

A deliberação judicial como condição da uniformização da jurisprudência nos Tribunais Superiores: jurisdição sustentável

Judicial deliberation as a condition for the standardization of jurisprudence in the Higher Courts: sustainable jurisdiction

La deliberación judicial como condición para la uniformidad de la jurisprudencia en los Tribunales Superiores: jurisdicción sostenible

Recebido: 18/01/2022 | Revisado: 28/01/2022 | Aceito: 09/02/2022 | Publicado: 13/02/2022

Magno Federici Gomes

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4711-5310>
Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil
E-mail: magnofederici@gmail.com

Ane Laura Rios Gouvea

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0116-1864>
Faculdade Mineira de Direito, Brasil
E-mail: anegouvea@hotmail.com

Gabriel Matheus de Almeida Maia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1684-8730>
Faculdade Mineira de Direito, Brasil
E-mail: gabriel.matheus.maia@outlook.com

Resumo

A atual ordem jurídica brasileira é organizada de forma que os juristas, em especial nos Tribunais Superiores, utilizem de sua posição de autoridade para a não utilização do método deliberativo nas decisões. Há, assim, a construção de súmulas e enunciados que se limitam à opinião dos ministros, expressas em fórmulas gerais que formarão o corpo de precedentes judiciais, condicionantes à admissão dos recursos especial e extraordinário, à luz da previsão do artigo 1.030, *caput*, do CPC/15. Os Tribunais enfraquecem a deliberação coletiva, na medida em que autoriza a conduta individual dos ministros. Dessa forma, com o objetivo de analisar o desempenho deliberativo dos Tribunais, foi realizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pela qual foi possível compreender que o método deliberativo impacta diretamente na segurança jurídica do Poder Judiciário, uma vez que está intimamente ligado à legitimidade do poder decisório que é conquistado progressivamente. Contudo, os Tribunais Superiores não têm deliberado, condenando o processo decisório à ruína e acarretando um problema de legitimidade das instituições como colegiados julgadores.

Palavras-chave: Deliberação judicial; Uniformização jurisprudencial; Tribunais brasileiros.

Abstract

The current Brazilian legal system is organized in such a way that jurists, especially in the Superior Courts, use their position of authority not to use the deliberative method in their decisions. Thus, there is the construction of precedents and enunciations that are limited to the opinion of the Justices, expressed in general formulas that will form the body of judicial precedents, conditioning the admission of special and extraordinary appeals, in the light of the provision of article 1.030, *caput*, of the CPC/15. The Courts weaken collective deliberation, to the extent that it authorizes the individual conduct of the ministers. Thus, in order to analyze the deliberative performance of the Courts, a bibliographic and jurisprudential survey was conducted, through which it was possible to understand that the deliberative method directly impacts the legal security of the Judiciary, since it is closely linked to the legitimacy of the decision-making power that is progressively conquered. However, the Higher Courts have not been deliberating, condemning the decision-making process to ruin and bringing about a problem of legitimacy of the institutions as judging collegiate.

Keywords: Judicial deliberation; Jurisprudential standardization; Brazilian courts.

Resumen

El actual sistema jurídico brasileño está organizado de tal manera que los juristas, especialmente en los Tribunales Superiores, se valen de su posición de autoridad para no utilizar el método deliberativo en sus decisiones. Así, existe la construcción de precedentes y declaraciones que se limitan a la opinión de los ministros, expresada en fórmulas

generales que formarán el cuerpo de precedentes judiciales, condicionando la admisión de recursos especiales y extraordinarios, a la luz de la disposición del artículo 1.030, caput, del CPC/15. Los tribunales debilitan la deliberación colectiva, en la medida en que autoriza la conducta individual de los jueces. Así, para analizar la actuación deliberativa de los Tribunales, se realizó una investigación bibliográfica y jurisprudencial, a través de la cual se pudo comprender que el método deliberativo impacta directamente en la seguridad jurídica del Poder Judicial, ya que está estrechamente vinculado a la legitimidad del poder decisorio que se va conquistando. Sin embargo, los Tribunales Superiores no han deliberado, condenando a la ruina el proceso de toma de decisiones, lo que conlleva un problema de legitimidad de las instituciones al juzgar de forma colegiada.

