



Mateus Matos Tormin

**DESEMPENHO DELIBERATIVO E FALHAS
DELIBERATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O
esboço de um modelo de análise.**

**Relatório final de pesquisa
apresentado à Escola de
Formação da Sociedade
Brasileira de Direito Público –
SBDP, sob a orientação da
Professora Bruna Romano
Pretzel.**

**SÃO PAULO
2013**

Resumo: Neste trabalho procurei esboçar um modelo de análise do desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal. Modelo este voltado para a análise feita por meio de acórdãos e que permite avaliar o desempenho deliberativo do Tribunal, bem como encontrar falhas deliberativas. Nesse intuito, assentei o pressuposto normativo de que partia - de que cortes constitucionais devem ser deliberativas -, sintetizando argumento de Conrado Hubner Mendes, exposto em sua tese de doutorado, publicada sob o título de *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Feito isso, explicitarei as definições de conceito que seriam importantes para o desenvolvimento do modelo. Assim, tomei emprestada definição de deliberação e estabeleci, por meio desse conceito, as ideias de desempenho deliberativo e de falhas deliberativas. Feito isso, tentei fixar definições operacionais que me permitissem ilustrar ou representar as definições de conceito estabelecidas. Depois de esboçar esse modelo de análise que visava captar os aspectos da deliberação apresentados pela teoria normativa, passei para sua aplicação a um caso-exemplo, o RE 630.147/DF. Neste teste do modelo, busquei apontar eventuais falhas deliberativas e avaliar a performance deliberativa do STF no caso. Além disso, busquei aperfeiçoar o modelo esboçado e dialogar com outras pesquisas que trataram do tema, apontando críticas e fazendo reflexões sobre os caminhos da pesquisa jurisprudencial ou empírica sobre deliberação e desempenho deliberativo.

Acórdão citado: Recurso extraordinário 630.147/DF.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; desempenho deliberativo; deliberação; modelo de análise; falhas deliberativas; pesquisa empírica.

. Sumário:

1. Capítulo I- Introdução	pp. 6-14
1.1. Apresentação do trabalho: tema e objetivo	pp. 6-7
1.2. O pressuposto normativo – por que as cortes constitucionais devem ser deliberativas?	pp. 7-14
2. Capítulo II- Metodologia	pp. 15-23
2.1. Definições de conceito	pp. 15-16
2.2. Definições de trabalho ou operacionais	pp. 16-20
2.3. Justificativa para a escolha do RE 630.147/DF como caso-exemplo para a aplicação do modelo	pp. 20-23
2.3.1. Breve síntese do RE 630.147/DF	pp. 20-21
2.3.2. Justificativa para a escolha do caso	pp. 21-23
3. Capítulo III- A aplicação do modelo de análise ao acórdão do RE 630.147/DF	pp. 24-95
3.1. Qual é a estrutura do relatório? Há falha deliberativa?	pp. 24-30
3.1.1. Resultado	pp. 25-30
3.2. Quais foram as questões que o Ministro identificou e tentou resolver? E quais os argumentos utilizados? O Ministro trouxe questão nova em relação aos votos anteriores? O Ministro se utilizou de argumento novo para responder questão tratada em algum dos votos anteriores? O Ministro se absteve de julgar questão posta anteriormente? A ordem de votação apresenta alguma relação com o resultado dessas questões? Há falha deliberativa?	pp. 30-54
3.2.1. Resultado	pp. 30-54
3.2.1.1. Análise da primeira questão de ordem	pp. 31-34
3.2.1.2. Análise do mérito	pp. 34-54

3.3. No que se refere ao uso de precedentes e de doutrina na argumentação, é possível constatar - no caso estudado - o uso "advocático" de precedentes/doutrina nos votos dos Ministros? Há falha deliberativa? -----

----- pp. 54-68

3.3.1. Resultado ----- pp. 56-61

3.3.2. Autocrítica e reflexões sobre a relação entre o uso de precedentes pelos Ministros e a deliberação ----- pp. 62-68

3.4. Há diálogo entre os votos? Qual o tipo de voto predominante? Nesse sentido, é possível dizer que há falha deliberativa? ----- pp. 68-75

3.4.1. Resultados ----- pp. 70-71

3.4.2. Autocrítica e reflexões ----- pp. 71-75

3.5. É possível a identificação de decisão que possa ser atribuída a todos os Ministros ou, ao menos, aos que compuseram a maioria? Há falha deliberativa? ----- pp. 75-76

3.5.1. Resultado ----- pp. 75-76

3.6. Houve utilização do voto-vista? Como essa utilização pode ser avaliada em termos de deliberação? ----- pp. 76-82

3.6.1. Resultado ----- pp. 78-82

3.7. Em quantas sessões se deu o julgamento? É possível argumentar que há falha deliberativa? ----- pp. 82-83

3.7.1. Resultado ----- pp. 82-83

3.8. O que os debates presentes no acórdão dizem sobre o desempenho deliberativo? ----- pp. 83-91

3.8.1. Resultado ----- pp. 85-91

3.9. O processo de elaboração de ementa consiste em falha deliberativa? ---
----- pp. 91-95

3.9.1. Resultado -----	pp. 92-95
4. Capítulo IV- Conclusão -----	pp. 97-98
5. Bibliografia -----	pp. 99-100
6. Siglas utilizadas -----	p. 101
Apêndice: Outras considerações sobre as pesquisas empíricas relacionadas ao tema da deliberação -----	pp. 102-107

1. Capítulo I- Introdução¹:

1.1. Apresentação do trabalho: tema e objetivo.

Nesta monografia, pretendo esboçar um modelo de análise do desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal. Modelo este voltado para a análise feita por meio de acórdãos² e que permite avaliar o desempenho deliberativo do Tribunal, bem como encontrar falhas deliberativas.

Para tanto, pretendo traduzir o conceito de deliberação da corte em fenômenos observáveis nos acórdãos ou obtidos por meio de comparações e análises desses próprios fenômenos. O modo como farei isto será exposto detalhadamente no tópico referente à metodologia.

A pergunta que visou a responder é: “Como elaborar um modelo de análise do desempenho deliberativo da corte; modelo este voltado para a leitura e análise de acórdãos? Por meio dele, além de uma análise do desempenho deliberativo, é possível encontrar falhas deliberativas?”

Nesse intento, elaborei um modelo de análise e apliquei-o a um caso-exemplo - o Recurso Extraordinário (RE) 630.147/DF. Fazendo isso, autocritiquei o modelo e o rearranjei, adaptando-o às críticas. No mais, fiz uma

¹ Todos os erros cometidos na presente monografia são de minha única e total responsabilidade. Apesar disso, devo boa parte dos acertos a algumas pessoas. Gostaria, em primeiro lugar, de agradecer minha orientadora - Bruna Romano Pretzel - pelos conselhos, comentários e sugestões, sem os quais não conseguiria ter realizado este trabalho. Também devo sinceros agradecimentos a Ana Beatriz Passos, minha amiga EF, pelos conselhos e pela paciência, sobretudo no início do trabalho de pesquisa. Devo muito, também, a Luiza Andrade Corrêa e a Cecília Lima pela intensa e inspiradora dedicação na condução dos trabalhos da Escola de Formação. Meu muito obrigado a Guilherme Klafke pelo incentivo e atenção na fase do processo seletivo, bem como por ter me despertado o gosto pelo estudo do direito constitucional. Agradeço também a todos os meus companheiros da Escola de Formação pela amizade e por tudo que me ensinaram ao longo do ano. Agradeço, ademais, ao grupo PET - Sociologia Jurídica e ao prof. Conrado H. Mendes pela oportunidade de discutir seu trabalho. Gostaria, por fim, de parabenizar todos os envolvidos, direta e indiretamente, nos trabalhos da Escola de Formação e agradecer, imensamente, pela oportunidade de crescimento que me foi proporcionada ao longo deste ano. Meu muito obrigado também aos integrantes da banca examinadora - André de A. C. Abbud e Bruna R. Pretzel - pelas críticas e comentários feitos.

² Friso que o modelo de análise é voltado para acórdãos. Isso porque a deliberação pode ser analisada de outras maneiras, como, por exemplo, pelo próprio vídeo de sessões de julgamento do Tribunal. Então, por que a opção por um modelo com enfoque em acórdãos? Em primeiro lugar, porque acórdãos estão largamente mais disponíveis do que outros meios. Em segundo, porque acredito ser mais fácil trabalhar deliberação por meio dos registros nos acórdãos; afinal, é mais fácil ir e voltar no acórdão do que, por exemplo, nos vídeos.

avaliação do desempenho deliberativo da corte neste julgado, apontando falhas deliberativas que podem estar presentes em outros julgados do STF - hipóteses a serem testadas por pesquisas futuras que apliquem o modelo aqui esboçado à análise de amostras de acórdãos que sejam representativas³.

1.2. O pressuposto normativo - por que as cortes constitucionais devem ser deliberativas⁴?

Este trabalho parte do pressuposto normativo de que a presença de deliberação na tomada de decisões traz consequências positivas. Para justificar a adoção desse pressuposto, é necessário um aparte no sentido de reconstruir esse argumento.

Pretendo, neste tópico, fazer uma síntese do argumento de Conrado H. Mendes na sua tese *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. A síntese diz respeito ao argumento que está, sobretudo, nos três primeiros capítulos da tese. Assim, pretendo responder à pergunta: por que as cortes constitucionais devem ser deliberativas?

No debate sobre cortes constitucionais, várias imagens foram evocadas no intento de destacar o que as cortes têm feito ou o que deveriam fazer. Como exemplos, podemos citar as imagens da corte como *veto-force*, como *public-reasoner*, como *interlocutora institucional*⁵, etc. Outra maneira de retratá-las é tomá-las como *deliberadoras*. A vantagem desta imagem é captar um aspecto interno das cortes que escapa às outras imagens, qual seja: as cortes são compostas por um pequeno grupo de juízes que se engajam

³ Sobre amostras, ver: PIRES, Álvaro P., *Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico*, in *A Pesquisa Qualitativa- Enfoques epistemológicos e metodológicos*. POUPART et ali. 3º edição. Ed. Vozes. Petrópolis. 2008.

⁴ Por razões de honestidade intelectual, friso que **o argumento sintetizado neste tópico é de Conrado Mendes e não meu**, sendo que alguns parágrafos, inclusive, são meras traduções livres de trechos dos primeiros três capítulos de sua tese de doutorado *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. Apesar disso, qualquer erro na síntese do argumento é de minha inteira responsabilidade.

⁵ Para uma abordagem mais detalhada dessas imagens, ver- MENDES, Conrado H., *Deliberative Performance of Constitutional Courts*, especialmente *Introduction - The imagery of constitutional courts*.

argumentativamente uns com os outros, no intuito de produzir uma decisão final.

Desse modo, elas se beneficiam - comparativamente a outras instituições - das virtudes da deliberação colegiada (*collegial deliberation*) e, graças às peculiaridades das condições em que suas decisões são tomadas, mostram-se mais aptas a alcançar boas respostas no que se refere à interpretação constitucional. Partirei, portanto, deste pressuposto normativo: as cortes podem e devem ser deliberadoras⁶; ou seja: podem e devem desenvolver significativas qualidades deliberativas, sem as quais democracias constitucionais tendem a perder, como ficará claro mais adiante.

Segundo Conrado H. Mendes, sete aspectos devem estar presentes em um encontro deliberativo; este: (i) pressupõe a necessidade de se tomar uma decisão coletiva que afetará diretamente os que estão deliberando ou, indiretamente, pessoas que estão ausentes; (ii) considera a decisão como um ponto de chegada provisório, a ser sucedido por novos *rounds* deliberativos; (iii) é uma prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação; (iv) engloba um tipo particular de razão que é imparcial ou, ao menos, é traduzível (*translatable*) ao bem comum; (v) pressupõe que os participantes da deliberação estejam abertos para rever e modificar suas opiniões à luz de argumentos e sugere uma “ética do consenso”; (vi) contém um elemento ético de respeito; (vii) e engloba um compromisso político de inclusão, de empatia e de responsividade a todos os pontos de vista.

É preciso ter em mente que existe uma diferença entre o que a deliberação é e o que se pode esperar que ela produza. No primeiro caso, estamos falando do lado não-consequencialista do porquê de a deliberação ser algo que vale a pena perseguir; no segundo, das razões instrumentais de se perseguir tal ideal. No caso das primeiras, considera-se que a deliberação é um

⁶ Para um tratamento sistemático das cortes como deliberadoras, ver: MENDES, Conrado H., *Deliberative Performance of Constitutional Courts*, especialmente do capítulo 4 em diante.

bem político independentemente de seus resultados; afinal, decisões colegiadas deliberativas exemplificariam a melhor concepção de comunidade política. Portanto, a deliberação tem um valor por si, independentemente do resultado que advenha dela.

Já no caso das razões instrumentais, destacam-se quatro tipos de conquistas deliberativas: a epistêmica, a comunitária, a psicológica e a educativa. Do ponto de vista epistêmico, a deliberação promoveria, no mínimo, clareza sobre os assuntos que estão em questão; no máximo, ela chegaria à verdade e à melhor resposta. Já da perspectiva comunitária, a deliberação encorajaria o consenso (ou, ao menos, minimizaria o dissenso), intensificando a legitimidade social e aprofundando o senso de comunidade. Do ponto de vista psicológico, ela incutiria nos participantes da deliberação o sentimento de serem respeitados. Por fim, quanto à conquista educativa, ela educaria os participantes da deliberação sobre o respectivo assunto-problema e sobre as próprias habilidades deliberativas.

Apesar das críticas que eventualmente possam ser levantadas, essas promessas são plausíveis. De fato, no que se refere à promessa epistêmica, o ato de mostrar, de múltiplas perspectivas, as razões que estão por trás de cada concepção do bem comum e de elucidar premissas, sujeitando-as à crítica, teria a virtude de desmascarar mitos, desconstruir preconceitos, sanar mal-entendidos, estimular novas ideias e, sobretudo, estruturar argumentos de maneira mais clara. Se não se alcança o consenso, ao menos se sabe no que e porque há discordância. Assim, a deliberação é um meio bastante eficaz na perseguição das tarefas epistêmicas de: (i) revelação de premissas; (ii) coleta de informação; (iii) promoção da criatividade do grupo, que veria aumentada sua capacidade de apresentar soluções não imaginadas por nenhum de seus componentes separadamente; (iv) busca da verdade ou da melhor resposta. Meio alternativo para se realizar tais tarefas, quando e se existir, é inferior à deliberação.

Já do ponto de vista comunitário, a promessa - que consiste na ideia de que a deliberação é um meio adequado para se obter o consenso ou, ao menos, minimizar o dissenso - também é plausível. No intuito de refinar esta ideia, assim como de encarar o ceticismo em relação a esta afirmativa, Mendes distingue diferentes tipos de consensos e examina se a deliberação pode ajudar a alcançá-los, apontando quais são, normativamente, aceitáveis. Saber os tipos legítimos de consenso não implica que a deliberação seja o meio necessário para fomentá-los. O objetivo é lembrar que, mesmo que cétricos estiverem certos ao apontar que consenso espontâneo é improvável, a deliberação ainda pode ter impacto na formação de outros tipos legítimos de consenso que podem ter sido relegados.

É importante destacar que as promessas epistêmica e comunitária são, em certo sentido, conflitantes. A busca exagerada do consenso pode atrapalhar a busca pela melhor resposta e vice-versa. O balanço certo entre ambas é um desafio central a ser enfrentado pelos participantes da deliberação em determinado contexto. De qualquer forma, a deliberação é o caminho mais adequado para tanto.

No que se refere à plausibilidade da promessa psicológica - que afirma que a deliberação aumentaria a disposição, comparativamente a práticas não deliberativas, para o sentimento mútuo de respeito entre seus participantes -, temos que: um participante poderia não concordar com o resultado, mas ainda assim se inclinaria a aceitá-lo, pois se sentiria parte do grupo, tendo o mesmo *status* de cada membro. A deliberação se projetaria, nesse caso, como um meio de se atingir legitimidade social.

Por fim, do ponto de vista da promessa educativa - que consiste na ideia de que participantes da deliberação adquirem cada vez mais conhecimento e habilidade -, temos que: em primeiro lugar, pode-se adquirir mais conhecimento do respectivo assunto-problema que está sendo deliberado. Em segundo, destaca-se que não se pode aprender a deliberar a não ser pela própria prática da deliberação.

Vale ainda ressaltar a importância do contexto para a consecução dessas promessas deliberativas. É ele que vai determinar, em última análise, a possibilidade de realização e a desejabilidade da deliberação. Uma abordagem contextual da deliberação deve questionar quando e onde deliberar. Se os participantes da deliberação estão aptos a diagnosticar e administrar as circunstâncias, e se os locais de deliberação foram apropriadamente desenhados, as promessas muito provavelmente se concretizarão. Assim, torna-se importante perguntar quando uma comunidade deve investir seus escassos recursos políticos nesta empreitada⁷.

Portanto, não se trata de defesa cega da deliberação; de fato, existem casos em que esta não é recomendável. Tensões existirão nos casos concretos e uma deliberação de segunda ordem deve ser realizada para averiguar a necessidade de deliberação. Isso não significa contestar o valor desta, mas sim aceitar que existem exceções perante as quais a deliberação de primeira ordem não é recomendável.

É preciso ainda abordar a relação entre deliberação e direito. É que alguns se sentem desconfortáveis com a mistura entre ambos. Argumentam dizendo que a primeira politizaria o segundo, abrindo-o para cogitações não jurídicas. Para esses críticos, o direito seria anti-deliberativo, pois visaria resolver de antemão situações em aberto. Estas objeções podem ser descritas em duas versões principais.

A primeira delas tem como premissa uma dicotomia rudimentar. Ela propõe uma divisão estrita entre o trabalho do legislador e o do juiz. O primeiro seria um ativo criador, ao passo que o segundo seria mero passivo declarante, o que pouparia os juízes de uma responsabilidade onerosa. Isso,

⁷ Mendes propõe três testes, sendo que cada um deles é o corolário de uma das três variáveis que moldam as circunstâncias deliberativas: as condições de fundo (*background conditions*); a existência e o tipo de desacordo; e o nível de urgência. O primeiro teste contemplaria a própria possibilidade da deliberação política e a disposição de seus participantes em seguir os princípios éticos e políticos da deliberação política. O segundo examina quão contencioso determinado assunto-problema é e pergunta se a deliberação será consequente. O terceiro é um teste de averiguação da conveniência da deliberação, tendo em vista o grau de urgência de uma decisão.

no entanto, não tem lastro empírico algum. Ao contrário, parece ser claro que na adjudicação há espaço para debate e para controvérsias.

A segunda versão consiste na ideia de que razões jurídicas são preventivas de outros tipos de considerações substantivas subjacentes às regras. Entretanto, independentemente da concepção de direito que um teórico adotar (seja positivista ou não-positivista), a deliberação será parte do direito. Não há nada na formalidade deste que o torne anti-deliberativo, apesar de diferentes graus de formalidade implicarem distintos graus na deliberação do direito. Esta é sensata quando a decisão não é nem óbvia, nem arbitrária. Com ou sem discricionariedade (*discretion*), com ou sem razões jurídicas propriamente concebidas, o que invariavelmente permanece é uma troca de argumentos - em maior ou menor grau - com o objetivo de alcançar a melhor solução tanto para casos fáceis, quanto para casos difíceis.

Por fim, é importante ressaltar que uma corte colegiada (*collegiate*) não é, necessariamente, um corpo deliberativo. Contudo, existem boas razões para que seja. Antes de explicar o porquê, é preciso ressaltar que existem quatro razões inter-relacionadas para que as cortes sejam compostas por múltiplos membros. Em primeiro lugar, um corpo colegiado (*collegiate*) se beneficia do fenômeno da despersonalização. Em segundo, uma corte pode ser colegiada por razões de prudência política: (i) ao evitar a concentração de poder nas mãos de apenas um juiz, prevenindo abusos; e (ii) ao conferir poder à instituição para que esta possa tomar decisões politicamente controversas que são requeridas pelo direito. Em terceiro lugar, existe um reconhecimento simbólico sobre a natureza do direito, um reconhecimento de que o interpretar é uma tarefa complexa que deve ser aberta a diversas opiniões. Em quarto e último lugar, é interessante optar por uma corte colegiada por razões de probabilidade epistêmica; uma corte assim estaria menos sujeita a falhas quando comparada ao trabalho realizado por apenas um juiz.

Posto isso, pergunta-se: o que um grupo de juízes deve preferir? Agregar suas opiniões jurídicas desde logo, ou - antes de agregá-las - engajar-

se em um processo de deliberação, sujeitando suas opiniões iniciais ao filtro deliberativo? Já foram expostas razões intrínsecas e instrumentais para se perseguir a prática deliberativa. Além disso, vale destacar que as promessas da deliberação conferem mais força aos quatro argumentos supracitados a favor da opção por uma corte colegiada. De fato, um corpo colegiado deliberativo despersonifica porque seu produto é diferente da soma das opiniões pré-deliberativas; faz com que a abertura do direito a uma pluralidade de vozes seja ainda mais inequívoca, uma vez que a deliberação leva em consideração também as vozes que não estejam presentes no local da deliberação; e, no que se refere à qualidade epistêmica, troca a avaliação puramente quantitativa (de menor falibilidade) por uma avaliação baseada no modo de argumentação. Esse conjunto de consequências positivas é mais provável de ocorrer por meio de um engajamento deliberativo do que por mera agregação de opiniões. Uma vez que se aceita que, probabilisticamente, a deliberação é o meio mais plausível para se alcançar a melhor resposta, pode-se dizer que, mesmo que esta não seja alcançada, a mera tentativa - por si só - já tem um valor.

Mesmo que a deliberação ocasionalmente falhe, sua prática faz com que seja mais provável que a corte alcance melhor decisão do ponto de vista epistêmico, construa uma opinião supra-individual, inclua e responda a todos os argumentos em questão, nutra um senso de respeito e instrua os participantes do processo. No mais, uma corte que se preocupa e que, de algum modo, obtenha sucesso na empreitada deliberativa, beneficia-se de uma potente credencial legitimadora, além de contribuir distintivamente para o regime político. Uma corte não deliberativa pode até ser funcional e justificável, mas ela perde especial oportunidade política.

O presente trabalho está dividido em outros quatro capítulos. No segundo capítulo, referente à metodologia, exporei minhas definições de conceito - destacando o que entendo por *deliberação*, *desempenho ou performance deliberativa* e *falha deliberativa*. Num segundo momento do

capítulo metodológico, exporei minhas definições de trabalho ou operacionais, que visam representar os conceitos por mim definidos. São estas definições operacionais que compõem o modelo de análise de acórdãos que objetivo esboçar neste trabalho. Por fim, num terceiro tópico metodológico, justificarei a escolha do RE 630.147/DF como caso-exemplo para a aplicação do modelo, além de expor um breve resumo do julgado.

