5, 2015, p. 20/21.

dito, o primeiro e único procedimento formal de contato entre os julgadores e as partes e seus advogados. É nessa oportunidade que as partes podem enfatizar fatos e argumentos jurídicos considerados mais importantes, esclarecer os argumentos apresentados na forma escrita e estabelecer as questões relevantes ao julgamento.²¹⁹

Importante ainda notar que, antes da realização da sustentação oral, o órgão colegiado – diga-se, como regra, o relator – já recebeu informações sobre o caso em julgamento pelos documentos escritos constantes dos autos, vindos das partes e, eventualmente, de terceiros como *amicus curiae*. Porém, até então, a maior parte da informação levada aos autos é aquela que as partes querem que os julgadores tenham acesso.²²⁰ Isto é, pelas vias escritas, os autos recebem apenas aqueles argumentos que as partes têm interesse em apresentar aos julgadores.

Nesse sentido, outro aspecto relevante da sustentação oral corresponde à obtenção de novas informações, buscadas pelos próprios julgadores por meio de perguntas às partes.²²¹ Ou seja, o momento da realização da defesa oral na sessão de julgamento é também o momento em que os julgadores obterão informações até então não levadas pelas partes ao processo.²²²

²¹⁹ ; SULLIVAN, Barry; CANTY, Mega. Interruptions in search of a purpose: oral arguments in the Supreme Court. *Utah Law Review*, nº 5, 2015, p. 21.

²²⁰ JOHNSON, Timothy R. Information, oral arguments, and Supreme Court decision making. *American Politics Research*, v. 29, nº 4, 2001, p. 331.

²²¹ *Ibid.*, 2001, p. 332. JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan. Justice, interrupted: the effect of gender, ideology and seniority at Supreme Court oral arguments. *Virginia Law Review*, nº 203, Forthcoming, 2017, p. 11. JACOBI e SCHWEERS chamam a atenção para o fato de que, ao serem interrompidos em suas perguntas durante a sessão de “*oral arguments*”, os julgadores não apenas são impedidos de conseguir as informações que considera importante para o julgamento, mas também perdem o seu poder de influência perante o órgão colegiado (p. 76).

²²² Sobre a possibilidade de os juízes obterem novas informações para a solução da controvérsia, MENDES diferencia, do ponto de vista da interação entre juiz e partes, o modelo adversarial do modelo inquisitorial. Aquele garantiria o contraditório enquanto paridade de armas apenas entre as partes, situando o juiz num campo neutro e isento. Este permitiria o juiz a intervir mais ativamente na argumentação das partes. Para MENDES, o modelo adversarial diminui o potencial deliberativo da corte. O modelo inquisitorial, por sua vez, ao permitir que os julgadores questionem as alegações das partes e busquem novas informações e respostas, instiga a interação entre juiz e jurisdicionado, funcionando como um elemento fomentador da deliberação. (MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 163). Importante observar que o modelo inquisitorial a que se refere MENDES se aproxima mais do modelo participativo de processo, em que o juiz é colocado em num nível de interlocução processual paralelo com as partes, com a valorização de um efetivo diálogo em prol da construção do provimento jurisdicional (FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 60).

Em pesquisa sobre o efeito da sustentação oral nas decisões tomadas pela Suprema Corte americana, JOHNSON analisou aleatoriamente 75 casos de liberdades civis julgados entre 1972 e 1986. Um de seus objetivos era confirmar a hipótese de que os julgadores se valem da sustentação oral para obter informações além daquelas oferecidas pelas partes e por terceiros. Em análise desses dados, o autor percebeu que apenas 20% das perguntas feitas pela Corte se referiam a questões inicialmente discutidas pelas partes em suas peças escritas. As outras 80% correspondiam a questões não levadas pelas partes.²²³

As conclusões de JOHNSON, portanto, foram no sentido de que, na realização da sustentação oral, os julgadores estão mais interessados em obter novas informações e levantar novas questões, não se restringindo aos esclarecimentos de assuntos já tratados pelas partes ao longo do processo. O autor percebeu, então, o relevante e crucial papel do momento da realização da sustentação oral no processo decisório dos tribunais.²²⁴ Nesse sentido, deve-se lembrar da possibilidade, em regimentos internos de tribunais brasileiros, de os julgadores pedirem esclarecimentos não apenas para o relator, mas também para os advogados das partes.²²⁵ O uso da palavra, pela ordem, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos,

²²³ JOHNSON, Timothy R. Information, oral arguments, and Supreme Court decision making. *American Politics Research*, v. 29, nº 4, 2001, p. 342.

²²⁴ *Ibid.*, p. 347.

²²⁵ **RISTJ**: “Art. 161. (...)Parágrafo único. Em qualquer fase do julgamento, posterior ao relatório ou à sustentação oral, poderão os julgadores pedir esclarecimentos ao relator, ao revisor e aos advogados dos litigantes, quando presentes, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate, ou, ainda, pedir vista dos autos, caso em que o julgamento será suspenso. Surgindo questão nova, o próprio relator poderá pedir a suspensão do julgamento.”

RITRF/1: “Art. 47. (...) § 1º Após o voto do relator e, sendo o caso, do revisor, os desembargadores federais poderão, excepcionalmente, sem nenhuma manifestação de mérito, solicitar esclarecimentos sobre fatos e circunstâncias relativas às questões em debate que não possam aguardar o momento do seu voto. Surgindo questão nova, o próprio relator poderá pedir a suspensão do julgamento.”

SOKAL, por sua vez, não vislumbra, no contexto normativo brasileiro, a possibilidade de interação entre o julgador e as partes: “Com efeito, as regras hoje em vigor no direito brasileiro concedem espaço para uma espécie de monólogo da tribuna, pois a exposição de cada patrono não pode sofrer qualquer aparte pelos julgadores, que, suponha-se, poderiam pedir esclarecimentos sobre a abrangência de determinada tese jurídica ou sobre a coerência sistêmica do raciocínio aventado, notadamente diante de consequências não previstas. No cenário atual, assim, não há um efetivo intercâmbio de ideias entre juízes e advogados, suavizando em muito o ônus que deveria pesar também sobre estes últimos na colaboração com a consistência da fundamentação da decisão” (SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 268).

documentos ou informações que influam no julgamento é, ainda, direito do advogado, nos termos do art. 7º, X, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).²²⁶

Outro importante ponto de discussão sobre a sustentação oral é o momento de sua realização. O art. 937 do CPC/15 estipula sua possibilidade “*depois da exposição da causa pelo relator*”. A questão, porém, já foi controvertida na legislação brasileira. No CPC/39, a redação original do art. 875 previa a sustentação oral após a leitura do relatório pelo relator, tal como ocorre na redação do atual art. 937 do CPC/15. A Lei nº 2.970/56 alterou a redação do mencionado dispositivo do CPC/39 para modificar o momento da realização da sustentação oral para “*após proferido o voto do relator*”. Em seguida, o relator deveria, expressamente, confirmar ou reconsiderar o seu voto.

O STF, contudo, considerou inconstitucional a alteração legislativa.²²⁷ O fundamento de inconstitucionalidade, todavia, não entrou no mérito da modificação do momento da realização da sustentação oral, mas se deu por reconhecimento de vício formal: foi reputada a violação ao art. 97, II, da Constituição de 1946, que previa a competência dos tribunais para a elaboração dos seus regimentos internos.

A questão ressurgiu com a edição do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). Apesar de o CPC/73 dispor, em seu art. 554, que a sustentação oral se realizaria “*depois de feita a exposição da causa pelo relator*”, o Estatuto da Advocacia previu, entre outros direitos do advogado, o de “*sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, (...)*” (art. 7º, IX).

A constitucionalidade da previsão foi objeto da ADI nº 1.105/DF. No julgamento da Medida Cautelar, o STF se manifestou especificamente sobre o momento da realização da defesa oral. O Ministro Ricardo Lewandowski observou que a previsão de sustentação oral após o voto do relator contém “*uma certa contradição*

²²⁶ “Art. 7º. São direitos do advogado: (...) X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;”.

²²⁷ Como também observado por SOKAL, não foram localizadas as referências exatas sobre a identificação do processo em que proferido o aludido acórdão. (SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 270).

até de ordem lógica, porque sustentar oralmente as razões de qualquer recurso pressupõe que essa sustentação se faça antes da oferta da prestação jurisdicional’.

Outra questão foi levantada pelo Ministro Joaquim Barbosa, citando o voto proferido pelo então Ministro Francisco Rezek no voto da medida cautelar. De acordo com o seu voto, “*quando se deseja que a intervenção do advogado (...) venha a produzir-se oralmente depois do voto do relator, o que se está a fomentar é mais uma forma variante de recurso*”. Ou seja, no entender do STF, ao abrir a possibilidade de sustentação oral depois de proferido o primeiro voto, a defesa passaria simplesmente a impugnar os fundamentos do julgador, como uma espécie de “*quase-recurso*”.

A posição do STF foi bastante criticada por SOKAL, para quem a realização da sustentação oral antes ou depois do voto do relator deveria ser considerada constitucional, à luz do princípio do contraditório.²²⁸ O autor defende que, em ambos os momentos, garante-se o contraditório em medida razoável, embora com enfoques distintos. De um lado, a defesa oral anterior ao voto do relator permitiria amplificar a influência das partes inclusive no voto do relator (cuja minuta já estaria pronta). De outro, a defesa oral posterior ao voto do relator potencializaria a efetividade do contraditório sobre o convencimento dos demais julgadores, na medida em que asseguraria o confronto de argumentos entre o voto do relator e a defesa da parte. Dessa forma, ambas as possibilidades seriam razoáveis e guardariam um nexo de causalidade com os seus objetivos.

A nosso ver, questão que se coloca mais relevante sobre a sustentação oral não seria propriamente o momento de sua realização – se anterior ou posterior ao voto do relator –, mas, sim, a verdadeira influência sobre o julgamento, especialmente sobre o entendimento do relator. Isto é, é saber se a sustentação oral tem, de fato, algum poder de influência sobre o voto do relator, uma vez que, conforme art. 931 do CPC/15, o relator deve levar voto pronto à sessão de julgamento.

Com efeito, é sabido que, feita a defesa oral, o relator poderá modificar o seu voto, inclusive retirar o feito de pauta para reanálise, até a proclamação do resultado do julgamento. Contudo, o relator já firmou sua convicção a partir do que consta dos autos,

²²⁸ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 275/276.

sem se influenciar pelo apresentado oralmente pelo advogado na sessão de julgamento.²²⁹

Diante desse cenário, é de se questionar se seria melhor, idealmente, do ponto de vista do contraditório e da deliberação, que todos os julgadores, inclusive o relator, submetessem-se à sessão de sustentação oral antes de firmar sua convicção. Ou seja, se, como ocorre na Suprema Corte americana, houvesse uma sessão específica para a defesa oral das partes, antes da elaboração de uma minuta de voto pelo relator, para, em um segundo momento, realizar-se outra sessão para a deliberação e tomada de votos.²³⁰

Essa possibilidade, além de permitir que a sustentação oral pudesse influenciar, de fato, o voto elaborado pelo próprio relator, colocaria todos os julgadores em pé de igualdade quanto à matéria controvertida para a deliberação na sessão de tomada de votos.²³¹ A prática de duas sessões distintas, aliás, foi tratada na já mencionada pesquisa de SILVA, baseada em entrevistas com ministros e ex-ministros do STF.²³²

Eu acho que a sustentação oral do jeito que é feita no Brasil tem uma valia limitada, porque é um processo muito unilateral. O relator geralmente já tem o seu voto pronto, de modo que, para o relator, a sustentação oral raramente produz alguma consequência. Eu seria até mesmo favorável a um modelo em

²²⁹ Interessante notar, a propósito, as observações feitas pelos ministros do STF ao discutir a possibilidade de admissão de *amicus curiae* após a liberação do processo, pelo relator, para a pauta, ocorridas na Questão de Ordem suscitada no julgamento do agravo regimental interposto na ADI nº 4.071/DF. O ministro Cezar Peluso afirmou que “quando o relator já redigiu o voto e remeteu o processo à Mesa, sustentação oral pode trazer muito pouco”, mencionando, em outro momento, que “podemos contar nos dedos os casos da história da jurisprudência e do funcionamento do Poder Judiciário em que os relatores voltam atrás por força da sustentação”; o ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, salientou que “este [o relator], quando encaminha o processo à Mesa ou ao Plenário, já firmou convicção. Então, de pouco aproveitarão os memoriais e a sustentação oral ao Relator”. Por outro lado, o ministro Carlos Britto reafirmou ser importante “o espírito aberto do julgador para ouvir novas ponderações. Quem sabe o relator muda de opinião, mesmo na undécima hora?”.

²³⁰ Para viabilizar um sistema como esse, seria importante que a parte indicasse no recurso, na petição inicial originária ou até algum momento processual estabelecido o seu interesse em realizar sustentação oral. Apenas nesses casos haveria duas sessões de julgamento. Os casos em que as partes dispensassem a sustentação oral seriam julgados diretamente na sessão de julgamento.

²³¹ Essa situação criaria um contexto próximo à figura de vista coletiva criada pelo Regimento Interno do CARF, como se verá adiante. Entre a sessão de sustentação e a sessão de julgamento propriamente dito, os julgadores poderiam, inclusive, estudar os pontos que entendessem necessários para, com mais informações sobre o caso, melhorar a qualidade deliberativa.

²³² SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 195.

que a sustentação oral se fizesse em sessão diversa da de julgamento, anteriormente á de julgamento.

Além disso, embora o senso comum pudesse levar à conclusão de que esse procedimento poderia atrasar o julgamento, não é possível afirmá-la. A princípio, o tempo despendido para o julgamento da causa seria o mesmo, apenas alternando o momento de cada etapa processual.

Por fim, um último enfoque sobre a questão merece ser considerado. Em alguns regimentos internos, como o do STF, do STJ e do TRF/1, há a previsão de que o julgador pode se considerar habilitado a julgar mesmo sem participar da sessão da leitura do relatório – e, por consequência, da realização da sustentação oral.²³³ A seu turno, o Regimento Interno do TJMG, desde a Emenda Regimental nº 06/2016, traz previsão próxima, mas não igual, e estipula que o desembargador que não houver assistido ao relatório poderá abster-se de votar, exceto quando ficar comprometido o quorum do julgamento, ou pedir adiamento do julgamento e vista dos autos.²³⁴ Embora se preveja uma solução que permita o julgador a se habilitar para votar, ela não privilegia a sustentação oral das partes.

A propósito da questão, concorda-se com a posição de SOKAL, para quem parece ser *“fora de dúvida que os julgadores não podem, por ato de vontade, simplesmente renunciar à influência que sobre seu convencimento pretendiam exercer as partes através da sustentação oral”*.²³⁵ Com efeito, a realização de sustentação oral é direito das partes, concretizador da garantia do contraditório enquanto participação dos interessados na elaboração do provimento jurisdicional. Demonstrado o interesse

²³³ **RISTF**: “Art. 134. (...) §2º Não participarão do julgamento os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos.”.

RISTJ: “Art. 162. (...) § 4º Não participará do julgamento o Ministro que não tiver assistido ao relatório, salvo se se declarar habilitado a votar.”.

RITRF/1: “Art. 48. (...) §3º Não participarão do julgamento os desembargadores federais que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos”.

²³⁴ **RITJMG**: “Art. 107. (...) § 2º O desembargador que não houver assistido ao relatório poderá: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 6, de 2016); I - abster-se de votar, exceto quando ficar comprometido o quorum de julgamento; (Incluído pela Emenda Regimental nº 6, de 2016); II - pedir adiamento do julgamento e vista dos autos, o que não impede que votem aqueles que se sentirem habilitados. (Incluído pela Emenda Regimental nº 6, de 2016).

²³⁵ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 266.

na participação da parte, o julgador não pode abrir mão, por ato voluntário, do direito alheio.

É por esse motivo, aliás, que se tem como ideal a previsão contida no Regimento Interno do CARF, que, no caso de mudança de composição da turma, determina a releitura do relatório e concede a faculdade às partes em realizar nova sustentação oral.²³⁶

Terceiros também podem se manifestar e interagir com a corte, nas situações autorizadas, seja na qualidade de *amicus curiae*, seja por meio de audiências públicas.

A diversidade dos potenciais interlocutores também determina o desempenho deliberativo do órgão colegiado, na medida em que incrementa a deliberação com diferentes perspectivas e fornece informações que, até então, poderiam não ter chegado ao tribunal

No Brasil, a figura do *amicus curiae* foi criada na Lei 6.616/78, ocasião em que se previu que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) será sempre intimada, nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria de sua competência, para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos. Porém, apenas em 1999, com a edição das Leis nº 9.868 e nº 9.882, que regulamentaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o *amicus curiae* ganhou relevância no sistema jurídico brasileiro.²³⁷ Nestes casos, a possibilidade de angariar informações não se limitou a tais ações voltadas ao controle de concentrado de constitucionalidade concentrado no STF (art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 e art. 6º, §1º e §2º, da Lei nº 9.882). Oportunizou, ainda, que o instituto fosse utilizado no

²³⁶ **RICARF:** “Art. 59. (...)§ 3º No caso de continuação de julgamento interrompido em sessão anterior, havendo mudança de composição da turma, será lido novamente o relatório, facultado às partes fazer sustentação oral, ainda que já a tenham feito, e tomados todos os votos, observando-se o disposto nos §§ 3º a 5º do art. 58. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016). § 4º Será oportunizada nova sustentação oral no caso de retorno de diligência, ainda que já tenha sido realizada antes do envio do processo à origem para realizar a diligência e mesmo que não tenha havido alteração na composição da turma julgadora. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).”

²³⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do ‘amicus curiae’. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 5, n. 2, 2013, p. 172.

procedimento de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais (art. 482, §§ 1º a 3º, do CPC/73). Mais recentemente, o CPC/73 foi alterado para admitir o *amicus curiae* nos processos com repercussão geral reconhecida no STF (art. 543-A, §6º, CPC/73) e afetado como repetitivo no STJ (art. 543-C, §4º, CPC/73).

A participação do *amicus curiae* se tornou realidade ainda mais efetiva com o CPC/15. Inserido no capítulo da participação de terceiros, na parte geral do código, o *amicus curiae* pode ser solicitado ou admitido em processos de primeira instância ou em tribunais. Pode se tratar de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada. Exige-se, como já considerado na jurisprudência do STF,²³⁸ a representatividade adequada. Mais importante: sua participação deve levar em consideração a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

Trata-se, como afirmado em acórdão de EDs na ADI nº 3460, em participação que “*ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo tribunal*”. A participação de *amicus curiae* é, portanto, mais uma forma de fornecer aos julgadores informações e elementos para a melhor deliberação e tomada de decisão.²³⁹

²³⁸ O conceito de representatividade adequada tem sido balizada pelo STF. Em decisão monocrática publicada em 10/03/2017, no RE nº. 661256, o ministro Barroso afirmou que “*esse requisito subjetivo deve ser compreendido como potencial do interessado para, de modo efetivo, aportar elementos úteis ao deslinde da demanda*”. O ministro Dias Toffoli, em decisão monocrática proferida no RE nº 808202, publicado em 19/12/2016, afirmou que “*esta Suprema Corte tem recorrentemente rechaçado a interveniência de pessoas físicas ou mesmo jurídicas interessadas apenas ou fundamentalmente no desfecho de seu próprio processo*”.

²³⁹ Em recente decisão, no julgamento do AgRg na ADI nº 4.858, o ministro do STF Edson Fachin observou o objetivo do *amicus curiae*, destacando não poder restringir sua admissão em processos de feição objetiva: “*O amicus curiae revela-se como importante instrumento de abertura do STF à participação na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, o que não apenas se restringe ou se pode restringir aos processos de feição objetiva. Como é sabido, a interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito.*” (ADI 4858 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PUBLIC 03-04-2017).

