

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

EUDES VITOR BEZERRA

TERESA HELENA BARROS SALES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Eudes Vitor Bezerra; Teresa Helena Barros Sales. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-198-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VIII Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2025, sob o tema geral “Direito, Governança e Políticas de Inclusão”. Trata-se da oitava experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

A publicação reúne pesquisas que analisam os desafios contemporâneos enfrentados pela democracia constitucional brasileira, com especial atenção ao papel das instituições do sistema de justiça. Os trabalhos abordam temas como a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamentos paradigmáticos, a legitimidade e os limites do controle de constitucionalidade, a reputação judicial em contextos de crise como o 8 de janeiro de 2023, e propostas de reformas institucionais, como o mandato fixo para ministros. Além disso, discutem-se os mecanismos de freios e contrapesos entre os Poderes, a influência das fake news e do backlash político na jurisdição constitucional, e a função deliberativa das cortes constitucionais, em perspectiva comparada com a Suprema Corte dos EUA.

O grupo também incorpora estudos que ampliam o debate sobre justiça democrática, incluindo temas como o acesso à justiça, a justiça ambiental, a política antimanicomial, os impactos das tecnologias de vigilância, a igualdade de gênero nas eleições, e a participação popular em regiões vulneráveis, como a Amazônia. São exploradas ainda abordagens teóricas sobre o bloco de constitucionalidade, o constitucionalismo digital, e as tensões históricas entre segurança jurídica e soberania democrática. Em comum, os trabalhos buscam refletir criticamente sobre os caminhos institucionais para a promoção da equidade, da inclusão e da proteção das liberdades fundamentais no Brasil contemporâneo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Eudes Vitor Bezerra

Teresa Helena Barros Sales

TRANSPARÊNCIA E DELIBERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUPREMA CORTE AMERICANA

TRANSPARENCY AND DELIBERATION IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE AMERICAN SUPREME COURT

Mario Cesar da Silva Andrade ¹

Resumo

O presente artigo analisa criticamente a transparência e a visibilidade do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Para isso, a pesquisa aborda a diferenciação entre os dois principais modelos deliberativos e decisórios das cortes constitucionais, os modelos *per curiam* e *seriatim*. A análise crítica do modelo adotado pelo STF é desenvolvida a partir das atuais demandas pelo aumento da transparência da Suprema Corte Americana. Assim, a presente pesquisa busca analisar criticamente essa visibilização do STF e de seus Ministros e Ministras, especialmente em comparação com o modelo decisório adotado nos Estados Unidos pela Suprema Corte Americana. Para isso, a pesquisa bibliográfica, de viés compreensivo, vale-se de fontes doutrinárias, documentais e legais, com destaque para as análises teóricas sobre as críticas à hipervisibilidade do STF. Em conclusão, avalia-se que inexistente modelo deliberativo perfeito ou que isentará a Corte de críticas, entretanto, o STF precisa avançar para tornar o sistema institucional mais deliberativo, criando um conjunto de precedentes verdadeiramente coerentes, que, inclusive, atenda ao anseio por um efetivo sistema de precedentes constitucionais.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Transparência pública, Política pública, Supremo tribunal federal, Modelos deliberativos e decisórios

Abstract/Resumen/Résumé

This paper critically analyzes the transparency and visibility of the decision-making process of the Brazilian Supreme Court (STF). To this end, the research addresses the differentiation between the two main deliberative and decision-making models of constitutional courts, the *per curiam* and *seriatim* models. The critical analysis of the model adopted by the STF is developed based on current demands for increased transparency in the American Supreme Court. Therefore, this research seeks to critically analyze this visibility of the STF and its Ministers, especially in comparison with the decision-making model adopted in the United States by the American Supreme Court. To this end, bibliographical research, with a comprehensive bias, uses doctrinal, documentary and legal sources, with emphasis on theoretical analyzes on criticisms of the STF's hypervisibility. In conclusion, it is assessed that there is no perfect deliberative model or one that will exempt the Court from criticism, however, the STF needs to move forward to make the institutional system more deliberative,

¹ Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

creating a set of truly coherent precedents, which even meets the desire for a effective system of constitutional precedents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Public transparency, Public policy, Federal supreme court. deliberative and decision-making models

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) não é mais aquele desconhecido a que se referia Aliomar Baleeiro, tendo seus Ministros e Ministras reconhecidos por significativa parte da opinião pública, e suas decisões e atuações como objeto de comentários pela imprensa. O STF passou a figurar como ato presente, inclusive, no cenário político, ao levantar a reação de atores políticos inconformados com suas decisões. Assim, tanto a comunidade jurídica quanto a grande imprensa e mesmo a sociedade civil têm prestado cada vez mais atenção à atuação do STF.