Palabras clave: Deliberación judicial; Uniformidad jurisprudencial; Tribunales brasileños

1. Introdução

O sistema jurídico brasileiro teve em sua formação e ainda possui grande influência do direito romano-germânico, tendo sua principal fonte a lei. Neste sentido, o sistema jurídico adotado pelo Brasil é o Civil Law, devido ao seu processo histórico, sendo colonizado por um país de origem latina que também adota o sistema romano-germânico. Nesse caso, no Brasil, para que o Poder Judiciário decida sobre um determinado litígio, deve-se recorrer a legislação, porém, essa lei pode ter várias interpretações. Nesse caso, pode-se recorrer a outras fontes, como a jurisprudência.

A teoria dos precedentes judiciais foi desenvolvida a partir do sistema *Common Law*. Nesse sistema, os precedentes normativos devem ser usados em casos semelhantes, prevalecendo a utilização da jurisprudência para se chegar à conclusão de um caso. No caso do sistema jurídico adotado no Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil (LINDB), em seu art. 4º afirma que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 1942), sendo que o intérprete é obrigado a integrar o sistema jurídico.

Inobstante a isso, com a introdução do novo Código de Processo Civil (CPC/15), instituído pela Lei nº 13.105/2015, houve a instauração de uma nova sistemática na uniformização da jurisprudência, no intuito de buscar uma maior igualdade de tratamento no mundo jurídico, levando em consideração seus diversos dilemas e questões.

Neste norte, o CPC/15 em seu art. 926¹ fixa que os órgãos julgadores devem orientar-se por uma jurisprudência e mantê-la estável, com precedentes sólidos e com coerência entre as decisões judiciais.

Dessa forma, o Poder Judiciário, como intérprete da lei, deve dar tratamento uniforme em todos os processos, orientado pelos precedentes judiciais (*ratio decidendi*), surgindo então, a teoria dos precedentes, que apesar de ser largamente aplicada no sistema do *common law*, é adotada no Brasil, como meio de aplicação da uniformização da jurisprudência e permitir uma previsibilidade do direito, mas não como fonte primária.

Nesse passo, a ideia por trás do fenômeno da uniformização das jurisprudências advém de uma ideia que almeja uma justiça mais ímpar, igualitária e que não haja discrepâncias entre decisões. Assim, ao recorrer a fonte primária, que é a Lei, o julgador ao presenciar alguma parte controversa, pode recorrer a outras fontes do direito, conforme determina o Art. 4º da LINDB.

Cabe salientar que a jurisprudência decorre do entendimento do Tribunal sobre determinado tema, assim, em casos semelhantes, por óbvio, a tutela jurisdicional será a mesma. Porém, o problema reside justamente na forma em que os precedentes são decididos nos Tribunais, em especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF).

Isso porque, atualmente, o modelo de julgamento adotado pelos Tribunais brasileiros não é o de debate, através da deliberação, mas sim a simples agregação de opiniões dos julgadores pelos votos. Ao passo que pela ausência de deliberação, as jurisprudências dos tribunais acabam sendo, às vezes, vazias de fundamentação.

¹ "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação" (Brasil, 2015).

Desse modo, busca-se discorrer partindo-se da premissa de que decisões colegiadas tendem a incrementar a capacidade deliberativa da corte e a uniformização jurisprudencial e questiona-se se o STF tem adotado estratégias para esse fim?

2. Metodologia

Para tanto, serão discutidos, primeiramente, os conceitos e fundamentos dos precedentes judiciais e da jurisprudência como norte para uma melhor compreensão do modelo de uniformização jurisprudencial nacional. Especialmente com foco no controle nas diferenças do processo decisório e o deliberativo, artigo desenvolve, em seguida, o atual procedimento decisório adotado pelos Tribunais Superiores. Após desenvolver uma descrição de regras e práticas dos Tribunais, a pesquisa avança para uma análise crítica de seu processo decisório. Por fim, encerra-se associando a análise do processo decisório brasileiro com a consequência prática na formação da jurisprudência brasileira.

A pretensão deste artigo é proporcionar a reflexão crítica sobre práticas dos Tribunais Superiores que obstruem a deliberação racional, por meio da literatura doutrinária e normativa, as quais apresentam princípios norteadores da legitimidade e da legalidade no processo decisório, no intuito de identificar as consequências dessa atitude no mundo jurídico, em especial, na consolidação da jurisprudência brasileira.