Comunicam-se, ainda, com a corte, mas de forma informal (ou seja, fora dos autos), doutrina e imprensa. A doutrina enfrenta e esmiúça os argumentos colocados pelas partes e por terceiros e podem introduzir elementos até então não pensados ou não levados pelas partes ao processo. A imprensa, por sua vez, acaba por dar publicidade a certos casos e, de maneira menos técnica, por jogar luzes sobre a controvérsia. Aspectos não necessariamente jurídicos, como a opinião pública e os movimentos sociais, interagem com os magistrados, ainda que não os influenciem na tomada de decisão.²⁴⁰

Do exposto neste tópico, vê-se nitidamente a relação entre a participação das partes e um melhor desempenho deliberativo do órgão colegiado. Este vínculo advém da abertura da controvérsia a várias vozes, da efetivação do princípio do contraditório enquanto possibilidade de os interessados influírem na elaboração do provimento jurisdicional, e do incremento de informações fornecidas aos julgadores.

4.2.2. Fase decisional.

4.2.2.1. A composição do órgão colegiado.

WILLIAMS e O'REILLY elaboraram trabalho destinado a revisar a bibliografia sobre o efeito da diversidade nos trabalhos em grupo. A intenção dos autores era responder se a diversidade facilita ou dificulta a tarefa colegiada.²⁴¹

A diversidade consiste na situação em que alguma característica de algo ou de alguém é diferente de outra coisa ou outra pessoa. Pode corresponder a atributos demográficos – e, portanto, imutáveis, como sexo, raça ou idade – ou pessoais – e mutáveis, como especialidade ou experiência.²⁴²

²⁴⁰ SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. V. 2, nº 1., jan. a abr./2016, p. 27-52.

²⁴¹ WILLIAMS, Katherine Y.; O'REILLY, Charles A. Demography and diversity in organizations: a review of 40 years of research. *Research in Organizational Behavior*, v. 20, 1998, p. 77.

²⁴² JACKSON, Susan E.; STONE, Veronica K.; ALVAREZ, Eden B. Socialization amidst diversity: the impact of demographics on work team oldtimers and newcomers. *Research in Organizational Behavior*, v. 15, 1993, p. 56.

Os autores apresentam três teorias que explicam os efeitos da diversidade no desempenho de colegiados. A primeira teoria, da categorização social, indica que as características demográficas tendem a fazer com que um sujeito se sinta parte de um grupo de iguais. Nesse contexto, os membros desse grupo tem a tendência de achar que aqueles que são diferentes são menos confiáveis ou colaborativos que os seus semelhantes.²⁴³ Nesse caso, há um processo de estereotipagem e polarização, diminuindo o nível de coesão e de cooperação interna.

A segunda teoria, chamada do paradigma de similaridade/atração, encontra amparo na ideia de que a similaridade nas características demográficas aumenta a atração interpessoal. Isso significa que indivíduos que possuem experiências similares tendem a compartilhar dos mesmos valores.²⁴⁴ A interação entre esses membros, assim, se torna mais fácil e natural. Também neste caso, a atração entre os contatos considerados como similares diminui o potencial interativo e a comunicação entre membros que se veem como diferentes.

A seu turno, a terceira teoria, da informação e da tomada de decisão, vai no sentido oposto das anteriores. Considerando a diversidade num determinado grupo, os indivíduos estão propensos a um maior acesso a informação, tendo em vista o compartilhamento de diferentes pontos de vista na interação do colegiado. Nesse sentido, a diversidade gera um impacto positivo no aumento de habilidades, informação e conhecimento num processo de trabalho em grupo.²⁴⁵ O compartilhamento de informações, portanto, tem íntima relação com a atividade interativa, cooperativa e criativa dos membros do órgão colegiado.

Com efeito, é certo que há, de fato, o risco mencionado nas duas primeiras teorias de que os similares se aproximem e estabeleçam estereótipos e preconceitos em relação aos membros considerados desiguais. Se, de um lado, reconhece-se o risco de aproximação entre julgadores que se consideram similares por alguma atribuição que lhes é comum, de outro, não há como rechaçar o possível benefício mencionado pela terceira teoria mencionada por WILLIAMS e O'REILLY. Com efeito, quanto mais

²⁴³ WILLIAMS, Katherine Y.; O'REILLY, Charles A. Demography and diversity in organizations: a review of 40 years of research. *Research in Organizational Behavior*, v. 20, 1998, p. 84.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 85.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 87.

diversificado um órgão colegiado, maior é possibilidade de que se tenha à mesa diferentes experiências, especialidades, conhecimentos e habilidades. Cuida-se, assim, da efetivação de um dos elementos inerentes à colegialidade: a abertura a várias vozes e ao desacordo.

No Brasil, OLIVEIRA, em já mencionada pesquisa feita no STF, buscou encontrar a “formação de redes” em julgamentos não unânimes de Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs). A autora sustenta a hipótese de *“os agrupamentos dão-se de acordo com a nomeação presidencial, ou seja, ministros nomeados por um mesmo Presidente da República são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir seus votos”*.²⁴⁶

A pesquisa de OLIVEIRA sobre a formação de redes – ou, nas suas palavras, coalizões ou panelinhas – se deu com base em blocos formados de acordo com a nomeação presidencial. Ou seja, a autora dividiu os ministros do STF de 1999 a 2006 em cinco blocos: aqueles nomeados pelos presidentes militares, por Sarney, por Collor/Itamar, por Fernando Henrique e por Lula. Concluiu-se que, com exceção do bloco Collor/Itamar (em razão do comportamento do ministro Marco Aurélio, que é campeão isolado em votos vencidos), os demais blocos presidenciais possuem coesão maior entre si do que a média da Corte.²⁴⁷

A autora conclui que há *“fortes indícios de que os ministros nomeados por um mesmo Presidente tendem a comportar-se como um grupo coeso”* e que *“os ministros nomeados por um mesmo Presidente são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir os seus votos”*.²⁴⁸

Outro exemplo em que a diferença de ideologias (não apenas política) pode gerar aproximações de determinados indivíduos num determinado grupo se refere aos

²⁴⁶ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*. V. 20, nº 44, 2012, p. 151. Neste caso, a diversidade não se refere a atributos demográficos, mas a atributos pessoais: o critério de diferença considerado entre os ministros do STF era o Presidente da República que fez a sua nomeação.

²⁴⁷ OLIVEIRA, porém, afirma que *“os valores de coesão dos grupos, se analisados isoladamente ou em comparação com valores de combinação aleatória, não são suficientes para afirmar a influência da nomeação presidencial. Para isso é preciso ter uma base para comparação com o Tribunal como um todo, no sentido de garantir que a coesão do bloco não reflita somente o alto nível de coesão que já existia no STF no período”* (Ibid., p. 151).

²⁴⁸ Ibid., p. 152.

órgãos colegiados que possuem representantes de determinadas entidades com o fim de criar um cenário de paridade, como em diversos órgãos administrativos de julgamento em matéria tributária. Cite-se o CARF mais uma vez: organizado em órgãos colegiados paritários,²⁴⁹ suas turmas de julgamento são compostas por oito conselheiros, sendo quatro representantes da Fazenda Nacional e quatro representantes dos contribuintes.²⁵⁰ Por determinação do Decreto nº 70.235/72, os cargos de presidente das turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), das câmaras e das turmas do CARF serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, possuem o voto de qualidade. Isto é, o seu voto, neste caso, vale por dois, desempatando o julgamento.²⁵¹

A especificidade do CARF, portanto, é que parte de sua composição é representante da Fazenda Nacional – e, naturalmente, tendem a compreender a controvérsia mais facilmente pelo olhar do fisco – e outra parte é representante dos contribuintes – e, igualmente, possuem a propensão de enxergar este lado da moeda.

Embora, de um lado, o relatório disponibilizado pelo CARF sobre as decisões proferidas entre janeiro e agosto de 2016 demonstra que quase 70% das decisões foram tomadas à unanimidade, não se desconhece, respeitada a imparcialidade dos seus julgadores, a maior disposição dos conselheiros em concordarem com os aqueles julgadores de mesma representação. Isto é, é inegável que os conselheiros

²⁴⁹ Decreto nº 70.235/72: “Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (Vide Decreto nº 2.562, de 1998)(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001): (...) II - em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”.

²⁵⁰ RICARF: “Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes.”.

Neste caso, o critério de diferenciação entre os conselheiros do CARF também não se relaciona com atributos demográficos, mas sim com atributos pessoais: a representatividade do conselheiro – se representante da Fazenda Nacional, indicados pelo Ministro de Estado da Fazenda a partir de lista tríplice encaminhada pela Receita Federal do Brasil, ou se representante dos contribuintes, também indicados pelo Ministro de Estado da Fazenda a partir de lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas e pelas centrais sindicais.

²⁵¹ Decreto nº 70.235/72: “Art. 25. (...)§ 9o Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).”

representantes da Fazenda Nacional possuem maior disposição em acompanhar o entendimento dos representantes da Fazenda Nacional e que os conselheiros representantes dos contribuintes estão mais predispostos a concordarem com as razões dos representantes dos contribuintes. Isso não lhes retira a imparcialidade, mas demonstra que a heterogeneidade de histórico e experiências influencia as perspectivas e os posicionamentos dos julgadores.

Essa afirmativa se comprova a partir de levantamento das decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais dos anos de 2015 e 2016.²⁵² De acordo com o referido estudo, foram analisados 959 acórdãos, que representam a quantidade de 1.022 assuntos levados à apreciação das três turmas da Câmara Superior do CARF. Desse total, em 347 oportunidades, o julgamento se resolveu pelo voto de qualidade do presidente da turma, tendo em vista ter ocorrido empate. Em todos esses casos (ou seja, em 100% dos casos em que o julgamento se resolveu pelo voto de qualidade), o resultado do julgamento foi favorável ao Fisco.

Sobre a questão, é válida a referência à pesquisa empírica empreendida por SUNSTEIN sobre a influência da ideologia dos juízes das cortes de apelação norte-americanas – tendo por base o partido (democrata ou republicano) do Presidente que os indicou – na tomada de decisão colegiada. A pergunta que busca ser respondida por SUNSTEIN é: um juiz vota de forma diferente a depender se ele julga com nenhum, um ou dois outros juízes indicados por um presidente do mesmo partido político?²⁵³

Para respondê-la, SUNSTEIN examina três hipóteses: (i) em casos que envolvem as maiores controvérsias da atualidade – como aborto, ações afirmativas, pena de morte, discriminação racial ou sexual, etc. –, a tendência ideológica de um juiz pode ser prevista pelo partido do presidente que o indicou; (ii) a tendência ideológica de um juiz pode ser mitigada se ele julga num colegiado com dois juízes de um partido político diferente; ou seja, na análise de SUNSTEIN, um juiz democrata estaria menos

²⁵² Disponível em: <<https://jota.info/colunas/observatorio-do-carf/observatorio-carf-o-voto-de-qualidade-em-numeros-12082016>>. Acesso em 25 de março de 2017.

²⁵³ SUNSTEIN, Cass. R.; [et al.]. *Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary*. The Brookings Institution: Washington, 2006, p. 7.

tendente a votar “estereotipicamente”²⁵⁴ de forma liberal quando compusesse uma turma com outros dois juízes republicanos e um juiz republicano estaria menos tendente a votar “estereotipicamente” de forma conservadora quando compusesse uma turma com outros dois juízes democratas; e (iii) a tendência ideológica de um juiz pode ser acentuada se ele julga num colegiado com dois juízes de um mesmo partido político; isto é, um juiz democrata estaria mais tendente a votar “estereotipicamente” de forma liberal quando compusesse uma turma com outros dois juízes democratas e um juiz republicano estaria mais tendente a votar “estereotipicamente” de forma conservadora quando compusesse uma turma com outros dois juízes republicanos.²⁵⁵ A primeira hipótese, chamaremos de efeitos partidários; a segunda e terceira hipóteses, de efeitos da composição colegiada.

Após analisar 6.408 decisões colegiadas e 19.224 votos individuais, o trabalho de SUNSTEIN chegou a três diferentes conclusões. A primeira, que, em algumas áreas do direito e algumas discussões, a ideologia decorrente do partido político de indicação não funciona como um elemento previsor do voto, afastando as três hipóteses mencionadas acima. No estudo de SUNSTEIN, é o caso de julgamentos de apelações criminais e de cláusulas comerciais. Neste caso, a indicação partidária do juiz não afeta o resultado do julgamento, de modo que não há diferença entre juízes indicados por presidentes democratas ou republicanos.

A segunda, em que, na maior parte das áreas do direito e das discussões da atualidade, as três hipóteses acima são confirmadas. É o que ocorre, por exemplo, em matérias como ações afirmativas, discriminação sexual, abuso sexual e discriminação racial. Nesse sentido, o partido político do presidente que indicou o juiz é um bom previsor de como o indicado votará. Todavia, o partido político do presidente que indicou os outros dois juízes da turma é igualmente um importante elemento de previsão de como aquele primeiro juiz votará.²⁵⁶

²⁵⁴ Diz-se “estereotipicamente” porque o senso comum de que um juiz indicado por um presidente democrata seria mais liberal e de que um juiz indicado por um presidente republicano seria mais conservador não passa, naturalmente, de um estereótipo.

²⁵⁵ SUNSTEIN, Cass. R.; [et al.]. *Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary*. The Brookings Institution: Washington, 2006, p. 8/9.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

A terceira, em que, em outras duas situações, a indicação partidária tem relevância, mas as hipóteses (ii) e (iii) – mitigação ou acentuação da tendência ideológica decorrente da composição da turma – não são confirmadas. Tal se aplica aos casos de aborto e de pena de morte, ocasiões em que as convicções pessoais não são afetadas pela composição do colegiado.

Quais foram as razões apontadas por SUNSTEIN para justificar os dados coletados e as três conclusões alcançadas? Embora seu estudo se baseie na polarização democratas/republicanos, as explicações por ele apresentadas valem para qualquer tipo de diferentes ideologias (não apenas partidárias).

No primeiro caso – em que não há efeitos partidários ou da composição colegiada –, SUNSTEIN aponta duas possíveis explicações. A primeira se relaciona à clareza e a vinculação da lei ou do entendimento firmado pelo Poder Judiciário; ou seja, às hipóteses em que a lei não comporta controvérsia pela sua clareza ou em que, apesar da controvérsia, o judiciário já consolidou a forma de interpretá-la. A segunda se refere à inexistência de controvérsia ideológica para a solução da lide; isto é, aos casos em que a carga ideológica não afeta a solução jurídica do caso.²⁵⁷

Na terceira situação – em que existem efeitos partidários, mas em que os efeitos da composição colegiada não nulos –, SUNSTEIN defende que tal ocorre em ocasiões em que as convicções pessoais dos juízes são tão fortes e enraizadas que a composição colegiada não produz qualquer efeito. Nos dados de SUNSTEIN, percebeu-se sua ocorrência em julgados que envolviam aborto e pena de morte. Trata-se, portanto, de discussões que carregam grande carga moral e religiosa.

No caso mais comum – a segunda conclusão alcançada por SUNSTEIN, no sentido de que, na maioria dos casos difíceis, a ideologia partidária e a composição colegiada causam efeitos no voto individual dos juízes –, são vários os aspectos que influenciam os julgadores. SUNSTEIN divide esses elementos em três grandes grupos de fatores: a conformidade, o efeito denúncia e a polarização do grupo.²⁵⁸

²⁵⁷ SUNSTEIN, Cass. R.; [et al.]. *Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary*. The Brookings Institution: Washington, 2006, p. 60.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 63.

O fator da conformidade é explicado, de forma mais simples e direta, pela cooperação colegiada, que se fundamenta, basicamente, na deferência e no respeito ao colega. A cooperação colegiada advém, segundo SUNSTEIN, de dois principais motivos.

O primeiro é que o voto de um membro da turma (geralmente o do relator, a quem cabe preparar o julgamento colegiado) carrega informações que estão supostamente corretas. Se o relator, ao se debruçar sobre o processo e obter certas informações, chegou a tal conclusão, é possível que ele esteja certo. Se um dos juízes concorda com o relator, a situação fica ainda mais “confortável” para o terceiro juiz. Isto é, o terceiro juiz – ainda que possa possuir ideologia diversa – pode se convencer do entendimento emanado pelos colegas, por confiar no juízo feito por eles.

A segunda razão apontada por SUNSTEIN para justificar a cooperação colegiada se refere à inutilidade prática para o resultado do julgamento, de, num órgão colegiado de três juízes, apenas um apresentar um voto vencido.²⁵⁹ A impressão, no estudo empírico realizado por SUNSTEIN, é que, na maioria das vezes, o voto vencido não convencerá a maioria formada e significará, apenas, desperdício de tempo.²⁶⁰

Esses elementos da cooperação colegiada ajudam a entender o porquê de, nos casos extremos, como aborto e pena de morte, não haver efeitos da composição colegiada. Em tais situações, o entendimento individual do juiz é tão forte que as informações trazidas por um dos colegas não são suficientes para afetar a convicção já firmada. Além disso, a concepção legal individual tão consistentemente firmada torna apropriada e necessária a elaboração de voto dissidente. Ou seja, a pretensão de conformidade não se aplica a essas ocasiões.

O segundo fator tido por SUNSTEIN como razão para explicar os efeitos partidários e da composição colegiada é chamado de efeito denúncia. Trata-se de elemento que mitiga a tendência ideológica como resultado do efeito da composição colegiada. O efeito denúncia consiste no fato de que a presença de um juiz com ideologia diversa dos demais – seja mais conservador, seja mais liberal – afeta, ainda

²⁵⁹ O voto dissidente e o voto concorrente serão objeto de tratamento específico em tópico próprio, adiante.

²⁶⁰ SUNSTEIN, Cass. R.; [et al.]. *Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary*. The Brookings Institution: Washington, 2006, p. 65.

que implicitamente e sem a necessidade da elaboração de um voto divergente, o resultado do julgamento.

Imagine que, na turma com três juízes, dois possuem ideologia mais conservadora e outro mais liberal. Os dois juízes conservadores já sabem que o juiz mais liberal não seguirá um entendimento conservador extremo eventualmente proposto. Nesse cenário, há duas possibilidades: a primeira, que os juízes conservadores mantenham o entendimento extremo, sabedores de que o juiz liberal elaborará voto dissidente; o segundo, que os juízes conservadores moderem o entendimento extremo, a fim de alcançar, num viés pró-colegialidade, a unanimidade.

Ou seja, a presença do potencial dissidente pode levar à mitigação de entendimentos extremos, como nítido efeito da composição colegiada e do fator de conformidade. Haverá, neste caso, concessão de ambos os entendimentos, alcançando-se, assim, a unanimidade. Ou seja, nesta hipótese, a conformidade tende à moderação.

Neste caso, porém, não é o juiz isolado que concorda com a opinião majoritária. São os juízes que compõem a maioria que concedem e se afastam de entendimentos extremos em prol da unanimidade a ser formada com o voto do minoritário.

Por fim, o terceiro fator considerado por SUNSTEIN para justificar os efeitos partidários e da composição colegiada é da polarização do grupo, ou seja, o fato de que, em grupos formados por pessoas com mesma ideologia, existe a tendência de que se alcancem entendimentos extremos. Nesse sentido, num grupo em que há pessoas conservadoras, a deliberação tende a que este grupo chegue a decisões mais conservadoras; num grupo em que há pessoas liberais, a deliberação tende a que este grupo chegue a decisões mais liberais.

A polarização do grupo, portanto, atua como elemento que acentua a tendência ideológica como decorrência dos efeitos da composição colegiada. Nesse contexto, SUNSTEIN assevera ser plausível admitir que uma turma homogênea

(ideologicamente falando) é menos propenso a ser moderado do que uma turma heterogênea.²⁶¹

Três razões explicam a polarização do grupo, de acordo com SUNSTEIN. A primeira delas é a presença de diversos argumentos numa só direção. Isto é, a polarização decorre do fato de que, num grupo homogêneo, todos os participantes apresentam diferentes argumentos para uma mesma conclusão. O entendimento inicial de cada julgador só tende a se reafirmar a cada novo argumento, permitindo que posições moderadas cheguem a extremos.²⁶²

O segundo motivo seria a pressão social advinda da comparação. Segundo esse argumento, o posicionamento inicial (e moderado) de um membro do colegiado pode ser alterado para se adaptar ao posicionamento mais extremo de outros julgadores, como decorrência da vontade de agradar os demais julgadores.²⁶³ Trata-se de um dos vieses do fator da conformidade (explicado acima), em que um sujeito com ideologia diferente acaba por se submeter à ideologia dos demais membros por respeito e deferência ao entendimento já exposto por dois colegas. No entanto, no caso da pressão da comparação, o fator da conformidade tende ao extremo.