Nesse cenário de alta visibilidade, é esperado que a Corte busque a proteção de suas decisões contra críticas em bases mais amplas do que unicamente à tecnicidade jurídico-formal, recorrendo crescentemente à fundamentação social e técnico-científica. Como resultado, as Ministras e Ministros do STF passaram a buscar a oitiva de múltiplos especialistas sobre temas não abarcados pela formação jurídica.

Em 1999, as Leis nºs 9.868 e 9.882 positivaram no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de realização de audiências públicas no âmbito do STF.

Legalmente, essas audiências possuem o objetivo de permitir à Corte o acesso à contribuições especializadas de experts, enquanto subsídios necessários para a melhor uma melhor decisão, tendo em vista o envolvimento de elementos que ultrapassam o âmbito jurídico. Portanto, nas audiências, é comum a participação de médicos, químicos, sociólogos, economistas, antropólogos, entre outros cientistas (Camargo; Burlamaqui; Andrade, 2019).

Com o tempo, o STF também passou a utilizar as audiências públicas como via procedimental para a oitiva de entidades representativas de segmentos sociais interessados nas controvérsias sob julgamento, atentando mais para a representatividade social dos participantes do que para a expertise técnica ou científica. Por óbvio, essa maior abertura da jurisdição constitucional à participação externa contribuiu também para a maior visibilidade do Tribunal.

Contudo, a visibilidade da Corte foi especialmente potencializada pelo advento da Lei nº 10.461/02, que instituiu a TV Justiça, que passou a transmitir ao vivo os julgamentos do Plenário, contribuindo, em tese, para a publicização e transparência do processo decisório do STF.

A presente pesquisa busca analisar criticamente essa visibilização do STF e de seus Ministros e Ministras, especialmente em comparação com o modelo decisório adotado nos Estados Unidos pela Suprema Corte Americana.

Para isso, a pesquisa bibliográfica, de viés compreensivo, vale-se de fontes doutrinárias, documentais e legais, com destaque para as análises teóricas sobre as críticas à hipervisibilidade do STF.

Primeiramente, a pesquisa analisa os dois modelos deliberativos e decisórios clássicos de órgãos judiciais colegiados, especialmente utilizados pelas Cortes Constitucionais ao redor do mundo, os modelos *per curiam* e *seriatim*. Em seguida, analisa-se brevemente a aplicação desse modelo no processo decisório da Suprema Corte, destacando as atuais discussões e críticas à falta de transparência. Posteriormente, são analisadas as críticas ao modelo adotado pelo STF, especialmente em confronto com as críticas identificadas no cenário estadunidense.

2 MODELOS DELIBERATIVOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A visibilidade ou transparência das Cortes Constitucionais está diretamente relacionado ao desenho institucional de seus procedimentos deliberativos e decisórios.

No chamado modelo *per curiam*, os juízes constroem de forma colaborativa e sigilosa uma decisão de texto único a ser publicizada, sem que, em regra, sejam identificados os entendimentos individuais.

Assim, apenas a decisão acordada entre os membros do Tribunal é divulgada.

Nesse modelo, as divergências internas da Corte são ocultadas, e a decisão aparece publicamente como resultado de uma coerência valorativa e do apoio da totalidade dos julgadores (Valadares, 2018).

Esse é o modelo adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Já no modelo *seriatim*, a decisão da Corte é construída pela reunião dos votos individuais, isto é, elaboradas separadamente. A decisão final, o acórdão, é o resultado da compilação votos individuais publicizados por cada um dos julgadores.

Todos os votos parciais são divulgados, sendo possível identificar as divisões internas de entendimento e mesmo a quantificação da fragmentação do Tribunal. Não há propriamente uma construção decisória colaborativa, chegando-se à decisão final pelo mero cômputo do entendimento majoritário da Corte (Valadares, 2018).

Como se percebe facilmente pela breve exposição dos dois modelos deliberativos, o processo decisório tradicionalmente adotado pelo STF é o *seriatim*, ainda que com suas singularidades.

Em tese, o modelo *seriatim* tende a potencializar a fragmentação da discussão e a projeção pessoal dos decisores junto à audiência externa. No Brasil, certamente, esses efeitos são ainda mais potencializados pela transmissão ao vivo pela televisão e pela internet por meio das produções da TV Justiça.

As decisões monocráticas e a individualidade das Ministras e Ministros são valorizadas pela espetacularização midiática dos julgamentos, pelo menos em tese, em prejuízo da unidade da Corte.

O modelo *seriatim* é criticado prejudicar a estabilidade e a segurança jurídica das decisões de controle de constitucionalidade.