3. Conceito e Fundamento dos Precedentes Judiciais e Jurisprudência

Nos países como os Estados Unidos, norteados pelo *common law*, o sistema de precedentes funciona como fator de operação do sistema judicial, diferentemente do Brasil, em que não há sequer um sistema de precedentes organizado.

Dessa forma, quando há a citação de casos análogos ao analisado, busca-se, de fato, uma forma de reforçar a autoridade de quem profere a decisão, decisões que “*consistem normalmente na transcrição sem comentário de uma série de opiniões que seriam relevantes para o caso, a despeito de não se fazer explicitamente tal demonstração*” (Rodríguez, 2013, p. 107-108).

Enquanto, a bem da verdade, por sua vez, o precedente judicial é aquela decisão judicial deferida em um determinado caso, cujo essencial pode servir como parâmetro para um teste subsequente de outros casos semelhantes (Didier Júnior & Braga & Oliveira, 2015, p. 455).

Nesse mesmo sentido, Tucci ensina que “*todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório*” (Tucci, 2004, p. 12). Dessa forma, as circunstâncias são os elementos fáticos apresentados em juízo e a *ratio decidendi* pela “*a) indicação dos fatos relevantes (statement of material facts); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning); e c) o juízo decisório (judgement)*” (Tucci, 2004, p. 175).

Assim, no Brasil, o antigo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) já fazia uso da jurisprudência e precedentes para se relacionar com diferentes conceitos. A primeira indicava, a partir do texto legal, uma série de decisões judiciais que resolvia problemas legais de maneira uniforme. No entanto, o CPC/73 não classificava se esta uniformidade dizia respeito à atividade hermenêutica ou argumentativa realizada para preparar a decisão judicial ou se apenas correspondia ao resultado do julgamento (Bezerra Neto, 2018).

Isto é, havia uma clara preocupação de criar um capítulo no CPC/73 com precisão para abordar a uniformidade da jurisprudência. No entanto, a julgar pela tradição da lei brasileira de criar súmulas, refletindo o resultado do julgamento ao invés de contemplar a construção da decisão *sub judice*, é possível inferir, com certa convicção, que o Código Anterior prezava primordialmente pelo resultado das causas (Bezerra Neto, 2018).

Desta forma, houve dificuldade do Poder Judiciário brasileiro, ainda presente atualmente, de perceber a maneira pela qual a decisão judicial está sendo construída. Neste norte, o art. 479 do revogado código previa que a jurisprudência dominante poderia ser conhecida através de súmulas para que em seguida, se tornasse precedente jurisprudencial.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante (Brasil, 1973).

Devido ao modelo de valorização do resultado do julgamento em detrimento da maneira como a decisão paradigma foi construída, as jurisprudências firmadas são muitas das vezes fáceis de mutação. Nesse sentido, uma simples mudança da composição da turma poderia acarretar um resultado diferente.

Diante disso, o art. 489 do CPC/15 determina que os magistrados devem ter um compromisso com a utilização da hermenêutica e da argumentação para que sirva de base para as suas decisões, além de ter o compromisso com a estabilidade, integridade e coerência.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que 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;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (Brasil, 2015).

Nesse sentido, o art. 489 do CPC/15 determina que são elementos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos, o dispositivo e ainda, deixa claro que não será considerada fundamentada a decisão judicial que:

a) estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e §1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o overruling ou distinguishing nos moldes do art. 489, §1º, VI, CPC; e;

b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais fraca) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante⁷⁴, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, V, CPC) (Didier Júnior et al., 2015, p. 475).

A intenção da instituição do princípio da inércia argumentativa é o respeito aos princípios já consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) para garantir a igualdade de tratamento em casos análogos (art. 5º,

caput, CRFB/88); motivação adequada tanto para aplicar ou afastar o precedente (art. 93, IX, C CRFB/88) e do contraditório, possibilitando a impugnação cabível pela parte afetada pela decisão (art. 5º, LV, CRFB/88) (Didier Júnior et al., 2015, p. 475).

O atual Código de Processo Civil (CPC/2015) prevê que as súmulas, conforme artigo 927, inciso II e IV, devem ser “guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral” (Brasil, 2015). Desta forma, o artigo 926, §2º do CPC “previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações (Brasil, 2015)” (Marioni & Arenhart & Mitidiero, 2015, p. 870-871).