Já no terceiro capítulo, que responde por boa parte desta monografia, aplicarei o modelo esboçado ao caso escolhido. O capítulo está estruturado em nove tópicos - um para cada pergunta que compõe o modelo de análise. Em cada um deles, desdobrarei um pouco cada pergunta e tentarei explicar como elas seriam úteis à análise. Nas respostas a cada uma delas, buscarei avaliar o desempenho deliberativo da corte no julgado, apontando eventuais falhas deliberativas e deixando hipóteses a serem testadas por futuras pesquisas que apliquem o modelo a amostras representativas. No mais, tentarei, se necessário, ajustar o modelo por meio de autocríticas e buscarei dialogar com outras pesquisas que trataram do tema da deliberação, fazendo críticas e reflexões.

O quarto e último capítulo é destinado à conclusão. Por fim, num apêndice, exporei outras considerações acerca da pesquisa empírica e/ou jurisprudencial sobre deliberação e desempenho deliberativo. O objetivo é chamar a atenção para alguns aspectos que, a meu ver, devem ser considerados quando da realização de futuras pesquisas no tema.

2. Capítulo II- Metodologia.

No presente capítulo, exporei: (i) as definições de conceito por mim estabelecidas; (ii) as definições de trabalho ou operacionais que ilustram tais conceitos e compõem o modelo de análise por mim proposto; (iii) a justificativa para a escolha do RE 630.147/DF como caso-exemplo para a aplicação do modelo e uma breve síntese deste julgado.

2.1. Definições de conceito.

“Um conceito é uma abstração a partir de acontecimentos percebidos, ou (...) uma representação resumida de uma diversidade de fatos. Seu objetivo é simplificar o pensamento, ao colocar alguns acontecimentos sob um mesmo título geral”. Este tipo de definição (conceitual) “é necessário para ligar o estudo ao conjunto de conhecimentos que empregam conceitos semelhantes”⁸.

O objetivo deste tópico é explicitar as definições de “deliberação”, “desempenho deliberativo” e “falha deliberativa”, por mim adotadas para a execução da presente pesquisa.

Entendo por *deliberação* a prática respeitosa e inclusiva de argumentação conjunta para a formação de determinado posicionamento por meio da troca de argumentos na busca de consenso - que não necessariamente decorrerá. Isso tudo ao mesmo tempo em que se busca continuamente soluções para demandas decisórias, tendo em vista o caráter contínuo da deliberação⁹.

Já o conceito de *desempenho* traduz um conjunto de características ou capacidades de comportamento e rendimento de algo ou alguém - no caso, de uma corte constitucional -, em especial quando comparados com requisitos ou expectativas previamente definidos. No contexto deste trabalho, o conceito de *desempenho deliberativo* diz respeito ao conjunto de características ou

⁸ SELLTIZ, Claire et ali, *Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais*, trad. por Dante Moreira Leite. Ed. pedagógica e Universitária Ltda. 3ª Reimpressão. São Paulo. 1974. Pp. 48-49.

⁹ MENDES, Conrado H., *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. P. 22.

capacidades de comportamento e rendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo por parâmetro a deliberação conforme supradefinida.

Por fim, *falhas deliberativas* podem ser entendidas como o insucesso ou manifestações do mau desempenho deliberativo do Tribunal diante das expectativas previamente definidas.

Pelo exposto, percebe-se a centralidade do conceito de *deliberação*, na medida em que os outros dois fazem referência a ele. Nesse sentido, o próximo passo importante é definir, operacionalmente, maneiras de se traduzir esse conceito mais abstrato de deliberação em fenômenos observáveis - mesmo que argumentativamente¹⁰ - no material da pesquisa (acórdão). Assim, passo a expor minhas definições de trabalho.

2.2. Definições de trabalho ou operacionais¹¹.

Conforme exposto, as definições de trabalho consistem em ferramentas ou conceitos elaborados com o intuito de traduzir ou representar ideias ou conceitos mais abstratos. Assim, é necessário criar algumas operações que tenham resultados que se possa aceitar como um indicador das definições de conceito estabelecidas no tópico anterior. Nesse passo, os dois desafios centrais foram: (i) elaborar definições de trabalho que pudessem ser aplicadas em análises de quaisquer casos; e (ii) evitar a inferência de relações causais que não poderiam ser comprovadas pela pesquisa.

¹⁰ Refiro-me ao que consta no acórdão, mas que necessita de interpretação por parte do observador.

¹¹ "Quanto maior a distância entre os conceitos e os fatos empíricos a que pretendam fazer referência, maior a possibilidade de tais conceitos serem mal compreendidos ou mal empregados. (...) [Assim], devem ser definidos em termos abstratos, dando-se o sentido geral que devem transmitir, bem como em termos das operações através das quais serão representados no estudo específico. (...) [A definição dessas operações] é um passo essencial para a realização de qualquer pesquisa, pois os dados devem ser coligidos através de fatos observáveis. (...) [É que] qualquer que seja a simplicidade ou complexidade da definição formal de seus conceitos, o pesquisador, para realizar qualquer pesquisa precisa encontrar alguma forma de traduzi-los em acontecimentos observáveis. (...) [Dessa maneira], o pesquisador precisa criar algumas operações que provoquem resultados que possa aceitar como um indicador de seu conceito. (...) As definições de trabalho são adequadas se os instrumentos ou processos neles baseados obtêm dados que constituam indicadores satisfatórios dos conceitos que pretendem representar". SELTZ, Claire *et ali*, *Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais*, trad. por Dante Moreira Leite. Ed. Pedagógica e Universitária Ltda. 3ª Reimpressão. São Paulo. 1974. Pp. 49-51.

Visando isso, elaborei um conjunto de perguntas e métodos (critérios, classificações, etc.), com o intuito de obter dados que constituam indicadores satisfatórios do conceito central de *deliberação*, bem como dos conceitos de *desempenho deliberativo* e *falha deliberativa*. É por meio dessas definições de trabalho que tentarei esboçar um modelo de análise de desempenho deliberativo do STF por meio da leitura de acórdãos.

As perguntas que compõem o modelo de análise são as seguintes: (i) Qual é a estrutura do relatório? Há falha deliberativa? (ii) Quais foram as questões que o Ministro identificou e tentou resolver? E quais os argumentos utilizados? O Ministro trouxe questão nova em relação aos votos anteriores? O Ministro se utilizou de argumento novo para responder questão tratada em algum dos votos anteriores? O Ministro se absteve de julgar questão posta anteriormente? A ordem de votação apresenta alguma relação com o resultado dessas questões? Há falha deliberativa? (iii) No que se refere ao uso de precedentes e de doutrina na argumentação, é possível constatar - no caso estudado - o uso "advocático" de precedentes/doutrina nos votos dos Ministros? Há falha deliberativa? (iv) Há diálogo entre os votos? Qual o tipo de voto predominante? Nesse sentido, é possível dizer que há falha deliberativa? (v) É possível a identificação de decisão que possa ser atribuída a todos os Ministros ou, ao menos, aos que compuseram a maioria? Há falha deliberativa? (vi) Houve utilização do voto-vista? Como essa utilização pode ser avaliada em termos de deliberação? (vii) Em quantas sessões se deu o julgamento? É possível argumentar que há falha deliberativa? (viii) O que os debates presentes no acórdão dizem sobre o desempenho deliberativo? (ix) O processo de elaboração de ementa consiste em falha deliberativa?

Essas perguntas serão respondidas por meio de chaves específicas e de uma chave geral. As primeiras serão expostas quando do detalhamento e resposta de cada uma das perguntas - o que será feito no próximo capítulo. Já a segunda consiste em diferentes agrupamentos de elementos do conceito de deliberação supradelineado e será exposta nos próximos parágrafos.

Conforme exposto, segundo Conrado H. Mendes, sete aspectos devem estar presentes em um encontro deliberativo; este: (i) pressupõe a necessidade de se tomar uma decisão coletiva que afetará diretamente os que estão deliberando ou, indiretamente, pessoas que estão ausentes; (ii) considera a decisão como um ponto de chegada provisório, a ser sucedido por novos *rounds* deliberativos; (iii) é uma prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação; (iv) engloba um tipo particular de razão que é imparcial ou, ao menos, é traduzível (*translatable*) ao bem comum; (v) pressupõe que os participantes da deliberação estejam abertos para rever e modificar suas opiniões à luz de argumentos e sugere uma “ética do consenso”; (vi) contém um elemento ético de respeito; (vii) e engloba um compromisso político de inclusão, de empatia e de responsividade a todos os pontos de vista¹².

Note-se que esses aspectos nada mais são do que desdobramentos do conceito de deliberação como prática respeitosa e inclusiva de argumentação conjunta para a formação de determinado posicionamento por meio da troca de argumentos na busca de consenso – que, como já dito, não necessariamente ocorrerá. Isso tudo ao mesmo tempo em que se busca continuamente soluções para demandas decisórias, tendo em vista o caráter contínuo da deliberação¹³.

Para fins de análise¹⁴, *combinei* e agrupei esses sete aspectos em cinco categorias, que chamei de: (i) aspecto epistêmico; (ii) aspecto comunitário; (iii) aspecto psicológico; (iv) aspecto educativo; e (v) aspecto da provisoriedade. É importante frisar que estes aspectos, apesar de quatro deles serem homônimos das promessas ou conquistas (*promises or achievements*) deliberativas, denotam fenômenos distintos. A deliberação (aspectos) não se confunde com o que se espera que ela produza (promessas ou conquistas). Ressalto ser possível captar a presença de algo pelos seus efeitos. Porém, tal

¹² MENDES, Conrado H. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. P. 22.

¹³ MENDES, Conrado H., *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. P. 22.

método de análise não seria conveniente para a deliberação, tendo em vista que ela aumenta a probabilidade de consecução dessas promessas, não sendo sua causa única e exclusiva¹⁵. Assim, avaliar o desempenho deliberativo por meio de suas conquistas pode levar a engano. É importante sempre ter em mente que, quando falamos das promessas, estamos a lidar com probabilidades (*likelihood*) e, conseqüentemente, é preciso cuidado para não se afirmarem relações causais que não possam ser comprovadas pelo material estudado.

Quanto às categorias, ficaram assim estabelecidas:

(a) Aspecto epistêmico. Essa categoria contém os seguintes elementos do conceito de deliberação: (iii) é uma prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação; (iv) engloba um tipo particular de razão que é imparcial ou, ao menos, é traduzível (*translatable*) ao bem comum; (vii) e engloba um compromisso político de inclusão, de empatia e de responsividade a todos os pontos de vista.

(b) Aspecto comunitário. Essa categoria contém os seguintes elementos: (iii) é uma prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação; (v) pressupõe que os participantes da deliberação estejam abertos para rever e modificar suas opiniões à luz de argumentos e sugere uma "ética do consenso".

(c) Aspecto psicológico. Essa categoria contém os seguintes elementos da deliberação: (i) pressupõe a necessidade de se tomar uma decisão coletiva que afetará diretamente os que estão deliberando ou, indiretamente, pessoas

¹⁵ Cometeria uma imprudência metodológica se dissesse que a deliberação *causa* tais promessas. Conforme explicado na introdução, existem outras variáveis em jogo; o contexto, sobretudo, precisa ser considerado. Logo, não há relação de *causa* e *consequência*. Como dito, as próprias promessas podem ser contraditórias entre si (ver p. 10, relação entre as promessas epistêmica e comunitária). Contudo, é *razoável assumir* – pelo que foi colocado na introdução – que uma corte deliberativa estaria, por exemplo, menos sujeita a falhas quando comparada ao trabalho realizado por uma corte-não deliberativa. Assim, apesar de existir um nexo de sentido probabilístico (quando há deliberação, é mais *provável* que as conquistas se deem), não há nexo *causal*.

que estão ausentes; (vi) contém um elemento ético de respeito; (vii) e engloba um compromisso político de inclusão, de empatia e de responsividade a todos os pontos de vista.

(d) Aspecto educativo. Essa categoria contém os seguintes elementos do conceito de deliberação: (i) pressupõe a necessidade de se tomar uma decisão coletiva que afetará diretamente os que estão deliberando ou, indiretamente, pessoas que estão ausentes; (vii) e engloba um compromisso político de inclusão, de empatia e de responsividade a todos os pontos de vista.

(e) Aspecto da provisoriedade. Contém o seguinte elemento do conceito de deliberação: (ii) considera a decisão como um ponto de chegada provisório, a ser sucedido por novos *rounds* deliberativos.

O objetivo dessas categorias é facilitar a análise. Assim, quando me remeter aos diferentes aspectos, estou fazendo referência também aos elementos do conceito de deliberação que estão contidos nessas diferentes categorias. Ressalto, mais uma vez, que também pretendo usar a ideia de promessas como chave para argumentação; contudo, quando me referir a elas, denoto algo que se diferencia dos aspectos. Estes fazem parte do próprio conceito de deliberação, ao passo que aquelas são suas consequências - razões instrumentais para se perseguir tal ideal; consequências estas que não necessariamente se verificam, mas têm sua probabilidade de consecução aumentada quando a deliberação está presente.

Um ideal de corte deliberativa teria todos esses aspectos presentes de maneira ótima em seu processo decisório. À medida que se afasta desse ideal, temos um desempenho deliberativo pior, evidenciado pela presença de falhas deliberativas.

2.3. Justificativa para a escolha do RE 630.147/DF como caso-exemplo para a aplicação do modelo.

2.3.1. Breve síntese do RE 630.147/DF.

Antes de avançar para o próximo tópico - de justificativa de escolha do caso-exemplo -, creio ser necessário explicar, brevemente, do que trata este Recurso Extraordinário.

Na origem, trata-se de três ações de impugnação ao registro da candidatura de Joaquim Roriz ao Governo do Distrito Federal. A candidatura foi indeferida pelo Tribunal Regional Eleitoral; recorreu-se, ordinariamente e sem sucesso, ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Desta decisão é que foram interpostos os recursos extraordinários em análise, julgados unicamente sob o rótulo do RE 630.147/DF.

Tais recursos são embasados no art. 102, III, "a"¹⁶, bem como no art. 121, parágrafo 3º¹⁷, da Constituição Federal de 1988. Os recorrentes pedem a reforma da decisão do TSE, visando o deferimento do registro de candidatura. Sustentam, incidentalmente, a inconstitucionalidade da alínea "k"¹⁸ do inc. I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, introduzida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 135 de 2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa. Os contornos do caso ficarão mais claros no primeiro tópico do capítulo seguinte, que explora o relatório do caso em estudo.

Por fim, gostaria de salientar que, para os fins da análise que me proponho, precisarei mencionar argumentos de mérito da ação; porém, não tenho a intenção de fazer a discussão de mérito sobre a Lei da Ficha Limpa. Desse modo, não abordarei profundamente os argumentos envolvidos.

¹⁶ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição (...)"

¹⁷ Parágrafo 3º do art. 121: "São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de 'habeas-corpus' ou mandado de segurança".

¹⁸ "Art. 1º. São inelegíveis: I- para qualquer cargo: (...) k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura".

2.3.2. Justificativa para a escolha do caso.

“Não há dúvidas de que esse julgamento foi um momento de grande expectativa da sociedade em relação ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, principalmente porque estávamos em ano de eleições. E foi marcante pelo inusitado da situação, porque acabou configurando um empate de cinco a cinco. (...) Tal circunstância mostra a necessidade de o tribunal pensar soluções mais seguras, fixar regras mais claras para situações de empate¹⁹”.

A fala é do Ministro Dias Toffoli e foi feita numa entrevista realizada - no começo de 2011 - pela revista eletrônica Consultor Jurídico. Na pergunta, o entrevistador dizia que o julgamento da Lei da Ficha Limpa foi, senão o mais importante, o mais polêmico do Supremo em 2010. A fala é exemplificativa de que o julgamento apresentou problema deliberativo; problema este manifesto no próprio dizer do Ministro, que considera a necessidade de se pensar soluções *mais seguras* para resolver situações de empate. Assim, a escolha desse caso se justifica, em primeiro lugar, pela existência de uma falha: a falta de consenso em como se decidir em situação de empate.

Além disso, acredito que o conteúdo dessa decisão é potencialmente muito rico. Isto porque as decisões, quando tomadas, o foram em apertadas maiorias; o clima de pressão pela iminência das eleições e pelo clamor popular contribuía para uma decisão mais acalorada; e várias questões surgiram ao longo dos debates.

Por fim, aponto o fato de ele ter sido julgado durante a presidência do Ministro Cezar Peluso - que declarara intenção de promover a deliberação entre os Ministros durante o período de sua presidência²⁰.

¹⁹ HAIDAR, Rodrigo. “Se o juiz cuida do futuro, torna o passado instável”. *Revista eletrônica ConJur*. 20.02.2011. Entrevista com o Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/entrevista-dias-toffoli-ministro-supremo-tribunal-federal>>

²⁰ Atento às consequências nocivas de um modelo decisório ruim e da potencialidade de um modelo verdadeiramente deliberativo, o Min. Cezar Peluso - em presidência exercida entre 2010 e 2012 - revelou intenção de instituir reuniões prévias entre os membros no tribunal. Para Peluso, “isso [reuniões prévias] faria com que todos chegassem com o caso pensado no dia de

Desse modo, acredito ser este um caso interessante para se testar o modelo, sendo possível identificar falhas deliberativas. A identificação dessas falhas é importante na medida em que podem estar presentes não só no caso estudado, mas também em quaisquer outros casos julgados pelo STF - algo a ser testado por futura pesquisa que aplique o modelo a amostras representativas do desempenho deliberativo do Tribunal.

Por fim, gostaria de frisar que não tenho nenhuma pretensão de representar o desempenho deliberativo do Tribunal, nem de fazer inferências causais e/ou argumentativas que sejam gerais. Não se trata de uma amostra por caso único²¹; o recurso extraordinário estudado é apenas um exemplo de aplicação do modelo, sendo que todas as afirmações sobre desempenho deliberativo feitas no próximo capítulo se restringem a este caso.

julgar, evitando pedidos de vista e discussões ásperas que são transmitidas ao vivo pela TV, constringendo a Corte". Além disso, reuniões prévias têm o potencial de promover a deliberação e uma decisão verdadeiramente colegiada. Ver: ABREU, Isadora de Sousa. *A Deliberação no STF: Uma análise dos acórdãos com mudança de entendimento no decorrer do julgamento*. EF-SBDP. 2011. São Paulo. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=181>

²¹ "Pode-se dizer que a pesquisa por caso único se baseia num *corpus* empírico que é representado no singular e que implica a ideia de fazer um estudo *em profundidade* desse único caso. (...) [F]azemos um estudo de caso, porque acreditamos poder aprender alguma coisa a partir de um único caso. Nosso caso (...) 'é um dentre vários'. Por outro lado, a escolha adquire uma importância particular, já que nós temos apenas um caso, e são as suas características que darão as condições de existência do objeto. (...) [Q]uando o caso particular é bem escolhido e 'bem construído' (Bourdieu), ele deixa de ser particular e pode contribuir de forma significativa para o conhecimento. Em um estudo de caso, não nos interessamos unicamente pelas *especificidades* do caso em questão (ainda que elas possam ser valorizadas e importantes), mas também por sua capacidade de servir de via de acesso a outros fenômenos ou a outros aspectos da realidade". Ressalto que o autor se utiliza das expressões amostra por caso único e estudo de caso indiscriminadamente, mas ele mesmo alerta que "não é possível, nem desejável, separar completamente a reflexão metodológica sobre as pesquisas que recorrem a uma amostragem por caso único, da tradição do estudo de caso. Porém, este último adquiriu significações diversas na sociologia americana e foi até mesmo empregado como sinônimo de pesquisa qualitativa (...). Há vinte e cinco anos, tenta-se lhe atribuir um significado mais técnico, mas ainda não há consenso muito claro sobre os limites dessa noção". PIRES, Álvaro P., *Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico*, in *A Pesquisa Qualitativa- Enfoques epistemológicos e metodológicos*. POUPART *et ali*. 3º edição. Ed. Vozes. Petrópolis. 2008. Pp. 179-80.

3. Capítulo III- A aplicação do modelo de análise ao acórdão do RE 630.147/DF²².

Este capítulo está estruturado em nove tópicos. Cada um deles se refere a uma das perguntas expostas no capítulo anterior. Os tópicos seguirão nesta ordem: (i) Qual é a estrutura do relatório? Há falha deliberativa? (ii) Quais foram as questões que o Ministro identificou e tentou resolver? E quais os argumentos utilizados? O Ministro trouxe questão nova em relação aos votos anteriores? O Ministro se utilizou de argumento novo para responder questão tratada em algum dos votos anteriores? O Ministro se absteve de julgar questão posta anteriormente? A ordem de votação apresenta alguma relação com o resultado dessas questões? (iii) No que se refere ao uso de precedentes e de doutrina na argumentação, é possível constatar, nos casos estudados, o uso “advocático” de precedentes/doutrina nos votos dos Ministros? (iv) Há diálogo entre os votos? Qual o tipo de voto predominante? (v) É possível a identificação de decisão que possa ser atribuída a todos os Ministros ou, ao menos, aos que compuseram a maioria? (vi) Houve utilização do voto-vista? Como essa utilização pode ser avaliada em termos de deliberação? (vii) Em quantas sessões se deu o julgamento? (viii) O que os debates presentes no acórdão dizem sobre o desempenho deliberativo? (ix) O processo de elaboração de ementa consiste em falha deliberativa?

3.1. Qual é a estrutura do relatório? Há falha deliberativa?

Esta questão se justifica pelo importante papel exercido pelo relatório no processo decisório do plenário do STF - o que, certamente, impacta na deliberação. Muitas vezes, é pelo relatório que os demais Ministros tomarão conhecimento do caso. Nesse sentido, pretendo averiguar: quais as questões trazidas no relatório? Há menções à posição da Procuradoria Geral da República (PGR), à da Advocacia Geral da União (AGU), à das partes? As questões trazidas no relatório estão contempladas nos votos dos demais

²² O acórdão pode ser acessado pelo seguinte link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>

Ministros? O relator se esqueceu de questão importante levantada posteriormente por outro Ministro?

Vale lembrar que um dos vícios no processo decisório da corte apontado por pesquisa empírica de Guilherme F. Klafke é de que há inconsistência na definição dos pontos a serem julgados²³. Se os relatórios fossem estruturalmente consistentes, dificilmente este vício se apresentaria. Logo, tenho como hipótese que o relatório apresenta uma estrutura inconsistente, que não consegue expor e organizar claramente as questões a serem enfrentadas pelo Tribunal, afetando a deliberação.

3.1.1. Resultado:

O relatório se inicia com uma apresentação sucinta do histórico processual, limitando-se à explicação da origem do processo (impugnações à candidatura de Joaquim Roriz ao cargo de governador do DF) e da ementa do julgado do TSE.

Quanto ao pedido, o relator afirma que "(...) os recorrentes pedem a reforma da decisão do TSE para ver deferido o questionado registro de candidatura. Passando a sustentar, em caráter incidental, a inconstitucionalidade da alínea k (...) da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010" (p. 4²⁴).