Por fim, a terceira causa da polarização de grupo advém da percepção de que pessoas com convicções extremas tendem a ter maior confiança e de que, ao adquirirem mais confiança, pessoas pendem a posições extremas.²⁶⁴ Em sentido contrário, pessoas com menos confiança e mais inseguras sobre suas convicções têm a tendência à moderação. Nessa linha de raciocínio, não é difícil imaginar que, ao ter seus argumentos corroborados pelos demais membros, um juiz se torne mais confiante de suas razões.

Por esses três motivos, portanto, a homogeneidade da composição do órgão colegiado tende à polarização do grupo.

Sobre a diversidade na composição do Poder Judiciário brasileiro, é digno de nota que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mapeou, pela primeira vez em 2013, o

²⁶¹ SUNSTEIN, Cass. R.; [et al.]. *Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary*. The Brookings Institution: Washington, 2006, p. 72.

²⁶² *Ibid.*, p. 73.

²⁶³ *Ibid.*, p. 74.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 75.

perfil dos seus magistrados²⁶⁵ e servidores e disponibilizou, em 2014, o relatório chamado de Censo do Poder Judiciário.²⁶⁶

Esse estudo concluiu, por exemplo, que 64,1% dos magistrados brasileiros são do sexo masculino e 35,9% do sexo feminino. Além disso, 84,2% dos magistrados se declaram brancos, enquanto 15,6% se declaram negros e 0,1% indígenas. Outro dado interessante é que apenas 0,9% dos magistrados possuem algum tipo de deficiência. Do total dos magistrados, 78,4% são casados ou em união estável com pessoa de outro sexo, 11,4% são solteiros, 7,2% são divorciados, 1,2% são separados judicialmente, 1,1% são casados ou em união estável com pessoa de mesmo sexo e 0,6% são viúvos.

No âmbito dos Tribunais, os números são ainda mais discrepantes. 78,5% dos desembargadores são homens e 21,5% mulheres; 81,6% dos ministros de tribunal superior ou do STF são do sexo masculino e apenas 18,4% são mulheres. Nos tribunais superiores e no STF, 91,1% se declaram brancos e 8,9% se declaram negros. Ainda em relação aos tribunais superiores/STF, 2,5% dos ministros possuem algum tipo de deficiência.

A diversidade na composição do órgão julgador é elemento intrinsecamente relacionado com o potencial deliberativo de uma instituição.²⁶⁷ Tratando

²⁶⁵ Para o perfil dos magistrados, levou-se em consideração os seguintes tipos de carreira: juiz substituto, conselheiro do CNJ, juiz titular, juiz substituto de 2º grau, desembargador, ministro de tribunal superior/STF, juiz eleitoral da classe dos advogados.

²⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário: vetores iniciais e dados estatísticos*. Brasília: CNJ, 2014. No Reino Unido, há uma preocupação crescente com a diversidade do Poder Judiciário. De acordo com “The Report of the Advisory Panel on Judicial Diversity 2010”, “*in a democratic society the judiciary should reflect the diversity of society and the legal profession as a whole. Judges drawn from a wide range of backgrounds and life experiences will bring varying perspectives to bear on critical legal issues. A judiciary which is visibly more reflective of society will enhance public confidence*” (disponível em <https://www.ucl.ac.uk/laws/judicial-institute/files/Report_of_the_Advisory_Panel_on_Judicial_Diversity.pdf>. Acesso em 10/04/2017). As estatísticas da diversidade do judiciário britânico referentes ao ano de 2016 demonstram que cerca de 28% dos juízes das cortes britânicas são mulheres. Atualmente, mais da metade (cerca de 51%) dos juízes com menos de 40 anos são mulheres. Apenas 6% se declaram negros, asiáticos ou de etnias minoritárias. Entre os juízes com menos de 40 anos, esse número sobe para 9% (disponível em <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/07/judicial-diversity-statistics-2december.pdf>>. Acesso em 10/04/2017).

²⁶⁷ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 153. EDWARDS também destaca a importância da diversidade da composição colegiada: “*I believe that a collegial court becomes greater than the sum of its diverse parts and that demographic diversity can promote, not impede, collegiality. Why? Judges are whole people who have*

especificamente da diversidade racial, EDWARDS conclui ser ela necessária para assegurar não apenas a qualidade, mas também a legitimidade da tomada de decisão judicial. Embora registre que a questão racial não pode determinar o resultado do julgamento, já que juízes julgam com base no estado de direito e não com base em ideologias, a presença da diversidade racial nas cortes pode refinar o processo deliberativo justamente por ampliar a variedade de perspectivas inseridas no debate.²⁶⁸

O contrário, no entanto, também é verdade: a depender da deliberatividade da corte, a diversidade pode acentuar divergências e preconceitos entre os seus membros.²⁶⁹

Sobre a acentuação de preconceitos, é digno de registro que o desempenho deliberativo ótimo vai além da mera presença da diversidade no órgão colegiado. Em recente estudo sobre a Suprema Corte americana, JACOBI e SCHWEERS observaram, a partir de estatísticas obtidas nas sessões de sustentação oral (*oral arguments*)²⁷⁰, que as julgadoras mulheres, além de se manifestarem em menos oportunidades, são mais interrompidas quando o fazem do que os juízes homens. Ademais, as juízas são interrompidas inclusive por advogados, o que é proibido pelas diretrizes da corte.²⁷¹

Os autores chamaram a atenção, ainda, para o fato de que, com o tempo, as juízas alteram o estilo discursivo, de um estilo de questionamento menos assertivo para uma maneira mais direta, típica dos juízes homens, com o objetivo de serem menos interrompidas.²⁷²

multiple identities and experiences. But judges also serve as equals who are obliged to enforce the law no matter their distinctive perspectives.” (EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, nº 5, 2003, p. 1670).

²⁶⁸ EDWARDS, Harry T. Race and the judiciary. *Yale Law & Policy Review*. V. 20, Issue 2, 2002, p.329.

²⁶⁹ EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, nº 5, 2003, p. 1667. EDWARDS fala em aumento de conflitos emocionais, que impediriam o funcionamento do grupo.

²⁷⁰ Vale lembrar, apenas as sessões de *oral arguments* são abertas ao público; a deliberação dos juízes ocorre em sessão secreta.

²⁷¹ JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan. Justice, interrupted: the effect of gender, ideology and seniority at Supreme Court oral arguments. *Virginia Law Review*, nº 203, Forthcoming, 2017, p. 4. Em números absolutos, isto é, sem levar em consideração a proporção entre homens e mulheres na Suprema Corte Americana, os autores observam que, do total de interrupções, 49,05% são homens interrompendo mulheres, 35,78% são homens interrompendo homens, 10,19% são mulheres interrompendo homens e 4,98% são mulheres interrompendo mulheres (p. 57).

²⁷² JACOBI e SCHWEERS transcrevem trechos de *oral arguments* em que evidencia que as juízas mais antigas – como Sandra Day O’Connor e Ruth Bader Ginsburg, em julgamentos mais recentes, adotam um estilo mais direto de discurso e acabaram sendo menos interrompidas, enquanto as juízas mais

Uma última questão afeita à composição do colegiado diz respeito à especialização temática do órgão julgador. Como já se disse, a distribuição dos recursos se pauta na alternatividade, no sorteio eletrônico e na publicidade. A intenção dessa forma de distribuição é garantir o princípio do juiz natural e da imparcialidade. Aliado a esses aspectos, a Constituição autoriza aos regimentos internos dos tribunais a dispor sobre a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais (art. 96, I, 'a').

O exemplo mais emblemático, entre os tribunais brasileiros, é o do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que, desde 2005, possui câmaras temáticas – como as Câmaras de Direito Ambiental e as Câmaras de Direito Empresarial –, criadas com o objetivo de garantir a eficiência no julgamento dos processos. Nos demais tribunais brasileiros, a regra é da existência de câmaras criminais e cíveis, e estas divididas em câmaras de direito público e de direito privado.

recentes – como Sonia Sotomayor e Elena Kagan – se manifestam por meio de um estilo mais educado – iniciando suas frases com “desculpa” ou frases como “posso lhe perguntar” – e, por tal razão, são mais interrompidas pelos colegas. Os exemplos indicados pelos autores são interessantes:

“Notably the more Junior female Justices – Sotomayor and Kagan – appear to also utilize this less assertive questioning style and they get interrupted far more than any other Justice on bench. This is as seen in Fisher v. University of Texas with = Sotomayor:

Bert W. Rein: ... What you're trying to measure is to what extent did the use of race boost over the use of the PAI on a nonracial basis.

Sonia Sotomayor: I'm sorry. I thought you said –

John G. Roberts, Jr.: But in Parents – in Parents Involved, you indicated that at some point the actual benefit of the program turns out to be not really worth the very difficult decision to allow race to be considered if at the end of the day it generates a certain number. I'm trying to figure out what that number is.

Bert W. Rein: And – and I am saying that, as we said in our briefs, and we tried to – there's no perfect measurement because you don't have them running simultaneously.

Kagan suffers the same fate, as seen in Kansas v. Carr:

Rachel P. Kovner: ... And that's equally true at sentencing.

Elena Kagan: Sorry, but I'm not –

Antonio Scalia: You – you would need two – two separate juries, wouldn't you?

Rachel P. Kovner: That's – that's what the Kansas Supreme Court said here.

Both Sotomayor and Kagan start with 'sorry', which are examples of Ainsworth's 'women's speech'. O'Connor and Ginsburg appear to have transitioned, or changed, their ways of asking questions so as to not be interrupted as much. There are numerous examples of Kagan and Sotomayor framing their questions by asking if they may interrupt the advocate, only to get interrupted themselves as seen in Fisher v. University of Texas,

Sonia Sotomayor: May I ask –

John G. Roberts, Jr.: Could you associate a number with 'the very small'? I guess it would be the number of students who were admitted with the consideration of the race who were not also –

Bert W. Rein: Correct.

Kagan and Sotomayor often frame their questions with a question, such as 'may I ask', or 'could I ask', rather than just asking the question^o This indirectness is exactly what Ainsworth was referring to when she described 'women's speech' as more polite. These framing words provide the opportunity for an interruption to occur before the Justice even gets to the heart of the question^o

Com efeito, há aspectos positivos e negativos na especialidade temática dos órgãos julgadores. De um lado, a delimitação da competência em matérias especializadas, ao menos em tese, sugere um conhecimento mais aprofundado do julgador da controvérsia em julgamento. Além de significar uma tendência de decisões com maior rigor técnico, a especialidade temática proporciona julgamentos mais eficientes do ponto de vista do tempo despendido para a análise da questão controvertida.²⁷³

O conhecimento mais profundo da matéria pode ser um fator a intensificar a deliberatividade do órgão colegiado. Estando todos os julgadores num mesmo nível técnico, é razoável dizer que a deliberação tenderá a ser mais profunda e, conseqüentemente, de melhor qualidade.²⁷⁴

Por outro lado, a especialidade temática pode trazer riscos ao princípio do juiz natural e à impessoalidade. Ao reduzir o número de possíveis juízes para a análise das questões específicas, há espaço para que os julgadores sejam influenciados pelos *players* habituais.²⁷⁵

Enfim, a composição do órgão julgador pode afetar o grau de deliberatividade entre os seus membros. A partir dessa característica, a cooperação colegiada ou o efeito denúncia podem mitigar diferenças em prol da unanimidade. Por outro lado, a polarização do grupo pode acentuar posições extremas.

Contudo, há também situações em que a composição do órgão colegiado não afeta a posição dos seus membros, seja porque a matéria não gera controvérsias ideológicas ou já foi consolidada nos tribunais, seja porque a controvérsia ideológica é tão profunda que cada julgador já possui seu entendimento firmado.

²⁷³ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 192. BAUM, Lawrence. *Specializing the courts*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 32.

²⁷⁴ Embora sem se basear em pesquisas estatísticas, é crível afirmar que um dos fatores de maior deliberatividade no CARF é a especialidade dos julgadores em matéria tributária, aliado a outros como a paridade dos órgãos colegiados e a informalidade do processo administrativo.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 193. Tome-se como exemplo a mencionada Câmara de Direito Ambiental do TJSP: as matérias de sua competência serão sempre analisadas por um seletivo grupo de oito julgadores. Faço, nesta oportunidade, a mesma observação de SOKAL: a citação da Câmara de Direito Ambiental do TJSP é meramente acadêmica e sem qualquer indício concreto de que o risco mencionado tenha se realizado.

4.2.2.2. A sessão de julgamento.

O CPC/15 prevê a “discussão” da matéria antes do julgamento (art. 939)²⁷⁶. Os regimentos internos do STJ e do TRF/1 também estipulam essa fase, ainda que de forma limitada, possibilitando que cada Ministro ou Desembargador possa falar “*duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação de voto*”.²⁷⁷ No regimento interno do TJMG, não há menção a qualquer possibilidade de debate sobre a matéria após a sustentação oral das partes, determinando-se, imediatamente, a colheita dos votos.²⁷⁸

Embora se saiba que, na prática, não há os limites colocados no RISTJ e no RITRF/1 e a impossibilidade de se discutir a matéria como prevista no RITJMG, as previsões contidas no CPC/15 e nas normas regimentais são tímidas. A deliberação, antes da tomada dos votos (técnica, como já assinalado anteriormente, puramente agregativa), deveria ser expressamente incluída como um dos procedimentos da sessão de julgamento.²⁷⁹

Interessante notar que, no regimento interno do CARF, há a previsão de que, após o voto do relator, será dada a palavra aos demais conselheiros “*para debate e*

²⁷⁶ “Art. 939. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.”

²⁷⁷ **RISTJ**: “Art. 161. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação de voto. Nenhum falará sem que o Presidente lhe conceda a palavra, nem interromperá aquele que a estiver usando.”

RITRF/1: “Art. 47. Cada desembargador federal poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação de voto. Nenhum falará sem que o presidente lhe conceda a palavra nem interromperá o que desta estiver fazendo uso. São vedados apartes.”

²⁷⁸ **RITJMG**: “Art. 107. Concluída a sustentação oral, o Presidente tomará os votos do relator, do revisor, quando for o caso, e dos vogais, na ordem decrescente de antiguidade. (Redação dada pela Emenda Regimental n° 6, de 2016).”

²⁷⁹ Embora os regimentos internos não prevejam uma necessária fase de debates antes da tomada dos votos, há a previsão, no RISTJ e no RITRF/1, de os julgadores solicitarem esclarecimentos ao relator ou às partes:

RISTJ: “Art. 161. (...).Parágrafo único. Em qualquer fase do julgamento, posterior ao relatório ou à sustentação oral, poderão os julgadores pedir esclarecimentos ao relator, ao revisor e aos advogados dos litigantes, quando presentes, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate, ou, ainda, pedir vista dos autos, caso em que o julgamento será suspenso. Surgindo questão nova, o próprio relator poderá pedir a suspensão do julgamento.”

RITRF/1: “Art. 47. (...) § 1º Após o voto do relator e, sendo o caso, do revisor, os desembargadores federais poderão, excepcionalmente, sem nenhuma manifestação de mérito, solicitar esclarecimentos sobre fatos e circunstâncias relativas às questões em debate que não possam aguardar o momento do seu voto. Surgindo questão nova, o próprio relator poderá pedir a suspensão do julgamento.”

esclarecimentos”.²⁸⁰ Ou seja, neste tribunal administrativo, a abertura para debate e para esclarecimentos consiste numa fase procedimental obrigatória anterior à tomada dos votos.

Sobre o momento da deliberação e da tomada de votos, há outras possibilidades que não na mesma sessão de julgamento. No trabalho feito por SILVA com entrevistas com os ministros do STF, já mencionado anteriormente, um dos ministros sugeriu a separação das sessões para a realização da sustentação oral e das sessões para a tomada de votos (como também já observado em tópico anterior).²⁸¹

Na Suprema Corte americana, por exemplo, há dois tipos de sessão: uma é destinada a ouvir os argumentos orais das partes (“*hearing sessions*” ou “*oral arguments*”) e é aberta ao público e à imprensa (embora a sessão não seja – e não possa ser – filmada; as sessões são retratadas por desenhos e por gravação de som); outra é realizada apenas com os juízes para deliberação do caso (“*conference*”) e é secreta.

Em regra, por duas semanas seguidas, as reuniões para sustentação oral são realizadas de segunda a quarta-feira de manhã; na quarta à tarde e na sexta-feira, ocorrem as sessões secretas para deliberação sobre os casos ouvidos. Nas duas semanas que se seguem, os “*Justices*” elaboram os votos pelos quais estão

²⁸⁰ **RICARF:** “Art. 58. Anunciado o julgamento de cada recurso, o presidente dará a palavra, sucessivamente: I - ao relator, para leitura do relatório; II - ao recorrente ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente; III - à parte adversa ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente; IV - ao relator, para proferir seu voto; V - aos demais conselheiros para debates e esclarecimentos.

§ 1º Encerrado o debate o presidente tomará, sucessivamente, os votos dos demais conselheiros, na ordem dos que tiveram vista dos autos e dos demais, a partir do 1º (primeiro) conselheiro sentado a sua esquerda, e votará por último, proclamando, em seguida, o resultado do julgamento, independentemente de ter tido vista dos autos.

§ 2º Ressalvadas as hipóteses expressamente autorizadas pelo Presidente da Turma, não cabem novos debates após o início da votação.”.

²⁸¹ “Eu acho que a sustentação oral do jeito que é feita no Brasil tem uma valia limitada, porque é um processo muito unilateral. O relator geralmente já tem o seu voto pronto, de modo que, para o relator, a sustentação oral raramente produz alguma consequência. Eu seria até mesmo favorável a um modelo em que a sustentação oral se fizesse em sessão diversa da de julgamento, anteriormente à de julgamento.” (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 195).

responsáveis, cujas minutas são disponibilizadas para os demais membros da corte, e as dissidências. Além disso, preparam-se para as sessões de sustentação oral.

Quando as minutas de votos estão “aprovadas”, após a sua disponibilização aos demais juízes, o caso é levado à sessão secreta numa sexta-feira para que haja o encerramento da votação. Na próxima sessão de sustentações orais, há uma breve exposição do julgamento, com a disponibilização da decisão para o público.²⁸²

Nas cortes internacionais,²⁸³ o exemplo da Corte Internacional de Justiça (CIJ) é interessante, por possuir um procedimento próprio das chamadas “notas”,

²⁸² REHNQUIST, William H. The supreme court's conference. In: O'BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016. O antigo “Chief Justice” William H. Rehnquist faz uma detalhada explicação acerca do funcionamento da Suprema Corte Americana: “*Beginning the first week of October in each year, we commence a new Term; we begin the Term by having three days of oral arguments before the full bench, sitting in the public Court Room in the Supreme Court building in Washington° (...) As soon as we come off the bench Wednesday afternoon around three o'clock, we go into 'conference' in a room adjoining the chambers of the Chief Justice. The Conference is attended only by members of the Court, (...). The Chief Justice begins the discussion of each case with a summary of the facts, his analysis of the law, and an announcement of his proposed vote (that is, whether to affirm, reverse, modify, etc.). The discussion then passes to the senior Associate Justice, who does likewise. It then goes on down the line to junior Associate Justice. When the discussion of one case is conclude, the discussion of the next one is immediately taken up, until all the argued cases on the agenda for that particular Conference have been disposed of. (...) At the beginning of the week following the two-week sessions of oral arguments, the Chief Justice circulates to the other members of the Court an Assignment List, in which he assigns for the writing of a Court opinion all of the cases in which he voted with the Conference majority. Where the Chief Justice was in the minority, the senior Associate Justice voting with the majority assigns the case. (...) During the Recess following the two weeks of oral argument, a part of the time of the Justices and the law clerks and secretaries is devoted to preparation of the opinions which are to be written for the Court, preparation of dissenting opinions, and study of opinions circulated by other Justices. But a large amount of time during each Recess must likewise be spent in preparation for the next round of oral arguments, as well as preparation for the continued weekly Conferences dealing with petitions for certiorari and appeals. (...) As the opinions in the cases heard early in the Term are written, circulated, and obtain a majority within the Court, and whatever dissenting views respecting them are likewise circulated, the Friday Conference will decide that such a case is ready to 'come down'. This means that immediately after we go on the bench at ten o'clock in the morning for a day of oral argument, the Justice who has written the opinion will briefly summarize the holding of the case and the Clerk of the Court will make copies of the Court opinion and dissenting opinions available to the public. Before this particular moment, all of the drafting, changing, circularizing within the Court are regarded as absolutely confidential; the minute the opinion is handed down, it is available to the public and subscribers to a publication such as Law Week may obtain its full text in a matter of days.*”.