Do mesmo modo, o inciso III, prevê força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência a serem observados pelos julgadores. Em outras palavras, o rol estabelecido nos arts. 926 e 927 do CPC constituem precedentes obrigatórios a serem observados pelo magistrado.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (Brasil, 2015).

Portanto, é nítida a busca pelo Código Processualista do *stare decisis*, decorrente da expressão do latim, *stare decisis et non quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido), no intuito de proporcionar a segurança jurídica – estabilidade das decisões judiciais – e da equidade – tratamento igual em casos iguais -, onde a “coerência entre decisões ocorre através do tempo [...], e a igualdade e precedente são, assim, respectivamente, os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência” (Schauer, 2015, p. 76).

3.1 O processo deliberativo: ganhar ou decidir?

Uma das maiores controvérsias da filosofia jurídica encontra-se exatamente nos limites da razão jurídica, conforme preceitua Alexy. Isso porque, há quem defenda que a racionalidade discursiva verdadeira decorre não somente de argumentos plausíveis, em suas palavras: “um número suficiente de pessoas deve, ao menos no longo prazo, aceitar esses argumentos por razões de correção” (Alexy, 2005, p. 580).

Por outro lado, autores como Klaus Günther e Jurgen Habermas, defendem que o plano da justificação e da aplicação não se confundem.

Porém, mais do que encontrar uma racionalidade argumentativa adequada como pretendem os autores, é notar se há o mínimo de racionalidade argumentativa/discursiva nos membros com capacidade decisória da Suprema Corte, isto é, a troca de argumentos para a construção coletiva da decisão (Betti et al., 2017, p. 156).

Nesse norte, é preciso compreender que é possível constituir uma “*decisão coletiva mediante três procedimentos principais: deliberação, negociação e votação*”² (Silva, 2013, p. 566, tradução nossa).

Todavia, como bem assinalado pelo autor, o principal objetivo do procedimento jurisdicional não é vencer a qualquer custo, não há o “*final binário (constitucional /inconstitucional)*” (Silva, 2013, p. 566, tradução nossa³) ou que os argumentos afastados dos julgadores da minoria são menos importantes para os propósitos decisórios finais.

Isso posto, passa-se à análise da prática deliberativa na Suprema Corte brasileira, claramente influenciada pelo modelo americano, em que o STF é a última instância recursal, nos casos em que envolvam a revisão judicial da CRFB/88.

3.2 Ausência de deliberação como obstáculo para se alcançar a uniformização da jurisprudência

No STF, muitas regras permanecem intocadas desde sua criação em 1891. Regras essas criadas há mais de 120 anos, criam condições tortuosas dificultando a cultura deliberativa nesse tribunal, e por consequência, em todos os demais tribunais brasileiros.

Nos tribunais de países de direito consuetudinário, como a Câmara dos Lordes britânica, Suprema Corte da Austrália e a dos Estados Unidos, o modelo adotado de decisões foi o *seriatim*, em que prevalece o modelo de opiniões individuais. Por outro lado, em países de direito civil, os tribunais *decidiam per curiam*, que significa “*parecer*”. Nesses tribunais, é proferida uma decisão única pelo tribunal (Silva, 2013, p. 570).

Apesar de o Brasil adotar a civil law, o modelo decisório adotado pelo STF e pelo STJ, como também adotado por todos os demais tribunais brasileiros, permanece de decisões individuais dos julgadores para serem computados e a maioria, dessa forma, formará o acórdão decisório (*seriatim*).

Silva enumera regras que, por certo, constituem-se obstáculos ao desenvolvimento deliberativo no STF:

(...) o papel quase irrelevante do relator de justiça; (ii) a forma como o brasileiro os juízes se comunicam entre si (por meio da leitura de opinião subsequente); e (iii) a possibilidade de interromper uma sessão plenária antes que cada juiz tenha a oportunidade de expressar sua opinião sobre um determinado caso (Silva, 2013, p. 569, tradução nossa⁴).

Isso porque, incumbe ao relator a realização de um sumário do caso para exposição de seus argumentos para a decisão proferida, o qual será lido na sessão de julgamento, ocasião em que, normalmente, os demais ministros apresentam seus respectivos votos prontos (Silva, 2013, p. 569). Então, na prática, o relator não disponibiliza seu voto aos demais ministros, mas tão somente durante o momento do julgamento é que os votos serão conhecidos pela turma, sem qualquer discussão efetiva.