A transmissão e a exposição de decisões individuais tornam a construção de uma interpretação consistente praticamente impossível, tendendo a gerar acórdãos com argumentos repetitivos e/ou com fundamentações discrepantes ainda para o juízo final de procedência ou improcedência do pedido.

Afinal, nesse modelo, tende a ser bastante difícil identificar uma precisa *ratio decidendi*, as razões ou fundamentos da decisão como um todo, talvez, exatamente porque esse fundamento comum não exista, em prejuízo, inclusive, da formação de um precedente judicial suficientemente claro para vincular de forma efetiva as instâncias inferiores do Judiciário (MELLO, 2014).

Além disso, as extensas falas e votos dos ministros dificultam a elaboração de uma interpretação lógica, coerente e completa, como destacou Virgílio Afonso da Silva (2015).

Hübner Mendes (2013) lista os argumentos a favor e contra o modelo.

Como pontos favoráveis, o autor aponta (1) transparência em possibilitar a identificação precisa do entendimento de cada ministro, o que ainda favoreceria (2) a autocorreção dos julgadores diante do entendimento dos demais ou da maioria, uma vez que a abertura interpretativa permite a (3) visualização de diferentes perspectivas e a reavaliação de suas próprias ideias, dada a maior variedade de raciocínios e argumentos.

Ao apontar os argumentos desfavoráveis, Mendes (2013) destaca o enfraquecimento da autoridade e da credibilidade da Corte, ao revelar suas divergências internas, desconstruindo qualquer aparência de coerência e unidade das decisões do Tribunal.

Em tese, essa fragmentação pode ser visualizada por agentes sociais e políticos inconformados como uma oportunidade para um *backlash*.

No *seriatim*, o procedimento de proferimento individualizado dos votos já na sessão plenária tende a levar a uma ausência de discussão e deliberação conjunta. Como resultado, um ministro pode não levar em consideração os pontos de vista dos outros e pode não ter considerado os mesmos aspectos da controvérsia que os demais (SILVA, 2013).

No Brasil, os canais de publicidade do próprio STF acabam por estimular ainda mais a promoção pessoal dos votantes, em favor de suas reputações pessoais, mas em desfavor da unidade da Corte.

Como especial singularidade do modelo *seriatim* brasileiro, a criação da TV Justiça publicizou ainda mais a pessoa dos ministros e ministras, a imagem dos julgadores, dando origem, por vezes, a discussões secundárias ou nitidamente moldadas para a audiência externa midiática.

Pode-se dizer que até mesmo a qualidade das sessões de julgamento e a atividade deliberativa passam a ser afetadas, pois a exteriorização ao público estimula os ministros a adotarem artifícios retóricos de provocação, erudição ou grandiloquência, dando a impressão de estarem em conflito. Cada voto passa a ser uma posição pessoal a ser defendida com vigor e intransigência (Fontainha; Silva; Almeida, 2015).

Em contraponto, os pontos desfavoráveis do modelo *seriatim* acabam destacando aqueles que seriam os favoráveis ao modelo *per curiam*.

2 SUPREMA CORTE AMERICANA: DECIDINDO A PORTAS FECHADAS

No Brasil, a alta visibilidade ou publicidade tem tornado o STF alvo de constantes críticas, bem mais escassas quando ele era um desconhecido, objeto de interesse apenas da comunidade jurídica.

Porém, interessante observar que as críticas à jurisdição constitucional não são exclusividade da Corte brasileira, também podendo ser identificada em diversas Cortes Constitucionais, como parte das reações ao chamado “ativismo judicial” (Vieira; Andrade, 2016).

Seja como objeto de crítica, seja como estratégia de proteção da Corte, o modelo deliberativo tem sido um importante ponto de análise e problematização, mesmo nos Estados Unidos.

Em 2016, a *Georgia State University Law Review* realizou o simpósio *Invisible Justices*, para discutir exatamente o modelo deliberativo *per curiam* da Suprema Corte Americana, questionando sua falta de transparência (Vieira; Andrade, 2016).

Nos EUA, tem crescido o questionamento à vigente proibição de gravação das sessões de julgamento e o modelo *per curiam*.

A realização do simpósio que contou com a participação de representantes do Poder Judiciário, da imprensa e da comunidade acadêmica, evidencia a amplitude da discussão sobre o tema, ultrapassando o círculo da comunidade jurídica especializada

Contudo, curiosamente, as críticas à SCOTUS apontam, por vezes, o STF como exemplo na defesa da gravação e transmissão dos julgamentos de cortes constitucionais (Vieira; Andrade, 2016).