É interessante observar como o relator introduz a apresentação das teses defendidas pelas partes: "Prosseguem os recorrentes para, com esse focado propósito de afastar imediata aplicabilidade da alínea transcrita, arguir o seguinte (...)". Em seguida, apresenta as teses dos recorrentes: (i) afronta ao art. 16; (ii) violação do inc. XXXVI do art. 5º; (iii) violação dos arts. 2º (princípio da separação de Poderes) e 59; (iv) ofensa ao inc. LVII do art. 5º

²³ KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, 2010. Disponível em: < http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164 >

²⁴ As referências são às páginas do acórdão do RE 630.147/DF, indicadas no canto superior direito do acórdão.

(presunção de não culpabilidade); (v) colisão com o parágrafo 9º do art. 14 (pp. 5-7), todos da Constituição Federal. (Grifei²⁵).

Acredito que, há, nessa manifestação, certa confusão. É que a única tese para não **aplicabilidade imediata** da LC 135/10 ao caso é a de violação ao princípio da anterioridade eleitoral (art. 16, CF 88); as outras teses sustentam a inconstitucionalidade incidental da alínea "k"²⁶.

Em seguida, essa confusão parece ser, em alguma medida, desfeita. É que o Ministro Relator prossegue e acrescenta como tese do primeiro recorrente (Joaquim Domingos Roriz) a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, afirma como teses do segundo recorrente (Coligação Esperança Renovada) pela inconstitucionalidade da alínea "k": (i) a afronta aos princípios do devido processo legal; (ii) da isonomia; e (iii) da presunção de inocência; (iv) e a contrariedade ao parágrafo 4º do art. 55 da Constituição Federal. (v) "Demais disso, defende a aplicação do art. 16 da Carta Magna à referida causa de inelegibilidade" (pp. 7-8) (grifei). Todavia, essa diferenciação entre a dimensão da eficácia da Lei da Ficha Limpa (especificamente, da alínea "k") e a da sua validade (constitucionalidade) não foi, a meu ver, claramente posta. E isso gerou certa confusão; tanto é que, como será ressaltado mais adiante, o empate na decisão se deu apenas em relação à eficácia da lei diante do art. 16 da CF 88. Quanto à questão da constitucionalidade, houve a formação de maiorias de seis ministros em relação a algumas alegações de inconstitucionalidade - que foram refutadas; porém, não houve manifestações sobre todas elas²⁷.

²⁵ Todas as referências feitas ao texto do acórdão serão feitas sem os grifos do original. Logo, todos os grifos que constarem desta monografia foram acrescentados por mim.

²⁶ Faço a observação de que o art. 5º da referida Lei Complementar prescreve que: "Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação". Logo, por esse prisma, o art. 16 poderia ser um fundamento para se questionar a constitucionalidade do dispositivo. Contudo, ele não é objeto do Recurso Extraordinário. Assim, o argumento referente ao art. 16 só pode dizer respeito à eficácia da Lei em relação ao caso concreto e não à sua inconstitucionalidade.

²⁷ A comparação das questões e teses veiculadas no relatório com as que foram abordadas pelos Ministros em seus votos será exposta em tabela no próximo tópico deste capítulo.

O posicionamento da PGR é pelo desprovemento dos REs. Segundo o exposto, defende as teses de que: (i) o art. 16 da CF 88 não se aplica; (ii) não ofensa ao princípio da irretroatividade da lei - art. 5º, XXXVI; (iii) não ofensa ao princípio da presunção de inocência; e (iv) não violação ao ato jurídico perfeito. Ressalto que não houve nenhum esforço do relator no sentido de apresentar as teses da PGR de maneira clara e objetiva; o que houve foi mera transcrição de parte do parecer (cf. pp. 8-12). Não houve manifestação da AGU.

Nenhuma questão relevante para o deslinde do caso deixou de ser veiculada pelo relatório, salvo a da inconstitucionalidade formal da lei²⁸. Todavia, ela não havia sido prequestionada nas instâncias inferiores e nem aventada pelos recorrentes; assim, penso ser natural que não esteja presente.

Acredito que um relatório bem estruturado pode funcionar como um facilitador da deliberação²⁹. Se as questões e teses que forem veiculadas estiverem claramente assentadas, a probabilidade de os Ministros argumentarem sobre os mesmos pontos aumenta. Seria interessante que o relator se esforçasse em apresentá-las de maneira clara e objetiva. Nesse sentido, não basta transcrever argumentos, seja da PGR ou das partes. É que isso aumenta o custo de se saber o que deve ser decidido. Afinal, com um relatório baseado em longas transcrições, só é possível saber com clareza as teses que estão em jogo após se esmiuçar tais transcrições - tarefa impensável para um Ministro ou, até mesmo, para assessor que elabora um voto³⁰.

²⁸ Trata-se da primeira Questão de Ordem do julgado - que será explorada no tópico seguinte.

²⁹ É necessário apresentar a noção de facilitador (*facilitator*). Conrado Mendes propõe um modelo em três camadas (*three-tiered model*) para se analisar a performance deliberativa. Esse modelo está estruturado em torno de três camadas inter-relacionais: o "*core meaning*", os "*hedges*" e os "*facilitators*". Estes englobam os dispositivos institucionais que podem impulsionar e estimular ou, alternativamente, limitar e desencorajar a deliberação. Os *facilitators* não são a deliberação *per se*, mas indicam suas possibilidades e elucidam suas causalidades. Assim, apontam para sua potencialidade. Ver: MENDES, Conrado, *Deliberative Performance of Constitutional Courts*, pp. 120-21.

³⁰ Nesse sentido, creio que uma contribuição de futura pesquisa empírica seria a de comparar desempenho deliberativo com a clareza das teses e questões veiculadas no relatório - elaborando-se, por exemplo, um ideal de relatório facilitador da deliberação (no sentido de estimulá-la e encorajá-la; é neste sentido que emprego facilitador neste tópico).

Como dito, o aumento da probabilidade de que os Ministros compreendam as questões da mesma maneira e, conseqüentemente, argumentem sobre os mesmos pontos seria um grande benefício; benefício este gerado por um relatório que fizesse a tarefa de exposição das questões e teses em jogo com objetividade e clareza. Nesse sentido, o relatório do presente julgado apresenta falha deliberativa.

Exemplifico. No recurso extraordinário estudado, houve grande confusão no que se refere à tese da irretroatividade da lei. Conforme acima exposto, o relatório não veicula alegação de ofensa à *irretroatividade da lei* por parte dos requerentes. O que há é alegação de violação do ato jurídico perfeito e do princípio da presunção da não culpabilidade ou inocência.

Entretanto, na própria manifestação da PGR veiculada pelo relatório, a confusão começa: "Igualmente improcedente a arguição de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei, art. 5º, inc. XXXVI" (p. 10). Não estou a alegar que tal inciso não possa ser lido como representativo do que se chamou princípio da irretroatividade da lei. O que considero preocupante é que a falta de clareza no relatório levou, possivelmente, à confusão por parte de alguns Ministros; é que a alegação de violação da proteção ao ato jurídico perfeito - lido como princípio da irretroatividade da lei -, somada à alegação de violação do princípio da não culpabilidade, levou alguns Ministros a argumentarem sobre a violação da irretroatividade da lei como se estivessem a falar da vedação à irretroatividade imposta pelo inciso XL do art. 5º, da CF 88³¹.

Assim, essa falta de clareza no relatório pode ter levado a uma confusão enorme quando da deliberação - na medida em que esta existiu - sobre essa questão. Alguns Ministros argumentaram sobre a irretroatividade em conjunto com o ato jurídico perfeito, sendo que outros ainda englobaram o direito adquirido. Outros, como a Ministra Cármen Lúcia, vincularam a ideia da irretroatividade à violação da não culpabilidade; houve, ainda, quem a tratasse exclusivamente sob o prisma penal (considerou-se inelegibilidade como sanção

³¹ "XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

em sentido estrito e, assim, aplicou-se analogicamente o princípio da irretroatividade da lei penal - foi o caso, por exemplo, do Ministro Peluso). Por fim, houve quem apenas subscrevesse a tese do ato jurídico perfeito - caso do Ministro Gilmar Mendes³².

Nitidamente, os Ministros tratam da mesma tese sob perspectivas e compreensões diversas - possivelmente, uma falha deliberativa neste caso concreto. A meu ver, é responsável, em parte, por essa falha, um relatório pouco claro e pouco objetivo a respeito das questões e teses que estão em jogo³³. Afinal, muitas vezes, é pelo relatório que os demais Ministros tomarão conhecimento do caso.

Busquei no Regimento Interno do STF prescrições a respeito desta peça do processo decisório do Tribunal - não encontrando nenhuma relativa a seu conteúdo ou a sua estrutura. Desse modo, é cabível a hipótese de que a maneira como os relatórios são feitos atualmente seja fruto de tradição. Nesse sentido, seria possível instituir mudanças sem mesmo se argumentar por novos arranjos procedimentais e/ou institucionais³⁴. Bastaria maior esforço, por parte do relator, em veicular de maneira clara e objetiva as questões e teses que estão em jogo. Nada impede, também, que uma nova estrutura de relatório seja pensada para os julgamentos no STF.

³² "(...) Eu não teria dúvida também, Presidente, em subscrever a tese do ato jurídico perfeito. Não vou me alongar, até porque os argumentos aqui também são suficientes". STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010. Pp. 213-14.

³³ Poder-se-ia objetar argumentando que existe entendimento no sentido de que a *causa de pedir* do recurso ou da ação é *aberta*. Assim, à medida que os Ministros pudessem discutir questões não veiculadas no relatório, a inferência (de que um relatório pouco claro e objetivo seria responsável, em parte, pela falha constada) estaria enfraquecida. Penso, porém, que esta consideração não enfraquece a inferência feita, na medida em que é razoável supor, pelo descrito, que um relatório objetivo e claro em relação às teses e questões que estão em jogo só tem a acrescentar no desempenho deliberativo do tribunal - encorajando a deliberação e não impedindo, por óbvio, que novas questões sejam levantadas por outros Ministros.

³⁴ Veja-se o que diz Conrado Mendes a respeito: uma típica tradição designa ao relator um conjunto de funções relacionadas: ele tem que dominar como o caso evoluiu procedimentalmente, conduzir a deliberação interna e, além disso, ser o redator do acórdão. O modo como essa liderança será exercida e o modo como os outros juízes responderão a ela será crucial para a consecução das potencialidades da deliberação. Um critério para a escolha do relator pode ser pensado em termos deliberativos. Por exemplo, a especialidade jurídica de cada juiz pode ser levada em conta na escolha com o objetivo de aumentar o potencial epistêmico da decisão e a eficiência na coleta de informações. MENDES, Conrado H., Op. Cit., p. 192.

Além disso, outra ideia - também no sentido de uniformizar a deliberação - seria a de que o relator trouxesse um conjunto de precedentes que considera relevante para o deslinde do caso³⁵. Algo que será argumentado na parte em que analisarei o uso de precedentes é que os Ministros, muitas vezes, não trocam argumentos sobre a aplicação ou não dos precedentes para o caso em questão - isso quando não deixam de fazer referência a precedentes contrários a sua argumentação.

3.2. Quais foram as questões que o Ministro identificou e tentou resolver? E quais os argumentos utilizados? O Ministro trouxe questão nova em relação aos votos anteriores? O Ministro se utilizou de argumento novo para responder questão tratada em algum dos votos anteriores? O Ministro se absteve de julgar questão posta anteriormente? A ordem de votação apresenta alguma relação com o resultado dessas questões³⁶? Há falha deliberativa?

Por "questão", entendo aquilo sobre o que o Ministro apresenta uma tese. Por tese, entendo determinada posição referente a um tema em análise (assim, são teses: a constitucionalidade/inconstitucionalidade; a violação/não violação; etc.). Os argumentos, por sua vez, são razões, justificativas, explicações, fundamentos que sustentam determinada tese.

Não tenho hipótese preliminar para todas estas perguntas. Destaco, porém, que acredito que os Ministros trazem outras questões que, muitas vezes, não são abordadas, ou, se abordadas, não são deliberadas pelos outros Ministros. Amparo-me na conclusão de Guilherme F. Klafke, em seu trabalho já

³⁵ Por exemplo, faço referência aos debates nas pp. 158-60, em que se discute a aplicação do RE 129.392 ao julgado. É bastante interessante ver os Min. debaterem a (não) aplicação de um precedente ao caso. Isso é uma prática importante se os Min. quiserem levar os precedentes a sério. De fato, talvez fosse positivo que um levantamento de precedentes relevantes para o caso viesse já no relatório.

³⁶ Não consegui estabelecer nenhuma relação necessária na presente pesquisa, no que se refere à ordem de votação; afinal, minha amostra não é representativa para tanto. Todavia, a pergunta deve ser levada em consideração quando da feitura de novas pesquisas a respeito do tema. É que pode existir relação entre a ordem de votação e o "potencial deliberativo" de um voto. Isso quer dizer que os votos proferidos podem divergir - no que se refere ao resultado - dos outros critérios estabelecidos. Assim, por exemplo, pode ser que os últimos a votar apresentem menos argumentos novos.

mencionado, de que, dentre os vícios no processo decisório do STF, encontra-se a “não deliberação sobre todos os pontos surgidos no julgamento”.

3.2.1. Resultado:

Após a leitura e fichamento do acórdão, considerei mais adequado responder a esta questão por meio da construção de tabelas - as quais, a meu ver, facilitam bastante a visualização dos resultados. É que neste acórdão ocorreram quatro votações; foram três questões de ordem (QO), mais o mérito do recurso. Assim, exporei os resultados de acordo com essa divisão, na ordem em que surgiram e ocorreram as votações. Como meu intuito é exemplificativo, optei por construir meu argumento pela exposição de tabelas referentes apenas à primeira questão de ordem e ao mérito do recurso. Poderia fazer a mesma análise, utilizando-me das outras duas questões de ordem. Não o fiz para não alongar demasiadamente a análise, de forma que os dois exemplos já são suficientes para a compreensão do argumento que quero avançar.

3.2.1.1. Análise da primeira questão de ordem.

A primeira questão de ordem dizia respeito à inconstitucionalidade formal da lei. Nela, foram levantadas duas questões: (i) A QO deve ser conhecida? (ii) Se for conhecida, há inconstitucionalidade formal? Os resultados colhidos foram organizados na seguinte tabela:

Ministro e relatório / Questões	A questão de ordem deve ser conhecida?	Aceita a questão de ordem, há inconstitucionalidade formal?
Ayres Britto	Não (p. 151).	Não (p. 151).
Dias Toffoli	Sim (pp. 63-71).	Não (pp. 71-76).
Cármem Lúcia	Não (p. 78).	Não (p. 78).

Ministro e relatório / Questões	A questão de ordem deve ser conhecida?	Aceita a questão de ordem, há inconstitucionalidade formal?
Joaquim Barbosa	Não (p. 111).	Não se pronuncia.
Ricardo Lewandowski	Não (p. 113).	Não (p. 113).
Gilmar Mendes	Sim (p. 214).	Não (p. 214).
Ellen Gracie	Não (pp. 215-17).	Não (pp. 215-17).
Marco Aurélio	Sim (pp. 239-41).	Sim (p. 246).
Celso de Mello	Não encontrei manifestação (nem mesmo nos debates).	Não encontrei manifestação (nem mesmo nos debates).
Cezar Peluso	Sim (p. 309).	Sim (pp. 310-11).
O relatório trouxe essa questão?	Não.	Não.

As teses giraram em torno do conhecimento / não conhecimento da QO, bem como da existência ou não da inconstitucionalidade formal. Os argumentos utilizados estavam majoritariamente nos debates que se seguiram à propositura da questão de ordem e serão expostos mais adiante, quando analisarei o voto-vista do Ministro Dias Toffoli.

Destaco que se trata de questão nova, que não foi trazida pelo relator, sendo proposta pelo Ministro Cezar Peluso logo após o voto do Ministro Ayres Britto: “Antes de se abrir a discussão, eminentes Ministros, eu estava muito atento, ouvindo o voto de Sua Excelência, o eminente Relator, na expectativa

de que sua Excelência ventilasse questão que me parece decisiva no caso” (p. 41).

No que se refere à primeira questão - de se saber se a questão de ordem deveria ser conhecida - cinco ministros votaram pelo não conhecimento, ao passo que quatro votaram pelo conhecimento; não houve pronunciamento a respeito por parte do Ministro Celso de Mello, nem mesmo nos debates. Já no que diz respeito à questão de se saber se há inconstitucionalidade formal, seis ministros votaram pela constitucionalidade; dois votaram pela inconstitucionalidade (Marco Aurélio e Peluso); e dois (Joaquim Barbosa e Celso de Mello) não se manifestaram.

É interessante contrastar esse resultado com o que informa o extrato de ata do julgado. Nele, consta que: “[o] Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem quanto à existência de inconstitucionalidade formal da Lei Complementar nº 135, contra os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Marco Aurélio” (pp. 426-27). A rigor, conforme supramencionado, a maioria sequer conheceu a questão de ordem (5 x 4).

Esse fato, em conjunto com a supramencionada ausência de manifestação no acórdão sobre a questão por parte do Ministro Celso de Mello, exemplifica falhas deliberativas possíveis de serem encontradas em outros julgados. Seria importante que todos os Ministros se manifestassem, ao menos, sobre as questões decisivas para o julgamento. O voto do Ministro poderia ser definitivo para o conhecimento ou não conhecimento da questão; em termos do aspecto epistêmico, existe um dever de responsividade por parte dos participantes da deliberação, que se mostra ausente quando não se pode encontrar no julgado a resposta do juiz a questão levantada. Claro que seria possível argumentar que, ao final e no caso, o resultado seria o mesmo, tendo em vista a maioria de seis votos pela ausência da alegada inconstitucionalidade formal. Todavia, os Ministros votaram duas questões diferentes e seria relevante que a decisão comunicada correspondesse ao que

de fato ocorreu no julgado - tendo em vista, por exemplo, o elemento ético de respeito do aspecto psicológico para com os participantes da deliberação.

Ademais, ainda do ponto de vista do aspecto epistêmico, é importante saber em que se discorda e por quê; afinal, esse aspecto engloba um dever de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação. Isso é sobretudo relevante quando a corte vai comunicar sua decisão. Tendo em mente o aspecto da provisoriedade³⁷, a tarefa de redação do acórdão (fase pós-decisional) pode ser entendida como o começo da fase pré-decisional de outro julgado³⁸. Assim, é de suma importância que essa redação seja dotada de clareza. Nesse sentido, pode-se dizer que a má redação do extrato de ata (má comunicação da decisão), é, também, exemplo de falha deliberativa. Afinal, além do aspecto da provisoriedade, do ponto de vista dos aspectos educativo e psicológico, a decisão tomada precisa ser veiculada com clareza, pois afetará diretamente os que estão deliberando ou, indiretamente, as pessoas que estão ausentes.

3.2.1.2. Análise do mérito.

³⁷ Para relembrar, o aspecto da provisoriedade diz respeito ao elemento da deliberação que considera a decisão como um ponto de chegada provisório, a ser sucedido por novos *rounds* deliberativos.

³⁸ Faz-se necessário apresentar as noções de fase pré-decisional, decisional e pós-decisional. Como veiculado em nota de rodapé anterior, Conrado Mendes propõe um modelo em três camadas (*three-tiered model*) para se analisar a performance deliberativa. Esse modelo está estruturado em torno de três camadas inter-relacionais: o "*core meaning*" os "*hedges*" e os "*facilitators*". O *core meaning* corresponde ao comportamento imediatamente observável de uma corte deliberativa em operação. Essa camada identifica quem pode ser considerado participante da deliberação, especifica - dentre os participantes - quem tem o poder de tomar decisões e identifica as distintas fases desse processo - seus respectivos alvos e valores. Nesse sentido, há uma distinção entre três fases deliberativas: a pré-decisional; a decisional e a pós-decisional. Para cada uma dessas fases, há uma tarefa deliberativa correspondente: *public contestation*, *collegial engagement*, e *deliberative written decision*, respectivamente. (MENDES, Conrado H., *Deliberative Performance of Constitutional Courts*, pp. 120-22). Tendo isso em mente, a tarefa de redação do acórdão pode ser entendida como o começo da fase pré-decisional de outro julgado. É que a deliberação é um processo contínuo marcado pela circularidade, sendo a decisão apenas um evento num caminho de uma incessante comunicação política de longo prazo (Cf. p. 57-58; Op. Cit.). Ressalto que o modelo de análise que tento esboçar neste trabalho se localiza no contexto das tarefas de *collegial engagement* e de *deliberative written decision*. Para captar a tarefa de *public contestation* o desenho de outro modelo seria necessário. Para uma explicação de cada uma dessas tarefas, ver o item 3. *The core meaning of deliberative performance* do capítulo 4- *Deliberative performance of constitutional courts* da obra homônima de Conrado Mendes.

Quanto ao mérito, optei pela utilização do voto do relator como o parâmetro de comparação para a construção da tabela e exposição dos resultados. Identifiquei oito questões, que foram respondidas (ou não) pelos Ministros conforme exposto abaixo.

Ministro e relatório / Questões	Possibilidade de se considerar a renúncia que tem por único objetivo impedir a abertura de processo político-administrativo por falta de decoro parlamentar como causa de inelegibilidade.	Possibilidade de a alínea "k" poder produzir efeitos imediatamente (anterioridade eleitoral- art. 16).	Possibilidade de a alínea "k" atingir fatos e condutas anteriores à data de sua publicação (questão da irretroatividade e da lei).	Alegada violação do "ato jurídico perfeito / direito adquirido" pela alínea "k".
Ayres Britto	É possível (pp. 18-19).	Pode (pp. 24-29).	Pode (pp. 24-29).	Não viola (pp. 30-31).
Dias Toffoli	O Min. não se manifestou.	Não pode (pp. 382-92).	Pode (pp. 392-93).	Não viola (pp. 392-93).
Cármen Lúcia	É possível (pp. 104-08).	Pode (pp. 84-97).	Pode (pp. 97-104).	Não viola (pp. 97-104).
Joaquim Barbosa	O Min. não se manifestou.	Pode (pp. 409-15).	Pode (pp. 416-18).	Não viola (pp. 416-18).
Ricardo Lewandowski	É possível (pp. 143-45).	Pode (pp. 115-24).	Pode (pp. 125-32).	Não viola (pp. 132-35).
Gilmar Mendes	O Min. não se manifestou.	Não pode (pp. 156-213).	O Min. não se manifestou.	Viola (p. 214).

Ministro e relatório / Questões	Possibilidade de se considerar a renúncia que tem por único objetivo impedir a abertura de processo político-administrativo por falta de decoro parlamentar como causa de inelegibilidade.	Possibilidade de a alínea "k" poder produzir efeitos imediatamente (anterioridade eleitoral- art. 16).	Possibilidade de a alínea "k" atingir fatos e condutas anteriores à data de sua publicação (questão da irretroatividade e da lei).	Alegada violação do "ato jurídico perfeito / direito adquirido" pela alínea "k".
Ellen Gracie	É possível (p. 236).	Pode (pp. 221-32).	Pode (pp. 233-35).	Não viola (pp. 233-35).
Marco Aurélio	O Min. não se manifestou.	Não pode (p. 244 e pp. 248-49).	Não pode (pp. 241-48).	Viola (pp. 241-48).
Celso de Mello	O Min. não se manifestou.	Não pode (pp. 258-72).	Não pode (pp. 279-306).	Viola (pp. 279-306).
Cezar Peluso	O Min. não se manifestou.	Não pode (pp. 312-19).	Não pode (pp. 315-17).	O Min. não se manifestou.
O relatório trazia a questão?	Sim (p. 7).	Sim (p. 5-6).	Sim (p. 10).	Sim (p. 6).