Em outras palavras, cada voto traz consigo uma decisão (“*opinião*” do Ministro), isto é, haverá onze opiniões, mas não uma opinião una do tribunal, observa Rodriguez:

² Tradução livre de: “A collective decision may be made by three main procedures: deliberating, bargaining, and voting” (Silva, 2013, p. 566).

³ Tradução livre de: “[...] that only the final, binary (constitutional/ unconstitutional) result counts [...]” (Silva, 2013, p. 566).

⁴ Tradução livre de: “(i) the almost irrelevant role of the justice rapporteur; (ii) the way in which the Brazilian justices communicate with each other (through subsequent opinion reading); and (iii) the possibility of interrupting a plenary session before every justice has had the opportunity of expressing their views on a given case” (Silva, 2013, p. 569).

Por isso mesmo, de modo absolutamente coerente, o tribunal não organizará a decisão de maneira unificada. Limitar-se-á a publicar todas as opiniões dos juízes em conjunto e sem hierarquia, incluindo a transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento, intercalados com os votos apresentados por escrito, que são elaborados com antecedência. O documento resultante, quase sempre longo, desorganizado e difícil de manusear, é um retrato fiel do processo decisório do STF em que vence o caso aquele que convencer individualmente mais juízes (Rodriguez, 2013, p. 83).

Completa Oliveira:

A cada vez que um ministro decide, ele se depara com a possibilidade de seu voto se transformar na decisão da corte. Se a sua decisão coincidir com as decisões de pelo menos outros cinco ministros, ela se transforma na decisão da corte. Caso contrário, ela se transforma no testemunho de uma verdade que não encontrou a sua hora. Uma decisão que não vingou. Seus argumentos, porém, como nunca foram desafiados, continuam de pé. A contagem de votos individuais na definição da decisão da corte produz vencidos e vencedores. Mas nada além disso [...] (Oliveira, 2016, p. 147).

Assim, o que há é um verdadeiro individualismo autoritário que domina os tribunais brasileiros, em que a decisão de um ministro ou desembargador pode ou não ser vencida por um número maior de decisões contrárias, em despeito ao esforço deliberativo comum para a definição de uma decisão devidamente construída que deve ser chamada, com a propriedade, da jurisprudência.

Veja-se, à título exemplificativo, a decisão do Ministro Celso de Mello, em 2004, na ADPF 45, a qual, em resumo, é controversa em relação à constitucionalidade do veto do Presidente da República acerca das diretrizes orçamentárias propostas apresentadas pelo Congresso Nacional, em que, na posição do recorrente, a Suprema Corte deveria considerar o veto como ato que viola preceito constitucional.

Assim, a doutrina entendia pela impossibilidade de controle de constitucionalidade de veto presidencial por meio de ADPF, em consonância com outros julgados do STF.

Após negociações entre o Presidente e o Congresso, a nova lei de diretrizes orçamentárias foi aprovada e, por conseguinte, ADPF 45 teria perdido seu objeto. Todavia, o Ministro relator discorreu longamente sobre o mérito da questão e defendeu a possibilidade “(i) de controle judicial de políticas públicas já previstas no texto constitucional, bem como de o STF realizar controle de constitucionalidade de (ii) vetos presidenciais por meio de ADPF e (iii) decisões legislativas referentes a orçamento” (Arguelhes et al., 2015, p. 143).

Isto é, em uma decisão sem objeto recursal propriamente dito, o Ministro seguiu irrestritamente com teses jurídicas, as quais passaram a ser referência jurisprudencial para a Corte.

Esse é um exemplo de incorporação da ADPF 45, julgada com mérito, mesmo sem objeto recursal, no repertório jurisprudencial da Suprema Corte, a partir da atitude “empreendedora” e individual do Ministro (Arguelhes et al., 2015).

Pelo olhar de Rodriguez, “cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais ‘razões do Tribunal’” que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte” (Rodriguez, 2013, p. 14).

Neste norte, a verdadeira busca pela uniformização da jurisprudência, conforme determina o art. 926 do CPC/15, será por meio do processo deliberativo, possibilitando aos julgadores a troca de argumentos, entendimentos, ideias e opiniões acerca da lide sujeita ao Poder Judiciário, para, por fim, em conjunto, alcançar uma decisão da corte, e não da maioria dos votos individuais⁵.