Porém, apesar das críticas, grande parte dos especialistas seguem na tradição de defesa do modelo *per curiam*, tendo forte resistência à ideia de acompanhamento popular do processo decisório da Corte, especialmente por vislumbrarem eventuais julgamentos de questões altamente controversas. Dentre os maiores defensores do modelo vigente, estão os próprios *Justices*, para quem a publicidade de seus debates internos apenas incentivaria o exibicionismo e a insinceridade dos juízes (Vieira; Andrade, 2016).

Esse simpósio foi um importante marco para as discussões sobre a necessidade de um código de ética legislado para os juízes da Suprema Corte.

Diferentemente do que ocorre com os juízes federais, até então não havia um diploma jurídico específico disciplinando as condutas dos juízes da Suprema Corte frente a questões que podem ser eticamente problemáticas ou questionáveis, como a participação como palestrantes em eventos com certos perfis políticos, partidários ou ideológicas, ou com interesses em causas sob julgamento no Tribunal (Vieira; Andrade, 2016).

Em novembro de 2023, a Suprema Corte publicou seu código de conduta, que, basicamente, reproduziu e adaptou as normativas aplicáveis aos juízes federais.

Contudo, se uma resposta foi dada à questão ética, a questão deliberativa ainda permanece intocada.

Nos Estados Unidos, tem havido uma crescente demanda social e política pela publicização de como cada ministro vota, sob a alegação de que a população tem direito de saber como os *Justices* votam sobre questões altamente controversas envolvendo direitos civis, eleições, imigração, entre outros (Vieira; Andrade, 2016).

No entanto, o modelo *per curiam* tem protegido a SCOTUS dessa visibilidade em questão tão disputadas ideológica e politicamente na sociedade americana, haja vista a prática institucional de não divulgação dos votos individuais de seus juízes.

Apenas internamente à Corte, os *Justices* circulam os esboços de seus posicionamentos sobre a questão sob julgamento, cabendo ao *Chief Justice* a construção de

um consenso mínimo entre os demais, bem como a redação final de um texto único que dê publicidade ao entendimento “comum” construído sob sigilo (Vieira; Andrade, 2016).

Esse método pretende o texto final não reflita a decisão de alguns *Justices* ou da maioria deles, mas a decisão “da Corte”, performando para a audiência externa uma pretensa univocidade e união em torno do decidido. Em tese, os posicionamentos de cada juiz não são divulgados (Vieira; Andrade, 2016).

Na Suprema Corte, não existe qualquer exigência ou previsão para a publicização dos documentos de trabalho dos juízes, como pareceres internos, correspondência funcional e esboços individuais.

Essa divulgação acaba variando conforme a decisão dos próprios juízes, havendo uma longa tradição de controle pessoal dos juízes sobre seus documentos funcionais.

Nessa linha, os documentos de Thurgood Marshall (1908-1993), primeiro juiz negro da história da Suprema Corte, foram liberados após apenas dois anos de sua aposentadoria. Por outro lado, os documentos de Warren E. Burger, *Chief Justice* durante o julgamento do famoso caso *Roe v. Wade* e falecido em 1995, ainda não foram liberados. Já os documentos de Byron R. White (1917-2002), incluindo os sobre o importante caso *Miranda v. Arizona*, foram triturados sem jamais terem sido publicizados, enquanto os de David H. Souter, aposentado em 2009, foram colocados por ele sob sigilo até 2059 (Watts, 2013).

Essa sigilosidade sobre documentos funcionais é absolutamente excepcional nos Estados Unidos, uma vez que a legislação federal determina que quaisquer documentos e correspondências escritas e recebidas no exercício da função pública constituem registros do Governo, devendo ser arquivados e publicados, ressalvados aqueles legalmente sigilosos, como os relativos à segurança nacional (Vieira; Andrade, 2016).

A violação desse padrão foi, inclusive, pauta de intenso debate na disputa eleitoral presidencial de 2016, em que a pré-candidata Hillary Clinton foi questionada pelo Departamento de Estado por ter usado seu e-mail pessoal para questões relacionadas à função de Secretária de Estado durante o Governo Obama, que exerceu entre 2009 e 2013 (Schmidt; Apuzzo, 2015).

Portanto, parece bastante difícil defender mesmo juridicamente a sigilosidade e o controle pessoal dos juízes sobre seus documentos funcionais, mesmo após transcorridos muitos anos dos julgamentos ou de suas aposentadorias.