Ministro e relatório / Questões	Sobre possível afronta aos arts. 2 e 59 da CF 88 e art. 55, I e II.	Sobre contrariedade ao princípio da isonomia no âmbito da própria LC (alíneas m, o, q em relação a alínea k).	Sobre o alegada incompatibilidade da alínea "k" com a presunção de inocência / não-culpabilidade.	Sobre a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
Ayres Britto	Não há afronta (pp. 31-32).	Não há contrariedade (p. 33).	Não há incompatibilidade (pp. 33-36).	Não há (p. 36).
Dias Toffoli	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	Não há incompatibilidade (pp. 395-401).	O Min. se recusa a fazer tal exame (pp. 401-02).
Cármem Lúcia	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	Não há incompatibilidade (pp. 97-104).	Não há (pp. 104-08).
Joaquim Barbosa	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	Não há incompatibilidade (pp. 418-20).	O Min. não se manifestou.
Ricardo Lewandowski	Não há afronta (pp. 135-38).	O Min. não se manifestou.	Não há incompatibilidade (pp. 139-43).	Não há (pp. 143-45).
Gilmar Mendes	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	Não está em questão nos autos (p. 214).	O Min. não se manifestou.
Ellen Gracie	Não há afronta (pp. 235-36).	Não há contrariedade (pp. 236-37).	Não há incompatibilidade (p. 236).	Não há (pp. 236-37).

Ministro e relatório / Questões	Sobre possível afronta aos arts. 2 e 59 da CF 88 e art. 55, I e II.	Sobre contrariedade ao princípio da isonomia no âmbito da própria LC (alíneas m, o, q em relação a alínea k).	Sobre o alegada incompatibilidade da alínea "k" com a presunção de inocência / não-culpabilidade.	Sobre a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
Marco Aurélio	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.
Celso de Mello	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.
Cezar Peluso	O Min. não se manifestou.	O Min. não se manifestou.	Há incompatibilidade (p. 312).	O Min. não se manifestou.
O relatório traz a questão?	Sim (pp. 6-7).	Sim (p. 8).	Sim (p. 7).	Sim (pp. 7-8).

Na minha leitura (trata-se de algo que não está muito claro nos votos), os Ministros tinham diante de si duas questões relevantes para a resolução do caso: uma sobre a eficácia da Lei da Ficha Limpa diante do princípio da anterioridade eleitoral (correspondente à segunda questão trazida na tabela); e uma sobre a constitucionalidade do que dispõe a alínea "k" (correspondente às outras sete perguntas mencionadas nas tabelas).

Diante dos dados, quero argumentar que, quando estamos a avaliar o desempenho deliberativo da corte pelo critério das questões levantadas e respondidas, o resultado pode variar de acordo com o grau de exigência que estabelecemos como parâmetro. Observe-se que, dependendo de como enxergamos o julgamento, a resposta às perguntas estabelecidas neste tópico podem variar, afetando o juízo sobre o desempenho deliberativo do Tribunal.

Apresentarei três cenários, um de grau mínimo de exigência, um de grau intermediário e um de grau maior (que pode tender ao infinito) para explicar o que quero dizer.

Num grau mínimo de exigência, os Ministros teriam o ônus de responder apenas à questão: “os recursos devem ser providos ou ter provimento negado?” Nesse cenário, todos os Ministros teriam respondido à pergunta posta. Assim, pensando no aspecto epistêmico, em termos de responsividade, os Ministros teriam cumprido sua tarefa - apesar do empate, que é falha deliberativa que mencionarei mais adiante. Esse parece ser o grau de exigência que o Tribunal se fez no caso analisado, conforme veicula o extrato de ata: “Em seguida, após os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie, negando provimento aos recursos, e os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), dando-lhes provimento, foi a proclamação suspensa”. (pp. 426-27; grifei).

Todavia, num grau de exigência intermediário, se entendermos que os Ministros tinham duas questões a responder, uma sobre a eficácia da lei e outra sobre a constitucionalidade da alínea “k”, como seria o julgamento ideal em termos do elemento de responsividade dos aspectos epistêmico, psicológico e educativo? Seria o seguinte: (i) todos os Ministros teriam de se manifestar sobre o problema da eficácia; (ii) os Ministros que votassem pela constitucionalidade da referida alínea - no caso foram: Ayres Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Lewandowski e Ellen Gracie - teriam o ônus de abordar cada uma das alegações de inconstitucionalidade levantadas, refutando-as; (iii) já aos Ministros que votassem pela inconstitucionalidade bastaria que acatassem uma das alegações para que cumprissem seu ônus de responder à questão da inconstitucionalidade - apesar de que, caso abordassem todas as questões, poderiam gerar um incremento no

desempenho deliberativo da corte, pois aumentariam a probabilidade de consecução das promessas deliberativas³⁹.

Nesse cenário intermediário e sob essa variável (das questões levantadas e respondidas), qual seria o resultado? Comparado com o cenário anterior (de exigência mínima), o desempenho deliberativo seria pior; comparado com o cenário que será apresentado adiante, de maior exigência, seria melhor. Afinal, pela leitura da tabela, conclui-se que: (i) todos os Ministros abordaram a questão da eficácia; (ii) dos que votaram pela constitucionalidade, Ayres Britto e Ellen Gracie trataram de todas as alegações, sendo que a Ministra Cármen deixou de responder a duas delas, o Ministro Joaquim a quatro e o Ministro Lewandowski a apenas uma; (iii) dos que votaram pela inconstitucionalidade, todos acataram pelo menos uma das alegações.

Nesse cenário, é curioso como o resultado do julgamento é diferente. Se no cenário anterior tínhamos um empate quanto ao (não) provimento dos recursos, neste tínhamos algo distinto. Haveria empate apenas na questão referente à *eficácia* da Lei da Ficha Limpa. Quanto a se saber se a lei, na medida em que questionada, é inconstitucional ou não, temos uma maioria de 6 votos na direção da constitucionalidade - isto se se deixa de lado o rigor de que os Ministros que votaram pela constitucionalidade teriam de rebater todas as oito alegações de inconstitucionalidade levantadas. É que, conforme se depreende da tabela, o Ministro Dias Toffoli, apesar de votar pela não eficácia imediata da lei, considera a lei constitucional. De fato, seis ministros (Ayres Britto, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie) votaram pela constitucionalidade da lei diante das alegações feitas em relação ao princípio da irretroatividade da lei, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, bem como em relação ao princípio da inocência ou não culpabilidade.

³⁹ Fariam isso, por exemplo, ao convencer os Ministros que votaram pela constitucionalidade a eventualmente mudar de ideia, potencializando, assim, uma minimização do dissenso.

Ou seja, o anúncio feito no extrato ata baseou-se apenas na questão da *eficácia* da lei diante do art. 16 e não na questão de sua constitucionalidade. Diante disso, há duas alternativas: ou os Ministros falharam ao não notar que estavam diante de questões diferentes ou o debate sobre a constitucionalidade da alínea "k" seria desnecessário para a resolução dos recursos em análise. De qualquer forma, haveria falha: ou os Ministros não foram capazes de, entre si, definir com clareza sobre o que se deveria deliberar; ou não o fizeram e escassos recursos foram desperdiçados numa deliberação desnecessária ao deslinde do caso. Mas estas seriam falhas à parte, referentes ao resultado do julgamento. Para o ponto que estou desenvolvendo, é importante notar que, do ponto de vista das questões que os Ministros deveriam responder, o resultado foi pior do que no cenário de exigência mínima, tendo em vista o delineado nos parágrafos anteriores.

Contudo, se entendermos que as questões a que a corte - se se pretende deliberativa - tem o dever de responder não são as duas supramencionadas, mas as oito questões - em que se desdobram essas duas - expostas nas tabelas, o cenário muda completamente e o desempenho deliberativo piora ainda mais. Nessa perspectiva, os Ministros teriam o ônus de responder a cada uma dessas perguntas. Pela leitura da tabela, percebe-se que só houve manifestação por parte dos dez Ministros acerca da questão da eficácia da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da anterioridade eleitoral; mesmo assim, a resposta seria inconclusa, tendo em vista o empate em cinco a cinco. Ou seja, em termos de respostas às perguntas propostas, o resultado seria pior.

Quero argumentar que, ao se fazer esse exercício (de desdobramento das questões em sub-questões ou questões mais específicas), poderíamos aumentar indefinidamente o grau de exigência de responsividade dos aspectos epistêmico, psicológico e educativo, na medida em que um argumento para responder a uma questão sempre poderia ser transformado em nova questão e assim sucessivamente até um cenário no qual se concluiria que os Ministros

não partem dos mesmos pressupostos e estão a falar de coisas completamente distintas - cenário no qual o desempenho deliberativo, sob esta variável, seria o pior possível. Tentarei exemplificar isso por meio da exposição dos argumentos de que os Ministros se utilizaram para sustentar suas teses a respeito das questões da eficácia da LC 135/10 em face do princípio da anterioridade eleitoral, bem como a referente à possibilidade de a mencionada lei atingir fatos e condutas anteriores à data de sua publicação (irretroatividade da lei/ato jurídico perfeito). Os argumentos estão expostos nas tabelas abaixo:

Tabela referente aos argumentos para se sustentar tese sobre a eficácia da LC 135/10, tendo em vista o princípio da anterioridade eleitoral. Mapeei sete argumentos que foram trazidos por mais de um Ministro.

Ministro / Argumento	Os valores da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato devem ser concretizados desde já; a demora em sua efetivação causa prejuízos irreparáveis à coletividade e à República.	O termo "candidato" vem de "puro". Vida progressa é o comando da Constituição.	A LC 135/10 é decorrente de iniciativa popular e reflete o cansaço da sociedade civil com "esse estado deletério de coisas"; tem aplicação urgentíssima.	A LC 135/10 foi publicada anteriormente às convenções partidárias (começo do processo eleitoral); logo, não afetou o processo eleitoral.
Ayres Britto	Concorda (p. 26).	Concorda (p. 24-26).	Concorda (p. 26-27).	Concorda (pp. 26-27; 29).
Dias Toffoli	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Discorda (pp. 381-82).	Discorda (pp. 390-91).

Ministro / Argumento	Os valores da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato devem ser concretizados desde já; a demora em sua efetivação causa prejuízos irreparáveis à coletividade e à República.	O termo "candidato" vem de "puro". Vida progressa é o comando da Constituição.	A LC 135/10 é decorrente de iniciativa popular e reflete o cansaço da sociedade civil com "esse estado deletério de coisas"; tem aplicação urgentíssima.	A LC 135/10 foi publicada anteriormente às convenções partidárias (começo do processo eleitoral); logo, não afetou o processo eleitoral.
Cármem Lúcia	Concorda (pp. 90-92).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Concorda (pp. 87-89; 93-94; 96-97).
Joaquim Barbosa	Concorda (pp. 408-09).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Concorda (pp. 411-13).
Ricardo Lewandowski	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 124).	O Min. não se pronunciou.	Concorda (pp. 120-23).
Gilmar Mendes	Discorda (p. 205).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Discorda (p. 179).
Ellen Gracie	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 225).
Marco Aurélio	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Discorda (pp. 248-49).
Celso de Mello	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Discorda pp. 267-69).

Ministro / Argumento	Os valores da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato devem ser concretizados desde já; a demora em sua efetivação causa prejuízos irreparáveis à coletividade e à República.	O termo "candidato" vem de "puro". Vida progressa é o comando da Constituição.	A LC 135/10 é decorrente de iniciativa popular e reflete o cansaço da sociedade civil com "esse estado deletério de coisas"; tem aplicação urgentíssima.	A LC 135/10 foi publicada anteriormente às convenções partidárias (começo do processo eleitoral); logo, não afetou o processo eleitoral.
Cezar Peluso	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Discorda (pp. 314-15).

Ministro / Argumento	A LC 135/10 não reflete casuísmo, mas sim cumpre prescrição constitucional que consta desde 1994.	O parágrafo 9 do art. 14 da CF 88 expressa normatividade finalística, ao passo que o art. 16 é preceito de caráter instrumental; logo, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo (menção ao RE 129.392- Se aplica ao caso).	A alínea "k" é norma de direito material / constitucional; não é norma de processo eleitoral; logo, o art. 16 não se aplica.	Argumentos trazidos individualmente.
-----------------------------	---	--	--	--------------------------------------

Ministro / Argumento	A LC 135/10 não reflete casuísmo, mas sim cumpre prescrição constitucional que consta desde 1994.	O parágrafo 9 do art. 14 da CF 88 expressa normatividade finalística, ao passo que o art. 16 é preceito de caráter instrumental; logo, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo (menção ao RE 129.392- Se aplica ao caso).	A alínea "k" é norma de direito material / constitucional; não é norma de processo eleitoral; logo, o art. 16 não se aplica.	Argumentos trazidos individualmente.
Ayres Britto	Concorda (p. 28).	Concorda (pp. 28-29).	Concorda (p. 29).	O Min. não se pronunciou.
Dias Toffoli	Discorda (pp. 387-88; 391).	Discorda (p. 383).	O Min. não se pronunciou.	"Se admitirmos a eficácia imediata da LC 135/10, no que se refere exclusivamente ao caso dos autos, abriremos as portas para mudanças outras, de efeitos imprevisíveis e resultados desastrosos para o concerto político nacional" (p. 392).

Ministro / Argumento	A LC 135/10 não reflete casuísmo, mas sim cumpre prescrição constitucional que consta desde 1994.	O parágrafo 9 do art. 14 da CF 88 expressa normatividade finalística, ao passo que o art. 16 é preceito de caráter instrumental; logo, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo (menção ao RE 129.392- Se aplica ao caso).	A alínea "k" é norma de direito material / constitucional; não é norma de processo eleitoral; logo, o art. 16 não se aplica.	Argumentos trazidos individualmente.
Cármem Lúcia	Concorda (p. 80; 86; 93).	Concorda (pp. 84-85).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Joaquim Barbosa	Concorda (pp. 412-14).	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 411).	O Min. não se pronunciou.
Ricardo Lewandowski	Concorda (pp. 119-22).	Concorda (pp. 177-19).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Gilmar Mendes	Discorda (pp. 179-85; 187-203; 203-13).	Discorda (pp. 156-60).	O Min. não se pronunciou.	Compreensão unitária dos direitos fundamentais. Devido processo legal eleitoral como cláusula pétrea (pp. 185-87).

Ministro / Argumento	A LC 135/10 não reflete casuísmo, mas sim cumpre prescrição constitucional que consta desde 1994.	O parágrafo 9 do art. 14 da CF 88 expressa normatividade finalística, ao passo que o art. 16 é preceito de caráter instrumental; logo, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo (menção ao RE 129.392- Se aplica ao caso).	A alínea "k" é norma de direito material / constitucional; não é norma de processo eleitoral; logo, o art. 16 não se aplica.	Argumentos trazidos individualmente.
Ellen Gracie	Concorda (p. 231).	Concorda (p. 225; pp. 228-31).	Concorda (p. 224).	Não foi exatamente o casuísmo que o art. 16 quis evitar, mas, sim, a quebra de ética do processo eleitoral. (p. 231).
Marco Aurélio	Discorda (p. 244; 248-49).	Discorda (pp. 238-39; 245).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Celso de Mello	Discorda (pp. 258-59; 262-63; 265-66).	O Min. não se pronunciou.	Discorda (p. 269)	O Min. não se pronunciou.
Cezar Peluso	Discorda (pp. 313-15; 318-19).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.

Tabela sobre os argumentos utilizados para se sustentar tese sobre a aplicação da lei a fatos anteriores à data de sua publicação (irretroatividade da lei/ato jurídico perfeito). Mapeei sete argumentos que foram trazidos por mais de um Ministro.

Ministro / Argumento	A própria Constituição diz que se considere a vida pregressa do candidato (parágrafo 9, do art. 14).	A data para se saber se o candidato preenche os requisitos de elegibilidade é a do pedido de registro da candidatura; como a lei foi promulgada antes, não há que se falar em retroação.	Não há direito adquirido à elegibilidade.	Os efeitos da renúncia não foram desconstituídos; logo, não há que se falar em irretroatividade.
Ayres Britto	Concorda (pp. 24-29).	Concorda (pp. 24-29).	Concorda (pp. 24-29).	Concorda (pp. 24-29).
Dias Toffoli	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 393).	Concorda (pp. 393-94).
Cármem Lúcia	Concorda (pp. 99-100).	Concorda (p. 101).	Concorda (p. 101).	Concorda (p. 99).
Joaquim Barbosa	Concorda (p. 418).	Concorda (p. 418).	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 417-18).
Ricardo Lewandowski	Concorda (pp. 130-31).	Concorda (p. 129).	Concorda (pp. 132-35).	O Min. não se pronunciou.
Gilmar Mendes	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Ellen Gracie	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 234).	O Min. não se pronunciou.	Concorda (p. 233; 235).

Ministro / Argumento	A própria Constituição diz que se considere a vida pregressa do candidato (parágrafo 9, do art. 14).	A data para se saber se o candidato preenche os requisitos de elegibilidade é a do pedido de registro da candidatura; como a lei foi promulgada antes, não há que se falar em retroação.	Não há direito adquirido à elegibilidade.	Os efeitos da renúncia não foram desconstituídos; logo, não há que se falar em irretroatividade.
Marco Aurélio	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Celso de Mello	Discorda (pp. 300-01).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Discorda (p. 285; 287).
Cezar Peluso	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.

Ministro / Argumento	Inelegibilidade não é pena, segundo a jurisprudência do STF; logo, não se aplica o princípio da irretroatividade da lei.	A renúncia extrapola os interesses do candidato; é imoral.	Interpretação do enunciado da lei; "os que forem" abrange todos aqueles na condição de condenados, o que, portanto, inclui os que já tiverem condenações.	Argumentos trazidos individualmente:
-----------------------------	---	---	--	---

Ministro / Argumento	Inelegibilidade não é pena, segundo a jurisprudência do STF; logo, não se aplica o princípio da irretroatividade e da lei.	A renúncia extrapola os interesses do candidato; é imoral.	Interpretação do enunciado da lei; "os que forem" abrange todos aqueles na condição de condenados, o que, portanto, inclui os que já tiveram condenações.	Argumentos trazidos individualmente:
Ayres Britto	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	<p>A Constituição, ao instituir a probidade e a moralidade para o exercício do mandato objetivou resgatar o significado original de "candidato"- que vem de cândido, puro, limpo. (Cf. pp. 24-29).</p> <p>Para fins de inelegibilidade, não importa a licitude ou ilicitude do ato qualificado como causa de inelegibilidade (Cf. p. 31).</p>

Ministro / Argumento	Inelegibilidade não é pena, segundo a jurisprudência do STF; logo, não se aplica o princípio da irretroatividade da lei.	A renúncia extrapola os interesses do candidato; é imoral.	Interpretação do enunciado da lei; "os que forem" abrange todos aqueles na condição de condenados, o que, portanto, inclui os que já tiveram condenações.	Argumentos trazidos individualmente:
Dias Toffoli	Concorda (p. 392).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	"[A] ideia de que o acórdão do TSE ofendeu o ato jurídico perfeito é contraditória com a tese da anterioridade do art. 16, CF/88" (p. 394).
Cármem Lúcia	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Joaquim Barbosa	Concorda (p. 417).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	"A intenção desta norma [alínea k] (voluntas legis) é evitar manobras tendentes a assegurar uma possível impunidade" (pp. 416-18).
Ricardo Lewandowski	Concorda (pp. 130-32).	O Min. não se pronunciou.	Concorda (pp. 125-29).	Menção ao art. 3 da própria LC 135/10 (p. 132).

Ministro / Argumento	Inelegibilidade não é pena, segundo a jurisprudência do STF; logo, não se aplica o princípio da irretroatividade e da lei.	A renúncia extrapola os interesses do candidato; é imoral.	Interpretação do enunciado da lei; "os que forem" abrange todos aqueles na condição de condenados, o que, portanto, inclui os que já tiveram condenações.	Argumentos trazidos individualmente:
Gilmar Mendes	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Ellen Gracie	Concorda (p. 233).	Concorda (p. 234).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.
Marco Aurélio	Discorda (p. 247).	O Min. não se pronunciou.	Discorda (pp. 247-49).	Menção às Constituições anteriores e à proteção no que concerne a irretroatividade da lei. Menção analógica ao princípio da anterioridade tributária (pp. 241-45).
Celso de Mello	Discorda (pp. 279-84).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	Ofensa ao postulado da razoabilidade / proporcionalidade e (p. 290).
Cezar Peluso	Discorda (pp. 315-17).	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.	O Min. não se pronunciou.

Ressalte-se que, apesar de todos os Ministros terem se manifestado sobre a questão da eficácia da Lei da Ficha Limpa, apenas dois fundamentos foram tratados por todos os Ministros, quais sejam: o referente a saber se a lei reflete ou não casuísmo e, portanto, se deve ou não ser obstada pelo art. 16 tendo em vista o seu *telos*; e o referente à incidência ou não do argumento de que a LC 135/10 foi publicada antes das convenções partidárias (que seriam o marco do início do processo eleitoral) e, assim, não o teria afetado - de forma que o art. 16 não incidiria. Já no que diz respeito aos argumentos sobre a questão da irretroatividade da lei e do ato jurídico perfeito, nem sequer um dos argumentos foi levado em conta por todos os Ministros.

Observo que o que chamei aqui de “argumentos” poderia ser transformado em questões mais específicas em relação às anteriores. Assim, por exemplo, o argumento de que a inelegibilidade não é pena segundo a jurisprudência do Tribunal e, conseqüentemente, de que não há lugar para a aplicação do princípio da irretroatividade da lei, poderia ser lido como: “A jurisprudência do STF considera que inelegibilidade não é pena? Se sim, isso justifica afastamento da alegação de inconstitucionalidade devido ao princípio da irretroatividade da lei?” E isso poderia ser feito com todos os argumentos apresentados⁴⁰. Assim, novos argumentos seriam levantados; que poderiam ser transformados em novas questões mais específicas e assim sucessivamente - o que nos levaria a concluir que os Ministros tiveram pontos

⁴⁰ Em outras palavras, refiro-me ao grau de preocupação com os limites da concordância entre os Ministros. Qual o limite, em termos deliberativos, de concordância para se definir uma *ratio* comum? Explico. A questão de a inelegibilidade ser pena ou não é um argumento para se defender a tese de violação (ou não) da irretroatividade da lei. Contudo, a própria discussão de a inelegibilidade ser ou não pena poderia ser transformada em tese, que seria sustentada por diferentes argumentos. Assim, alguns Ministros dizem que não é pena, conforme a jurisprudência do Tribunal; outros dizem que é (como, por exemplo, Celso de Mello), com base em diferentes argumentos; argumentos estes que também poderiam ser transformados em teses - sustentadas por diferentes argumentos. E assim o exercício de identificação de uma *ratio* poderia regredir indefinidamente. Até que ponto de profundidade, em termos deliberativos, é sensato cobrar uma *ratio* comum? Basta os Min. concordarem que há violação do ato jurídico perfeito pelos motivos A, B e C - mesmo que a fundamentação desses motivos seja diferente no voto de cada Ministro; quer dizer, mesmo que determinado Ministro esteja adotando os motivos A, B e C sob fundamentos diferentes de outros Ministros? Dependendo do nível de cobrança, a resposta para a identificação da *ratio* e, conseqüentemente, da apreciação desse critério como um avaliador do desempenho deliberativo do Tribunal, pode variar no mesmo caso.

de partida completamente diferentes e, desse modo, o pior cenário de desempenho deliberativo avaliado por meio desta variável estaria desenhado.