²⁸³ É importante mencionar que não se desconhece a diferença na aplicação do Direito interno e na aplicação do Direito internacional. Com efeito, POSNER E YOO (POSNER, Eric. A.; YOO, John C. judicial Independence in International Tribunals. *California Law Review*, vol. 93, nº 1, 2005) apresentam relevantes distinções entre como operam os Tribunais domésticos e os internacionais. As Cortes domésticas atuam num sistema político com instituições, incluindo um poderoso executivo que tem o monopólio da força e um legislativo que promulga normas vinculantes a todos os cidadãos. Os Tribunais nacionais são geralmente unificados e estão inseridos num sistema jurídico que possui um objetivo geral com poderes dentro das fronteiras e da soberania do Estado e, geralmente, uma Suprema Corte no ápice

revelando, também, a existência de uma sessão para a apresentação das razões orais e uma posterior para a deliberação e para a tomada de votos.

MACKENZIE, ROMANO, SHANY E SANDS apresentam, com detalhes, o procedimento de julgamento na CIJ²⁸⁴, que se divide em duas fases – escrita e oral. A fase escrita se inicia com o memorial do requerente e o subsequente contra-memorial do requerido. Em regra, se admite a apresentação de réplica do requerente e tréplica do requerido.

O memorial deve conter clara e concisa exposição dos fatos relevantes e do direito aplicável, bem como os pedidos do requerente. O contra-memorial conterá a admissão ou a rejeição dos fatos alegados no memorial, a indicação de qualquer outro fato não exposto, bem como observações sobre o direito aplicável e os pedidos do requerido. Ambos incluirão os documentos relevantes para a prova do alegado. Após o fechamento da fase escrita, nenhum outro documento pode ser apresentado à Corte, a não ser com a autorização da outra parte ou do próprio Tribunal²⁸⁵.

Após o estudo cuidadoso das razões escritas, os juízes se encontram brevemente para condensar os principais elementos da controvérsia²⁸⁶. Em seguida, a Corte fixará datas para a sessão das razões orais (em regra, pública), em que haverá a exposição oral dos fatos e dos argumentos desenvolvidos. As sustentações orais das partes devem ser sucintas e focadas na matéria controvertida entre as partes (e não uma mera repetição das razões escritas). A Corte, aliás, pode indicar pontos ou matérias para que as partes discutam ou deixem de fazê-lo. Os juízes também podem elaborar perguntas ou pedir esclarecimentos dos representantes das partes²⁸⁷.

Realizada a fase oral, cada membro do órgão colegiado se retira para, individualmente, elaborar uma “nota” – ou melhor, uma minuta do voto –, que será

da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. As Cortes internacionais, por sua vez, não operam como atores de um governo coerente e unificado. Eles existem num sistema jurídico internacional em que não estão presentes uma estrutura hierarquizada, um mecanismo de coação e um poder legislativo que poderia promover mudanças legislativas centralizadas.

²⁸⁴ MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare; SHANY, Yuval; SANDS, Philippe. *The Manual on International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, 2010, p. 26.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 26.

²⁸⁶ TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. *The international judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*. Brandeis University Press, 2007, p. 58.

²⁸⁷ MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare; SHANY, Yuval; SANDS, Philippe. *Ibid.*, p. 26.

posteriormente distribuída entre os demais juízes. TERRIS, ROMANO E SWIGART citam a percepção de um membro da CIJ sobre as “notas”:

As for the judge’s note,’ one ICJ member explains, ‘you normally get about three or four weeks at the end of a case, where you go and wrap the proverbial towel around your head, and do more or less a draft judgment, but not drafted in such a polished way, not necessarily in sequence as you would do a judgment. But by the time that you’ve done that, it’s three to four weeks, and then it’s translated, because we work in French and English, and everything has to finish up in two languages. And then you’ve read each other’s notes, and we’re often talking about forty-, fifty-page things, and fifteen colleagues. You can see, seven weeks have gone by.²⁸⁸

O sistema de notas na ICJ não é unanimidade entre os juízes. Ele é apontado como a razão pelo ritmo lento dos trabalhos da Corte, como visto acima. Por outro lado, apesar de trabalhoso, as “notas” garantem que todos os julgadores realmente estudaram o caso.

Apesar de parecer um trabalho solitário, os juízes da CIJ apontam que é comum haver discussões informais sobre o caso entre os colegas durante as semanas de confecção das minutas²⁸⁹. Além disso, os juízes têm a oportunidade de ler as notas dos demais juízes antes da sessão de deliberação.

A deliberação, então, ocorre em sessões plenárias com todos os membros da CIJ. Mais uma vez, TERRIS, ROMANO E SWIGART mencionam a opinião de um juiz da Corte sobre as deliberações: *“One judge notes that during these sessions, ‘there is a good dialogue, a very good dialogue. Quite stimulating, and because of personalities, sometimes quite fierce’”*²⁹⁰.

O Presidente da CIJ, então, convida cada um dos juízes, pela ordem inversa de senioridade, a expor suas opiniões, e, após, sumariza a linha de raciocínio articulada

²⁸⁸ TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. *The international judge: an introduction to the men and women who decide the world’s cases*. Brandeis University Press, 2007, p. 58. Tradução livre: “Quanto à nota do juiz, um membro da CIJ explica, você normalmente tem cerca de três ou quatro semanas ao final do caso, onde você vai e envolve a toalha proverbial em sua cabeça, faz mais ou menos uma minuta de voto, mas não minutado de forma tão polida, nem necessariamente em sequência, como você faria em um julgamento. Mas no momento em que você fez isso, é de três ou quatro semanas, e depois é traduzido, porque trabalhamos em francês e inglês, e tudo tem que terminar nos dois idiomas. E então você lê as notas do outro, e muitas vezes falamos sobre coisas de quarenta, cinquenta páginas e quinze colegas. Você pode ver, sete semanas se passaram”.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 59.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 59.

nas várias notas individuais²⁹¹. Os juízes, em seguida, continuam a deliberar até chegar ao julgamento final do caso.

Aliada à questão da sessão una de julgamento, há o fato de o juiz relator já levar voto pronto para o julgamento. Essa condição, que está no art. 931 do CPC/15, é prevista justamente porque a sessão de julgamento abrangerá tanto a defesa das partes quanto a deliberação e tomada de votos dos julgadores. Não seria lógico, portanto, que o relator não estivesse em condições de julgar se colocou o processo para julgamento.

O problema de levar voto pronto é, como já salientado, a possibilidade de que o magistrado não dê a devida importância à defesa oral das partes, já que, em teoria, ele já firmou o seu entendimento antes mesmo do início da sessão. Esse fator faz, ainda, com que o relator tenha que refletir isoladamente antes de apresentar o seu voto e firmar sua convicção. É claro que seu posicionamento poderá ser alterado durante a sessão com a sustentação oral e com os debates com os demais julgadores, mas pode-se dizer, na prática, que, estando o voto pronto, sua disposição para alterá-lo é menor.

Como alternativa a esse ponto, portanto, a sessão poderia ser dividida em duas: uma para a oitiva das razões das partes e outra para a apresentação do voto do relator e para o debate. A divisão da sessão em duas permitiria, assim, que o relator e os demais membros ouvissem as razões, estudassem detalhadamente o caso e, após, houvesse nova reunião para deliberação e exposição dos votos.

A sessão dividida em dois momentos também seria a solução para o fato de que as partes, em julgamentos colegiados, não têm a oportunidade formal de interagirem com o relator antes de ele formar sua convicção.²⁹² Na sessão una, o primeiro contato das partes com os julgadores é após a elaboração do voto do relator.

Além do voto pronto do relator, não é incomum que os demais membros da corte, em casos de maior relevância, também já levem seus votos prontos para a

²⁹¹ Ibid., p. 59.

²⁹² SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 214. SOKAL critica a inexistência de uma audiência prévia em segundo grau, “na qual pudessem interagir as partes e os julgadores sequer minimamente a respeito da matéria submetida a julgamento”. A ideia da audiência prévia em segundo grau equivaleria a oportunizar às partes a realizarem sustentação oral em sessão de julgamento

sessão de julgamento. Essa situação torna o julgamento absolutamente antideliberativo, na medida em que cada membro do órgão julgador já refletiu, de modo isolado, antes da sessão de julgamento e já firmou o seu entendimento.²⁹³ A sessão configuraria muito mais a formalização dos votos do que a intenção de deliberar e se chegar ao resultado colegiadamente.

A questão dos votos prontos foi um dos questionamentos feitos por SILVA na pesquisa que resultou a elaboração do artigo “Um voto qualquer? O papel do ministro relator no Supremo Tribunal Federal”. A pergunta foi: “*qual a relevância do recente hábito de os ministros levarem seus votos já redigidos para as sessões de julgamento dos casos mais polêmicos?*”.

Em geral, os ministros tenderam a concordar que a prática é antideliberativa. Um dos ministros, aliás, afirmou: “*difícilmente um ministro vai reconsiderar, porque ele não espera os outros argumentos, ele já põe o ponto de vista dele e ele vai para lá defender aquele ponto de vista a qualquer preço*”. Outros responderam que, ao levar o voto pronto, o ministro tem a tendência “*a não querer refletir e querer brigar pelo seu voto*” e que “*o debate [acaba] sendo irrelevante, porque o sujeito já vem comprometido com uma linha*”.

A antideliberatividade dessa prática é reforçada também pelo fato de que as decisões – concorrentes ou dissidentes – não se comunicam.²⁹⁴ Por vezes, as decisões que votam no mesmo sentido – do provimento ou do desprovimento do recurso – contém razões diversas. A falta de interação entre as decisões já tomadas isoladamente pelos julgadores dificulta, inclusive, a extração da *ratio decidendi* da decisão tomada pelo tribunal.

Outros ministros, todavia, não veem problemas na elaboração do voto pelos demais membros julgadores previamente à sessão. O argumento utilizado pela defesa dos votos prontos é que o ministro que o elaborou preparou para o julgamento: “*preparar o voto é importante em certos casos porque, para concordar com o relator é*

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 571.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 570. SILVA comenta sobre o fato de que “*the individual judges do not share their opinions in a dialogue with one another, nor is there any direct confrontation of arguments*”. MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 70.

muito fácil, você precisar estar mais preparado na eventualidade de divergir". Essa alegação fez ainda mais sentido no caso do STF, já que o ministro mais novo na corte sempre votará após o relator. Nas palavras do mesmo ministro: *"pelo menos o primeiro, o mais jovem, tem que estar preparado para votar, inclusive porque ele não sabe em que sentido vai votar o relator. Eu acho que na medida em que vai de distanciando do relator e chegando mais perto do decano, a preparação do voto é menos importante"*.

Isso nos leva a outra questão relevante: a ordem dos votos. No STF, como observado, após o relator, o ministro que ingressou a menos tempo na corte é instado a se manifestar e assim por diante até o decano.²⁹⁵ Também seguem essa lógica os regimentos internos do STJ, do TRF/1 e do TJMG.²⁹⁶ A ordem escolhida como regra nos tribunais brasileiros é objeto de críticas por parte de SILVA, que considera a participação dos ministros desigual.²⁹⁷

O autor ilustra a participação desigual de duas maneiras: numa primeira situação, seis dos onze ministros já votaram no mesmo sentido, de modo que o placar está 6 x 0 pelo provimento do recurso. Os cinco ministros que devem votar – os mais antigos na corte e o presidente – terão pouca influência no resultado final do julgamento, já que, pela contagem de votos, não é possível reverter o julgamento. É sabido que os ministros podem modificar o seu voto até a proclamação do resultado pelo presidente da corte. Mas é percebido que, na prática, a alteração dos votos é algo raro. Assim, considerações sobre argumentos feitos pelos ministros mais antigos na corte podem não possuir o mesmo peso do que aquelas feitas pelos ministros mais novos.²⁹⁸

²⁹⁵ **RISTF**: "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."

²⁹⁶ **RISTJ**: "Art. 163. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do relator, do revisor, se houver, e dos outros Ministros, que os seguirem na ordem decrescente de antiguidade. Esgotada a lista, o imediato ao Ministro mais moderno será o mais antigo. Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão."

RITRF/1: "Art. 49. Concluído o debate oral, o presidente tomará os votos do relator, do revisor, se houver, e dos outros desembargadores federais que se lhes seguirem na ordem decrescente de antiguidade."

RITJMG: "Art. 107. Concluída a sustentação oral, o Presidente tomará os votos do relator, do revisor, quando for o caso, e dos vogais, na ordem decrescente de antiguidade. (Redação dada pela Emenda Regimental n° 6, de 2016)".

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 571.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 571.

Essa crítica, embora razoável, é falaciosa. O placar de 6 x 0 pode se repetir, independentemente da ordem de votação. O argumento de SILVA pretende, na realidade, dar mais peso ao voto dos ministros mais antigos da corte. Mas, embora esses ministros sejam mais experientes, os seus votos, da mesma forma, têm o mesmo valor do que os votos dos ministros mais novos na corte.

A segunda situação que SILVA aponta como argumento para se demonstrar que os votos dos ministros não possuem o mesmo peso é aquela em que oito dos onze ministros já votaram e o julgamento encontra-se empatado a 4 x 4. Segundo SILVA, os três ministros que ainda não votaram poderiam fazê-lo de forma estratégica (e não de forma sincera). Se esses ministros possuíssem um entendimento intermediário (ou seja, uma terceira opção de opinião), eles poderiam votar dessa maneira ou escolher votar com uma das posições já apresentadas pelos oito primeiros ministros, a fim de não “desperdiçar” o seu voto, já que ele não teria chances de vencer.²⁹⁹

Essa segunda situação narrada por SILVA também não é rara de ocorrer. Desta vez, os votos dos ministros mais antigos são privilegiados em detrimento dos primeiros julgadores.

Contudo, em qualquer contexto de agregação de votos, as circunstâncias narradas nos parágrafos anteriores são passíveis de ocorrência. Talvez, a incongruência seja que, necessariamente, esses cenários ocorram com os julgadores mais antigos dos tribunais.

Uma solução para essa situação seria que a ordem de votação dependesse da posição de antiguidade do relator. Isto é, se o relator for o quarto mais antigo do órgão julgador (e tome-se como exemplo o plenário do STF), o próximo a julgar seria o quinto, após o sexto, e assim sucessivamente até o décimo primeiro julgador. Em seguida, o ministro mais antigo da corte votaria até chegar ao terceiro mais antigo. Dessa forma, sendo diferente o relator, seria diferente a ordem de tomada de votos, de forma a distribuir os ônus e os bônus de votar ao final.

Outro elemento que merece atenção é a possibilidade de os julgadores requererem vista dos autos durante o julgamento, se não se sentirem habilitados a

²⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 571/572.

proferir imediatamente o seu voto (art. 940, CPC/15).³⁰⁰ O julgamento é, então, suspenso, para que o julgador tenha a oportunidade de se debruçar sobre o caso em análise, e o processo é, posteriormente, reincluído em pauta para a continuidade da sessão.

A interrupção do julgamento pelo pedido de vista revela, ao mesmo tempo, aspectos deliberativos e antideliberativos. De um lado, pode representar a disposição do julgador em mudar sua opinião inicial. Com efeito, após exposição das razões orais pelas partes e após o voto do relator com o eventual debate que se seguiu, o juiz pode sentir a necessidade de aprofundar o seu estudo em algum detalhe do julgamento para formar sua convicção. Esta postura ostenta, portanto, caráter deliberativo.

Todavia, de outro lado, a interrupção do julgamento com o pedido de vista dos autos também denota a antideliberatividade da conduta do julgador. SILVA aponta a possibilidade de retirada do processo para vista como uma norma que demonstra que o procedimento não foi designado para fomentar a deliberação entre os membros. É que, no entender do autor, o juiz que pede vista demonstra que os demais participantes do colegiado não contribuem na sua reflexão sobre o caso.³⁰¹ Ou seja, em vez de apresentar suas dúvidas e inseguranças ao órgão colegiado, a fim de que todos os

³⁰⁰ **CPC/15:** “Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.”

RISTJ: “Art. 161. (...) Parágrafo único. Em qualquer fase do julgamento, posterior ao relatório ou à sustentação oral, poderão os julgadores pedir esclarecimentos ao relator, ao revisor e aos advogados dos litigantes, quando presentes, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate, ou, ainda, pedir vista dos autos, caso em que o julgamento será suspenso. Surgindo questão nova, o próprio relator poderá pedir a suspensão do julgamento.

Art. 162. Nos julgamentos, o pedido de vista não impede votem os Ministros que se tenham por habilitados a fazê-lo, e o Ministro que o formular restituirá os autos ao Presidente do Órgão Julgador dentro de, no máximo, sessenta dias a contar do momento em que os autos lhe forem disponibilizados, devendo prosseguir o julgamento do feito na sessão subsequente ao fim do prazo, com ou sem o voto-vista.”

RITRF/1: “Art. 47. (...) § 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer desembargador federal é facultado pedir vista dos autos, devendo devolvê-los no prazo de dez dias, contados da data em que os recebeu. O julgamento prosseguirá na primeira sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.”

RITJMG: “Art. 107. (...) § 1º O relator ou outro desembargador que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 6, de 2016).”

³⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 572.

juízes colaborem na formação da convicção sobre a matéria, o juiz prefere retirar o processo da sessão de julgamento para refletir isoladamente no seu gabinete.³⁰²

Importante notar que o CARF criou a figura da vista coletiva.³⁰³ Lá, também há a possibilidade de que o conselheiro retire o processo de pauta para vista. A fim de evitar que na sessão seguinte outro conselheiro peça vista e atrase ainda mais o julgamento, o presidente do órgão colegiado pode converter o pedido de vista em vista coletiva. Assim, todos os conselheiros terão vista dos autos, estando aptos para julgar.

Embora seja um procedimento interessante, ele não resolve, em si, o problema apontado por SILVA. Ou seja, ainda assim, a vista coletiva apenas fará com todos os conselheiros tenham acesso aos autos, permitindo-lhes refletir isoladamente e formar sua opinião. De qualquer forma, é um procedimento mais lógico do que o pedido de vista isolado, porque permite a todos os julgadores a terem maiores informações para a formação de sua opinião. Munidos de mais elementos fáticos e jurídicos, a sessão seguinte poderá se tornar mais deliberativa.

De todo modo, o pedido de vista, de fato, reforça o caráter individualista dos julgadores dos órgãos colegiados brasileiros. O individualismo, especialmente do STF, sempre foi bastante ressaltado por MENDES, que cunhou a expressão “onze ilhas”³⁰⁴. Em seu artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, o autor destaca o “*diálogo de surdos*”, diante da desconfiança na própria capacidade de argumentar dos ministros e da falta de disposição do tribunal para ouvir. MENDES critica o “*emaranhado de opiniões individuais, que não fazem, aparentemente, esforço para convergir*” e questiona a ausência de razões compartilhadas. Igualmente, SILVA, tratando do STF,

³⁰² SUNDNFELD e PINTO apontam o pedido de vista como um dos problemas estruturais do processo decisório do STF, que, para eles, deixa de incentivar que os ministros formem sua convicção de maneira colegiada. Para os autores, “*a mesma lógica da elaboração do voto do relator de maneira isolada dos demais ministros é reproduzida na concepção do voto-vista, em que o ministro carrega os autos para seu gabinete e ali firma sua convicção sobre o julgamento*” (SUNDNFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Mota. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 26/27).

³⁰³ **RICARF**: “Art. 58. (...) § 7º O conselheiro poderá, após a leitura do relatório e do voto do relator, pedir esclarecimentos independentemente de iniciada a votação, e vistas no momento de proferir o seu voto. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016). (...) § 10. Na hipótese prevista no § 7º o presidente poderá converter o pedido em vista coletiva, sendo a conversão obrigatória, a partir do 2º (segundo) pedido de vista.”