O engajamento social em torno da transparência da Suprema Corte pode ser avaliado pela campanha publicitária nacional patrocinada em 2014 pela organização não

governamental *Fix the Court*, que contou com circulação de material em grandes redes de televisão e *websites*, criticando a falta de transparência da Corte. (The Fixes, 2016)

Nesse sentido, tem se difundido na sociedade americana a imagem da Suprema Corte como um tribunal que faz suas próprias regras, como um poderoso braço estatal capaz de decisões de alta repercussão na vida dos cidadãos, mas isento dos respectivos mecanismos de controle e transparência. A campanha elencou 5 medidas para dar maior transparência à Corte: (1) divulgação dos motivos das declarações de suspeição e impedimento, (2) divulgação das declarações financeiras anuais dos *Justices*, (3) aplicação aos *Justices* do mesmo código de conduta destinado aos juízes federais, (4) divulgação prévia das agendas de eventos públicos e respectivos financiadores, e (5) possibilidade de transmissão das sessões da Corte (The Fixes, 2016; Vieira; Andrade, 2016).

Essa falta de transparência da Corte americana tem colaborado para a percepção popular de que, em casos de alta controvérsia e repercussão social, os *Justices* decidem mais com base em suas convicções ideológicas pessoais do que em interpretações objetivas da Constituição (Vieira; Andrade, 2016).

Por exemplo, em pesquisa realizada em 2015 pelo jornal *Huffington Post* juntamente com a organização *YouGov* sobre as expectativas da população diante dos julgamentos sobre o reconhecimento jurídico de casamentos homoafetivos e sobre o *Obamacare* (plano governamental de cobertura de saúde), somente 10% dos entrevistados se declaram muito ou extremamente confiantes de que os *Justices* não decidiriam com base em “opiniões pessoais” (Vieira; Andrade, 2016).

Em contraponto, apenas 28% dos entrevistados consideraram que a Corte tem poder demais (Edwards-Levy, 2015).

Portanto, a sociedade americana não tem questionado, propriamente, os poderes da Corte ou alguma concepção abstrata de “ativismo judicial”, mas mais propriamente a forma de exercício desses poderes, seu processo decisório e o posicionamento pessoal dos juízes.

3 TRANSPARÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em consonância com esse debate internacional, a atual análise crítica do STF também parece atentar para o processo decisório.

Sem qualquer dúvida, no âmbito da jurisdição constitucional exercida pelo STF, a junção da transmissão televisiva dos julgamentos com o modelo *seriatim* de decisão constitui um cenário de singular transparência.

Como dito, no modelo *seriatim*, cada Ministro divulga seu voto pessoal sobre a controvérsia constitucional, sendo que a decisão “do Tribunal” será o posicionamento da maioria dos Ministros.

Assim, esse modelo de votação seriada expõe ao público os entendimentos individuais dos Ministros e, conseqüentemente, as divergências no interior da Corte, o que permite aferir, inclusive, a precariedade de certas decisões finais, bem como sua ligação com a composição de Ministros (Vieira; Andrade, 2016).

Nesse modelo, os juízes não buscam a construção de um entendimento “do Tribunal”, antes, a decisão final resulta da mera aferição da posição majoritária dentre os votos.

Porém, como, em geral, não há qualquer comunicação institucional entre os Ministros na construção de um entendimento minimamente consensual, torna-se extremamente difícil identificar pontos comuns em votos com argumentações, por vezes, muito diversas (Vieira; Andrade, 2016).

É recorrente que diferentes Ministros enfoquem pontos diversos da controvérsia sob julgamento, refletindo suas singulares formações acadêmicas, profissionais e pessoais. O resultado é um agregado de posições individuais e entendimentos multifacetados, um mosaico cuja figura final tende a ser representação difusa e conjuntural da composição da Corte.

Assim, em geral, a formação de uma maioria restringe-se à decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Essa limitação tende a impedir estratégias decisórias mais complexas e eficazes de superação do cenário de inconstitucionalidade.

Exemplificativamente, no julgamento de pedido cautelar na ADPF 347, essa limitação ficou patente.

O autor pediu a determinação de diversas providências a serem tomadas imediatamente pelos Poderes Públicos a fim de superar a generalizada violação de direitos no sistema prisional brasileiro. Contudo, os Ministros não conseguiram construir um consenso em torno de uma proposta que, efetivamente, supere a inconstitucionalidade apontada na ação. No caso, o modelo seriado de decisão dificultou a adoção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e, em especial, a construção do consenso sobre qual seria o conteúdo da respectiva “sentença estruturante” (Vieira; Andrade, 2016).

Nesse sentido, os Ministros do STF são comumente definidos como “onze ilhas”, isolados em sua pretensão de autossuficiência decisória (Mendes, 2010).