Portanto, do ponto de vista empírico, quando se pretende avaliar o desempenho deliberativo, é importante ter em mente a que nível de profundidade (qual o grau de exigência) pretendemos ir. Afinal, em cada nível, novas conclusões surgirão e novas falhas deliberativas poderão ser percebidas, denotando uma piora no desempenho deliberativo do Tribunal. Do ponto de vista normativo, deixo a pergunta: o que se deve considerar como um argumento? A que nível devemos exigir que os Ministros desçam nessa corrente de questão – argumento – questão mais específica – argumento – questão mais específica (...)? Se parte do conceito de deliberação está calcado na troca de argumentos, responder a essas perguntas torna-se essencial para uma avaliação mais precisa da deliberação.

3.3. No que se refere ao uso de precedentes e de doutrina na argumentação, é possível constatar - no caso estudado - o uso "advocático" de precedentes/doutrina⁴¹ nos votos dos Ministros? Há falha deliberativa?

Considero precedente qualquer decisão anterior da corte que for citada pelos Ministros. Pretendo averiguar se o precedente ou se a doutrina foi meramente citado(a) textualmente para endossar o argumento ("uso meramente corroborativo"); se houve desenvolvimento de argumento a partir do precedente/doutrina ("uso raciocínio")⁴²; se o precedente/doutrina foi citado

⁴¹ Dependendo do caso, acrescente-se aqui citações de pareceres e informações de audiências públicas e de *amici curiae*.

⁴² A princípio, esta distinção entre um uso para se endossar um argumento ou para construir um raciocínio pode soar estranha. Todavia, optei por utilizá-la, tendo em vista que acredito que uma classificação que se limita às categorias "uso corroborativo" e "uso para afastar ou superar" dão a impressão de que todo uso corroborativo seria ruim em termos deliberativos, o que não necessariamente é verdade. Nesse sentido, tentarei argumentar mais adiante que é preciso ir além dessas categorias se quisermos avaliar o desempenho deliberativo do STF com maior precisão. Num outro momento deste mesmo capítulo, farei uma autocrítica a esta categorização inicial por mim proposta, expondo seus limites.

para ser afastado⁴³; e, no caso específico do precedente, se houve superação⁴⁴.

Tenho como hipótese para este item que os Ministros se utilizaram tanto de precedentes quanto de doutrina. Creio, ainda, que, na maioria dos casos, estes foram citados apenas com o intuito de endossar o que estava sendo dito, num estilo “advocatício”⁴⁵, de forma a não haver um diálogo claro com o caso em julgamento. Esta hipótese é endossada por pesquisa da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)⁴⁶. Nela, conclui-se que o perfil de argumentação dos Ministros “pode ser comparado à maneira pela qual o advogado costuma construir sua argumentação, qual seja, sobrevalorizando citações favoráveis ao ponto de vista defendido (e às vezes desvalorizando ou até omitindo citações desfavoráveis)”.

Certamente, este não seria o perfil argumentativo adequado de um magistrado - que deveria se pautar, idealmente, por bastante diálogo com posições divergentes na busca da melhor solução para o caso concreto. De fato, quando se pergunta o porquê desse perfil argumentativo, o estudo nos traz hipótese interessante: “essa argumentação ‘persuasiva’ decorreria do modelo deliberativo do STF, em que os ministros só tomam contato com o caso e com a decisão dos outros ministros no momento da deliberação em plenário.

⁴³ Por afastamento, entendo: “To distinguish one case from another case means to show the dissimilarities between the two. It means to prove a case that is cited as applicable to the case currently in dispute is really inapplicable because the two cases are different”. Disponível em: < <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/distinguish> >

⁴⁴ Por superação, entendo: “To supersede; annul; reject by subsequent action or decision. A judicial decision is said to be overruled when a later decision, rendered by the same court or by a superior court in the same system, expresses a judgment upon the same question of law directly opposite to that which was before given, thereby depriving the earlier opinion of all authority as a precedent”. Fonte: *Overrule* < <http://thelawdictionary.org/letter/o/page/55/> >

⁴⁵ Emprego o termo “advocatício” para designar um uso que, conforme será dito, sobrevaloriza citações favoráveis e desvaloriza ou omite citações e argumentos contrários. Friso que não tenho intenção de diminuir ou valorar negativamente o trabalho realizado pelo advogado. É plenamente possível que o profissional leve em conta as considerações contrárias ao seu argumento, refutando-as e fortalecendo, assim, sua tese; não há, portanto, correspondência necessária com o trabalho do advogado. O uso que faço do termo “advocatício” neste trabalho visa apenas denotar um emprego de citações que considera *apenas um lado da argumentação*, diminuindo, assim, o desempenho deliberativo do colegiado.

⁴⁶ *Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões*. Realização: Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo. 2011. P. 16.

(...). Nesse modelo, um ministro tentaria convencer o outro de que a sua posição estaria 'bem estruturada'" (p. 16-17).

Percebe-se, assim, a importância de se analisar o perfil argumentativo de um voto num estudo sobre deliberação: esse estudo exploratório abre caminho para futuras pesquisas que visem estudar eventuais relações causais entre um modelo decisório caracterizado pela falta de deliberação e determinado perfil argumentativo.

3.3.1. Resultado:

Conforme esperado, a grande maioria dos precedentes e da doutrina mencionada foi utilizada para corroborar o que estava sendo dito. De um total de 102 precedentes, 59% (60) foram utilizados de maneira meramente corroborativa; 27,5% (28) foram utilizados para construir um raciocínio; e 13,5% (14) foram afastados; nenhum precedente foi superado. Já quanto à doutrina, de um total de 51 menções, 94,1% (48) foram utilizadas de maneira meramente corroborativa; apenas 3,9% (2) para se construir um raciocínio; e 2% (1) foi afastada.

Dos resultados observados, conclui-se que a predominância de um uso meramente corroborativo de precedentes pelo STF pode ser uma falha deliberativa – cuja incidência pode ser confirmada por futuras pesquisas empíricas. De fato, esse tipo de uso representa uma falha em termos do aspecto epistêmico, ao ignorar que um encontro deliberativo ideal engloba um compromisso de inclusão, empatia e responsividade a todos os pontos de vista – elemento este também referente aos aspectos psicológico e educativo. Além disso, é ruim também do ponto de vista da promessa epistêmica; afinal, se não há deliberação sobre pontos de vista divergentes, diminuem-se as probabilidades de concretização do ideal da melhor resposta.

Exemplifico. O precedente RE 129.392 foi mencionado por sete dos dez ministros, sendo que quatro disseram que ele se aplica ao caso e três disseram que não. Saber se este precedente se aplicava ao julgado era importante,

tendo em vista que foi o único caso em que o STF havia se deparado com a aplicação de nova lei de inelegibilidades em face do princípio da anterioridade eleitoral. Ou seja, aparentemente, havia grande semelhança com o caso dos autos. O Ministro Gilmar Mendes, sexto a votar (antes dele Ayres Britto, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski haviam se pronunciado pela aplicação do referido RE ao caso), foi enfático ao dizer que "(...) o exame minucioso do precedente firmado no RE 129392 pode revelar que essa conclusão [de que lei que trate de inelegibilidade tem aplicabilidade imediata e não se submete ao art. 16 da Constituição] não é tão evidente como tem sido apresentada. Em verdade, ela é equivocada" (p. 156). E, após fazer longa análise do precedente, conclui: "Existem boas razões, portanto, para não se utilizar esse precedente como base de análise da questão sobre a necessidade de submissão da LC 135/10 ao preceito do art. 16 da Constituição" (p. 160).

Entretanto, apenas a Ministra Ellen Gracie, que votou logo após o Ministro Gilmar Mendes, respondeu ao argumento supramencionado. "Poder-se-ia sustentar que a aplicabilidade imediata assegurada à LC 64/90 - que veio atender, de forma inaugural, a exigência de complementação legislativa disposta no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição - não daria à LC 135/10 igual prerrogativa, haja vista a existência de lei anterior que, já inserida na ordem constitucional vigente, integra, há mais de vinte anos, o regime constitucional das inelegibilidades. Todavia, esse argumento não me convence" (p. 228). "(...) [É] de se ter como razoável que, diante de tamanha alteração levada a efeito pela atividade excepcional do constituinte derivado revisor, a ponto de representar verdadeira reestruturação da esfera de proteção da sistemática das inelegibilidades, tenha a primeira e expressiva lei complementar a ela posteriormente surgida a feição de um diploma integrativo inovador, a merecer, tanto quanto a LC 64/90, aplicação imediata" (p. 231).

Apesar disso, não há maiores discussões. Note-se que a decisão da aplicação desse precedente seria decisiva para o caso dos autos. Se se decidisse pela aplicação do precedente, a Lei da Ficha Limpa seria entendida

como de caráter integrativo inovador da Constituição de 1988, devendo ter eficácia imediata; ou seja, o art. 16 não seria óbice e o recorrente Joaquim Roriz poderia ser considerado inelegível para as eleições de 2010. Já se o precedente fosse considerado não aplicável, a referida LC deveria se submeter ao princípio da anterioridade eleitoral e Roriz não poderia ser considerado inelegível para aquelas eleições.

A necessidade de deliberação sobre o referido precedente se torna mais patente quando se considera que o resultado do RE 129.392 foi assentado sobre frágil maioria de 6 votos a 5. Porém, os Ministros parecem se isolar nas suas convicções e, assim, limitam-se a expressá-las, sem maiores trocas de argumentos; desse modo, a probabilidade de consecução da promessa epistêmica da melhor resposta é diminuída. Quanto ao aspecto epistêmico, há não cumprimento do dever de responsividade, inclusão e empatia aos diversos pontos de vista, bem como do pressuposto de que a deliberação é uma prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação. Ademais, quanto ao aspecto comunitário, fica-se em dúvida sobre a concretização da exigência de que os participantes da deliberação estejam abertos para rever e modificar suas opiniões à luz de argumentos.

Isso é ainda mais gritante quando um Ministro traz um precedente para sustentar um posicionamento, precedente este simplesmente ignorado por Ministros que tenham posicionamento contrário. Dou exemplo referente à questão de se saber se inelegibilidade é ou não pena e, portanto, se viola ou não viola o princípio da irretroatividade da lei. O Ministro Dias Toffoli - apesar de não mencionar nenhum precedente especificamente - afirma, à p. 392: "a jurisprudência do STF considera que a inelegibilidade não é uma pena, logo não se pode aplicar à espécie a teoria da irretroatividade da lei". A Ministra Ellen Gracie vota no mesmo sentido, mencionando como precedente a embasar tal entendimento o Mandado de Segurança (MS) 22.087 (p. 233).

Porém, o Ministro Marco Aurélio, que votou posteriormente a essas menções, simplesmente ignora a jurisprudência da corte, limitando-se a dizer: “Se entendermos aplicável a lei nova ao ato pretérito ocorrido no caso concreto, em 2006, passados seis ou sete meses do início do mandato, se aplicarmos a esse ato concreto, repito, decorrente da manifestação de vontade do titular do mandato, a inelegibilidade, estaremos contemplando sanção à época não prevista” (p. 247) (Grifei).

Nesse tema, a postura do Ministro Celso de Mello confere maior probabilidade à consecução da promessa epistêmica, bem como é mais coerente com os aspectos epistêmico, psicológico e educativo em seu dever de responsividade aos diversos pontos de vista. Ele mencionou o referido MS, apesar de esse ser contrário ao seu entendimento, afastando sua aplicação: “Tenho para mim, não obstante o julgamento plenário do MS 22.087/DF, que a inelegibilidade, em situações como a prevista na alínea ‘k’ (...) qualifica-se como sanção, configurando, sob tal perspectiva, a denominada inelegibilidade cominada (...)” (p. 279). “A inelegibilidade cominada (...) tem natureza de sanção, como o reconhece o magistério da doutrina (...) e torna inequívoco o próprio texto normativo constante da LC nº 64/90, seja em sua redação originária, seja naquela introduzida pela LC nº 135/10, em prescrições nas quais tais diplomas legislativos expressamente referem-se à sanção de inelegibilidade (art. 22, XIV)” (p. 283).

Entretanto, isso não é suficiente. O Ministro se limita a dizer que o precedente existe, mas que discorda de sua aplicação - não realizando análise mais detida sobre o teor daquele julgado. A corte teria um incremento em seu desempenho deliberativo - tendo em vista todos os cinco aspectos supradelineados da deliberação - se os Ministros se engajassem na discussão sobre o precedente e buscassem responder à pergunta: inelegibilidade é ou não pena/sanção?

No acórdão, foi recorrente a menção a precedentes que não foram mencionados por outros Ministros. Talvez fosse interessante, na hipótese de

um relatório ideal, que, após assentadas as questões a serem respondidas, fosse feita menção a precedentes que o relator considera relevantes para o deslinde do caso, devendo os Ministros abordarem tais precedentes em seus votos. Isso possibilitaria, senão maior deliberação, que, ao menos, os Ministros argumentassem sobre os mesmos precedentes, aumentando a probabilidade de consecução da promessa epistêmica e, também, da comunitária. Afinal, só é possível o alcance da melhor resposta, bem como a obtenção de consenso ou minimização do dissenso sobre a aplicação de precedentes, quando todos estão argumentando sobre o mesmo precedente.

Outrossim, ressalto o fato de não ter havido superação de precedente. É claro que, por ser uma análise de apenas um caso-exemplo, e não de amostra representativa, não afirmo que isso é uma tendência do Tribunal. Contudo, assinalo que a referida pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas da SBDP aferiu que apenas 2% das citações de precedente foram feitas para superação. (p. 16, 2011). A hipótese que apresento para explicar isso é a de que, como os precedentes não são bem fixados, consubstanciando-se na soma de votos, que dialogam apenas em alguns pontos (conforme tentei argumentar no tópico anterior), torna-se mais difícil citá-los para serem superados. Afinal, se não há um precedente claro - com razões comuns facilmente identificáveis - a tarefa de superá-lo fica, em alguma medida, inviabilizada. Por isso, muitas vezes, acredito eu, os Ministros optam por citar um ou outro voto de determinado precedente para simplesmente corroborar o que estão veiculando em seus votos. Do mesmo modo, tenho como hipótese que a controvérsia sobre a aplicação ou não de um precedente - como, por exemplo, o já citado RE 129.392 - pode estar relacionada a essa inconsistência na *ratio*⁴⁷. A própria questão supramencionada - referente à interpretação de inelegibilidade ser ou não pena - ilustra bem isso. Apenas seis Ministros se manifestaram sobre essa

⁴⁷ "(...) [T]he delivery of a deliberative written decision has the still non-negligible epistemic function of supplementing the next cases with densely drafted precedents. Without such precedents, a future case would have to inaugurate the deliberative chain from scratch, wasting the argumentative accomplishments and progresses of previous cases. It would waste, in other words, the deliberative dividends that current cases can receive from the accumulation of precedents". MENDES, Conrado H., Op. cit., p. 133.

questão, sendo que três disseram que inelegibilidade constitui pena e três que não, a despeito de existir jurisprudência da corte a respeito, conforme mencionado.

A solução para isso não passa, necessariamente, a meu ver, por uma mudança no modo como os Ministros votam - mudança que considero que seria bastante positiva, mas de difícil realização. Solução mais fácil seria, talvez, a de revalorizar o papel da ementa; o redator do acórdão - ou seu assessor - poderia ficar responsável por tentar identificar as questões tratadas comumente pelos Ministros, bem como as razões comuns por eles utilizadas, na tentativa de transpô-las para a ementa, passando esta a ser um indicativo do precedente que se assentou no julgado. Isso teria especial relevância em julgados como o analisado no presente trabalho; mais adiante, no tópico referente a análise da ementa, isso ficará mais claro. Por ora, lembro que comunicar uma decisão de maneira clara é tarefa a ser desempenhada por uma corte que se pretende deliberativa, tendo em vista todos os cinco aspectos delineados da deliberação.

No que se refere ao uso da doutrina, a esmagadora maioria foi citada para ser corroborada. A mesma análise feita para o uso de precedente, em termos deliberativos, cabe aqui.

Em que medida citar doutrina para corroborar o que foi dito - ignorando doutrina que versa o contrário, citada, muitas vezes, pelos outros Ministros - contribui para decisão genuinamente deliberativa? Por que não estabelecer um diálogo, uma troca de argumentos, com entendimentos divergentes e, assim, buscar a melhor resposta? Como exemplo desse uso que considero improdutivo, faço menção ao voto do Ministro Celso de Mello - especialmente às pp. 293-97, nas quais o Ministro discorre, por meio de citações doutrinárias, sobre o princípio da irretroatividade da lei no império romano. Pergunto: em que medida isso contribui para a resolução do caso?⁴⁸

⁴⁸ Faço referência à nota de rodapé 8 da pesquisa mencionada do Núcleo de Pesquisas da SBDP: "Poder-se-ia questionar quem os ministros pretendem convencer: seria um esforço dirigido aos

3.3.2. Autocrítica e reflexões sobre a relação entre o uso de precedentes pelos Ministros e a deliberação.

Gostaria, por fim, de fazer uma autocrítica da definição de trabalho aqui utilizada. Em primeiro lugar, creio que um modelo de análise da deliberação por meio de acórdãos que se pretenda completo necessita incluir nesta chave a citação de precedentes de outras cortes, sejam nacionais (caso do Tribunal Superior Eleitoral, por exemplo, que foi bastante citado no julgado em análise), sejam internacionais⁴⁹. De fato, a citação de julgados de outras cortes, a depender do modo como for feita, pode aumentar a probabilidade de consecução das promessas deliberativas, sendo interessante janela de diálogo.

O voto do Ministro Dias Toffoli foi um dos que trouxeram menção à jurisprudência internacional (Cf. p. 391 e p. 398 - menções aos Tribunais Constitucionais Espanhol e Alemão, respectivamente). Contudo, não basta a mera constatação do uso. É preciso estabelecer categorias - como tentei fazer neste trabalho - para se averiguar o modo como o precedente/jurisprudência foi utilizado. É quanto a este ponto que gostaria de fazer uma segunda reflexão.

Utilizei como categorias classificatórias das menções de precedente e doutrina: (a) o uso meramente corroborativo; (b) o uso raciocínio, mas que também endossa o argumento; (c) o uso para afastamento / não-aplicação; (d) e, no caso exclusivo do precedente, o uso para superação. É importante frisar a necessidade de se estabelecer categorias que captam mais do que o resultado do uso do precedente/doutrina; ou seja, categorias que captem sobretudo o *modo* como foram utilizados. Nesse sentido, gostaria apresentar

demais ministros? Seria dirigido à sociedade em geral? Seria mais voltado à comunidade jurídica? Seja qual for a resposta a essas perguntas, o fato é que o STF demonstra buscar o convencimento, entre outras formas, por meio de citações de argumentos ou posicionamentos consentâneos com os que termina por expressar nos seus julgamentos" (p. 16).

⁴⁹ "(...) [A] constitutional court may enhance its deliberative capacity by engaging with comparative jurisprudence". Cf. p. 126, op. cit. Para o argumento completo, ver: MENDES, Conrado H. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*, pp. 214-221 (*Cosmopolitan reverberations*).

crítica à já mencionada pesquisa feita pelo Núcleo de Pesquisas da SBDP⁵⁰ e, também, a meu próprio trabalho.

Analisando os perfis deliberativo e argumentativo do STF, a mencionada pesquisa - no que se refere aos precedentes - estabeleceu três categorias: (a) confirmação da tese fixada no precedente; (b) superação da tese fixada no precedente; (c) afastamento da incidência do precedente pelo ministro. Apesar de os próprios pesquisadores admitirem que esse resultado estaria mais relacionado com o perfil argumentativo do que o deliberativo⁵¹, resta claro na pesquisa que há uma pretensão de que esse critério também componha o perfil deliberativo. Tanto é que se utilizaram da gradação para dizer que esse resultado está mais relacionado ao perfil argumentativo do que ao deliberativo (Cf. p. 11); demais disso, incluíram o resultado num tópico chamado "Perfis deliberativo e argumentativo do STF" (Cf. p. 13; 15-17). De qualquer forma, lembro que argumentação é um componente da própria definição de deliberação, de forma que ambas estão imbricadas, apesar de não serem equivalentes.

Quando da apresentação de resultados, afirmou-se que: "Consideradas as citações de precedentes, observou-se que o STF também as faz geralmente para confirmar a vigência e aplicação do precedente. É o que se verificou em cerca de 94% das citações mapeadas. Raramente o STF afasta ou supera *expressamente* um precedente citado. (...) Os números sugerem que as citações são inseridas nos votos para corroborar os pontos de vista defendidos pelos ministros. A fundamentação de cada voto é estruturada para persuadir a

⁵⁰ Refiro-me ao trabalho *Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões*, realizado pelo Núcleo de Pesquisas da SBDP. São Paulo. 2011. Ressalto que a versão do trabalho com a qual obtive contato é o relatório final de pesquisa, que contém 41 pp.. Logo, as críticas se baseiam exclusivamente neste texto, e não necessariamente a eventuais outras versões, projetos, fichas, etc..

⁵¹ Mais adiante, pretendo argumentar que - em alguns trabalhos empíricos sobre deliberação com os quais tive contato - é possível notar certa confusão entre os adjetivos "argumentativo" e "deliberativo"; e "deliberativo" e "decisório". São empregados como se sinônimos fossem, sendo que não o são ou, ainda, são trazidos num mesmo bloco sem maiores preocupações com a distinção entre ambos. A imprecisão conceitual pode ser prejudicial para a pesquisa empírica, na medida em que pode gerar confusão sobre o conjunto teórico ou conceitual que a pesquisa pretende representar/ilustrar.

partir de manifestações no mesmo sentido, isto é, para convencer sobre o acerto da posição sustentada a partir destas manifestações. Esse perfil de argumentação demonstrado pela corte no período analisado - um perfil, em suma, de pouco diálogo com manifestações divergentes - pode ser comparado à maneira pela qual o advogado costuma construir sua argumentação, qual seja, sobrevalorizando citações favoráveis ao ponto de vista defendido (e às vezes desvalorizando ou até omitindo citações desfavoráveis)" (2011, p. 16).