³⁰⁴ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Opinião, 01/02/2010.

reprova a “*corte extremamente não cooperativa e individualista*”³⁰⁵, resultado do exposto ao longo deste tópico. O individualismo dos juízes no julgamento colegiado ainda serão tratados no próximo tópico.

Enfim, vários enfoques relacionados à sessão de julgamento podem afetar o potencial deliberativo do colegiado. Questões como o momento da deliberação e da tomada de votos – se numa sessão una ou em sessões divididas, uma para a realização de defesa oral e outra para a reunião colegiada –, a prática de votos prontos pelo relator e pelos outros julgadores, a ordem de tomada dos votos e a possibilidade de interrupção do julgamento por pedido de vista são, todos, elementos que fomentam ou diminuem o desempenho deliberativo da corte e devem, por isso, ser considerados na busca de um desenho institucional pró-deliberação.

4.2.2.3. A publicidade da sessão de julgamento.

A Constituição de 1988, em seu art. 93, IX, determina, como regra, a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.³⁰⁶ Regra semelhante foi prevista no art. 11 do CPC/15.³⁰⁷ Ou seja, no país, optou-se pela sistemática de deliberação pública, em que todo o julgamento (interação, debate e votação) ocorre a portas abertas, podendo qualquer pessoa ingressar nas salas de julgamento dos tribunais.

A publicidade da sessão deliberativa, porém, não é regra em diversos sistemas jurídicos no mundo. Em vários países, o debate e a tomada de votos ocorrem

³⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 578.

³⁰⁶ Constituição de 1988: “Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*”

³⁰⁷ “Art. 11. *Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.”

em sessões secretas.³⁰⁸ É o caso da Alemanha,³⁰⁹ da França,³¹⁰ da Itália³¹¹ e dos Estados Unidos.³¹²

A opção por sessão deliberativa aberta ou secreta envolve prós e contras. De um lado, a sessão aberta assegura maior transparência e controle sobre o processo decisório.³¹³ A publicidade da deliberação e da tomada de votos reforça a noção de contenção do arbítrio dos julgadores, seja do ponto de vista individual (já tratada sob o viés da colegialidade), seja do ponto de vista coletivo (isto é, de saber o que ocorre no órgão colegiado).

A deliberação ocorrida às portas abertas, além de propiciar o controle do arbítrio, permite que as partes conheçam as razões consideradas pelo órgão colegiado para o resultado do julgamento. Embora a formalização e a publicação do acórdão seja parte da garantia da motivação da decisão judicial, a sessão pública torna possível aferir a congruência entre os fundamentos formalmente proclamados na decisão escrita e aqueles debatidos e adotados na sessão de julgamento.³¹⁴

A transparência e o controle da tomada de decisão têm, enfim, nítida relação com as garantias do contraditório e da motivação da decisão judicial, afigurando-se, portanto, como elementos da legitimação democrática do procedimento de elaboração

³⁰⁸ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 294. VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 99.

³⁰⁹ MURRAY, Peter L. e STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Caroline Academic Press, 2004, p. 332.

³¹⁰ **CPC Francês**: Art. 448: “*Les délibérations des juges sont secrètes*”.

³¹¹ **CPC Italiano**: Art. 276 (Deliberazione): “*La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio. Ad essa possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione. Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, quindi l'altro giudice e infine il presidente. Se intorno a una questione si prospettano più soluzioni e non si forma la maggioranza alla prima votazione, il presidente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così successivamente finché le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva. Chiusa la votazione, il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è quindi stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice.*”

³¹² REHNQUIST, William H. The supreme court's conference. In: O'BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016.

³¹³ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 106.

³¹⁴ SOKAL, Guilherme Jales. *Ibid.*, p. 299.

da decisão judicial.³¹⁵ São, afinal, aspectos que majoram a confiança da população na atuação do Poder Judiciário.³¹⁶

BARROSO, antes de se tornar ministro do STF, já manifestou que, com a publicidade da sessão deliberativa, “o ganho é maior que a perda”, especialmente porque “a visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia”³¹⁷.

Por outro lado, a sessão secreta pode ser defendida sob dois principais aspectos. O primeiro se refere à independência do magistrado. A deliberação fechada, sem o acompanhamento de partes e de terceiros, diminui as chances de sujeição dos

³¹⁵ FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 67/68.

³¹⁶ Deve-se lembrar, por outro lado, que, apesar da publicidade das sessões de julgamento e, inclusive, o televisionamento das sessões do STF, a confiança do brasileiro no Poder Judiciário é baixa – apenas 32% da população afirmou confiar nesta instituição, conforme dados do Relatório ICJ Brasil – 2º semestre/2015. Talvez sem tal publicidade, o nível de confiança fosse ainda menor, pois, como afirmado por SILVA, “[i]n Brazil, decision taken behind closed doors are usually viewed with extreme mistrust” (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 581).

³¹⁷ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%2C%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf> Acesso em 16 de abril de 2017.

No Brasil, a realização de sessões de julgamento fechadas pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), competentes para julgar em primeira instância administrativa os processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União, gerou recente controvérsia. Em diversos Estados, as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram demandas judiciais questionando a constitucionalidade da realização de sessões secretas pelas DRJs em face dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. No entanto, os tribunais regionais não têm acolhido a tese dos contribuintes. No TRF da 2ª Região, a 4ª Turma Especializada, em sessão de 02/09/2015, deu provimento à apelação da União para reformar sentença que havia determinado que “as autoridades coatoras passem a designar dia, hora e local para a realização dos julgamentos administrativos fiscais de primeira instância, intimando-se as partes e esclarecendo da possibilidade do seu comparecimento para assistir ao julgamento e, em existindo advogados, os mesmos também devem ser intimados, podendo ofertar questões de ordem sobre aspectos de fato da causa, não podendo exercer sustentação oral por falta de previsibilidade no caso”. O acórdão do TRF/2 ainda não foi publicado. Por sua vez, no TRF da 4ª Região, a 3ª Turma se manifestou no sentido de que “a falta de publicação prévia das pautas de julgamento, bem como a não autorização para que as partes e seus advogados compareçam para assistir às sessões de julgamento nas Delegacias da Receita Federal não violam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, por falta de previsão legal” (TRF4, AC 5049862-61.2014.404.7000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 18/09/2015). O Recurso Especial interposto contra o acórdão do TRF/4, cadastrado no STJ sob o nº 1.623.339, ainda está pendente de julgamento. Neste mesmo sentido: TRF4, AC 5032645-84.2014.404.7200, Quarta Turma, Relator Luis Alberto D’Azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 21/10/2015. Também aqui, o AREsp, cadastrado sob o nº 929.465, já distribuído ao STJ, ainda não foi julgado.

juízes a pressões externas, limitando sua atuação à sua convicção racional.³¹⁸ O segundo ponto de vista se relaciona com a preocupação do magistrado com a sua imagem pública. A sessão pública pode ser, ao fim, um convite à demagogia judicial e uma barreira à efetiva deliberação.³¹⁹

Sob esse último enfoque, não é incomum se referir à vaidade e ao receio de críticas à posição pessoal durante o processo deliberativo. Essa situação, além de desestimular que o juiz coloque suas dúvidas e suas considerações na mesa, inibe a mudança de posição, sob o risco de que o público considere essa conduta como uma fraqueza intelectual, causando-lhe embaraço público.³²⁰ O juiz, nesse contexto, passa a defender sua posição como advogado,³²¹ em vez de buscar, no cenário de colegialidade, a construção conjunta da melhor decisão.

Diante dessa situação, a sessão secreta daria lugar e fomentaria um debate sincero, fator estimulante para o desempenho deliberativo do órgão colegiado. Os juízes estariam mais dispostos testarem argumentos mesmo que eles não estejam seguros de que sejam os melhores.³²² Isto é, levar certos argumentos ao debate, mesmo que para refutá-los, certamente melhora a qualidade deliberativa da decisão tomada.

Pelos motivos acima, não é incomum encontrar manifestações de juízes favoráveis à deliberação secreta. Como mencionado por SILVA, um antigo juiz da Corte Constitucional alemã defende que a confidencialidade da deliberação interna do órgão colegiado garante o potencial criativo dos seus membros e impede que o público registre ou comente as mudanças de opinião.³²³ O antigo *Chief Justice* William Rehnquist também já se manifestou no sentido de que a sessão secreta permite uma sincera troca de pontos de vista, sem o receio de que suas considerações serão

³¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região*, Campinas, v. 1, nº 3, maio/jun. 2005, p. 83.

³¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.165.

³²⁰ *Ibid.*, p.165.

³²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 576.

³²² *Ibid.*, p. 582.

³²³ *Ibid.*, p. 582.

expostas ou suas ideias mal concebidas sejam levadas à apreciação do público.³²⁴ O Justice Lewis F. Powell Jr. opina no mesmo sentido: a confidencialidade do debate assegura a revisão cuidadosa dos julgamentos. Para o julgador, deve haver discussão sincera, verdadeiro desejo de considerar os argumentos levados pelos demais juízes e um processo contínuo de exame e reexame de todos os pontos de vista, procedimentos que seriam prejudicados pela publicidade da deliberação.³²⁵

O equilíbrio entre sessões abertas e fechadas seria a melhor opção. Citando a opinião de Paul Freund, MENDES sugere a realização de sessão secreta gravada, com posterior divulgação, como uma possibilidade de conciliação entre as duas situações. Essa medida promoveria uma forma postergada de transparência. Todavia, a ciência dos julgadores de que estão sendo gravados e a posterior divulgação da deliberação parecem não afastar os problemas relacionados à preocupação com a imagem pública.

Outra possível solução seria a realização de duas sessões públicas de julgamento – uma para a sustentação oral e outra para o debate e a tomada de votos – com uma sessão secreta entre elas para deliberação interna entre os julgadores. A instituição de reuniões secretas prévias entre os julgadores já foi defendida por ministros do STF, como Cezar Peluso e Luiz Fux.³²⁶ Nesta hipótese, a reunião prévia secreta permitiria, justamente, que alguns pontos pudessem ser tratados internamente antes da deliberação pública, afastando eventuais prejuízos da publicidade.

Sobre a publicidade da sessão de julgamento, questão que tem gerado controvérsia tem sido o seu televisionamento. No Brasil, a TV Justiça foi criada por meio da Lei nº 10.461/02, sancionada, curiosamente, pelo Ministro Marco Aurélio, do STF, que ocupava, interinamente, a presidência da República.³²⁷ A ideia, segundo a

³²⁴ REHNQUIST, William H. The supreme court's conference. In: O'BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016.

³²⁵ POWELL Jr., Lewis F. What really goes on the Supreme Court. In: O'BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016.

³²⁶ As manifestações advieram de entrevistas com os ministros publicadas em jornais e disponíveis em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2706201115.htm>>. Acesso em 15 de abril de 2017; e < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-19/entrevista-luiz-fux-ministro-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

³²⁷ A Lei nº 10.461/02 alterou a redação do art. 23, I, 'h', da Lei nº 8.977, que dispõe sobre o serviço de TV a Cabo, que passou a prever: "Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações: I – CANAIS BÁSICOS DE

justificação do Projeto de Lei, foi “*oferecer aos cidadãos a oportunidade de aumentar o conhecimento sobre o modo de operar da Justiça no Brasil, democratizando a informação hoje restrita a meios de alcance mais limitado (...)*” e “*contribuindo para ampliar o acesso das pessoas comuns à Justiça, ao permitir que acompanhem, *pari passu*, o dia-a-dia do Judiciário*”.³²⁸ Sustentou-se, na exposição de motivos, que o telejulgamento das sessões de julgamento configuraria a concretização da regra da publicidade.

Iniciadas suas atividades em 11 de agosto de 2002, a TV Justiça, além de divulgar programas voltados à educação a respeito do funcionamento do Poder Judiciário e da difusão de direitos, transmite, ao vivo, as sessões de julgamento do Plenário do STF. A Suprema Corte brasileira foi a primeira corte a passar por essa experiência. No exterior, tem-se notícia da transmissão ao vivo das sessões da Suprema Corte do México no “Canal Judicial”. As audiências para oitiva dos advogados na Suprema Corte do Reino Unido também são transmitidas, sem abranger, porém, a transmissão da deliberação colegiada.³²⁹

Importante mencionar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.004/13, que objetiva proibir a transmissão ao vivo e sem edição de imagens e sonoras das sessões do STF e dos demais Tribunais Superiores.³³⁰ Segundo o proponente da alteração legislativa, “*as entranhas da Justiça é que estão sendo mostradas com sensacionalismo exacerbado por parte de alguns ministros em particular*”.³³¹

UTILIZAÇÃO GRATUITA: (...) h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça.”.

³²⁸ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=17583&filename=Tramitacao-PL+6059/2002>. Acesso em 15 de abril de 2017.

³²⁹ A transmissão de parte das sessões da Suprema Corte do Reino Unido foi noticiada no site do STF (disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183313>>. Acesso em 15 de abril de 2017). As transmissões estão disponíveis em <<http://news.sky.com/supreme-court-live>>.

³³⁰ A proposta altera a redação do já mencionado art. 23, I, ‘h’, da Lei nº 8.977/95, que dispõe sobre o serviço de TV a Cabo. A redação proposta seria: “Art. 23. (...) I – (...) h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos seus trabalhos, sem transmissão ao vivo e sem edição de imagens e sonoras das suas sessões e dos demais Tribunais Superiores.”.

³³¹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D1F697856B9F70A5377577D4D690C3DE.proposicoesWebExterno1?codteor=1214815&filename=Tramitacao-PL+7004/2013>. Acesso em 15 de abril de 2017.

O relatório elaborado para discussão na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados pautou-se pela busca da equanimidade entre o direito à informação e o direito do indivíduo à dignidade, inviolabilidade de dados pessoais e ao acesso à justiça. A conclusão alcançada pelo relator foi a de que é fundamental que *“os atos da Justiça sejam divulgados, mas quando estiverem completos, ou seja, quando se tratarem de atos juridicamente perfeitos e concluídos”*. De acordo com as razões apresentadas, este PL visa a corrigir a injustiça decorrente do fato de que *“o cidadão vem sendo condenado a priori e de maneira covarde pela superexposição na mídia, exposição esta que influencia, também, diretamente no resultado do julgamento per se”*.³³²

Diante das razões apresentadas no parecer, foi proposto projeto de lei substitutivo, com o objetivo de restringir a vedação apenas para os processos penais e cíveis. O relatório foi aprovado, à unanimidade, com o substitutivo ao PL nº 7.004/13, pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, em sessão realizada em novembro de 2016.

A aprovação do relatório na mencionada Comissão da Câmara dos Deputados gerou polêmica, especialmente no momento em que vários parlamentares são investigados por crimes de corrupção pela Operação Lava Jato. Para o Ministro Marco Aurélio, do STF, *“é inimaginável essa proibição, considerado o julgamento de ações penais que são propostas contra parlamentares. Essa forma de legislar em causa própria é excomungável. A TV Justiça é um controle externo do STF”*.³³³

De todo modo, passados quase quinze anos da TV Justiça, alguns reflexos da ampla exposição midiática sobre os julgamentos do STF já puderam ser percebidos. Em estudo sobre o tema, FONTE promoveu uma apuração quantitativa dos impactos da TV Justiça sobre os julgamentos do Supremo.³³⁴ Para tanto, dividiu a atuação da Corte Suprema em dois períodos: de 1990 a 2002, que corresponde ao período pós-

³³²

Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020161112002000000.PDF#page=168>. Acesso em 15 de abril de 2017.

³³³ Disponível em < <http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-stf-condena-restricao-tv-justica-20467974>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

³³⁴ FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 119/132.

Constituição de 1988 e pré TV Justiça, e de 2003 a 2011, equivalente ao intervalo posterior às atividades da TV Justiça até a redação do artigo.

Foram analisados três indicadores: (i) a extensão dos acórdãos proferidos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)³³⁵; (ii) a quantidade de acórdãos publicados em ADIs; (iii) as decisões (individuais e coletivas) proferidas em ADIs.

A primeira conclusão foi a de que, na era pós-TV Justiça, os acórdãos cresceram cerca de 58% de tamanho. Antes, eles tinham em média 18,16 páginas e, após, passaram a ter, em média, 28,82 páginas. FONTE não afirma, categoricamente, que a TV Justiça tenha sido a única causa, mas sugere que ela tenha modificado a dinâmica dos julgamentos no Plenário, com uma inquestionável tendência à adoção de votos mais longos.

A segunda conclusão foi a de que a produtividade do STF caiu no período pós-TV Justiça, considerando o número de acórdãos publicados por ano. No período anterior, o STF publicou uma média de 179,67 acórdãos em ADI por ano; após, passou a publicar 118,40 acórdãos por ano. A relação estabelecida por FONTE é a de que, uma vez estabelecida a cultura de votos longos, resta menos tempo para o julgamento de outras questões.

Por fim, a terceira conclusão foi o aumento do número de decisões (individuais e coletivas) tomadas em ADIs. No período anterior, a média de decisões – considerando as monocráticas – era de 126,00 por ano; no período posterior, a média subiu para 268,50. As explicações dadas por FONTE foram duas: uma, a de que a constante presença do STF nos meios de comunicação gerou pressão para que o tribunal apresentasse números à sociedade; outra, a de que o STF foi “descoberto” como uma instituição capaz de reverter decisões desfavoráveis em outras arenas políticas, causando um aumento de seu acervo e a conseqüente necessidade de os

³³⁵ A opção pelo estudo das ADIs se deu, segundo o FONTE, por três razões: (i) elas são as ações mais importantes julgadas pelo STF, podendo-se presumir que os ministros olham com mais vagar e tratam com mais cuidado os votos proferidos neste tipo de ação; (ii) a prática jurisprudencial relativa às hipóteses de cabimento e seu o rito já estava razoavelmente assentados no direito constitucional brasileiro quando da promulgação da Constituição de 1988; e (iii) o modo de julgamento dos processos subjetivos mais comuns – recursos extraordinários e agravos de instrumento – sofreram substanciais modificações legislativas nos últimos anos. (FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 120/121).

ministros se empenharem na resolução dos casos para evitar o acúmulo de processos pendentes.

Os dados apresentados acima, embora não sejam conclusivos do efeito prático do televisionamento dos julgamentos do STF, são indícios de que houve alteração na forma de julgamento pelos ministros. A conclusão no sentido do aumento do número de páginas dos acórdãos, principalmente, pode indicar, como já mencionado acima, a preocupação do ministro com sua imagem pública. Ou seja, o interesse do ministro relator (ou redator para o acórdão) em mostrar para o público que seu entendimento é o mais acertado. Para tanto, o ministro se vale de inúmeras passagens doutrinárias e jurisprudenciais, como forma de reforçar, tecnicamente, a sua posição.

A questão entre a publicidade e o segredo da sessão deliberativa é, ao final, uma opção política entre a transparência e a independência do magistrado; entre o controle do processo decisório e a maior efetividade do desempenho deliberativo. A escolha por um dos modelos, necessariamente, deve passar pela ponderação entre as suas vantagens e suas desvantagens.

4.2.2.4. Os julgamentos virtuais.

Aliada à questão da publicidade da sessão, a realização virtual de julgamentos é outro ponto que pode afetar a deliberatividade. Nesses casos, em vez de os julgadores se reunirem presencialmente, a sessão de julgamento ocorre em ambiente virtual.

A previsão de julgamento virtual foi incluída no art. 945 do CPC/15.³³⁶ De acordo com o caput e seus parágrafos, o julgamento dos recursos e dos processos de

³³⁶ “Art. 945. A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º O relator cientificará as partes, pelo Diário da Justiça, de que o julgamento se fará por meio eletrônico. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 2º Qualquer das partes poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar memoriais ou discordância do julgamento por meio eletrônico. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 3º A discordância não necessita de motivação, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

competência originária que não admitem sustentação oral poderia ser realizado, a critério do relator, por meio eletrônico. Se as partes discordassem da sessão virtual, independentemente de motivação para tal, a sessão seria realizada de forma presencial. Caso os integrantes do órgão julgador divergissem durante o julgamento eletrônico, a causa seria apreciada em sessão presencial.