Assim, ao se falar em uniformização da jurisprudência, não significa unicidade de decisões conforme acontece atualmente, mas sim de uma interpretação correta e congruente, que só é alcançada com a deliberação. Neste sentido, é

⁵ Para aprofundamento no princípio da colegialidade, ver: Gomes & Santos & Torres Manrique, 2022, p. 872-911. Ademais, para analisar os fundamentos da jurisdição sustentável, ver: Gomes & Ferreira, 2017, p. 93-111; Gomes & Ferreira, 2018, p. 155-178; e Gomes & Pereira, 2021, p. e379101119654.

totalmente necessário que antes de decidir sobre determinado tema, os julgadores devem deliberar sobre o tema, para que em conjunto, busquem uma solução racional. Nas palavras de Oliveira:

Não é possível deliberar sem buscar o consenso. É justamente para isso que argumentos são trocados, Mesmo em cortes de alta performance deliberativa, a dissidência é sempre uma possibilidade, o que não elimina, no entanto, a presença do consenso, ao menos enquanto ideia regulativa (Oliveira, 2016, p. 149).

É incontestável que a obtenção de uma resposta jurisdicional não cessa o debate jurídico, certo que se finda quanto àquele caso em destaque, mas pode facilmente continuar em casos semelhantes, mas não idênticos àquele em que a decisão passada poderá servir de jurisprudência (Rodriguez et al., 2012, p. 28).

Silva ilustra duas situações que impedem o fluxo deliberativo, demonstrando que uma jurisprudência do tribunal – vinculativa a todo o País - pode ser facilmente modificada por uma simples mudança na estrutura de votos:

Situação 1. Os primeiros seis (de onze) juízes que leram suas opiniões votaram na mesma forma (digamos, a favor de declarar um determinado estatuto inconstitucional). Os últimos cinco juízes para ler suas opiniões (os mais velhos e o presidente do tribunal) têm muito menos influência na decisão final. Na hora da leitura, o processo está praticamente decidido, pois a maioria (6 de 11) já votou pela inconstitucionalidade do estatuto. Reconhecidamente, é formalmente facultado a qualquer juiz modificar sua decisão antes que a sentença seja concluída. No entanto, dadas as restrições de procedimento a um debate livre, e dados os efeitos da publicidade extrema sobre a probabilidade de mudanças de opinião, uma vez que um juiz já leu sua opinião, é menos do que plausível que tal “pontuação de 6 a 0” pode ser anulada. Assim, em tais situações, é possível afirmam que nem todos os argumentos (ou nem todos os votos) têm o mesmo peso.

Situação 2. Os primeiros oito (de onze) juízes estão divididos. Quatro votaram pela constitucionalidade e quatro votaram pela inconstitucionalidade de um determinado estatuto. O último três juízes ficam então em posição privilegiada, pois podem votar estrategicamente. Como será mostrado abaixo, talvez o nono (ou décimo ou décimo primeiro) juiz a votar tenha um terceiro, solução intermediária para o caso que está sendo decidido. Ela pode escolher se deseja votar exatamente como ela deseja, ou seja, emitir uma opinião por escrito que reflita sua preferência original, ou ela pode votar “sofisticadamente”, isto é, não de acordo com sua preferência original, mas de acordo com sua preferência secundária, para não desperdiçar seu voto, se sua preferência original não tem chance de ganhar.

Este e outros semelhantes e não situações muito improváveis frequentemente levam a um comportamento estratégico não intencional e contraproducente que impede o fluxo livre de discussão, que é uma condição para uma boa prática deliberativa (Silva, 2013, p. 571-572, tradução nossa⁶).

Assim, a deliberação serve para se alcançar uma solução em conjunto de um problema. Haja vista que as decisões impactam em fatos futuros, neste caso, por não haver uma ciência que estude as implicações de atos atuais no futuro, a deliberação se faz bastante necessária para se alcançar uma perfeita conclusão, que ande em consonância aos conceitos de justiça atuais e futuros. Por tais motivos, evidenciam-se a importância da deliberação. Ao deliberar, os julgadores firmam uma conclusão do tribunal, podendo a depender, formular um acórdão em que haja um parecer do tribunal, acrescentando os pontos e contrapontos da decisão, servido de base para outras decisões e com isto, atingir o que foi determinado pelo art. 926 do CPC/15.