Quero argumentar que a classificação utilizada apresenta falha se a pretensão é de ilustrar, mesmo que minimamente, um perfil deliberativo⁵². Isso porque o modo como a classificação foi feita e apresentada parece sugerir que toda e qualquer citação corroborativa caracterizaria um perfil argumentativo advocatício, ignorando o modo como o precedente foi utilizado - mesmo que de maneira corroborativa. Acredito ser importante destacar que o fato de o STF apresentar esse perfil advocatício não faz com que o uso do precedente para confirmar sua aplicação e vigência seja ruim *per se*. Ressalto que este tipo de uso pode ser tão bom, em termos deliberativos, quanto o uso para afastá-lo ou, eventualmente, superá-lo, a depender do *modo* como se deu tal uso. Daí a necessidade de se estabelecer categorias que captam mais do que o "para que o precedente foi utilizado"; é preciso captar, sobretudo, o *modo* como foram trazidos, sob pena de se tratar diferentes usos do precedente sob o mesmo rótulo. Exemplifico.

⁵² Nesta altura, alguém poderia objetar dizendo que estou lendo a pesquisa com os olhos das definições de conceito por mim estabelecidas e exigindo uma coerência da pesquisa com esta chave; basicamente, é dizer que a crítica diz respeito a algo a que a pesquisa não se dispôs a fazer ou ilustrar. Porém, tal crítica me levaria a apontar outro problema da mencionada pesquisa - o da falta de clareza na exposição dos conceitos que se pretende representar. Se se visa representar, por meio de definições operacionais, o conceito de deliberação ou um perfil deliberativo, é preciso estabelecer uma definição conceitual clara, sob pena de tornar inviável o diálogo com qualquer outra pesquisa que trate do mesmo tema no futuro. Na minha leitura, haveria, aí, uma falha na pesquisa. É que se não há clareza sobre o conceito (deliberação; perfis deliberativo e argumentativo) que a pesquisa empírica pretendeu ilustrar, fica difícil dizer se estamos a falar sobre a mesma coisa. Quanto mais claros os conceitos, mais facilmente se dará a ligação dos resultados com um conjunto mais amplo do conhecimento - no caso, a deliberação em cortes constitucionais. Claro que isso não retira a validade dos dados obtidos; todavia, dados não falam por si sós; nesse sentido, seria importante deixar claro o que se quer dizer com perfil deliberativo e argumentativo.

Salientando que outros exemplos no mesmo acórdão aqui analisado poderiam ser mencionados, faço referência ao uso de precedentes feito pelo Ministro Gilmar Mendes. À p. 160, o Ministro diz: “A seguir serão analisados os principais precedentes sobre a interpretação do art. 16 da Constituição. A jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral pode ser dividida em duas fases: a) a primeira é marcada pelos julgamentos das ADI 733, 718 e 354; b) a segunda pelos julgamentos das ADI 3345, ADI 3685, ADI 3741 e ADI-MC 4307”. A seguir, nas pp. 160-166, 170-73, 174-78 (há interrupção para debates), o Ministro esmiúça os precedentes mencionados na tentativa de se extrair as regras-parâmetro para a interpretação do art. 16 da Constituição; com o objetivo de, fixadas tais regras, partir para a análise da LC 135/10 em face do princípio da anterioridade eleitoral (p. 178). Este uso, apesar de corroborativo, não o é meramente. Existe um claro raciocínio a partir do uso do precedente⁵³.

É muito diferente de um uso como o feito por Celso de Mello à p. 298: “Se é certo, de um lado, que, em face da prospectividade ordinária das leis, os fatos pretéritos escapam, naturalmente, ao domínio normativo desses atos estatais (RT 299/478), não é menos exato afirmar, de outro, que, para efeito de incidência da cláusula constitucional de proteção às situações jurídicas definitivamente consolidadas, mostra-se irrelevante a distinção pertinente à natureza dos atos legislativos”.

Apesar de serem dois usos que corroboram, isto é, confirmam, fortalecem, comprovam, reafirmam os argumentos dos Ministros, são usos nitidamente diferentes em termos deliberativos. Enquanto o primeiro uso se preocupa em destrinchar o precedente, buscando entender seus elementos para firmar um raciocínio argumentativo, o segundo se limita a citar o precedente entre parênteses - sem maiores menções ou referências ao conteúdo do julgado. É claro que o primeiro uso delinea um perfil mais deliberativo do que o segundo.

⁵³ Se o leitor não estiver convencido, recomendo a leitura das páginas indicadas no parágrafo.

De fato, um precedente utilizado do primeiro modo aumenta a probabilidade de consecução das promessas epistêmica e comunitária. Quando o precedente é esmiuçado em seu conteúdo, na tentativa de se extrair dali um raciocínio argumentativo, é mais provável que o uso do precedente seja revelador de premissas, que se chegue a uma melhor resposta sobre a aplicação do mesmo e, possivelmente, a uma minimização do dissenso em relação à aplicação do precedente ou, até mesmo, em relação ao caso em questão. Do mesmo modo, é um uso mais consentâneo com os aspectos da deliberação. Por isso a crítica à categorização estabelecida na referida pesquisa, se se pretende avaliar um perfil deliberativo ou a deliberação. Ela levaria, no limite, a tratar esses dois usos distintos como precedentes mencionados para terem sua vigência e aplicação confirmadas⁵⁴.

Claro que, para exemplificar, selecionei casos extremos - e aí entra a crítica que gostaria de fazer a minha própria classificação. Relendo os precedentes trazidos que classifiquei como "uso raciocínio" e comparando-os com os classificados como "uso meramente corroborativo", em alguns casos o limite entre um e outro uso não parecia nada claro - a ponto de me levar a pensar que, algumas vezes, o que fazia com que o uso de um precedente fosse classificado dentro de uma ou outra categoria era se ele era trazido no começo do argumento (tal como uma premissa - seria um "uso raciocínio") ou na

⁵⁴ Gostaria de fazer uma ressalva. É que não está claro na referida pesquisa como foi feita esta classificação dos precedentes. No tópico "4. Amostra selecionada e metodologia de análise" não há nenhuma especificação de como ela foi feita. No sub-tópico "4.4. Resultados examinados no presente relatório", os pesquisadores se limitaram a mencionar as categorias de classificação que eles estabeleceram, sem especificar como a classificação seria feita (Cf. 11-12; Op. Cit.). Isso inviabiliza saber, com certeza, como os precedentes foram contados e classificados, podendo até mesmo influenciar nos percentuais. Dou exemplos. No acórdão lido para o presente trabalho, é possível constatar que houve citações de precedente em bloco (Cf. P. 68 - Voto do Min. Dias Toffoli: "Apenas para reforçar, indico também como precedentes de idêntico sentido e teor: RE 172.058; RE 298.694; RE 298.695 e AgRg na SE 5206); isso conta como uma mesma citação ou como quatro citações? Do mesmo modo, constatei o uso do mesmo precedente mais de uma vez no mesmo voto. Quando isso ocorre, foram consideradas duas citações ou apenas uma menção? E quando o Ministro não menciona nenhum julgado especificamente, fazendo apenas menção de maneira genérica à jurisprudência da Corte (Cf. p. 392 - Voto do Min. Dias Toffoli: "a jurisprudência do STF considera que a inelegibilidade não é uma pena, logo não se pode aplicar à espécie a teoria da irretroatividade da lei")? Isso vale como uma citação? Friso que, se há pretensões de afirmações empíricas, esse tipo de especificação é necessária. As referências são ao acórdão: STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

conclusão do argumento (seria um “uso meramente corroborativo”); ou, ainda, devido ao volume de citação do conteúdo do precedente mencionado. Exemplifico.

Ao fazer referência à ADI 3345, o Ministro Dias Toffoli disse: “Na ADI 3345 (...), os contornos do art. 16, CF/1988, foram devidamente assentados como uma norma ‘que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo)’ e que se vincula, ‘em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (...), vulnerando-lhes (...) a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais”. “(...) Assim entendeu o STF na ADI 3345 (...) que ‘a essência do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral reside, fundamentalmente, no caráter moralizador, que impede mudanças ad hoc no processo eleitoral (...), a que se associa, ainda, a natureza salutar do preceito, que busca proibir o casuísmo eleitoral, usado durante a época do Estado autoritário’. (...)”. E assim, o Ministro Toffoli conclui: “Creio ser desnecessário estender-me nesse ponto, em relação ao que já se decidiu na corte sobre a anterioridade da mutação legislativa em matéria eleitoral” (pp. 387-88). Esse uso foi classificado por mim como um “uso raciocínio”.

Compare-se o uso do mesmo precedente, dessa vez feito pelo Ministro Celso de Mello e classificado por mim como meramente corroborativo: “Como se sabe, o legislador constituinte, atento à necessidade de coibir abusos e casuísmos descaracterizados da normalidade ou da própria legitimidade do processo eleitoral e sensível às inquietações da sociedade civil, preocupada e indignada com a deformante manipulação legislativa das regras eleitorais, operada, arbitrariamente, em favor de correntes político-governamentais detentoras do poder, fez inscrever, no texto constante do art. 16 de nossa Carta Política, um postulado de irrecusável importância ético-jurídica, tal como

tem sido reconhecido e proclamado por esta Suprema Corte (ADI 353-MC/DF (...) [e] ADI 3345/DF, v.g.)” (p. 258).

Ora, parece-me que estão dizendo, basicamente, o mesmo - com a única diferença de que Toffoli fez menções ao conteúdo do precedente e o trouxe no começo do seu raciocínio, ao passo que Celso de Mello teria afirmado o que está no precedente sem fazer menção ao conteúdo do mesmo, limitando-se a citá-lo ao final. Portanto, apesar de a classificação em categorias ser importante tendo em vista o que foi destacado quando tentei argumentar sobre a deficiência das categorias estabelecidas pela pesquisa “*Accountability* e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico das variáveis institucionais e estrutura das decisões”, ressalto a necessidade de se pensar um critério que seja mais objetivo do que o desenhado por mim. Ou, ao menos, que se deixe explícito em quais páginas estão as referências aos precedentes para que, assim, o leitor possa sempre ter a opção de discordar da classificação feita pelo pesquisador.

3.4. Há diálogo entre os votos? Qual o tipo de voto predominante? Nesse sentido, é possível dizer que há falha deliberativa?

Adoto concepção ampla de diálogo. Assim, considero que existe diálogo quando os Ministros tratam das mesmas questões, mesmo que com palavras diferentes. Entram nessa concepção colocações que rebatem argumentos já levantados em votos anteriores ou que dialogam com eles.

Há a opção mais restrita de considerar diálogo apenas a menção expressa ao voto de outro ministro. Contudo, acredito que essa concepção não é interessante para o presente trabalho, pois, para os fins deste, é mais importante verificar se os ministros abordam as mesmas questões em vez de apenas aferir se eles fazem referência aos votos uns dos outros. Quando houver referência expressa a passagem proferida por outro Ministro, ela será destacada.

Tenho a *falta de diálogo entre os votos* como hipótese para esta pergunta. Para tanto, amparo-me nas críticas que dizem que a corte é composta por *onze ilhas*, cada qual com voto e convicções próprias. Ainda reforça esta hipótese a ideia de que os ministros se isolam para formar as próprias convicções - conclusão a que chegou o pesquisador Guilherme Forma Klafke⁵⁵.

Cabe aqui uma ressalva. Conforme foi constado empiricamente na já mencionada pesquisa da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) - apesar das críticas levantadas -, “na maioria dos acórdãos pesquisados foi possível identificar uma voz comum aos integrantes do Tribunal sobre o tema em julgamento, seja em relação à denominada ‘parte dispositiva’ dos votos (a conclusão dos votos, noutras palavras) seja em relação à fundamentação adotada” (2011, NPSBDP, p. 13).

O resultado, à primeira vista surpreendente, é compreendido quando se tem em mente que a grande maioria das decisões do Tribunal conta com apenas um voto proferido (“manifestação com declaração de voto”) - o do relator. Os outros Ministros votam em ata (“manifestação sem declaração de voto”), limitando-se a acompanhá-lo⁵⁶. Entretanto, como este não é o caso do acórdão aqui estudado, acredito estar tratando de decisão que é ponto fora da curva delineada pela supramencionada pesquisa.

Por fim, no que se refere a essa questão, pretendo classificar os votos em diferentes tipos: (a) voto não relacional: é aquele que não tem relação alguma a votos anteriores - os votos dos relatores sempre se enquadrarão

⁵⁵ KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2010. Disponível em: < http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164 >

⁵⁶ É o que também concluem Bruna Pretzel e Guilherme Klafke, no artigo *Processo Decisório no STF: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. O texto revela que maioria dos julgados possui uma *ratio decidendi* facilmente identificável, uma vez que ela se identifica com o voto do ministro relator, ou, pelo menos, resume-se a poucos votos. Destaco, contudo, que Pretzel e Klafke não dizem que isso indica, necessariamente, consenso e presença de deliberação. De fato, deixam como importante pergunta: “o fenômeno da concentração é retrato de uma tendência à construção de consensos no tribunal ou é a máxima evidência de que o individualismo impera também na dinâmica colegiada da Corte?” (Cf. p. 28).

aqui, bem como aqueles de fundamentação diversa⁵⁷; (b) voto expressamente relacional: é aquele que faz menção expressa a voto anteriormente proferido; (c) voto inexpressamente relacional: é aquele que explora argumento específico de voto anterior, seja estabelecendo relação de discordância, seja estabelecendo relação de concordância; (d) outros: entram aqui votos em debates e os que limitam a acompanhar determinado Ministro⁵⁸.

3.4.1. Resultados:

Após a leitura e fichamento do acórdão, considerei como votos não relacionais o do Ministro Relator Ayres Britto e – inicialmente – o do Ministro Joaquim Barbosa, que declarava a perda de objeto dos recursos⁵⁹. Contudo, após perceber o erro na confecção do acórdão, apenas o voto do Ministro Relator se enquadrava nessa categoria.

⁵⁷ Para diferenciação entre voto vencido, fundamentação complementar e fundamentação diversa, faço referência à monografia de Marcela Matiuzzo, especialmente às pp. 23-26. *Voto Vencido, Fundamentação Diversa e Fundamentação Complementar: Um estudo sobre deliberação no Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da SDBP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=184>

⁵⁸ A classificação foi inspirada na já mencionada monografia de Guilherme Forma Klafke (Cf. pp. 17-18).

⁵⁹ O problema ocorrido com o voto do Min. Dias Toffoli (problema na redação do acórdão; o voto do Min. referente ao mérito aparece no meio dos votos sobre a terceira questão de ordem) se repete, em parte, com o voto do Min. Joaquim Barbosa. Claramente, há inversão entre o voto do Min. publicado na p. 112 com o voto publicado na p. 408-20. Este se refere ao mérito do RE, ao passo que aquele trata da terceira questão de ordem, referente à perda de objeto dos RE. Problemas na redação do acórdão podem gerar confusão no leitor (fase pós-decisional). Prova disso é o comentário que fiz ao ler o voto publicado na p. 112. Isto constava de minhas observações na ficha referente àquele voto: “Consta no extrato de ata, p. 426-27, que o Min. Barbosa negou provimento aos recursos. Entretanto, o fundamento de Barbosa é radicalmente diferente do dos outros Ministros. Estes enfrentaram o mérito; ao passo que Barbosa declarou, pura e simplesmente, a perda do objeto dos REs. Nenhum dos Min. que votaram até aqui abordou essa questão. Em termos deliberativos, há falha. Na verdade, não está claro de onde o Min. Barbosa tirou essa questão”. O problema de confecção, como dito, também se deu quanto ao voto do Min. Dias Toffoli, mais especificamente, na parte sobre o mérito do RE. O voto se localiza às pp. 375-402, dentre os votos referentes à terceira QO. Muito provavelmente se trata de erro de publicação. Vale ainda notar, no mesmo sentido, que não está escrito que o voto é do Min. Dias Toffoli. Infere-se que o voto é dele por menção ao Trilema de Münchhausen (p. 383); em debates sobre a segunda questão de ordem – à p. 352 – o Min. faz referência a seu voto que, apesar de aparecer posteriormente no acórdão, claramente foi proferido anteriormente. Veja-se: “(...) eu não quis ser peremptório quando citei o trilema de Münchhausen. Nós estamos na situação do pântano, em que precisamos nos puxar pelos cabelos para dele sair, como fez o barão de Münchhausen” (p. 352). Trata-se de clara falha deliberativa no que se refere à redação da decisão, especialmente quando temos em mente o aspecto da provisoriedade da deliberação. Um acórdão mal redigido (inversão na ordem dos votos) é prejudicial à deliberação, na medida em que dificulta o próprio entendimento da decisão. Todas as referências são ao acórdão: STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

A maioria dos votos é relacional. Dentre os expressamente relacionais, estão: o voto-vista sobre a primeira QO do Ministro Toffoli⁶⁰; o da Ministra Cármen Lúcia⁶¹ sobre mérito; o do Ministro Joaquim Barbosa⁶² sobre a primeira QO; o do Ministro Lewandowski⁶³ sobre a primeira QO; o voto do Ministro Gilmar Mendes sobre o mérito⁶⁴; o voto do Ministro Marco Aurélio sobre o mérito⁶⁵; e o voto do Ministro Peluso⁶⁶ sobre o mérito. Dentre os inexpressamente relacionais, estão: o da Ministra Ellen Gracie e o do Ministro Celso de Mello.

Nenhum voto - pelo menos dos referentes à primeira questão de ordem e ao mérito - entrou na categoria "outros". Destaco, contudo, que não encontrei manifestação do Ministro Celso de Mello a respeito da primeira QO. Além disso, há votos referentes às duas outras questões de ordem que se enquadram nessa categoria. É que, nesses casos, a troca de argumentos se deu, majoritariamente, por meio de debates. Assim, quando da colheita dos votos, muitos Ministros se limitaram a dizer como votavam ou a acompanhar outros Ministros.

3.4.2. Autocrítica e reflexões.

Após essas classificações, cheguei à conclusão de que, numa próxima análise, seria importante aperfeiçoar essa definição de trabalho no intuito de evitar distorções. Fazendo uma autocrítica, pergunto-me: qual, de fato, a diferença entre os votos expressamente e os inexpressamente relacionais em termos dos aspectos da deliberação? Além disso, os votos que foram agrupados nas mesmas categorias refletem votos deliberativamente semelhantes?

⁶⁰ Cf. p. 76.

⁶¹ Cf. 106-7.

⁶² Cf. p. 111.

⁶³ Cf. p. 113.

⁶⁴ Cf. p. 205.

⁶⁵ Cf. p. 238.

⁶⁶ Cf. p. 312; p. 315; p. 317; p. 318.

Num primeiro momento, pensei que, tendo em vista o conceito de deliberação aqui traçado, o voto expressamente relacional pudesse indicar mais enfaticamente alguns de seus aspectos. Mais especificamente, os aspectos epistêmico e comunitário no que dizem respeito à prática conjunta de raciocínio. Contudo, sob pena de se passar impressão errônea dos fatos, é preciso destacar que, muitas vezes, as referências expressas se dão apenas quanto a um argumento específico de uma das muitas questões envolvidas no julgamento; ou, ainda, para meramente elogiar o voto de outro Ministro, por mais que isso, dependendo de como lido, possa indicar um elemento de respeito perante o juiz que participa da deliberação. Nesse sentido, um voto classificado como expressamente relacional - que, num primeiro momento, poderia passar a impressão de gerar um incremento no desempenho deliberativo - pode não o gerar.

Creio que um exemplo pode deixar mais claro o que quero dizer. Ilustro com os votos dos Ministros Peluso e Ellen Gracie. O primeiro teve seu voto classificado como expressamente relacional, ao passo que a segunda não. Tomo como exemplo a menção expressa feita por Peluso ao Ministro Lewandowski, ao tratar da aplicação da alínea "k" em face do princípio da anterioridade eleitoral. Peluso disse: "Tenho, para mim, como um dos casos mais menifesto (sic) de casuísmo, que nega à lei a própria qualidade de norma jurídica, pois visaria a produzir, e me valho, aqui, da palavra da própria expressão usada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando disse hoje que o artigo 16 o quer evitar, 'propósito casuístico'" (p. 318).

Para efeitos de comparação, cito um trecho em que a Ministra Ellen Gracie também argumentava sobre a questão do princípio da anterioridade eleitoral. "Poder-se-ia sustentar que a aplicabilidade imediata assegurada à LC 64/90- que veio atender, de forma inaugural, a exigência de complementação legislativa disposta no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição - não daria à LC 135/10 igual prerrogativa, haja vista a existência de lei anterior que, já inserida na ordem constitucional vigente, integra, há mais de vinte anos, o

regime constitucional das inelegibilidades. Todavia, esse argumento não me convence” (p. 228). “Primeiro, porque da leitura do texto do art. 14, parágrafo 9º, da Carta Magna, ao enunciar que ‘lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação’, não se extrai a conclusão de que a Constituição, no que diz respeito às hipóteses de impedimento à capacidade eleitoral passiva, pretendeu ser integrada de uma só vez, por meio de ato legislativo único e definitivo”. “A segunda razão (...) é a constatação de que, desde a substancial alteração do art. 14, parágrafo 9º, da Constituição, promovida pela EC de revisão 4/94, não havia o legislador complementar se desincumbido até a edição da LC 135/10, do dever de promover a necessária integração normativa para a proteção dos novos valores constitucionais homenageados pelo legislador constituinte reformador” (pp. 228-29).

Trata-se claramente de negação ao argumento trazido pelo Ministro Gilmar Mendes - que votara antes da Ministra - sobre a inaplicação do RE 129392 ao caso⁶⁷. Seria correspondente aos fatos dizer que a deliberação está mais presente no voto de Peluso porque ele foi classificado como expressamente relacional? Acredito que não. Afinal, no que se refere aos aspectos epistêmico e comunitário (no que dizem respeito à prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação), bem como no que se refere aos aspectos epistêmico, psicológico e educativo (ao englobarem um dever de responsividade a todos os pontos de vista veiculados), o voto da Ministra Ellen - a julgar pelos trechos citados - potencialmente geraria maior incremento no desempenho deliberativo da corte. Diante disso, qual a utilidade de tal distinção?

⁶⁷ “O exame minucioso do precedente firmado no RE 129392 revela que a conclusão de que “lei que trate de inelegibilidade tem aplicabilidade imediata e não se submete ao art. 16 da Constituição” não é tão evidente como tem sido apresentada. Em verdade, ela é equivocada”. STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010. P. 156.