Ainda que esse cenário seja antigo na história do STF, a TV Justiça foi a primeira emissora pública do mundo voltada para a divulgação e publicização do Poder Judiciário, tendo potencializado esse processo de individualização das decisões. Contudo, o aumento da visibilidade do poder judicial segue uma tendência global:

(...) poucos personagens sofreram tantas modificações nos últimos anos quanto os magistrados. Sua presença transpôs as portas dos fóruns. Dificilmente se encontrará um tema ou um embate sobre o qual não se solicite a palavra ou não se pronuncie um magistrado. Como protagonistas centrais, juízes, desembargadores e ministros de tribunais têm ocupado espaços na arena pública, marcando posição e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de discrição ou de extrema impessoalidade. (Sadek, 2006, p. 11).

Nos Estados Unidos, a adoção do modelo *per curiam* está essencialmente ligada à construção do próprio controle de constitucionalidade.

Desde o início do séc. XIX, sob a presidência de John Marshall (1755-1835), a Suprema Corte passou a abandonar o modelo seriado, entendendo a ocultação das divergências internas e a manifestação pública de um entendimento único como estratégias para a formação de uma decisão com suficiente força institucional para se opor aos atos abusivos dos demais Poderes. Naquele período de construção das instituições americanas, entendeu-se que evidenciar a fragmentação da Corte poderia comprometer sua força e autoridade.

Assim, a adoção do modelo *per curiam* está essencialmente ligada ao próprio conceito americano de *judicial review*, assentado a partir do ponto de viragem do caso *Marbury v. Madison* (1803), julgado na presidência de Marshall, e que tanto influenciou o início da jurisdição constitucional brasileira.

A partir do confronto entre esses dois modelos decisórios, cumpre perguntar: o modelo *seriatim* enfraquece a jurisdição constitucional brasileira?

Para Virgílio Afonso da Silva, a prática decisória do STF estimula o individualismo extremo dos Ministros, em grave prejuízo da legitimidade e do perfil institucional do Tribunal (Silva, 2013). Outros teóricos são menos enfáticos, ainda que reconhecendo as fragilidades da prática decisória brasileira (Vieira; Andrade, 2016).

Porém, a única alternativa para o aumento da legitimidade e unidade da atuação do STF é a diminuição da transparência de seu modelo de decisão? Os atuais críticos da Suprema Corte americana entendem que não.

Para Mark Tushnet (2015), a análise da transparência das cortes constitucionais e de seu impacto sobre o processo decisório, a partir da diferenciação teórica entre “deliberação” e “barganha” cunhada por Jon Elster, fornece alguns apontamentos.

Na barganha, os participantes usam seu poder para instigar trocas e concessões recíprocas, tendo como objetivo único a construção de um resultado aceitável por todos. Diversamente, na deliberação, os participantes tentam persuadir racionalmente os demais da adequação de uma proposta à produção dos objetivos consensualmente definidos (Tushnet, 2015).

Assim, enquanto a “barganha” é a construção pragmática de um consenso superficial, de uma proposta apta a gerar adesão, ainda que apelando a preferências pessoais, a “deliberação” é a construção de um consenso principiologicamente fundamentado, demandando concordância dos participantes com suas razões de fundo (Tushnet, 2015).

Portanto, Tushnet relaciona essa diferenciação conceitual com o grau de transparência do processo decisório das cortes constitucionais.

Para o constitucionalista americano, os processos decisórios sigilosos favorecem a barganha, pois, ocultados do público, os juízes sentem-se mais livres para manifestarem suas opiniões e preferências pessoais, mas também para abandonarem ocasionalmente essas opiniões em nome da construção pragmática de alternativas consensuais. Por sua vez, processos decisórios públicos favorecem a deliberação, pois os juízes sentem-se fiscalizados e obrigados a posicionamentos fundamentados, impessoais e coerentes com decisões e manifestações pessoais anteriores (Tushnet, 2015).

Não há provas cabais sobre a diferença qualitativa entre decisões decorrentes de deliberação e as de barganha, entretanto, a legitimidade da jurisdição constitucional depende da qualidade argumentativa das cortes constitucionais, a qual se torna insindicável quando o percurso decisório é ocultado do público (Tushnet, 2015).

No entanto, Virgílio Afonso da Silva (2013) destaca as vantagens da deliberação apontadas pelo cientista político James Fearon: (1) compartilhamento público de informações privadas; (2) aumento da racionalidade da decisão; (3) estímulo à justificação de demandas e críticas; (4) legitimação de escolhas frente aos demais participantes; (5) aprimoramento das qualidades intelectuais dos participantes; e (6) correção da decisão em detrimento do raciocínio meramente consequencialista.

Assim, modelos decisórios menos transparentes tenderiam a produzir decisões qualitativamente piores, mais dependentes de barganhas ocasionais.