⁶ Tradução livre de: “*Situation 1. The first six (of eleven) justices to read their opinions voted in the same manner (say, in favor of declaring a given statute unconstitutional). The last five justices to read their opinions (the seniors in office and the chief justice) have much less influence on the final decision. When it is their turn to read, the case has been virtually decided, since the majority (6 of 11) has already voted on the unconstitutionality of the statute. Admittedly, it is formally an option for any justice to change her decision before the judgment is concluded. Nevertheless, given the procedural constraints to a free debate, and given the effects of the extreme publicity on the likelihood of opinion changes, once a justice has already read her opinion, it is less than plausible that such “6 to 0 score” may be overturned. Thus, in such situations, it is possible to state that not all arguments (or not all votes) have the same weight. Situation 2. The first eight (of eleven) justices are divided. Four voted for the constitutionality and four voted for the unconstitutionality of a given statute.⁴³ The last three justices are then in a privileged position, since they may vote strategically. As will be shown below,⁴⁴ maybe the ninth (or tenth, or eleventh) justice to vote has a third, intermediate solution for the case being decided. She can chose whether to vote exactly as she wants, that is, to deliver a written opinion that reflects her original preference, or she may vote “sophisticatedly,” that is, not according to her original preference, but according to her secondary preference, in order not to waste her vote, if her original preference has no chance of winning. This and other similar and not very improbable situations frequently lead to unintended and counter-productive strategic behavior that hampers the free flow of argument, which is a condition for a good deliberative practice” (Silva, 2013, p. 571-572).*

Dessa forma, considerando que o método adotado pelos Tribunais Superiores brasileiros (STJ e STF), em que as decisões se sustentam sobre votos, é impossível retirar de uma decisão dos tribunais a sua fundamentação, e saber de qual voto ministerial são aqueles argumentos.

Assim, a ausência da deliberação impossibilita uma uniformização da jurisprudência, pois, ao decorrer do tempo, com a mudança da composição das turmas, com a entrada de novos Desembargadores e/ou Ministros, existirá um novo membro a ser “convencido” na hora do julgamento. Dessa forma, a título de exemplo, pela ausência do debate, um julgamento no STF que teve uma votação de 6 (seis) votos em pró e 5 (cinco) contra, com a entrada do novo ministro, esse placar poderá mudar, assim, a decisão da corte sobre um tema também muda, afetando, por certo, a previsibilidade esperada das decisões.

4. Considerações Finais

Diante do cenário exposto, há uma percepção de que o modelo decisório adotado pelas cortes recursais do Brasil dificulta o alcance da uniformização da jurisprudência, haja vista a ausência de fundamento da decisão do Tribunal, processo que só é possível de ser alcançado com um procedimento deliberativo.

A uniformização não é alcançada com resultados que apresentem vencedores e vencidos, mas sim com a solidificação de entendimentos e interpretações de uma norma. A existência de vários membros nos tribunais recursais se justifica em razão dos conhecimentos diversos que cada um dos julgadores. A exemplo, em uma composição dos Ministros do STF, o qual pode haver especialistas, mestres e doutores em diversas áreas do direito, como penal, civil, constitucional, do trabalho e outras inúmeras, nada mais eficaz que utilizar o método deliberativo para que esses julgadores cheguem em conjunto a uma decisão que possa ser da corte. Isso é uniformizar, isso é ter consistência.

No futuro, a decisão e os argumentos da corte podem ter mudanças, e devem ter mudanças, pois essa é a essência da democracia. Entretanto, essa mudança irá ocorrer não por uma mudança de julgador, mas sim por uma análise nova das normas e dos costumes. Neste cenário, a mudança da interpretação sobre o conceito de família e de casamento, não se deu por uma mudança na composição da corte, mas sim pelo processo deliberativo construído desde as academias até os tribunais.

Em relação à Suprema Corte, é possível sugerir que poucas alterações em suas regras de procedimento melhorariam a prática deliberativa no tribunal, isso porque há de se reconhecer que as regras procedimentais no tribunal permanecem estáticas, desde sua criação, o que, no mínimo, ensejam revisão.