Penso que a distinção pode vir a ser útil; porém, algumas adaptações são necessárias. É preciso distinguir entre diferentes tipos de menção expressa. Alguns votos, como o do Ministro Marco Aurélio, podem vir a ser classificados como expressamente relacionais apenas por fazer elogios ao voto de outro Ministro. Veja-se: "Início o voto, Presidente, registrando o memorável pronunciamento, em termos de franquias constitucionais e legais, do Ministro Gilmar Mendes" (P. 238). Isso significa que tal menção não contribui para a deliberação? Não necessariamente. Dependendo da forma como lida, trata-se de menção que contribui de um jeito diferente da menção feita, por exemplo, pelo Ministro Dias Toffoli ao Ministro Gilmar Mendes. Veja-se: "E embora não se possa falar de uma *usucapião de constitucionalidade*, como bem gosta de ressaltar o Ministro Gilmar Mendes, quero crer que as Mesas Diretoras do Senado e da Câmara dos Deputados, que possuem legitimidade constitucional para a propositura de ADI's (...) não renunciariam às suas competências republicanas e deixariam prosperar a referida inconstitucionalidade" (p. 76).

Nitidamente, são menções diferentes, que podem contribuir para a deliberação de maneira diferente. A primeira poderia ser tomada, por exemplo, como um indício do aspecto psicológico, no seu elemento ético de respeito. Afinal, elogiar o voto de um Ministro pode ser lido como um sinal de potencialização do respeito existente entre os juízes que participam da deliberação. Já a segunda menção poderia ser entendida como um convite à troca de argumentos. O Ministro Toffoli faz menção à colocação feita pelo Ministro Gilmar Mendes, refutando-a; ou seja, trata-se de menção importante no que se refere ao aspecto epistêmico e potencialmente para o aspecto comunitário (no que englobam um dever de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada posição aos outros participantes da deliberação). No mais, sabe-se, ao menos, em que e porque há discordância e - caso o Ministro Gilmar aceitasse o "convite à troca de argumentos" - os Ministros poderiam, talvez, atingir um consenso.

Nesse sentido, passo importante para se aperfeiçoar o modelo de análise seria criar tipos de menções expressas de acordo com a chave de análise teórica: (i) aspecto epistêmico; (ii) aspecto comunitário; (iii) aspecto educativo; (iv) aspecto psicológico. Por óbvio, o enquadramento das menções nessas categorias será, de certa forma, subjetivo; assim, o critério seria argumentativo-interpretativo. Desse modo, a distinção entre o voto expressamente do inexpressamente relacional ganharia utilidade.

Portanto, mais do que constatar a existência ou não de diálogo, é preciso considerar em que medida há diálogo e no que consiste tal diálogo. Afinal, de um modo geral, como visto, os Ministros abordam, em alguma medida, as mesmas questões, apesar de, muitas vezes, o fazer sob óticas distintas.

3.5. É possível a identificação de decisão que possa ser atribuída a todos os Ministros ou, ao menos, aos que compuseram a maioria? Há falha deliberativa?

Por “decisão que possa ser atribuída a todos os ministros”, não me refiro somente ao dispositivo da decisão, mas também à existência de questões e fundamentos comuns aos votos. Como hipótese, tenho que é difícil a identificação, nos casos estudados, de decisão comum a todos os Ministros. Este também foi um vício decisório apontado por Klafke na conclusão de sua já referida pesquisa.

3.5.1. Resultado:

No caso, não houve decisão por maioria. Houve empate e extinção do processo sem decisão de mérito. Porém, conforme exposição e análise das tabelas feitas em tópico anterior, resta clara a enorme dificuldade em se encontrar alguma decisão comum - para além do dispositivo. Primeiro, porque os Ministros não abordam todas as teses e questões em jogo; houve manifestação de todos os Ministros apenas em relação à eficácia da Lei Complementar diante do art. 16 da CF 88. Mesmo assim, se formos olhar os

argumentos expostos por cada Ministro em relação a essa questão, perceberemos que apenas dois fundamentos foram abordados por todos os Ministros, quais sejam: o referente a saber se a Lei da Ficha Limpa reflete ou não casuísmo e, portanto, se deve ou não ser obstada pelo art. 16 tendo em vista o seu *telos*; e o referente à incidência ou não do argumento de que a LC 135/10 foi publicada antes das convenções partidárias (que seriam o marco do início do processo eleitoral) e, assim, não o teria afetado - de forma que o art. 16 não obstaría a eficácia da LC para o caso concreto. Ressalto que, conforme já dito, se formos mais exigentes, buscando as razões que embasam esses argumentos, concluiremos que, no fundo, não há decisão comum sobre praticamente nada.

O ideal, em um Tribunal colegiado deliberativo, seria que a decisão se beneficiasse da despersonalização; ou seja, que o Tribunal tivesse voz própria, e, portanto, que a decisão não fosse a soma de diferentes votos. Como essa não é, nem de longe, a prática do STF, procurei por decisão comum aos Ministros - o que não é possível encontrar no caso presente, dependendo do rigor que se adotar; lembro, por exemplo, que há uma decisão dispositiva comum.

E por que essa é mais uma falha deliberativa? É que, se se considera que não existe palavra final, mas, sim, uma "palavra final provisória", conforme o aspecto da provisoriedade, a decisão do Tribunal é apenas o começo de um novo *round* deliberativo⁶⁸. Nesse sentido, se as premissas do julgado não estão claras, se não se sabe com clareza sobre o que há discordância e sobre o que há concordância, a probabilidade do alcance de uma melhor resposta neste futuro *round* cai drasticamente.

Do mesmo modo, essa ausência de uma decisão comum inviabiliza, em alguma medida, o uso do julgado como um precedente, em futuros casos semelhantes que cheguem ao Tribunal. Tentei exemplificar isso quando

⁶⁸ Sobre a noção de palavra final provisória, ver: MENDES, Conrado H., *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Ed. Saraiva. 2011. São Paulo. Pp. 165-170.

analisei os precedentes mencionados pelos Ministros no Recurso Extraordinário aqui estudado. Demais disso, julgados que tenham decisão comum clara podem ser úteis na economia do escasso tempo dos juízes, permitindo que mais recursos temporais sejam investidos em casos que exijam maior deliberação.

3.6. Houve utilização do voto-vista? Como essa utilização pode ser avaliada em termos de deliberação?

Para responder a esta questão, tomarei como parâmetro a relação dos argumentos do voto-vista com os anteriores. Assim, considerarei que o voto-vista que simplesmente repete os argumentos anteriores não promove deliberação, por não se inserir em verdadeiro diálogo, mas simples reprodução. Outra variável que poderá ser importante é a temporal.

Como hipótese, penso que o voto-vista tem o potencial de fomentar a deliberação, mas que, na maioria das vezes, não o faz. Esta foi a conclusão a que chegou Caio Gentil Ribeiro em seu trabalho *Voto-Vista e Deliberação no Supremo Tribunal Federal*⁶⁹. No mesmo sentido, Klafke concluiu que, dentre os vícios no processo decisório do STF, encontra-se a “má utilização do instrumento do voto vista”. Esta má utilização se consubstancia na grande distância temporal entre uma sessão e outra, bem como no tipo de voto elaborado e proferido após um pedido de vista. No que se refere ao primeiro aspecto, “o decurso do tempo tem efeitos nefastos para um processo deliberativo que se pretenda verdadeiramente coletivo, i.e., que envolva troca de argumentos entre os ministros na tentativa de se construir um consenso e não apenas a apresentação de votos construídos individualmente nos gabinetes. De início é digno de nota que há a possibilidade de que os próprios ministros acabem não se lembrando do processo” (Klafke, 2010, p. 110). Em relação ao segundo ponto, Klafke afirma que os votos-vista, em geral, “apresentam mais citações doutrinárias e menos referências às posições dos outros ministros” (Klafke, 2010, p. 115).

⁶⁹ Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=182>

Cabe destacar, contudo, que é faculdade dos Ministros pedir vista nos casos em que não se considerem aptos a proferir imediatamente seu voto, sendo uma oportunidade de o Ministro consolidar sua convicção antes de votar. Nesse sentido, o voto-vista pode ser um facilitador⁷⁰ da deliberação - dependendo de como for utilizado - ao permitir que o Ministro contemple os argumentos levantados, traga novas questões, argumentos e contra-argumentos.

3.6.1. Resultado:

O caso estudado teve um voto-vista, o do Ministro Dias Toffoli. Destaco que o pedido de vista foi antecedido de debate sobre a primeira questão de ordem (referente à inconstitucionalidade formal da lei). Minha hipótese é que isso foi um estímulo para o Ministro pedir vista⁷¹. O tempo transcorrido entre a data do pedido de vista e a data da apresentação do voto foi de apenas um dia. O voto-vista tem sido um instrumento conhecido pela sua utilização como meio de protelação do processo⁷². Acredito que esse curto tempo transcorrido no caso em análise se explica pela urgência de se decidir pela aplicabilidade ou não da Ficha Limpa às eleições de 2010.

Não houve voto anterior ao do Ministro Dias Toffoli no que diz respeito à QO. Desse modo, os argumentos do voto-vista foram contrastados com o debate⁷³ ocorrido anteriormente ao pedido de vista. Lembro que o Ministro

⁷⁰ A noção de "facilitador" foi apresentada na nota de rodapé 26. Perceba que enquanto facilitador, o voto-vista pode tanto *encorajar e estimular* a deliberação, quanto *limitá-la e desencorajá-la* - a depender do *modo* como for utilizado.

⁷¹ Veja-se o que diz Caio Gentil Ribeiro a respeito: "Achei relevante identificar (...) quando havia e quando não havia debates anteriormente ao pedido de vista. (...) O resultado foi que, dos 20 acórdãos analisados, em 14 houve debates (70%). Interessante cotejar esse dado com pesquisa da SBDP (...) que indicou que em 52,63% desses casos há debates orais. Essa diferença é significativa e parece indicar que tende a haver mais pedidos de vista em casos em que há debates orais no plenário. De fato, a leitura dos acórdãos indicou que, muitas vezes, o pedido de vista vinha para solucionar questões controvertidas que se colocaram nos debates orais" (pp. 26-27). RIBEIRO, Caio Gentil. *Voto-vista e deliberação no Supremo Tribunal Federal*. SBDP. 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=182>

⁷² "A média de tempo entre o pedido de vista e a apresentação do voto nos acórdãos que analisei é de 2,29 anos. Há, porém, grandes variações". RIBEIRO, Caio Gentil. Op. Cit. P. 26.

⁷³ O debate se estende pelas pp. 41-56; 57; 59-62. Acórdão: STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

vota pelo conhecimento da questão de ordem e pela ausência da inconstitucionalidade formal alegada.

Quanto aos argumentos levantados a favor do conhecimento da questão de ordem anteriormente ao voto-vista, destaco: (a) A causa de pedir aberta do RE. (b) A obrigação da corte, enquanto guardiã da CF 88, de examinar a lei perante todo o texto constitucional. (c) A conveniência de o Tribunal se manifestar desde já sobre a questão da inconstitucionalidade formal, tendo em vista que existem outros recursos que serão discutidos em relação a dispositivos que foram alterados pela emenda de redação. (d) O fato de que, uma vez conhecido o recurso, não há que se preocupar com prequestionamento; ou seja, julgando matéria de fundo, é possível apreciar a inconstitucionalidade. (e) O fato de não ser possível bipartir o projeto e sancionar apenas parte dele, enquanto outra parte continue em discussão - o vício formal fulmina a lei como um todo; logo, não há que se falar que a alínea "k" não foi alterada e que, por isso, não se deve conhecer a QO. Destes argumentos, o Ministro contempla "a", "b" e "d", às pp. 65-66, 67 e 63, respectivamente.

Já quanto aos argumentos pelo não conhecimento da QO que extraí do debate, aponto: (a) Não houve prequestionamento - ou seja, não houve debate e decisão prévios na origem. O Juiz não pode agir de ofício. (b) RE não tem causa de pedir aberta. (c) Saber ou não se a emenda é meramente redacional é matéria *interna corporis*. (d) Comparação com a Corte Americana - necessidade de *self-restraint*. (e) Não houve alteração redacional na alínea "k". Com exceção deste último, o Ministro rebate todos os outros argumentos; vide, por exemplo, respectivamente: pp. 65-66; pp. 65-66; p. 65 e p. 71; p. 67 e p. 63.

Os argumentos pró-inconstitucionalidade formal que extraí dos debates são: (a) As emendas não são meramente de redação - parágrafo 8º do art. 118 do Regimento Interno da Câmara que define emenda de redação; a alteração verbal provoca alterações acerca do termo de início de incidência da

lei. (b) Mesmo que fossem emendas de redação, teriam que passar pelas mesmas formalidades regimentais das emendas de mérito - art. 234 RISF. (c) Violação ao art. 65, parágrafo único da CF - devido processo legislativo. (d) O texto da Câmara já estava todo uniformizado, no pretérito perfeito. Todos os argumentos são rebatidos; vide, por exemplo e respectivamente, as pp. 76, 71, 74-75 e 76.

Por fim, quanto aos argumentos pela inexistência de inconstitucionalidade formal que foram pronunciados no debate anterior ao voto do Ministro, destaco: (a) O parâmetro para a decisão em RE deve ser a Constituição e não o Regimento Interno das casas - as decisões do TSE são irrecorríveis, salvo se contrariarem a Constituição. (b) Nenhuma ADI por inconstitucionalidade formal foi ajuizada no Tribunal; sintoma de que a emenda foi meramente redacional. (c) A emenda foi meramente redacional. Destes, o Ministro responde aos argumentos "b" e "c" (além disso, acrescenta argumentos, como o referente à manifestação da CCJ⁷⁴ e à questão dos tempos verbais⁷⁵); vide, por exemplo e respectivamente, p. 76 e pp. 74-75.

⁷⁴ "Citando expediente que recebeu da Presidência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania: Pelo texto vindo da Câmara dos Deputados, o tempo verbal das alíneas "e", "f", "g", "h", "l", e "n" seria o futuro do subjuntivo (perderem, forem, tiverem, beneficiarem). Já as alíneas "j", "m", "o" e "q", o tempo verbal seria outro, o presente do subjuntivo (tenham). Ao Senado Federal não restava, assim, outra conduta que não fosse corrigir a grave vício de técnica legislativa, adequando o tempo verbal dos dispositivos, como determina a lei, sem contudo, alterar o mérito. E, por essa razão, tendo sido a emenda meramente redacional, não havia exigência legal, nem mesmo a conveniência, do retorno da matéria à Casa iniciadora (Câmara dos Deputados). A CCJ, ao promover o ajuste redacional, não extrapolou suas competências. Ao contrário, foi zelosa. Conforme o parágrafo 1, do art. 234 do RISF: quando houver dúvidas sobre se a emenda apresentada como de redação atinge substância da proposição, ouvir-se-á a CCJ. No caso em discussão, a CCJ antecipou-se à dúvida que, dificilmente, surgiria" (pp. 74-75)

⁷⁵ "Se levada a questão para o campo filológico, também não me convence a tese da alteração como causa de inconstitucionalidade. Os tempos verbais apontam para algum ponto de referência no eixo do tempo, sendo a partir dele calculados. Assim, por exemplo, o tempo verbal futuro pode estar ancorado no momento da enunciação ou em um ponto de referência no passado. A não modificação da alínea "K", fato incontroverso, atendeu ao fato de que o uso de "tenham renunciado" no lugar de "renunciarem" teria resultado em construção semanticamente anômala". Independentemente desse aspecto, tenho que a aprovação ou a rejeição da emenda do Senado pela Câmara não afasta o problema central deste RE: a aplicabilidade no tempo da norma não é ditada pelos tempos verbais, mas pela vigência (e eficácia) da lei. Dito de outro modo, o cerne de nossas preocupações é o art. 16 da CF 88" (p. 76). STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

O Ministro apresenta, ainda, argumentos novos. Sobre o conhecimento da QO, afirma que a cláusula *interna corporis* comporta exceções⁷⁶⁷⁷. Já pela inocorrência de inconstitucionalidade formal da lei, apresenta os seguintes argumentos: (a) A tentativa de se uniformizar os tempos verbais obedeceu a comando normativo⁷⁸. (b) ADI 2182 - precedente similar. (c) Argumento do conveniente⁷⁹.

Fazendo um balanço, de um modo geral, pode-se dizer que a utilização do voto-vista contribuiu para o aumento do desempenho deliberativo no caso em análise, contrariando minha hipótese inicial. Afinal, além de deixar mais claros os argumentos que estavam em jogo, o voto do Ministro trouxe argumentos que não haviam sido contemplados anteriormente, bem como rebateu todos os argumentos contrários - salvo o argumento "e" no sentido do não conhecimento da QO; contudo, o argumento já tinha sido rebatido por outros Ministros (vide "e" dos argumentos pró-conhecimento da QO). Assim, do ponto de vista dos aspectos epistêmico e comunitário (no que dizem respeito à prática de raciocínio conjunto e de justificativa de determinada

⁷⁶ "É certo que o STF tem preservado a cláusula *interna corporis* como limite ao exercício de seu poder de syndicar a autonomia do Congresso Nacional. E essa conservação há de ser a regra. Não se pode, contudo, vedar toda e qualquer forma de controle jurisdicional, o que, em alguns casos, se daria ex hipotesis em favor dos próprios parlamentares" (p. 65). STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

⁷⁷ "Por último, ainda está viva em minha lembrança a polêmica em torno da EC nº 20/98, cuja elaboração foi objeto de contestações por vício de inconstitucionalidade formal, dada a exclusão de expressões e palavras contidas na PEC e a promulgação do texto final sem a necessária rediscussão nas casas competentes. Havia e há claramente a viabilidade de se discutir o alcance desses desvios do devido processo legislativo" (p. 71). STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

⁷⁸ "No caso concreto, ter-se-á que a mudança ocorreu em estrita obediência ao que dispõe uma norma jurídica das mais importante relativamente à técnica legislativa e à boa conformação dos trabalhos normativos brasileiros, que é a LC nº 95/98. Em seu art. 11, determina que: as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito as seguintes normas: I- para a obtenção de clareza: d) buscar uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente. A tentativa de se uniformizar os tempos verbais obedeceu precisamente a um comando normativo" (pp. 72-73). STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

⁷⁹ "A Corte, ao reconhecer essa inconstitucionalidade formal, para além de desmerecer o trabalho legislativo realizado em fidelidade ao imperativo da LC 95/98, assume o risco de desencadear o reinício de uma discussão sobre a norma em sede parlamentar, cujos efeitos não seriam úteis, práticos e convenientes à República" (pp. 75-76). STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

posição aos outros participantes da deliberação); bem como do ponto de vista dos aspectos epistêmico, psicológico e educativo (especialmente no que englobam um dever de empatia, inclusão e responsividade), pode-se dizer que houve um incremento no desempenho deliberativo. Além disso, houve troca de argumentos, bem como esclarecimento de premissas - o que aumenta a probabilidade de consecução da promessa epistêmica. Demais disso, e conforme já destacado, o tempo transcorrido entre o pedido de vista e apresentação do voto foi de apenas um dia, o que afasta os efeitos nefastos supramencionados que a demora na apresentação do voto poderia causar.

3.7. Em quantas sessões se deu o julgamento? É possível argumentar que há falha deliberativa?

Verificar se há mais de uma sessão é interessante como estudo exploratório sobre deliberação. A existência de uma única sessão para toda a resolução do caso já fora apontada como um dos vícios no processo decisório do Tribunal (2010, Klafke). O objetivo desta pergunta é averiguar se este vício no processo decisório também ocorreu no caso analisado e se impactou, em alguma medida, a deliberação. Assim, o estudo exploratório se justifica na medida em que permitirá a formulação de hipóteses causais que poderão ser testadas por pesquisas futuras. Por exemplo, a de que um julgamento realizado em maior número de sessões - quando não temporalmente muito distantes - poderia contribuir para um incremento no desempenho deliberativo da corte.

3.7.1. Resultado:

No caso estudado, foram realizadas 3 sessões. A primeira se deu no dia 22 de setembro e a última no dia 29 do mesmo mês. O julgamento, portanto, foi concluído em oito dias. Como estudei apenas um caso, não há parâmetro de comparação entre julgados para estabelecer hipóteses a respeito da relação entre número de sessões e desempenho deliberativo.

Todavia, destaco alguns trechos extraídos de debate que podem ser indícios de que a continuação do julgado em outras sessões pode ser interessante do ponto de vista deliberativo. Quando do debate sobre a segunda questão de ordem, a Ministra Ellen Gracie sugere, à p. 359: “Presidente, mais prudente, mais sensato para a solução dessa controvérsia, seria, se Vossa Excelência me permite a sugestão, interrompermos o julgamento e o continuarmos amanhã, quando teremos todas as ideias mais esclarecidas, depois de uma noite de sono e de descanso. (...) [C]oloco à extrema prudência de Vossa Excelência, a consideração de que talvez fosse interessante melhor refletirmos sobre essas questões”⁸⁰⁸¹ (Grifei).

Este também pode ser um exemplo de algo importante a ser considerado quando analisado o número de sessões; trata-se do conflito entre a necessidade de uma decisão e a deliberação. É que nem sempre será conveniente que a deliberação se estenda em demasia, em detrimento de uma decisão. Conforme disse ao reconstruir o pressuposto normativo, sintetizando argumento de Conrado Mendes, tensões existirão nos casos concretos e uma deliberação de segunda ordem deve ser realizada para averiguar a necessidade de deliberação. Isso não significa contestar o valor desta, mas sim aceitar que existem exceções perante as quais a deliberação de primeira ordem não é recomendável.

De fato, é o que parecem pensar os Ministros Joaquim Barbosa e Lewandowski, ao rejeitarem a sugestão da Ministra, argumentando que o Tribunal deveria tomar a decisão o quanto antes. Isso porque se estava em pleno processo eleitoral e os candidatos impugnados sofreriam prejuízos irreparáveis a cada dia que passasse (p. 360). Dessa maneira, é preciso relativizar a conclusão de Klafke de que a realização dos julgamentos em

⁸⁰ Outras hipóteses de interpretação também são possíveis, como a que afirma que a sessão em questão foi excessivamente longa e com discussões muito complexas (tanto política quanto juridicamente), contribuindo para o cansaço dos Ministros.

⁸¹ A relação aqui com o número de sessões é indireta. Na verdade, é o fator *tempo* que está em jogo. Um maior número de sessões contribuiria dando maior tempo para que os Ministros trabalhassem a questão.

sessão única é vício decisório. Nem sempre um baixo número de sessões (ou uma sessão única) indica falha decisória e, muito menos, deliberativa, sendo necessária maior análise dos julgados e do contexto em que estavam inseridos para verificar se esse elemento consiste em falha do processo decisório da corte que impacta o seu desempenho deliberativo.

3.8. O que os debates presentes no acórdão dizem sobre o desempenho deliberativo⁸²?

Em primeiro lugar, é preciso destacar que considero o termo “debate” em dois sentidos. Utilizo-me desta palavra tanto para me referir à parte do acórdão assim intitulada, quanto para me referir aos apartes feitos pelos Ministros durante o voto de outros.

Acredito que os debates são ferramentas com alto potencial deliberativo, na medida em que são oportunidades para que os ministros discutam argumentos e contraponham suas opiniões; porém, acredito que são pouco utilizados. De certo modo, os debates são o momento no qual a deliberação pode se mostrar mais evidente.