Contudo, diferentemente do que se poderia pensar, Tushnet não identifica no modelo *per curiam* da Suprema Corte um estímulo à barganha.

Para o autor, não há na jurisprudência do Tribunal casos que explicitem decisões resultantes de barganha, ainda que ele afirme que o modelo decisório americano permite que a barganha assuma uma forma deliberativa.

Esse hibridismo conceitual de uma “barganha-deliberativa” não somente destrói o potencial analítico dos conceitos como gera uma espécie de “álibi”, que tende a absolver quaisquer barganhas, desde que construídas de forma deliberativa. Entretanto, Tushnet não esclarece como garantir institucionalmente que as barganhas sejam deliberativamente construídas, nem como identificar eventuais barganhas “puras” nos *arcana imperii* da Suprema Corte.

Na verdade, a não identificação de barganhas contra-principiológicas (diagnóstico em sim mesmo questionável) pode ser atribuída exatamente à natureza secreta das tratativas dos *Justices*. O contorcionismo conceitual de Tushnet parece ser atribuível à sua resistência em criticar a Corte, sendo uma contemporização com a conveniência do segredo aos *Justices* e à manutenção da ficção de uma Corte unívoca (Tushnet, 2015).

Em frontal discordância com Tushnet, para Chemerinsky (2014), nos grandes momentos da história americana, o Tribunal falhou em suas tarefas mais importantes, não havendo motivo para tratar os *Justices* como sumo sacerdotes ou como se fossem os melhores juristas do país.

Consequentemente, a Corte não deveria encobrir seus vieses e divergências, mas submeter suas opiniões à crítica da opinião pública, o que traria, no mínimo, o benefício da evidenciação de suas barganhas internas.

Erros históricos do Tribunal, como as decisões dos casos *Dred Scott* (em 1857, a Corte negou cidadania aos escravos e seus descendentes), *Plessy v. Ferguson* (em 1896, a Corte decidiu pela constitucionalidade das leis raciais segregacionistas), e *Korematsu v. United States* (em 1944, a Corte decidiu pela constitucionalidade do confinamento de cidadãos americanos de origem japonesa em campos de concentração), recomendam maior transparência de seu processo decisório (Chemerinsky, 2014).

Nessa linha, Chemerinsky (2014) propõe reformas na Suprema Corte que vão desde o processo de escolha dos juízes até um limite máximo de duração dos seus mandatos, propostas que têm encontrado apoiadores democratas e republicanos.

Tushnet (2015) identifica na experiência brasileira de televisionamento das sessões do STF e das audiências públicas, uma inovação que favorece a deliberação, até mesmo por

aumentar o número de participantes e argumentos na construção da decisão. Contudo, ele reconhece que o desenho institucional do Tribunal brasileiro não gera, necessariamente, práticas deliberativas.

No caso do STF, ao serem confrontados com posicionamentos discordantes, os Ministros tendem a enfatizar ainda mais seus entendimentos, ao invés de suspendê-los para, principiologicamente, apreciarem as críticas e, eventualmente, mudarem de orientação. Por isso, mudanças de voto são tão raras no STF.

Tushnet (2015) atribui a diferença de comportamento institucional entre os Ministros brasileiros e os *Justices* americanos à falta de internalização pessoal por parte dos primeiros do conjunto de normas que incentivam a deliberação. Não adianta o modelo decisório brasileiro ser público e favorecer a deliberação, se os Ministros não estiverem imbuídos do objetivo de construir coletiva e dialogicamente a decisão. É necessário que os Ministros renunciem à intransigência, que pode satisfazer as vaidades intelectual e midiática, mas prejudica a consistência das decisões do STF.

A prática decisória do Supremo tem sido a mera soma de votos individuais, por vezes desconexos, sem que seja possível extrair deles um entendimento propriamente do Tribunal, ou uma linha argumentativamente comum, ficando a decisão muito mais a cargo da quantificação de maiorias conjunturais do que da formação de interpretações minimamente consensuais (Vieira; Andrade, 2016).

Nesse sentido, o processo decisório do STF é a comunicação de onze posicionamentos unilaterais, o envio de mensagens engarrafadas entre onze ilhas pretensamente autossuficientes (Mendes, 2010).

Tendo em vista que o atual debate internacional identifica os processos decisórios da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal como diametralmente opostos, mas ambos com contribuições a dar no aprimoramento um do outro, resta saber em que medida essas Cortes conseguirão assimilar, reflexivamente, as experiências alheias, sem repetir seus erros.

A Suprema Corte está sob a pressão do clamor por maior transparência, enquanto o STF precisa avançar na efetivação do potencial deliberativo de seu arranjo institucional, construindo um conjunto de precedentes realmente coerente, que torne mais transparente (e menos errática) sua jurisprudência (Vieira; Andrade, 2016).