Todavia, a Lei nº 13.256/16, que promoveu alterações no procedimento, especialmente da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, revogou o mencionado dispositivo.

No STF, a Emenda Regimental nº 51/16 definiu que agravos internos e embargos de declaração poderão ser submetidos a julgamentos virtuais, a critério do relator. De acordo com a Resolução nº 587/16, esses julgamentos ocorrem semanalmente, iniciando-se na sexta-feira. Os relatores incluem, no ambiente virtual, a ementa, o relatório e o voto e, iniciado o julgamento, os demais ministros possuem sete dias corridos para se manifestarem, também virtualmente.

No mencionado prazo de sete dias, os ministros possuem quatro opções de voto: acompanhar o relator, acompanhar o relator com ressalva de entendimento, divergir do relator ou acompanhar a divergência. No caso de acompanhar o relator, mas ressaltar o entendimento, ou no caso de divergir do relator, o ministro deve declarar o seu voto no próprio sistema. Se, nesse período, o ministro não se pronunciar virtualmente, será considerado que acompanhou o relator. Findo o julgamento, o resultado do julgamento será informado e o acórdão publicado em seguida.

A Resolução 587/2016 estipula, ainda, as hipóteses em que não haverá o julgamento virtual: os agravos em que houve pedido de sustentação oral, quando cabível (o art. 131 do RISTF prevê que não haverá sustentação oral em julgamento de agravo, embargos de declaração, arguição de suspeição e medida cautelar), e os processos com pedido de destaque ou vista por um ou mais ministros ou com pedido de destaque por qualquer das partes, desde que requerido em até 24 horas antes do início da sessão e deferido o pedido pelo relator.

§ 4º *Caso surja alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico, este ficará imediatamente suspenso, devendo a causa ser apreciada em sessão presencial. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)*”.

Porém, a abertura de julgamentos virtuais no STF ocorreu antes: desde a Emenda Regimental nº 42/10, já se previa a manifestação em meio eletrônico acerca da existência, ou não, de repercussão geral da questão constitucional (existente naquelas matérias que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes). Recebida a manifestação do relator, os demais ministros possuem vinte dias para se pronunciarem, também virtualmente. Neste caso, se o ministro deixa de se manifestar, será considerado como se existente a repercussão geral, exceto se o relator declarar que a matéria é infraconstitucional, ocasião em que o silêncio do ministro será considerado como manifestação de inexistência de repercussão geral.

O RISTF ainda permite que o julgamento de mérito de questões com repercussão geral seja realizado em ambiente virtual nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante no STF.

No STJ, a Emenda Regimental nº 26/16 permitiu, pela primeira vez, a realização de julgamentos virtuais para embargos de declaração, agravo interno e agravo regimental. O início das sessões virtuais coincide com as sessões ordinárias dos órgãos julgadores, sendo que, no caso das Turmas, o julgamento se iniciará na terça-feira. Os ministros também possuem sete dias corridos para se manifestarem e, caso não o façam, seu voto seguirá integralmente o voto do relator. Findo o prazo, o sistema informará o resultado de julgamento e o acórdão será publicado.

Os processos não serão julgados no ambiente virtual caso algum integrante do órgão julgador não concorde com o julgamento virtual, seja acolhida a oposição das partes, do Ministério Público ou dos defensores públicos ou seja deferida a realização de sustentação oral.

Mesmo sendo virtual, o RISTJ permite que as partes, o Ministério Público ou os defensores públicos apresentem memoriais a partir da publicação da pauta de julgamento até o início da sessão.

A criação de sessões virtuais foi pensada como forma de enfrentar o problema do enorme volume de processos pendentes de julgamento, a fim de dar maior celeridade aos julgamentos. Além disso, em todos os casos, previu-se o julgamento virtual apenas naqueles casos em que não há previsão legal ou regimental para a

realização de sustentação oral ou, caso haja, as partes não tenham demonstrado interesse. Todavia, a ideia, apesar de louvável, não é imune a críticas.

A primeira crítica é a de que a realização de sessões virtuais de julgamento extirpa, complementemente, a figura da colegialidade como tratada nos capítulos anteriores.³³⁷ Ou seja, o julgamento realizado de forma virtual não inclui os elementos da despersonalização, da contenção do arbítrio individual, da abertura a várias vozes e ao desacordo e do reforço das chances de acerto. Principalmente, o julgamento virtual afasta o objetivo maior do órgão colegiado enquanto estrutura colegial ou deliberativa. Não há, na sessão ocorrida eletronicamente, a atividade interativa e cooperativa dos julgadores, que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, dispostos a mudá-las, com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.

Não se está a afirmar que a deliberação deve ocorrer em absolutamente todos os julgamentos que se realizarem em órgãos colegiados. No entanto, é importante que a possibilidade de deliberação esteja presente. Essa possibilidade existe na regulamentação do STF e do STJ – caso em que algum ministro se oponha ao julgamento virtual –, mas é bastante reduzida nessa sistemática.

Com efeito, nesses casos, há, de forma bastante clara, a mera agregação de votos. Unidos do voto do relator, os demais julgadores simplesmente aderem a ele ou divergem dele, sem que haja propriamente qualquer tipo de deliberação.

Causa ainda mais preocupação a realização de julgamentos virtuais em casos de agravo interno. Este recurso é cabível contra decisão proferida

³³⁷ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 310. SOKAL, aliás, defende a inconstitucionalidade formal da previsão de julgamentos virtuais na pendência de lei federal que autorize essa hipótese. Tratando do CPC/73, o autor observa que “*tal opção política por um procedimento diverso do que consta atualmente dos arts. 555, §§ 2º e 3º, e 556, caput, do Código de Processo, que impõem o debate e a prolação dos votos em sessão, tem de ser veiculada através de lei federal em sentido formal, única capaz de afastar a força cogente das disposições gerais sobre o procedimento nos recursos previstos no CPC, constantes do capítulo ‘Da ordem dos Processos no Tribunal’*. Enquanto não houver, assim, o afastamento das regras do Código que impõem o debate e a votação em sessão presencial, não poderão os Regimentos Internos ou as Resoluções criar regras procedimentais específicas com conteúdo distinto, eis que, como visto no Capítulo 2, a competência normativa dos Tribunais tem de observar as regras de natureza geral editadas pela União com amparo no art. 24, XI, da Constituição Federal”. Com a previsão do art. 937 e com a revogação do art. 945, ambos do CPC/15, as considerações de SOKAL permanecem válidas.

monocraticamente pelo relator e tem como objetivo levar a questão ao respectivo órgão colegiado, nos termos do art. 1.021 do CPC/15. A possibilidade de julgamento monocrático em tribunais é a exceção e está prevista nas hipóteses listadas no art. 932. No mérito, o relator pode negar provimento a recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária às mesmas hipóteses.

Embora as hipóteses de julgamento monocrático estejam previstas em situações taxativas que, em tese, representam entendimento consolidado dos tribunais superiores, a inclusão do agravo interno na lista de recursos passíveis de serem julgados de forma virtual retira, por completo, a possibilidade de que a questão seja, de fato, enfrentada por um órgão colegiado com possibilidade de deliberação. Haverá, apenas, a agregação dos votos dos julgadores, contabilizados pelo sistema virtual.

Assim, a previsão contida no já revogado §4º do art. 945 do CPC/15 tinha como objetivo resgatar a colegialidade propriamente dita e possibilitar a deliberação dos julgadores, caso um deles apresentasse divergência ao voto do relator. É que, neste caso, a sessão virtual seria suspensa, com a apreciação da causa em sessão presencial. É um modo de permitir que os julgadores deliberem sobre os entendimentos divergentes e, eventualmente, alcancem o consenso.

A segunda crítica advém da previsão de que a ausência de manifestação de algum dos julgadores no sistema eletrônico permita contabilizar o seu voto num ou noutro sentido. Como já observado, segundo os atos normativos do STF e do STJ, no julgamento virtual de agravos internos e de embargos de declaração, a ausência de pronunciamento de algum ministro será considerada como adesão ao voto do relator. No caso do plenário virtual do STF para definição da existência, ou não, de repercussão geral, o silêncio do ministro contabiliza o voto pela existência, exceto nos casos em que o relator afirme que a matéria discutida no recurso extraordinário é infraconstitucional, ocasião em que o silêncio será considerado como voto pela inexistência de repercussão geral.

Ainda que se admita o julgamento virtual, a regra de presunção de voto na ausência de manifestação do julgador é inadmissível. O correto, neste caso, seria não encerrar a sessão virtual enquanto todos os julgadores não se manifestassem. Embora essa regra pudesse atrasar a conclusão dos julgamentos, ela daria a certeza, para o jurisdicionado, de que o juiz ao menos votou concretamente no seu caso.

A terceira crítica se relaciona com o fato de que a sessão de julgamento seria o único momento no procedimento recursal em que as partes têm contato com os julgadores. Mesmo que os julgamentos virtuais somente ocorram naqueles casos em que não há previsão legal ou regimental para a realização de sustentação oral ou naqueles em que as partes não demonstram interesse em sua realização, a sessão de julgamento comporta a manifestação das partes, seja para a formulação de requerimentos, seja para oferecer esclarecimentos fáticos que porventura sejam necessários à resolução do caso concreto. Quanto a este ponto, a redação contida no revogado art. 945, §§ 2º e 3º do CPC/15 era interessante, pois permitia, sem qualquer tipo de motivação, que as partes discordassem da inclusão do processo em pauta de julgamento virtual. A discordância, ainda que desmotivada, possibilitaria que as partes pudessem acompanhar a sessão de julgamento presencial.

Portanto, se, de um lado, a criação de sessões de julgamento virtual tem como intuito enfrentar o problema do estoque de processos nos tribunais, permitindo um julgamento mais célere, de outro, é preciso ponderar o custo-benefício desse procedimento no desempenho deliberativo dos órgãos colegiados. Ao mesmo tempo, é necessário criar mecanismos que garantam, ao julgamento virtual, a presença dos elementos da colegialidade e, conseqüentemente, a possibilidade da deliberação. Um bom exemplo é a redação do mencionado §4º do art. 945 do CPC/15, que previa a suspensão do julgamento virtual com a continuidade do exame da causa de forma presencial no caso de algum dos julgadores divergir do relator.

4.2.3. Fase pós-decisional.

4.2.3.1. A formalização da decisão: modelos *per curiam* e *seriatim*.

De acordo com o art. 204 do CPC/15, acórdão é “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. No CPC/73, o art. 163 designava o acórdão como “o julgamento proferido pelos tribunais”. A nova redação integrou justamente o elemento caracterizador do acórdão: a colegialidade. Não há acórdão sem que a decisão tenha sido tomada pelo órgão colegiado.

Nesse sentido, realizados os procedimentos preparatórios ao julgamento e feita a deliberação colegiada, o órgão chega a um resultado. É o momento, então, da elaboração da decisão escrita que contenha o teor da deliberação nas fases pré-decisional e decisional, capaz de espelhar o conteúdo do decidido colegiadamente.

Uma primeira questão que se coloca sobre a edição do acórdão é o regime de sua elaboração – se *per curiam* (ou seja, uma decisão que reflita uma única voz, a opinião da Corte) ou *seriatim* (isto é, uma decisão que compreenda, em série, a opinião dos julgadores).

Do ponto de vista deliberativo, segundo MENDES, não há forma específica para a publicação da decisão. Significa dizer que uma decisão única – a opinião da Corte – não representa necessariamente a tradução de um alto desempenho deliberativo. Da mesma forma, uma decisão plural, que contenha a expressão de todos os julgadores de forma individualizada, também não é, por si, indício ou concretização da deliberação.³³⁸

MENDES observa a existência de quatro possíveis tipos de decisão. As decisões *seriarim* deliberativas e não deliberativas e as decisões *per curiam* deliberativas e não deliberativas.³³⁹

A decisão *seriatim* não deliberativa é o símbolo da completa falta do esforço de interação cooperativa e interativa do órgão colegiado. Esse formato de decisão rebaixa a instituição à sombra de seus membros,³⁴⁰ com o reforço do personalismo e com a falta de comunicação entre os votos proferidos.

A decisão *per curiam* não deliberativa, por sua vez, embora consistente em uma opinião única, não inclui o ânimo dos magistrados em por em prática a atividade

³³⁸ MENDES. Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 170.

³³⁹ *Ibid.*, p. 111.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 112.

deliberativa. Falta a este tipo de decisão a vontade dos julgadores em responder aos argumentos desenvolvidos pelas partes na fase deliberativa e em suprir as deficiências dessa fase.

As decisões *seriatim* e *per curiam* deliberativas, a seu turno, resultam de processos satisfatoriamente deliberativos, mas se diferenciam, unicamente, pela forma de comunicação do resultado. Enquanto a primeira o faz por meio de várias vozes, a última concretiza, num formato institucional e despersonalizado, a conclusão da deliberação.

No entanto, mesmo que a mera opção pelo formato da publicação do acórdão não seja prova inequívoca da existência ou não de deliberação na tomada de decisão, é possível estabelecer relações entre a forma de decisão e o potencial deliberativo.

No Brasil, por exemplo, a regra é decisão *seriatim*.³⁴¹ Cada julgador pode apresentar seu voto concorrente (no mesmo sentido do voto do relator) ou dissidente (em sentido contrário ao voto do relator) de forma escrita. Este voto comporá o acórdão na sequência dos votos, conforme a sessão de julgamento. Assim, o acórdão, na tradição jurídica brasileira, nada mais é do que o compilado de votos individuais escritos. Após o relatório, vem o voto do relator e, na sequência, os demais votos disponibilizados.

Se, de um lado, este modelo de acórdão torna o processo decisório mais transparente e passível de controle,³⁴² por outro, ele expõe o caráter agregativo da tomada de decisão, representado pelo perfil individualista do voto³⁴³ e pelo resultado do julgamento pela mera soma.

³⁴¹ Esse modelo também é, desde muito, adotado na Grã-Bretanha (HENDERSON, M. Todd. From *seriatim* to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007, p. 8). De acordo com MENDES, Lady Justice Mary Arden, em discurso, afirmou que as reformas realizadas no Poder Judiciário britânico, especialmente a criação da Suprema Corte do Reino Unido, seria uma grande oportunidade para o questionamento dessa tradição (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 170).

³⁴² HENDERSON, M. Todd. From *seriatim* to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007, p. 17.

³⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Mota. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 24.

Nesse sentido, a relação entre a decisão *seriatim* e o baixo desempenho deliberativo é salientada por SILVA. Considerando que a deliberação tem como propósito de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão, a partir da atividade interativa e cooperativa dos participantes, a possibilidade de publicação de decisão no formato *seriatim* pode ser considerada como um desincentivo para o consenso.³⁴⁴

Com efeito, alguns pontos tratados ao longo do presente capítulo, especialmente aqueles relativos ao papel do relator e à sessão de julgamento, combinados com a forma de agregação individual dos votos para a confecção do acórdão, levam, de fato, a um desempenho deliberativo mais fraco.

A confecção prévia da minuta de votos – o que ocorre, com mais frequência, no STF, mas também ocorre no STJ –, e o pedido de vista – que, por um lado, demonstra a disposição em considerar a opinião dos demais julgadores, mas, por outro, reforça o isolamento na formação da convicção do julgador –, são fatores que reforçam o personalismo na tomada de decisão e, conseqüentemente, diminuem a disposição dos julgadores em alcançar o consenso.

Tais situações são ainda mais agravadas pela cultura da decisão *seriatim*, que torna mais aceitável que o julgador firme sua convicção solitariamente e apresente suas conclusões em voto apartado. Ou seja, a forma de apresentação do acórdão pode, de fato, favorecer a indisposição dos julgadores em deliberar.³⁴⁵

Por outro lado, a decisão *per curiam*, que apresenta a opinião institucional da corte, tende a evidenciar um maior potencial deliberativo. É que a decisão *per curiam* deverá – ou ao menos deveria – representar a conclusão alcançada a partir da deliberação colegiada. Ela deverá representar não o voto isolado de um ministro, mas a conjugação da fundamentação acolhida pela corte como um todo.³⁴⁶

Em outras palavras, o entendimento prevalecente é apresentado com uma única fundamentação jurídica que representa as razões de decidir do órgão

³⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 577.

³⁴⁵ Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011, p. 1307.

³⁴⁶ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 325.

colegiado.³⁴⁷ Nesse sentido, é essencial que, para tanto, o redator do acórdão se dispa da sua convicção pessoal para elaborar a decisão escrita resultado da deliberação. Ou seja, essa decisão não poderá conter entendimentos pessoais que não restaram acolhidos pela corte, mas, sim, refletir exclusivamente a fundamentação adotada pelo órgão colegiado.³⁴⁸

Embora no Brasil, como já se disse, adota-se como regra o modelo *seriatim*, nos Estados Unidos, a opção entre os modelos *seriatim* e *per curiam* é debatido há muito tempo e, até os dias de hoje, tem gerado controvérsia.³⁴⁹ Na história da Suprema Corte americana, três grandes períodos podem ser apontados. Até 1801, embora não houvesse uma regra ou orientação sobre a formalização da decisão escrita, os tribunais americanos, inclusive a Suprema Corte, seguia a tradição inglesa do modelo *seriatim*. Nesse ano, porém, *Chief Justice* John Marshall assumiu a presidência da Suprema Corte e estabeleceu, como regra, a formalização da decisão por meio da “opinião da Corte”.

Marshall pretendeu, por meio da adoção do modelo *per curiam*, o fortalecimento do papel da Suprema Corte americana como ator político, conferindo maior legitimidade e certeza às suas decisões. Embora a opinião da Corte fosse a regra, a dissidência não era proibida. Contudo, na prática, a prolação de votos

³⁴⁷ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 109.

³⁴⁸ Tome-se como exemplo o julgamento dos embargos de declaração na ADI 2591/DF, que analisava a constitucionalidade da inclusão das instituições financeiras no conceito de fornecedor para os fins de sujeição ao Código de Defesa do Consumidor. A discussão dos embargos de declaração se referia à existência de contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos (o voto condutor e os demais que compõem o acórdão). É que, embora a certidão de julgamento informasse a improcedência total da ADI, a ementa fazia menção à ideia de interpretação do CDC em conformidade com a Constituição. O debate surgiu – e os embargos de declaração foram acolhidos – porque a ementa não refletiu o que restou decidido pelo consenso da maioria. A ementa do acórdão que julgou os embargos de declaração fez constar expressamente: “*Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: (...)*” (ADI 2591 ED, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 13-04-2007 PP-00083 EMENT VOL-02271-01 PP-00055).

³⁴⁹ Conforme anotado NUNES, o *Chief Justice* da Suprema Corte Americana, John Roberts, afirmou, em 2006, que uma das suas prioridades seria fomentar o consenso na corte (NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015, p. 67). Notícia disponível em <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/21/AR2006052100678.html>>. Acesso em 19 de abril de 2017.

divergentes era bastante restrita, ocorrendo em cerca de 10% dos casos analisados pela corte.³⁵⁰

Como consequência da permanente busca por consenso capitaneada pelo *Chief Justice* Marshall, os votos divergentes costumavam ser longos para justificar a ausência de unanimidade.³⁵¹

Desde o final da era Marshall, todavia, o número de votos dissidentes começou a aumentar. Porém, especialmente a partir de 1905, com a diminuição do papel da Corte como ator político institucional, os votos dissidentes deixaram de consistir em longas justificativas para a não adesão ao entendimento majoritário e passaram a uma manifestação *pro forma*.

A partir da década de 1940, com a ascensão John Harlan Stone à figura de *Chief Justice*, iniciou a terceira fase. Stone foi o primeiro acadêmico nomeado à função de *Chief Justice* e esse seu perfil foi apontado como um dos fatores de incentivo à franca deliberação. Nesse período, Stone não apenas tolerou, mas encorajou a apresentação de votos divergentes.³⁵²

Desde então e até a presidência do *Chief Justice* Rehnquist, prevalece o modelo *per curiam*, com a formalização da opinião da corte representada pelo entendimento da maioria, porém com alto índice de votos concorrentes e dissidentes. Trata-se, enfim, de um modelo híbrido de formalização da decisão final.³⁵³

Por fim, *Chief Justice* Roberts, desde sua ascensão ao cargo, tem manifestado o seu desejo em reforçar o consenso nas decisões da Suprema Corte.