Há um evidente progresso um excessivo fortalecimento individual dos ministros do STF, que representam além a última instituição jurídica brasileira, cujas decisões possuem os maiores efeitos substanciais na normativa brasileira.

Embora seja inerente à todas as instituições judiciárias a preocupação com números e a produtividade, não se pode olvidar da forma e a qualidade das decisões formuladas, as quais têm sido previamente formuladas, antes do efetivo julgamento, limitando-se esse apenas no procedimento de contagem dos votos, em detrimento do processo de discussão e da prestação jurisdicional digna, prevalecendo, pois, o automatismo decisório que vem formando a base jurisprudencial brasileira.

Ademais, é mister reconhecer que o desafio atual, no plano da racionalidade prática, encontra-se no reconhecimento e na construção das condições institucionais necessárias para a instauração do processo deliberativo na Suprema Corte, as quais não se encontram minimamente presentes na formação institucional dos Tribunais. Por outro lado, no campo hipotético, é plenamente possível que mesmo com uma aplicação tecnicamente rigorosa de alta performance deliberativa, ela jamais alcance a segurança e a previsibilidade jurídica esperada com a premissa constitucional da proporcionalidade, como fundamento para garantia dos direitos fundamentais.

Neste norte, a deliberação irá corroborar com a uniformização da jurisprudência, conferindo robustez, fundamentação e uma sensação de concordância nas decisões dos tribunais.

Como proposta de novo estudo, deve haver uma pacificação do que se entende por jurisprudência íntegra e coerente e qual a relação desses elementos com o princípio da colegialidade.

Agradecimentos

Trabalho financiado pelo Edital nº 03/2020 de Incentivo à Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Responsabilidade Civil e Processo Ambiental (RECIPRO), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

Referências

- Alexy, R. (2005). Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4), p. 572-581. <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>.
- Arguelhes, D. & Ribeiro, L. (2015). O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 46, p. 121-155. <https://doi.org/10.17808/des.46.781>.
- Betti, G. & Benvindo, J. (2017). Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. *Direito, Estado e Sociedade*, 50, p. 149-178. <https://doi.org/10.17808/des.50.682>.
- Bezerra N. & Bianor A. (2018). Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil? *Revista Conjur*. <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>.
- Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial*, Brasília, 05 out. 1988. www.planalto.gov.br.
- Brasil (1942). Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial*, Brasília, 1942. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.
- Brasil (1973). Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm.
- Brasil (2002). Lei 10.406. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.
- Brasil (2015). Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. de 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm.
- Brasil (2003). Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>.
- Didier Jr, F. & Braga, P. & Oliveira, R. (2015). *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. Salvador: Juspodivm.
- Gomes, M. & Ferreira, L. (2017). A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, 52 (2), p. 93-111. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>.
- Gomes, M. & Ferreira, L. (2018). Políticas Públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, 9 (2), p. 155-178. <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667>.
- Gomes, M. & Pereira, I. (2021). Governança judicial como solução efetiva à oralidade no processo civil brasileiro: jurisdição sustentável. *Research, Society and Development*, 10 (11), p. e379101119654. <https://doi.org/10.33448/rsd-v10i11.19654>.
- Gomes, M. F. & Santos, J. F. da S. & Torres Manrique, J. I. (2022). A violação da colegialidade e da sustentabilidade judicial no Superior Tribunal de Justiça: inconstitucionalidade por prática viciada reiterada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, 23 (1), p. 872-911. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.61651>
- Marinoni, L. (2015). Controle de constitucionalidade . In: I. Sarlet. & L. Marinoni & D. Mitidiero. *Curso de direito constitucional* (p. 871-1347. São Paulo: Saraiva.
- Marinoni, L. & Arenhart, S. & Mitidiero, D. (2015). *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Oliveira, J. (2016). A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, 12 (2), p. 146-153. <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p146-153>.
- Rodriguez, J. (2013). Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, 1 (2), p. 203-207. <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24595>.
- Rodriguez, J. & Püschel, F. & Machado, M. (2012). *Dogmática É Conflito: Uma Visão Crítica Da Racionalidade Jurídica*. 2012. Saraiva.
- Schauer, F. (2015). Precedentes. In: F. Didier et al. *Precedentes* (p. 49/86). JusPodivm.
- Silva, V. (2013). Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (3), p. 557-584. <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>.
- Tucci, J. (2004). *Precedente judicial como fonte do direito*. Revista dos Tribunais.