Em reação a seus históricos problemas, cada Corte deve ser provocada pela sociedade civil e pela comunidade jurídica a construir políticas públicas e práticas institucionais mais transparentes.

4 CONCLUSÃO

Atualmente, o STF figura como um importante ator da vida social e institucional brasileira, distanciando-se muito daquele perfil de um órgão desconhecido do cidadão.

Especialmente após a implantação da TV Justiça com a transmissão ao vivo dos julgamentos, bem como com a consolidação do papel institucional do controle de constitucionalidade judicial como anteparo aos abusos dos outros Poderes, a visibilidade do STF cresceu enormemente nos últimos anos, potencializada pelos julgamentos de questões social, econômica e/ou politicamente controversas.

Contudo, com a maior visibilidade também vieram as críticas, em especial a hipervisibilidade dos ministros e ministras.

O modelo deliberativo do STF sempre foi baseado na soma de votos individuais, não raramente desconexos, dificultando a extração de um entendimento único do Tribunal ou de uma linha argumentativa comum.

Assim, a decisão final tende a estar mais baseada na quantidade de maiorias conjunturais do que em interpretações consensuais dos ministros.

Em contraponto, a Suprema Corte que decide a portas fechadas, adotando o modelo *per curiam*, está sendo pressionada para aumentar sua transparência.

Isso parece indicar que não existe modelo deliberativo perfeito ou que isentará qualquer Corte de críticas. No entanto, o STF precisa avançar para tornar o sistema institucional mais deliberativo, criando um conjunto de precedentes verdadeiramente coerentes, que, inclusive, atenda ao anseio por um efetivo sistema de precedentes constitucionais.

Contudo, ainda que a solução para os problemas do modelo brasileiro não seja a adoção do modelo *per curiam*, a adoção das medidas de transparência quanto a documentos oficiais e a regulamentação de um código de ética para os ministros parecem avanços de necessidade inegável, mas que também distantes da discussão pela opinião pública nacional.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Margarida M. L.; BURLAMAQUI, Bernardo C.; ANDRADE, Mario Cesar da S. Fatos Legislativos, Audiência Pública e o Supremo Tribunal Federal: O Poder da Ciência no Julgamento do Caso da Importação de Pneus Usados. *Direito Público*, v. 15, n. 86. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3188>. Acesso em: 15 ago. 2024.

CHEMERINSKY, Erwin. *The case against the Supreme Court*. New York: Viking Books, 2014.

EDWARDS-LEVY, Ariel. Americans doubt the Supreme Court's objectivity, but don't believe it wields excessive power. 14 de maio de 2015. *Huffpost politics*. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/2015/05/14/supreme-court-poll_n_7277936.html. Acesso em: 15 jan. 2024.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v. 3: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13672>. Acesso em: 23 jul. 2024.

GEORGIA STATE UNIVERSITY. *Invisible Justices: Supreme Court transparency in the age of social media*. Disponível em: <http://law.gsu.edu/us-supreme-court-transparency/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: Constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 2014. 470 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9291>. Acesso em: 16 jul. 2024.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. 01 de fevereiro de 2010. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 15 jan. 2024.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SCHMIDT, Michael S.; APUZZO, Matt. Hillary Clinton emails said to contain classified data. 24 de julho de 2015. *The New York Times*. Disponível em: http://www.nytimes.com/2015/07/25/us/politics/hillary-clinton-email-classified-information-inspector-general-intelligence-community.html?_r=0. Acesso em: 15 jan. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International journal constitutional law*. 11 (3), 2013, p. 557-584. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um Voto Qualquer"?: o papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.

SUNLIGHT RESEARCH. *Brandeis and the history of transparency*. Disponível em: <https://sunlightfoundation.com/blog/2009/05/26/brandeis-and-the-history-of-transparency/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

THE FIXES. Disponível em: <http://fixthecourt.com/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

TUSHNET, Mark. Novos mecanismos institucionais para a criação do direito constitucional. *Quaestio juris*, v. 8, n. 2, p. 1188-1206, 2015.

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

VIEIRA, José R.; ANDRADE, Mario Cesar da S. Onze ilhas supremas ou ministros invisíveis: o que o STF reserva para 2016? *JOTA*, 04/02/2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/onze-ilhas-supremas-ou-ministros-invisiveis-o-que-o-stf-reserva-para-2016>. Acesso em: 16 jul. 2024.

WATTS, Kathryn. Judges and their papers. *NYU Law review*, v. 88, n. 5, 2013. Disponível: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-88-number-5/judges-and-their-papers>. Acesso em: 15 jan. 2024.