³⁵⁰ Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011, p. 1308.

³⁵¹ No julgamento do caso *United States v. Fisher*, por exemplo, *Justice* Washington iniciou sua divergência preocupado em expor as razões pelas quais votava dessa forma: “*In any instance where I am so unfortunate as to differ with this Court, I cannot fail to doubt the correctness of my own opinion. But if I cannot feel convinced of the error, I [must show] ... that the opinion was not hastily or inconsiderately given*” (Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011, p. 1308/1309).

³⁵² HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007, p. 32.

³⁵³ *Ibid.*, p. 39.

Apesar disso, dados demonstram que, de 2005 a 2011, embora o número de votos dissidentes tenha reduzido, ele ainda ocorre em 47% dos casos analisados.³⁵⁴

Do exposto se pode concluir que, ao menos potencialmente, a formalização da decisão *per curiam* possa instigar um melhor desempenho deliberativo por fomentar uma postura mais cooperativa no processo de interação colegiada. Não significa, todavia, que a mera escolha da forma de comunicação da decisão torne o colegiado um órgão deliberativo ou não. Não significa, tampouco, que a opção pela divulgação de uma opinião única da corte equivalha à proibição da divergência, como tratado a seguir.

4.2.3.2. A disponibilização dos votos concorrentes e divergentes.

Controvérsia que se coloca ao lado do modelo de formalização da decisão – se *per curiam* ou *seriatim* – é a possibilidade de elaboração e de disponibilização de votos dissidentes e concorrentes.

No Brasil, como dito, a regra é a sua disponibilização, assim como nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha e no Canadá.³⁵⁵ Apesar disso, não é assim em todo o mundo. Em estudo sobre cortes constitucionais europeias, KELEMEN faz duas observações interessantes.³⁵⁶ A primeira, que, nos dias atuais, basicamente todos os países europeus admitem a publicação de votos concorrentes e dissidentes nas cortes constitucionais; apenas as cortes da Áustria, da Bélgica, da França, da Itália e de Luxemburgo não admitem a sua publicação. A segunda, que, embora a maioria das cortes constitucionais admita a publicação dos votos concorrentes e dissidentes, essa não é a regra na justiça ordinária.

Relativamente à primeira observação, a autora promove um relato histórico da disponibilização de votos concorrentes e divergentes nas cortes constitucionais europeias. A Alemanha, segundo ela, foi o primeiro país europeu a admitir sua publicação. Embora a possibilidade da disponibilização tenha sido levantada na criação

³⁵⁴ HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007, p. 31.

³⁵⁵ VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 84.

³⁵⁶ KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*, v. 14, n. 8, 2013, p. 1346.

da Corte Constitucional Federal após a segunda guerra mundial, optou-se, naquele momento, por vetá-la. Não obstante, em dezembro de 1971, as regras da corte passaram a permitir, de forma expressa, a publicação de votos concorrentes e dissidentes, com a revelação anônima do número de votos majoritários e minoritários. Espanha e Portugal seguiram o mesmo caminho, no fim da década de 1970 e no início da década de 1980, respectivamente, quando criaram as suas cortes constitucionais.³⁵⁷

Quanto à segunda observação, a autora nota que a regra da disponibilização de votos dissidentes e concorrentes nos países europeus se restringe às cortes constitucionais. Para a justiça ordinária, apenas a Espanha admite sua publicação. KELEMEN justifica essa diferença numa suposta natureza *sui generis* das cortes constitucionais, seja porque as cortes constitucionais são os únicos tribunais, nesses países, que fazem o controle de constitucionalidade, de forma abstrata, seja porque as cortes constitucionais estão fora da hierarquia do poder judiciário, inexistindo cortes hierarquicamente inferior ou superior a elas.

Essas duas características, de acordo com a autora, tornariam a corte constitucional especial em relação à justiça ordinária e, nesse sentido, a disponibilização de votos dissidentes e concorrentes estaria justificada na necessidade de garantir a legitimidade e a autoridade das cortes constitucionais.

Importante notar que a segunda observação não tem validade para o sistema jurídico brasileiro. Primeiramente, porque o controle de constitucionalidade brasileiro é misto.³⁵⁸ Ou seja, diferentemente da situação considerada por KELEMEN, convivem, por aqui, o modelo difuso, em que cada juiz pode analisar a constitucionalidade de normas em análise de caso concreto, e o modelo concentrado, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal em situações abstratas. Além disso, no nosso sistema, não há propriamente uma corte constitucional. O STF, além de examinar as ações constitucionais abstratas, julga causas subjetivas. Nesse sentido, há uma hierarquia entre o STF e os demais tribunais.

³⁵⁷ A autora ainda cita os exemplos da Grécia, da Romênia, da Lituânia, da Letônia, da Eslovênia e da República Checa, que também admitem a disponibilização dos votos concorrentes e dissidentes, cada um a seu modo (KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*, v. 14, n. 8, 2013, p. 1350/1351).

³⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1061.

Ou seja, no contexto brasileiro, não se pode falar em características especiais de uma corte constitucional em relação à justiça ordinária que justificariam, apenas no primeiro cenário, a possibilidade de publicação de votos dissidentes e concorrentes. Não há vedação normativa ou, mesmo lógica, para afastar essa possibilidade em nosso sistema jurídico.

Dito isso, a primeira questão que se coloca sobre o tema é saber quais as vantagens e as desvantagens da publicação de votos dissidentes e concorrentes. Munidos dessas informações, interessa verificar quais argumentos são relevantes do ponto de vista do desempenho deliberativo.

Os argumentos favoráveis à publicação podem ser sintetizados em três: (i) transparência do processo decisório; (ii) independência do julgador; e (iii) evolução do direito.

A transparência do processo decisório se relaciona com a publicação dos votos dissidentes e concorrentes de forma direta.³⁵⁹ Se a sessão de julgamento ocorre às portas fechadas e os votos dissidentes e concorrentes não são disponibilizados, o processo decisório se tornaria obscuro. Ainda que a sessão seja pública, a não disponibilização desses votos dificultaria o conhecimento das razões não publicadas. Ou seja, conhecer os motivos pelos quais a opinião da maioria não foi unânime seria, enfim, medida de controle da atuação jurisdicional.³⁶⁰ Se a Constituição de 1988 impõe a fundamentação da decisão judicial, seria preciso saber os fundamentos da divergência.

Por sua vez, a independência do julgador seria garantida com a publicação do voto dissidente ou concorrente, seja do ponto de vista interno (ou seja, a independência em relação aos demais julgadores), seja do ponto de vista externo (aos demais poderes).³⁶¹ Isto é, sendo o julgador autorizado a publicamente divergir, ele

³⁵⁹ NUNES observa não existir “garantia de que a supressão integral da dissidência torne o sistema mais adequado (democrático)” NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015, p. 67).

³⁶⁰ ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 240.

³⁶¹ LYNCH defende a independência do julgador por meio do direito de divergir com fundamento na liberdade de expressão e na independência (LYNCH, Andrew. Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004).

estaria vinculado unicamente à sua convicção.³⁶² A independência do julgador ainda poderia ser vista como uma garantia de que todas as vozes foram ouvidas e consideradas no processo decisório, ainda que nem todos os julgadores tenham concordado com uma determinada posição.³⁶³

A evolução do direito, por fim, também poder ser um efeito da publicação de votos dissidentes e concorrentes. Essa prática manteria vivo o diálogo entre o decidido hoje e o que pode ser decidido no futuro.³⁶⁴ O voto dissidente hoje poderia ser a opinião majoritária do futuro ou poderia, num diálogo interinstitucional,³⁶⁵ fornecer elementos para a atuação legislativa.³⁶⁶ Com efeito, as razões consideradas para se alcançar determinado resultado em um julgamento, inclusive as vencidas, deveriam ser consideradas em outros julgamentos.

Por outro lado, os argumentos contrários à publicação de votos dissidentes e concorrentes também se resumem a três: (i) confiança e credibilidade do Poder Judiciário; (ii) certeza do direito; e (iii) gestão do tempo e do volume de processos.

O primeiro motivo contra a publicação da dissidência/concorrência tem um viés institucional. Sua publicação exporia a divisão interna entre os julgadores e afetaria, ao fim, a autoridade da decisão do Poder Judiciário.³⁶⁷ Nesse sentido, a

³⁶² VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 86.

³⁶³ STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996, p. 2257. BRENNAN, William J. In defense of dissents. *The Hastings Law Journal*, v. 37, 1985, p. 430. ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 240.

³⁶⁴ STACK, Kevin, M. *Ibid.*, p. 431.

³⁶⁵ No estudo de “quem tem a última palavra?”, Poder Judiciário ou Poder Legislativo, MENDES propõe uma teoria intermediária. Segundo o autor, em um caso individual, a última palavra é um ponto final naquele momento, mas o tema continuará a ser debatido na comunidade política, voltando, em alguma altura, ao centro da arena deliberativa. Nesse estágio, o autor introduz o que ele chama de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”. Esses conceitos expressam a noção de que uma determinada decisão é final apenas dentro de uma rodada. Essa rodada pode ser reiniciada por meio de novas mobilizações dos Poderes ou da sociedade, capazes de movimentar a máquina institucional. Ao defender a interação entre Cortes e Parlamentos de forma horizontal, MENDES busca conciliar a provisoriabilidade das decisões com a continuidade da política, fazendo coexistir as noções de “última palavra provisória” e de “diálogo permanente”. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Saraiva: São Paulo, 2011).

³⁶⁶ VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 88. ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 241.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 91. Como exemplificado por HENDERSON, uma opinião unânime pela Suprema Corte americana causa uma reação diferente de uma decisão 5 a 4 com vários votos dissidentes contundentes

explicitação da falta de consenso dos julgadores poderia diminuir a confiança do jurisdicionado na autoridade do Poder Judiciário.³⁶⁸

A certeza do direito também ficaria afetada pela exposição do voto dissidente ou concorrente.³⁶⁹ A decisão tomada de forma não unânime seria uma forma de exprimir a natureza controversa da questão decidida. Tendo havido divergência no processo decisório, a matéria controvertida não estaria definitivamente resolvida.

Finalmente, ainda pela crítica, a publicação de dissidência ou concorrência consistiria, simplesmente, em perda de tempo, energia e recursos.³⁷⁰ Em primeiro lugar, porque demandaria que os juízes vencidos elaborassem o voto a ser disponibilizado, aumentando a carga de trabalho já exagerada. Em segundo lugar, porque, diminuindo a certeza do direito, incentivaria a litigância e, conseqüentemente, a propositura de novas demandas judiciais, abarrotando, ainda mais o Poder Judiciário.

Todos os argumentos expostos acima são, de algum ponto de vista, defensáveis e, ao mesmo tempo, criticáveis. Contudo, sob o aspecto do desempenho deliberativo, pode-se afirmar que a publicação de votos dissidentes e concorrentes é saudável. Essa afirmação não se contradiz com o afirmado no tópico anterior, no sentido que, ao menos potencialmente, a formalização da decisão *per curiam* possa instigar um melhor desempenho deliberativo por fomentar uma postura mais cooperativa no processo de interação colegiada.

É que, como adiantado, a publicação da decisão *per curiam* não impede a publicação dos votos contrários. Aliás, o modelo que concilia a decisão *per curiam* e a publicação de votos dissidentes e concorrentes soa o mais compatível com a deliberatividade da tomada de decisão. Nesse cenário, o julgador deve se empenhar, ao máximo, em formar uma decisão que signifique a opinião do órgão colegiado. Não

(HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007, p. 7).

³⁶⁸ ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 242.

³⁶⁹ Como observado por NUNES, “o dissenso influencia no grau de força a ser conferido às decisões-*precedentes*” (NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015, p. 68). ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 242.

³⁷⁰ VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 94.

sendo possível – como se sabe que, na prática, a divergência é absolutamente natural –, o julgador deve ter o direito (ou tem o dever) de que sua opinião seja colocada na mesa, inclusive para os julgamentos futuros.

Ainda sobre essa questão, deve também ser ponderada a divulgação anônima ou identificada do voto dissidente ou concorrente.³⁷¹ Essa questão faz mais sentido se a sessão de deliberação for secreta; caso contrário, seria possível identificar o julgador dissidente. Mas, mesmo que a sessão seja pública, pode-se vislumbrar a divulgação anônima da dissidência; algo como uma dissidência “da corte”.

Por fim, sob o olhar da deliberatividade, vale anotar a diferença trabalhada por SILVA entre voto dissidente e voto vencido.³⁷² Segundo o autor, o voto dissidente é aquele que conversa e confronta com o voto majoritário, fomentando a deliberação e a melhor tomada de decisão. Ou seja, o voto dissidente, contestando o entendimento adotado no voto majoritário, apresenta as razões pelas quais os fundamentos da maioria não devem prevalecer.

Por outro lado, o voto vencido é aquele em que não há efetiva deliberação, não há diálogo entre o exposto e o voto majoritário, não há troca de argumentos entre os votos. O voto assim elaborado não é um voto dissidente (que contém valor deliberativo), mas, sim, meramente um voto vencido (sem qualquer valor do ponto de vista do desempenho deliberativo).

Essa diferenciação foi um dos pontos do trabalho feito por SILVA sobre os votos divergentes no STF,³⁷³ baseando-se em entrevistas com ministros e ex-ministros do Tribunal, a fim de “compreender como os próprios ministros do STF encaram o processo deliberativo do qual participam”, especialmente nas decisões mais polêmicas e que chamam a atenção do público geral.³⁷⁴

³⁷¹ Segundo KELEMEN, a divulgação de votos dissidentes e concorrentes na Corte Constitucional alemã ocorre de forma anônima, sem a identificação do julgador dissidente (KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*, v. 14, n. 8, 2013, p. 1348).

³⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 583.

³⁷³ Neste ponto, adoto a expressão “votos divergentes”, como adotada por SILVA em sua pesquisa, com a mesma conotação do que, até aqui, chamei de “votos dissidentes”.

³⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015.

Nesta pesquisa, foram feitas quatro perguntas que interessa no momento, todas relativas ao voto divergente no STF: (i) como os ministros explicam a quantidade de votos divergentes; (ii) como eles avaliam essa grande quantidade de votos divergentes e concorrentes; (iii) se eles veem alguma diferença entre voto divergente e voto vencido; e (iv) se existe alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir de forma explícita. As respostas, como observado por SILVA, foram apresentadas de forma anônima no artigo elaborado.

Quanto à primeira pergunta, os ministros apontaram cinco principais razões para a grande quantidade de votos divergentes. A ausência de debate prévio à sessão foi apontado por alguns ministros como um fator relevante: “*a ausência de uma reunião prévia para formatar o posicionamento evidentemente faz com haja maiores divergências*”, disse um deles.³⁷⁵

Para outros ministros, o fato de levarem votos prontos para a sessão de julgamento também foi apontado como um aspecto que aumenta o número de votos divergentes: “*o modo como nós trabalhamos – levar votos já preparados – não leva a um debate saudável ou produtivo (...). A gente não sabe quais são os argumentos do outro*”, para, então, concluir que “*eu acho que há uma falha estrutural, uma falha essencial no modelo deliberativo, por isso que há votos divergentes*”.³⁷⁶

Um terceiro fator levantado pelos ministros como motivo para as divergências foi o volume de trabalho. Embora essa razão, a princípio, pudesse levar ao entendimento contrário – de que o volume de trabalho diminuiria a quantidade de votos divergentes –, a conclusão foi diversa. Para um ministro, o volume de trabalho exige pressa do tribunal e, por essa razão, não há o amadurecimento da causa, com o consequente empobrecimento da deliberação, que leva ao aumento do número de divergências.

O quarto motivo foi a publicidade da sessão de julgamento. Um dos ministros afirmou não ser possível “*aparar as arestas*” que levam às divergências em razão “*do formato de decisão do Supremo, que é ao vivo em cores; ou seja, o debate se dá*

³⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 211.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 211.

naquele momento da sessão". Outro ministro comentou sobre sua impressão de que "a votação em aberto tem muito a ver com isso [número de votos divergentes]".³⁷⁷

A quinta razão, por fim, estaria justificada na heterogeneidade do Tribunal e na dinamicidade das questões levadas ao STF. Para um dos ministros, foram apontados motivos como "a diversidade que nós somos como nação" e "a extensão e a plasticidade da nossa ordem jurídica: nós lidamos com o direito positivo cheio de ambiguidades". Outro apostou na suposta singularidade de nosso sistema jurídico: "talvez a constituição brasileira tenha um quantidade maior do que outras de cláusulas gerais, portanto conceitos jurídicos indeterminados, e de princípios, o que leva a diferentes visões de concretização".³⁷⁸

Quando indagados sobre como avaliam a quantidade de votos divergentes, houve certa divergência entre os entrevistados. Embora todos os ministros e ex-ministros tenham defendido alguma forma de divergência, alguns poucos criticaram a quantidade. Para os que não viam problema no modelo atual do STF, a defesa se pautou nos seus aspectos favoráveis: "o voto divergente é um polo contrastante, então aguça o debate", disse um deles. Para outro, "o colegiado é interessantíssimo, porque às vezes uma matéria pode passar até batida se não houver um espírito mais voluntarioso, curioso, para apontar o que para si se mostra como premissa equivocada no voto proferido pelo relator". Houve quem argumentasse que o voto divergente dava legitimidade à deliberação, gerando satisfação ao cidadão, que poderia ver todos os argumentos usados no debate, mesmo aqueles não vencedores.³⁷⁹

As críticas à grande quantidade de votos divergentes, por sua vez, fundou-se justamente na falta de deliberação. Para um dos ministros, o número de votos

³⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 212.

³⁷⁸ Neste ponto, SILVA faz questão de afastar algumas das respostas dos ministros. Quanto à diversidade, afirmou que "uma análise dos ministros que atuaram no STF desde 1988 mostraria um quadro bastante homogêneo: com raríssimas exceções, os ministros são homens, brancos, cristãos, casados (com pessoas do sexo oposto), classe média-alta, entre 50 e 65 anos de idade quando de sua posse, e, antes de chegar ao STF, foram advogados, promotores ou juízes". Em relação à suposta singularidade da constituição brasileira, SILVA destaca que "não parece ser verdadeiro afirmar (...) que chegam mais matérias moral e politicamente controvertidas no Supremo Tribunal Federal do que em outros tribunais constitucionais. Outros tribunais também decidem sobre casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, aborto, drogas, cláusula barreira, financiamento de campanhas eleitorais, dentre outros temas moral e politicamente controvertidos" (Ibid., p. 213/214).

³⁷⁹ Ibid., p. 216.

divergentes “*tem aspectos positivos, mas traduz um modo de deliberar que é equivocado*”. Outro censurou o personalismo: “*eu acho que [a quantidade de votos divergentes] é extremamente negativa. O tribunal deveria ser mais conciso e objetivo para justamente não ensejar esse tipo de personalismo*”. Por fim, um dos entrevistados observou que, com essa prática, o tribunal “*não é um órgão coletivo de formação de decisão, é um órgão de soma de indivíduos*”.³⁸⁰

A terceira pergunta disse respeito à diferença conceitual levantada por SILVA sobre votos divergentes e votos vencidos. Partindo dessa diferenciação conceitual e com a realidade do STF, o objetivo do questionamento foi saber se, na realidade do STF, ficaria prejudicada a capacidade de estabelecer um diálogo e de apontar defeitos da opinião majoritária. Os ministros e ex-ministros amenizaram essa situação, afirmando haver “*muitos ajustes de última hora [no voto pronto levado para a sessão], depois de ter ouvido o voto do relator ou o argumento posto*” e a possibilidade de pedir vista. Nesse sentido, “*esse voto vencido que aponta as falhas só ocorre depois que alguém pede vista, leva o processo para casa, faz uma crítica ao voto e traz o voto vista criticando o voto anteriormente proferido*”.³⁸¹ Por outro lado, houve ministros que reconheceram essa falta de diálogo entre o voto majoritário e o voto vencido: “*e o pior é que fica constando um voto vencido exposto ali, sem dialogar com os demais. (...) não é um voto predestinado a responder ao argumento da maioria, do voto do relator*”.

Sobre existir alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir, os ministros e ex-ministros não veem motivos para, de forma geral, não fazê-lo. Os argumentos para tanto foram “*faz parte da transparência*” ou de um dever funcional: “*a meu ver, não se deve [deixar de divergir]*”. Como exceção a essa regra, houve ministros que afirmaram ser desnecessário divergir quando houvesse jurisprudência consolidada pelo tribunal: “*quando era posição tranquila na corte eu apenas ressaltava meu ponto de vista e seguia*” e “*eu me rendia diante da fidelidade à jurisprudência assentada sobre determinado tema*”.

³⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 216.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 218.

Do exposto, nota-se a relação entre a divulgação de votos dissidentes e concorrentes e deliberação. Além da relevância da exposição da divergência na sessão de julgamento, sua publicação junto com o voto majoritário deixa registrada, para o futuro, toda a argumentação levada em conta no processo deliberativo.

4.3. Os limites do desempenho deliberativo.

Já se viu, nos tópicos anteriores, o núcleo central do desempenho deliberativo – representado pelas fases deliberativas e pela disposição individual dos juízes em deliberar – e os elementos institucionais que o incentivam e o desestimulam em cada uma das fases deliberativas. Finalmente, a terceira camada do desempenho deliberativo diz respeito aos seus limites.

Como também visto, a deliberação consiste na atividade interativa e cooperativa dos participantes, que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, dispostos a mudá-las, com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão. No contexto da colegialidade, a deliberação despersonaliza a tomada de decisão, reforça a abertura a várias vozes e desperta o foco na qualidade da decisão tomada.

Apesar dessas virtudes, não se pode desconsiderar que a deliberação tem custos.³⁸² Do ponto de vista do Poder Judiciário, dois em especial merecem ser considerados: o volume de processos e a celeridade processual. Tendo-se em vista esses óbices, a pergunta que se faz é: quando a deliberação não é mais conveniente? A resposta virá caso a caso. Mas algumas balizas podem ser estabelecidas.

Com efeito, considerando os dois fatores mencionados, a decisão judicial tem que vir no tempo certo; nem tão rápida a ponto de não se fazer ouvir e discutir os argumentos necessários para a solução da controvérsia; nem tão demorada, a ponto de se tornar inócua em termos de efetividade. Deliberar sobre alegações já previamente deliberadas, por exemplo, é um limite do desempenho deliberativo. Em matérias já

³⁸² SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, nº 2, 2002, p. 196.

decididas, a deliberação apenas fará sentido se novos argumentos e considerações forem trazidos a tona.

Como regra, a deliberação, enquanto um dos elementos que toma tempo no curso do processo, não pode ser mitigada pura e simplesmente em prol da celeridade.³⁸³ Todavia, ela não deve se fazer estender desnecessária e improdutivamente; haverá casos, por exemplo, que a urgência imporá uma resposta de pronto, ainda que assim se comprometa o desempenho deliberativo ideal.

O órgão deliberativo tem que ter a sensibilidade de identificar o momento a partir do qual a deliberação não é mais necessária no caso concreto. Em primeiro lugar, quando ela deixa de cumprir seus objetivos de persuasão e de troca de argumentos. Ou seja, a partir do momento em que os julgadores deixam de deliberar propriamente, no sentido de expor e discutir suas razões, dispostos a mudá-las, buscando o ideal consenso, deve-se focar na tomada de decisão.

Em segundo lugar, quando o órgão deliberativo percebe que, ainda que teoricamente haja espaço para a troca de informações e para o consenso, o custo da demora é maior que o benefício da deliberação. Em casos que se requer urgência, a efetividade processual poderá ser privilegiada.

Portanto, a deliberação tem virtudes, mas tem também custos. A deliberação não pode ser indefinida no tempo, sob pena de ser instrumento sem efeito prático. O órgão julgador, dessa forma, haverá de perceber, caso a caso, o momento em que a deliberação deixa de ser conveniente.

³⁸³ Sobre a busca incessante pela celeridade e o necessário respeito às garantias constitucionais, ver THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, nov. 2010; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011; DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. V.1. Salvador: Juspodivm, 2013. BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. . In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONCLUSÕES.

Chegado ao final do estudo, é preciso assentar, resumidamente, as conclusões alcançadas.

Viu-se o esforço legislativo (constitucional e infraconstitucional) em reforçar a orientação firmada pelos tribunais. São vários os exemplos nas reformas constitucionais e infraconstitucionais a partir da década de 1990, reafirmadas com o CPC/15. Percebeu-se, também, que a realidade de como os tribunais julgam suas causas demonstra uma racionalidade que se afigura incompatível com o objetivo do legislador de dar especial relevância aos entendimentos firmados de forma colegiada. É que, como visto, os tribunais, como regra, tomam suas decisões fundados em argumentos de autoridade, o que acaba por reforçar o caráter pessoal da tomada de decisão do julgador.

A partir dessa realidade, o trabalho retomou o conceito de colegialidade, revisitando as razões subjacentes à opção pela estruturação dos tribunais em órgãos colegiados. Em resumo, foram identificadas quatro razões: (i) a despersonalização; (ii) a contenção do arbítrio individual; (iii) a abertura a várias vozes e ao desacordo; e (iv) o reforço das chances de acerto.

A despersonalização, em que a decisão tomada pelo colegiado se torna algo construído pela instituição, dissociada de seus membros, pode ser apontada como um reforço do caráter da impessoalidade, da independência e da imparcialidade dos membros julgadores do órgão colegiado. Com a contenção do arbítrio individual, evita-se a concentração de muito poder nas mãos de uma só pessoa, tutelando o jurisdicionado e o conteúdo da prestação jurisdicional. A abertura a várias vozes e ao desacordo, além de traduzir o reconhecimento de que o conceito de Direito (ou a interpretação do Direito) é algo que, por sua complexidade, deve estar aberto à argumentação e à divergência, proporciona a concretização do princípio constitucional do contraditório, enquanto garantia de participação influente das partes na elaboração do provimento judicial. Pelas três razões anteriores, por a colegialidade, por aumentar o número de juízes na tomada de decisões, aumenta a possibilidade de que o resultado seja uma melhor decisão, por instigar o diálogo, a difusão de novas ideias, a

consideração atenta das críticas e a percepção de que o resultado do julgamento é coletivo e não individual.

Diante das quatro características da colegialidade, buscou-se compreender o fenômeno deliberativo, sua base filosófica no campo da política e sua compatibilidade no âmbito do Poder Judiciário. Viu-se que, no campo da teoria política, a democracia deliberativa introduz o aspecto da justificação na tomada de decisão. A deliberação, como elemento da democracia, consiste (i) na atividade interativa e cooperativa dos participantes (ii) que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, (iii) dispostos a mudá-las, (iv) com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.

No âmbito da aplicação da lei nos tribunais, a deliberação se relaciona de duas maneiras. Uma, como elemento da argumentação jurídica; a lei, por seu caráter argumentativo, admite a deliberação. Outra, como atividade interativa e cooperativa dos juízes, algo ínsito à estrutura colegiada dos órgãos de julgamento. Nesse contexto, foram apresentadas as três camadas do desempenho deliberativo dos Tribunais: (i) o núcleo central; (ii) os elementos (facilitadores) e (iii) os limites do desempenho deliberativo. O núcleo central apresenta as ferramentas conceituais para se detectar os compromissos básicos da corte em seu desempenho deliberativo. Os elementos do desempenho deliberativo fornecem fatores desencadeiam ou desencorajam a deliberação e a potencialidade institucional do desempenho deliberativo de um tribunal. Por fim, os limites do desempenho deliberativo se referem ao contexto legal e às circunstâncias da deliberação.

Finalmente, esmiuçaram-se as três camadas do desempenho deliberativo. Quanto ao núcleo central, distinguiram-se as três fases deliberativas: pré-decisional, decisional e pós-decisional. A fase pré-decisional engloba os atos por meio dos quais as partes e também terceiros (os chamados interlocutores) interagem com a corte, cabendo a ela receber todas as possíveis influências para estar mais bem informada quanto à matéria em julgamento. A fase decisional corresponde ao momento de interação entre os juízes do órgão colegiado, em que os membros do colegiado devem trabalhar como um time, estar dispostos a ouvir e a se convencer pelos argumentos dos seus pares, em prol de uma tomada de decisão cooperativa. A fase pós-decisional

compreende a redação da decisão colegiada tomada na fase anterior e aos debates, fora dos autos, que a sucedem, comunicando, de forma bem argumentada e a refletir os percursos das discussões havidas nas fases anteriores, as partes do processo e os demais interessados.

Além disso, ainda quanto ao núcleo central e aliado ao aspecto institucional mencionado acima, o desempenho deliberativo depende, no âmbito individual de cada juiz, de sua disposição em deliberar. Na fase pré-decisional, a disposição em deliberar compreende ouvir, passiva e ativamente, os diversos argumentos apresentados pelos interlocutores. Na fase decisional, qualidades como modéstia intelectual, ambição intelectual e empatia são necessárias para a melhor atuação deliberativa. A modéstia intelectual se relaciona com a condição necessária para a mudança de entendimento. A ambição intelectual significa a intenção de persistir na busca da melhor solução ao caso concreto. A empatia consiste no elemento da ambição intelectual que faz com que o juiz tenha o interesse em buscar argumentos que não foram trazidos na fase pré-decisional. A fase pós-decisional, por sua vez, caracteriza-se pela responsividade, pela clareza e pela noção de que a decisão escrita não é definitiva. A decisão escrita deliberativa deve responder aos argumentos desenvolvidos pelas partes durante o processo, deve ser clara quanto aos fundamentos adotados para se alcançar a resolução do caso concreto e deve estar escrita de forma a comportar novas rodadas deliberativas, tanto no Poder Judiciário, quanto no Poder Legislativo.

Quanto aos elementos do desempenho deliberativo, o trabalho seguiu a ordem das três fases deliberativas. Em relação à fase pré-decisional, dois pontos foram objeto de estudo: o papel do relator e a participação das partes e de terceiros. Quanto ao primeiro, demonstrou-se a função do relator de preparar o procedimento para o julgamento colegiado. Percebeu-se a necessidade de que a elaboração do relatório sirva como guia para a deliberação colegiada, apresentando e organizando a matéria controvertida e os argumentos a serem debatidos pelos membros do órgão colegiado. Em relação ao segundo, foi estabelecida a responsabilidade das partes e de terceiros na concretização da abertura a várias vozes e ao desacordo e, ao fim, do contraditório. Discutiu-se a importância da sustentação oral e do incremento da participação de terceiros, pela via do *amicus curiae* ou de audiências públicas.

A fase decisional, por sua vez, envolveu o estudo de quatro itens: a composição do órgão colegiado, a sessão de julgamento, a publicidade da sessão e os julgamentos virtuais. Quanto à composição do órgão colegiado, debateu-se acerca dos riscos e da importância da diversidade (sexo, raça, idade, etc.) dos membros julgadores. Se, de um lado, a diversidade poderia categorizar e atrair os membros que compartilham os mesmos valores, de outro, a diversidade permite o compartilhamento de diferentes pontos de vista na interação do colegiado, com o incremento de conhecimentos e informações. No que se refere à organização da sessão de julgamento, assentou-se, como opção para maior deliberatividade dos órgãos colegiados, a realização de duas sessões de julgamento - uma para a realização de sustentação oral antes da elaboração do voto pelo relator, possibilitando, ainda, que todos os julgadores tivessem contato com a matéria discutida antes de votarem, e outra, para a deliberação e a colheita dos votos. Aspectos como o pedido de vista e a forma de colheita dos votos também foram debatidas. Relativamente à publicidade da sessão de julgamento, viu-se que a sessão aberta assegura maior transparência e controle sobre o processo decisório, enquanto a sessão secreta reforça a independência do magistrado, por lhe prevenir de embaraços públicos. No tocante aos julgamentos colegiados, se, de um lado, a criação de sessões virtuais tem como intuito enfrentar o problema do estoque de processos nos tribunais, permitindo um julgamento mais célere, de outro, é preciso ponderar o custo-benefício desse procedimento no desempenho deliberativo dos órgãos colegiados, sendo necessário criar mecanismos que garantam a presença dos elementos da colegialidade e, conseqüentemente, a possibilidade da deliberação.

Na fase pós-decisional, foram debatidos o modelo de formalização da decisão (*per curiam* e *seriatim*) e a possibilidade de disponibilização dos votos concorrentes e dissidentes. Em relação ao primeiro ponto, viu-se que, em tese, o modelo *per curiam* estaria mais condizente com propósito de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão, a partir da atividade interativa e cooperativa dos participantes, enquanto a possibilidade de publicação de decisão no formato *seriatim* pode ser considerada como um desincentivo para o consenso. Quanto ao segundo ponto, os argumentos favoráveis à publicação podem ser sintetizados em três: (i) transparência

do processo decisório; (ii) independência do julgador; e (iii) evolução do direito. Por sua vez, os argumentos contrários à publicação de votos dissidentes e concorrentes também se resumem a três: (i) confiança e credibilidade do Poder Judiciário; (ii) certeza do direito; e (iii) gestão do tempo e do volume de processos. Sobre os dois pontos em conjunto, viu-se que a publicação da decisão *per curiam* não impede a publicação dos votos contrários. É que o julgador deve se empenhar, ao máximo, em formar uma decisão que signifique a opinião do órgão colegiado. Não sendo possível, o julgador deve ter o direito (ou tem o dever) de que sua opinião seja colocada na mesa, inclusive para os julgamentos futuros.

Finalmente, quanto aos limites do desempenho deliberativo, estabeleceu-se que o órgão deliberativo tem que ter a sensibilidade de identificar o momento a partir do qual a deliberação não é mais necessária no caso concreto. Em primeiro lugar, quando ela deixa de cumprir seus objetivos de persuasão e de troca de argumentos. Em segundo lugar, quando o órgão deliberativo percebe que, ainda que teoricamente haja espaço para a troca de informações e para o consenso, o custo da demora é maior que o benefício da deliberação.

Desse modo, inserir a deliberação como o elemento da colegialidade significa tentar atribuir um modelo de racionalidade ao julgamento colegiado. Isto é, um modelo de racionalidade que deixe de lado as características atualmente predominantes do argumento de autoridade e da pessoalidade na tomada de decisão e passe a adotar as qualidades da deliberação.

A colegialidade, edificada a partir da deliberação dos membros julgadores, deve afetar a formação da decisão judicial nos Tribunais. A deliberação do órgão colegiado pode suprir a pressão por mais transparência e acesso ao processo de tomada de decisões do Poder Judiciário, de modo a melhorar a qualidade do padrão argumentativo de nossos Tribunais e, conseqüentemente, garantir mais efetivamente a qualidade das decisões judiciais colegiadas.

Enfim, a formação da decisão judicial por meio de um órgão colegiado deliberativo tem o condão de legitimar e aumentar a qualidade da atuação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do 'amicus curiae'. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 5, n. 2, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, número 9, mar/abr/mai, 2007.

BENOIT, William. Attorney argumentation and Supreme Court opinions. *Argumentation and Advocacy*, v. 26, nº 1, 1989.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário: vetores iniciais e dados estatísticos*. Brasília: CNJ, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRENNAN, William J. In defense of dissents. *The Hastings Law Journal*, v. 37, 1985.

BUENO, Cassio Scarpinella. O "modelo constitucional do direito processual civil": um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. . In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR,

Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMINKER, Evan H. Sincere and strategic voting norms on multimember courts. *Michigan Law Review*. Vol. 97, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COHEN, Donald. Judicial predictability in United States Court oral advocacy: analysis of the oral argument in *TVA v. Hill*. *University of Puget Sound Law Review*, v. 2, 1978.

COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?. *Revue française de droit constitutionnel*, v.4, n. 68, 2006.

COLLINS, Todd. Is the sum greater than its parts? Circuit court composition and judicial behavior in the Courts of Appeals. *Law & Policy*. V. 32, n. 4, 2010.

COX, Adam B.; MILES, Thomas J. Judging the Voting Rights Act. *Columbia Law Review*. V. 108, n. 1, 2008.

CROSS, Frank B. Collegial ideology in the courts. *Northwestern University Law Review*. V. 103, n. 3, 2009.

CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistle blowing on the federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 7, 1998.

CUNHA, Luciana Gross (Coord.). Relatório ICJ-Brasil, 2º Semestre/2015. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2015.

DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. V.1. Salvador: Juspodivm, 2013.

EDWARDS, Harry T. Race and the judiciary. *Yale Law & Policy Review*. V. 20, n. 2, 2002.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 151, n. 5, 2003.

FARIA, José Eduardo. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. *Colóquio Internacional – Direito e Justiça no Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

FEARON, James D. Deliberation as Discussion. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge University Press, 1998.

FEREJOHN, Jonh; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, wojciech. *Constitutional justice, east and west*. The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2003.

FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FUX, Luiz. Curso de direito processual civil, Vol. I – Processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ*, v. V, 2010.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper nº 363*, 2007.

JACKSON, Susan E.; STONE, Veronica K.; ALVAREZ, Eden B. Socialization amidst diversity: the impact of demographics on work team oldtimers and newcomers. *Research in Organizational Behavior*, v. 15, 1993.

JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan. Justice, interrupted: the effect of gender, ideology and seniority at Supreme Court oral arguments. *Virginia Law Review*, n° 203, Forthcoming, 2017.

JOHNSON, Timothy R. Information, oral arguments, and Supreme Court decision making. *American Politics Research*, v. 29, n° 4, 2001.

JOHNSON, Timothy R.; WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS, II; James F. The influence of oral arguments on the U.S. Supreme Court. *The American Political Science Review*, v. 100, n° 1, 2006.

KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*, v. 14, n. 8, 2013.

KIM, Pauline T. Deliberation and strategy on the United States Courts of Appeal: an empirical exploration of panel effects. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 157, 2009.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Aggregation and deliberation: on the possibility of democratic legitimacy. *Political Theory*, v. 22, 1994.

KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993.

KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, 1986.

LYNCH, Andrew. Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004.

MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare; SHANY, Yuval; SANDS, Philippe. *The Manual on International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão de recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Saraiva: São Paulo, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Opinião, 01/02/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região*, Campinas, v. 1, nº 3, maio/jun, 2005.

Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011.

NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e ‘panelinhas’. *Revista de Sociologia e Política (UFPR. Impresso)*, v. 20,p. 139-153, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator. Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista de Sociologia e Política*. V. 27, nº 88, 2012.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo*, n. 91, São Paulo: RT, 1998.

POSNER, Eric. A.; YOO, John C. judicial Independence in International Tribunals. *California Law Review*, vol. 93, nº 1, 2005.

POWELL Jr., Lewis F. What really goes on the Supreme Court. In: O’BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016.

QUINN, Kevin. M. The academic study of decision making on multimember courts. *California Law Review*. V. 100, 2012.

REHNQUIST, William H. The supreme court's conference. In: O'BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016.

RODRIGUEZ, J. R.. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROHDE, David. W; SPAETH, Harold J. *Supreme Court decision making*. San Francisco: Freeman, 1976.

SEGAL, Jeffery A; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, n. 2, 2002.

SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. V. 2, nº 1., jan. a abr./2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012.

STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996.

SULLIVAN, Barry; CANTY, Mega. Interruptions in search of a purpose: oral arguments in the Supreme Court. *Utah Law Review*, nº 5, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Mota. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUSTEIN, Cass R. [et al]. *Are judges political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

SUSTEIN, Cass R. [et al]. Ideological voting on federal Courts of Appeal: a preliminary investigation. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 198*, 2003.

TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. *The international judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*. Brandeis University Press, 2007.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, nov. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, V. 2, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, V. 28, 2009.

VALADARES, André Garcia Leão Reis; IBRAIM, Marco Túlio Fernandes. Deliberatividade na atuação dos tribunais superiores e a Contribuição ao INCRA. O julgamento do EREsp n. 770.451 e o RE n. 630.898. In: BREYNER, Frederico Menezes; LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. (Org.). *Os repetitivos e súmulas do STF e STJ em matéria tributária (distinguishing e overruling)*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WILLIAMS, Katherine Y.; O'REILLY, Charles A. Demography and diversity in organizations: a review of 40 years of research. *Research in Organizational Behavior*, v. 20, 1998.