Pensei, num primeiro momento, em avaliá-los por meio de um critério quantitativo⁸³; contudo, fazendo uma autocrítica, percebi que isso muito pouco ou nada dizia sobre a deliberação⁸⁴. Desse modo, busquei elaborar uma chave

⁸² Para um estudo sobre os debates no STF, ver o trabalho de Artur Péricles Lima Monteiro, “Debates no Supremo Tribunal Federal- Os personagens a trama e o enredo”. Disponível em: < http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=186 >

⁸³ O adjetivo “quantitativo” pode gerar uma impressão errada. Assim, explico melhor como era esse modo de análise. Propunha um critério de análise que levasse em referência o “peso” do debate. A ferramenta peso seria analisada relativamente ao acórdão. Para tanto, adotaria um critério de número de páginas. É verdade que outros critérios, como, por exemplo, número de linhas ou número de palavras, poderiam ser adotados; contudo, o número de páginas era o mais razoável em termos de escala. Dessa maneira, dividindo o número de páginas de debates (variável “d”)- multiplicado por cem- pelo número total de páginas do acórdão (não entrando na conta as páginas da ementa, do relatório e da ata) (variável “t”), obteria o peso dos debates relativamente ao tamanho do acórdão (100.d/t). Por meio desse dado, teria uma medida do grau de presença dos debates nas decisões estudadas.

⁸⁴ Como ressalta Péricles no estudo mencionado: “A constatação de que a maioria dos acórdãos tinha debates deve ser entendida com cuidado (...), ela não é suficiente para afirmações peremptórias sobre a qualidade deliberativa do tribunal: nem toda discussão conduz à deliberação” (p. 17). Uma afirmação interessante é feita por Péricles à p. 55. Segundo ele, “Os debates vistos como parte do processo decisório têm muito a oferecer. Muito, aliás, do que é

que fosse representativa do conceito que visou ilustrar. Nesse intuito, primeiramente, classifiquei os debates por meio do motivo de seu início. Nesse sentido, os debates poderiam ser classificados em: “explicação/esclarecimento”; “argumento/contra-argumento”; “nova questão”⁸⁵. Essa classificação teve em vista principalmente a promessa epistêmica da deliberação. As categorias estão relacionadas às ideias de maior probabilidade de esclarecimento de premissas, troca de argumentos, busca pela melhor resposta, etc.. Ademais, elas também dizem respeito ao elemento de responsividade, empatia e inclusão a todos os pontos de vista - inerente aos aspectos epistêmico, educativo e psicológico da deliberação.

Em seguida, busquei averiguar se, em relação ao que se discutia, obteve-se consenso/redução do dissenso ou se isso, ao contrário, não ocorreu. Trata-se de chave intimamente relacionada ao aspecto comunitário da deliberação, especialmente no que se refere à pressuposição de que os participantes da deliberação estão abertos para rever e modificar suas opiniões à luz de argumentos e sua sugestão de uma ética do consenso.

No mais, os cinco aspectos da deliberação que foram delineados no capítulo de metodologia foram também analisados por meio de comentários ao próprio conteúdo dos debates; ou seja, se houve algo relacionado a esses aspectos, fiz questão de destacar e fazer algum comentário.

3.8.1. Resultado:

Mapeei um total de 22 debates presentes no acórdão. Destes, 33,3% tiveram como motivo de início uma “explicação”, 58,3% foram iniciados por manifestação de “argumento ou contra-argumento” e 8,3% para a introdução de “nova questão”. Obteve-se consenso ou minimização do dissenso em 22,7%

criticado na corte (como a falta de clareza quanto à fundamentação das decisões) pode ser amenizado caso se dê aos debates um lugar permanente no julgamento das ações”. Faço a ressalva de que não acredito que os debates *per se* possam amenizar a falta de clareza quanto à fundamentação das decisões. Mais importante do que os debates *per se*, é como a decisão é veiculada, como ela é escrita. Conforme argumentarei mais adiante, os debates - especialmente os mais longos - podem ser um óbice, e não uma solução, para a obtenção de clareza quanto ao que está sendo argumentado.

⁸⁵ Essa classificação foi inspirada na de Klafke. Cf. p. 18. Op. Cit. SBDP. 2010.

e o dissenso prevaleceu em 77,3%⁸⁶. Ressalto, mais uma vez, que os números expostos não são representativos da deliberação no STF como um todo e que minha intenção na análise deste caso é meramente exemplificativa da aplicação de um modelo.

Comparando a obtenção de consenso/minimização do dissenso ou a prevalência do dissenso com o motivo do início do debate, observo que dos cinco debates classificados como consensuais, quatro tiveram como origem uma explicação. A praticamente inexistência de um debate iniciado por um contra-argumento⁸⁷ seria um indício de que os Ministros não estariam dispostos a rever seus posicionamentos? Nessa hipótese, haveria ausência de um pressuposto da deliberação; qual seja: que os seus participantes estejam abertos para rever e modificar suas opiniões à luz de argumentos - elemento do aspecto comunitário. Nesse sentido, haveria uma minoração do desempenho deliberativo do Tribunal no caso em análise.

Como exemplo da análise feita por meio de comentários, faço referência ao debate sobre a primeira questão de ordem (pp. 41-56; 57; e 59-62). Neles, é interessante observar que, do ponto de vista do aspecto epistêmico, o debate foi bastante positivo. Houve intensa troca de argumentos entre os

⁸⁶ Essas porcentagens estão baseadas no número 24 no denominador. Isso porque dois debates entraram em mais de uma categoria.

⁸⁷ O único debate que foi assim classificado, gerou-me bastante dúvida. Aliás, a falta de clareza na transcrição do debate é um problema a ser enfrentado pelo Tribunal - conforme argumentarei adiante. Refiro-me ao debate das pp. 348-53. O posicionamento do Min. Toffoli é confuso. Num primeiro momento, ele lê a SV nº 10 e diz que "Aqui, nós não estamos afastando a incidência". Como o enunciado da referida súmula diz que "Viola cláusula de reserva do plenário a decisão de órgão fracionário ou tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte" (Grifei). Como o enunciado diz isso, infere-se que o Min. afasta a aplicação da SV; afinal, se os Min. não estão afastando incidência, ela não se aplica. Na sua próxima intervenção no debate, o Min. diz que votou pela incidência do art. 16 da CF 88. A meu ver, o enunciado da Súmula Vinculante não se refere à própria Constituição, mas às leis ou atos normativos cuja incidência é afastada, no todo ou em parte - tendo a Constituição como parâmetro. O Min. estaria fazendo confusão? Logo em seguida, a Min. Ellen Gracie intervém para dizer: "No caso concreto, nós afastamos [a incidência], Ministro Toffoli". Contudo, na sua próxima intervenção, o Min. Toffoli diz que "(...) estamos analisando a incidência ou não de norma constitucional, embora não a estejamos declarando. A própria Súmula nº 10 me impõe, portanto, que aguardemos o *quorum* qualificado" (pp. 351-52). Ou seja, apesar de, no início, parecer afastar a SV nº 10, acaba utilizando-a como razão no seu voto. Há contradição/confusão? O Min. teria mudado de opinião? Cf. STF: RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010. Pp. mencionadas.

Ministros, com réplicas e trélicas. Mesmo que não obtivessem consenso/minimização do dissenso ou mudassem de opinião ao final, conforme o aspecto comunitário, ao menos se sabe no que e porque há discordância; possivelmente, uma manifestação da promessa epistêmica decorrente, em parte, da deliberação.

Além disso, é curioso notar como as duas questões do debate se misturavam. Relembrando, precisava-se saber se a corte deveria conhecer a questão de ordem sobre a inconstitucionalidade formal da Lei da Ficha Limpa e, se sim, se haveria ou não a dita inconstitucionalidade. Duas questões diferentes. Contudo, muitos Ministros, ao justificarem a possibilidade ou a impossibilidade de a corte apreciar tal questão, utilizaram-se de argumentos pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade formal da referida lei.

Como lição deste debate fica a necessidade de se separar bem as questões que estão sendo discutidas, na medida do possível e da maneira mais clara possível. A impressão que fica é que duas questões diferentes foram tratadas conjuntamente e isso repercute na própria compreensão do julgado pelo leitor, tratando-se de falha deliberativa. Explico. Levando em conta os aspectos educativo e psicológico (mais especificamente no seu elemento comum, que pressupõe a necessidade de se tomar uma decisão coletiva que afetará diretamente os que estão deliberando ou, indiretamente, pessoas que estão ausentes), é preciso ter cuidado para que as pessoas que forem afetadas por tal decisão possam entendê-la com clareza, atendendo-se a um requisito de respeito para com os participantes da deliberação⁸⁸.

Exemplifico. Ao ler esse debate pela primeira vez, escrevi que: "É estranho constatar que havia divergências quanto ao conhecimento da QO sobre a inconstitucionalidade formal e que, apesar disso, não há nada no acórdão que informe explicitamente que ela foi conhecida e por quais

⁸⁸ Faço referência tanto aos participantes formais, quanto aos informais. Estes são aqueles que, na tentativa de exercer uma influência indireta na Corte, engajam-se nos debates por meio dos vários meios de comunicação da esfera pública. Já aqueles são todas as partes que estão qualificadas e tem o direito de participar do caso específico em apreço - são os litigantes, *amici curiae*, etc.. Cf. MENDES, Conrado H. Op. Cit. P. 124.

Ministros. Depreende-se que o foi pelo fato de no extrato de ata estar escrito que ela foi rejeitada por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Peluso". Todavia, conforme já exposto aqui anteriormente, a maioria obtida foi no sentido de não conhecimento da questão de ordem - apesar do resultado pela ausência de inconstitucionalidade formal, no qual os Ministros Marco Aurélio e Peluso ficaram vencidos. O resultado veiculado fere a lógica; afinal, se foi obtida maioria no sentido de não se conhecer a QO, não há que se falar, logicamente, que ela foi apreciada e rejeitada.

Por fim, quanto ao aspecto psicológico - especialmente no seu elemento ético de respeito -, o tom de algumas falas contribui para uma piora no desempenho deliberativo da corte⁸⁹. Isso porque algumas afirmações assumem um tom de desrespeito, dependendo da forma como lidas; veja-se, por exemplo, a resposta do Ministro Peluso à alegação de que a questão não teria sido prequestionada no recurso: "Tanto foi pensado que o Ministro Ricardo Lewandowski veio preparado para rebater!" (p. 52). Do mesmo modo, o comentário de Britto, fazendo referência a uma fala de Peluso: "(...) isso está me parecendo um salto triplo carpado hermenêutico". Ao que Peluso responde: "A observação é muito interessante do ponto de vista publicitário, mas do ponto de vista jurídico Vossa Excelência sabe bem que isso não diz nada, não diz coisa nenhuma!" (p. 54). No mesmo sentido de falta de um componente ético de respeito, fala do Ministro Gilmar Mendes no debate às pp. 357-58, referindo-se a um argumento do Ministro Britto: "E, diga-se de passagem, não há de se aceitar a teoria futebolística que Vossa Excelência indicou até há pouco".⁹⁰

⁸⁹ Relembro que: "Intra-institutional respect (...) enables the court to remain collegial and to keep up its capacity of deliberation". MENDES, Conrado H. Op. cit. p. 134.

⁹⁰ Nesse debate, o Min. Gilmar dizia que os Min. julgavam REs e MS com seis ou cinco juízes, entendendo este ser um *quorum* suficiente para a declaração de eventual incompatibilidade da decisão com a Constituição. Ao que a Min. Ellen Gracie intervém, dizendo: "Desde que não haja empate". O Min. Gilmar Mendes se limita a continuar seu raciocínio. Ao concluir, subscrevendo a posição do Min. Dias Toffoli, ressalva que: "Agora, não me parece, e seria absurdo, que no empate se levasse a prevalecer a decisão de um tribunal inferior". O Min. Britto intervém, perguntando: "Inferior?". O Min. Gilmar explica, mas Britto retruca: "Sim, inferior, mas é o Tribunal Eleitoral. É por isso que é aquinhoado com a cláusula da irrecorribilidade". O Min.

Ainda como exemplo da análise feita por meio de comentários, faço menção a outros debates. Assim, às pp. 146-48 é interessante observar o comportamento do Ministro Lewandowski em relação ao aparte feito pelo Ministro Celso de Mello. O aparte feito por Mello foi praticamente ignorado por Lewandowski. Este se limita a dizer que, em sua leitura, pensa haver semelhança entre o precedente lido e o caso presente, não fazendo grande esforço para demonstrá-lo. Além disso, ele não aborda, nem rebate o argumento trazido por Mello referente à ADPF 144. Em termos da promessa epistêmica, em certa medida, descobriu-se, ao menos, sobre o que há discordância. Porém, não se sabe o porquê. Do ponto de vista da promessa comunitária, não houve consenso, nem minimização do dissenso. Resta dizer que, tendo em vista a responsividade - inerente ao participante da deliberação -, houve falha. De fato, fica a impressão de que o Ministro Lewandowski não buscou responder ao contraponto levantado pelo Ministro Celso de Mello.

Já no debate às pp. 166-70, é interessante observar uma potencial incapacidade de se reduzir o dissenso por parte dos Ministros. É que o Ministro Presidente Cezar Peluso coloca um ponto final no debate, dizendo que estão numa discussão com pontos de vista pétreos. No debate às pp. 173-76, o Ministro volta a interromper o debate, pedindo que o Ministro Gilmar Mendes continue a proferir seu voto. Por que não deixar os Ministros discutirem até se chegar a um acordo? Seria por receio de dano à imagem da corte, tendo em vista a necessidade de uma decisão por proximidade das eleições? Talvez esse seja um bom exemplo do conflito entre a necessidade de se tomar uma decisão imposta por determinado contexto e a deliberação.

No mesmo sentido de minoração do desempenho deliberativo tendo em vista seu aspecto comunitário - especificamente na pressuposição de que os participantes da deliberação estão abertos para rever e modificar suas opiniões

Gilmar retruca, de maneira desrespeitosa, dizendo que: "E, diga-se de passagem, não há de se aceitar a teoria futebolística que Vossa Excelência indicou até há pouco". Rebate o argumento de Britto dizendo ainda que toda decisão sobre matéria constitucional é recorrível. O Min. Ayres Britto responde que "se a matéria não incidiu em inconstitucionalidade, prevalece a decisão dele". Assim termina o debate.

à luz de argumentos -, faço menção ao debate às pp. 361-68. Trata-se de incidências ao voto do Ministro Marco Aurélio na segunda questão de ordem, em que se discutiu o que decidir em face do empate em cinco a cinco. A certa altura do debate, o Ministro Peluso interrompe, sugerindo que os Ministros deixassem a discussão pela discussão de lado, pois a responsabilidade do Tribunal era grande: "A responsabilidade histórica do Tribunal é extraordinária, temos que decidir com prudência, deixando um pouco de lado essa paixão pelas posições. (...) Devemos deixar de lado esse tipo de paixão, de sustentar posições, etc. Acho que precisamos sair desse impasse, nenhum dos votos, nenhum dos Ministros cede nos seus pontos de vista, estamos numa situação de radicalidade absoluta" (p. 363). Assim, o Presidente sugere que se aguarde a nomeação de um novo Ministro. Se, até data próxima à diplomação não houvesse nomeação, os Ministros se reuniriam outra vez para tomar uma decisão. Os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa pareciam discordar. O Presidente, porém, insistiu: "Acho que é solução prudente, sem impor à sociedade uma solução que ela sabe não ser verdadeira, porque não foi tomada por deliberação" (p. 364)⁹¹ (Grifei).

Ademais, no que se refere ao pressuposto de que um encontro deliberativo deve ser uma prática de raciocínio conjunto, resalto a incapacidade de os Ministros chegarem a uma solução conjuntamente, isolando-se em suas próprias convicções - levando a um desempenho pior neste elemento comum aos aspectos epistêmico e comunitário. Isso é bem exemplificado no trecho referente ao debate às pp. 322-45, referente a como decidir no caso de empate. Os Ministros debatiam; não parecia haver solução consensual. À p. 338, a Ministra Cármen Lúcia diz: "Então, Vossa Excelência, Presidente, mostre-nos a solução". Ao que Peluso responde: "Vamos tomar os votos. O Plenário decide". E Cármen Lúcia pergunta: "Nós vamos votar o quê?". E Peluso responde: "Não sei, cada um vota o que achar. (...) [N]ós não estamos chegando a nenhum consenso, vamos colher o voto de cada um e ver

⁹¹ O Presidente, porém, suspendeu o julgamento, pura e simplesmente - ou seja, sem se condicionar sua retomada à nomeação de novo Ministro.

se é possível apurar, pela decisão do Plenário, qual é o resultado do julgamento” (pp. 338-39) (Grifei).

Por fim, ressalto que, além dos problemas supramencionados de incapacidade de se minimizar o consenso, de manifestações contrárias à ética do respeito, bem como da tendência de não se mudar de posicionamento à luz de argumentos, outro problema relevante é a desorganização da exposição dos debates, sobretudo os longos. Do modo como esses debates são expostos, é preciso um esforço hercúleo para entender a posição de cada Ministro. Talvez fosse interessante expor todos os debates como eles ocorreram, mas também tentar expor alguns deles de maneira mais clara e objetiva no acórdão. Assim, por exemplo, deixar claro: “O que estava sendo debatido? Quais Ministros participaram do debate? Qual foi o resultado?” Claro que essas são perguntas exemplificativas e que isso não precisa ser feito em todos os debates ou apartes ao voto.

Todavia, há alguns casos em que essa necessidade é patente. Faço referência, nesse sentido, às três questões de ordem do RE 630.147/DF, aqui estudado. São debates de muitas páginas, nos quais é preciso grande esforço para captar os argumentos que estão em jogo e quem está argumentando o quê. Em suma: é preciso trabalhar esse material bruto quando da redação do acórdão; muitas vezes, os próprios Ministros misturam as questões, conforme já exemplificado acima, não sem prejuízo para a compreensão do que se deu no julgado e, conseqüentemente, para a deliberação - sobretudo quando levado em conta seu aspecto de provisoriedade ou continuidade, bem como a tarefa da corte de comunicar sua decisão da maneira mais clara possível.

3.9. O processo de elaboração de ementa consiste em falha deliberativa?

Em julgados de muitas páginas, tais como o da Ficha Limpa, muitas vezes o que acaba sendo citado pelos operadores do direito é a ementa, e não o teor do acórdão em si. Como exemplo disso, faço referência aos debates da ADI 2.591/DF. Neles, os Ministros discutiam a necessidade de adequação da

ementa ao teor do julgado, sobretudo tendo em vista que, em casos longos, o que é citado é a ementa e não o teor do acórdão⁹².

Nesse sentido, torna-se relevante analisar, como parte do desempenho deliberativo do Tribunal, a adequação da ementa ao julgado. Se as ementas são vistas, como admitido pelos próprios Ministros, como importante instrumento de síntese do que foi decidido e, conseqüentemente, de comunicação da decisão, torna-se importante analisar o que ela reflete. Assim, por exemplo, se na ementa não consta questão ou argumento que foi tratada por todos os Ministros; ou, ao contrário, se há questão tratada apenas pelo Ministro redator do acórdão, há uma clara falha deliberativa. Se constatada, acredita-se que um processo de construção de ementa pautado, em alguns casos, pela deliberação conjunta dos ministros seria suficiente para sanar tal vício, evitando, por exemplo, embargos de declaração.

Tenho como hipótese que há a probabilidade de a ementa não refletir o teor do julgado, principalmente pelo tamanho do acórdão, bem como pela possibilidade de fundamentação esparsa decorrente, em parte, do próprio modelo decisório da corte.

3.9.1. Resultado:

O acórdão do RE 630.147/DF foi assim ementado:

"ACÓRDÃO – REDAÇÃO – ÓPTICA VENCIDA – PROCLAMAÇÃO. Ante proclamação do redator na assentada de julgamento, fica em plano secundário o fato de o designado haver ficado vencido em determinadas matérias, no que se tornaram prejudicadas em face da perda de objeto do recurso.

REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO – PROCESSO ELEITORAL – LEI – RETROAÇÃO. Surge a repercutir, além dos muros subjetivos do processo, controvérsia sobre aplicar-se lei que, de alguma forma, altere o processo eleitoral a certame realizado antes de

⁹² "Percebo que a doce unanimidade vai do inciso III da ementa até a declaração expletiva de que o preceito veiculado no art. 3º, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado em coerência com a Constituição. A partir daí, realmente, vejo que há uma dispersão de fundamentos entre os votos proferidos. É claro que isso, em ementa, de regra, não teria sentido. Mas, num caso como este, a ementa será mais citada do que o acórdão e os votos que o compuseram" (Min. Sepúlveda Pertence; STF: ADI 2591/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.06.06; p. 107).

decorrido um ano da respectiva edição, presente ainda eficácia retroativa impugnada na origem. Considerações.

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO- CONHECIMENTO E JULGAMENTO DE FUNDO. Na dicção da ilustrada maioria, descabe, mesmo que na apreciação de fundo do recurso, adentrar a análise da harmonia, ou não, da lei- da qual se argui certo vício- com a Constituição Federal. Considerações.

REGISTRO – CANDIDATURA – LEI DE REGÊNCIA – CONTROVÉRSIA – RENÚNCIA – PREJUÍZO DO EXAME. Vindo o candidato a renunciar à candidatura, acaba prejudicado o exame do recurso voltado ao deferimento”.

O primeiro parágrafo da ementa justifica a designação do Ministro Marco Aurélio para redator do acórdão. O segundo denota a configuração de Repercussão Geral da matéria referente à anterioridade eleitoral (art. 16 da CF 88) e da tese da irretroatividade da lei. Contudo, não explicita o que ocorreu em relação a essas questões; quanto à eficácia imediata da lei complementar, nada foi decidido - o julgamento terminou empatado e isso não foi comunicado. Quanto à tese da irretroatividade da lei, reporto-me às considerações já feitas. Nem todos os Ministros se manifestaram a respeito dela; e, dentre os que se manifestaram, não se sabe ao certo até que ponto argumentavam sobre a mesma questão. Assim, apesar do reconhecimento de RG, não houve decisão.

No terceiro parágrafo, ementa-se o entendimento de que não cabe adentrar a análise da harmonia ou não da lei, da qual se argui certo vício, com a Constituição Federal. Este, de fato, corresponde ao entendimento da maioria (5 x 4) a respeito da possibilidade de se apreciar a alegação do vício de inconstitucionalidade formal.

Em contrapartida, destoa do entendimento veiculado no extrato de ata, que faz referência à apreciação do mérito da inconstitucionalidade formal: “O Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem quanto à existência de inconstitucionalidade formal da Lei Complementar nº 135, contra os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Marco Aurélio” (p. 426). Mesmo que o extrato veiculasse que a maioria não conheceu da questão de

ordem, ou seja, votou pelo não conhecimento da alegação de inconstitucionalidade formal, houve intenso debate a respeito da inconstitucionalidade formal de toda a LC 135, havendo, inclusive, formação de maioria no sentido da ausência de tal vício. Ou seja, há uma incoerência entre o que diz a ementa e o que, de fato, ocorreu.

Por fim, o quarto parágrafo veicula que o exame do recurso foi prejudicado, devido à renúncia do candidato à candidatura - o que, de fato, ocorreu. Adotando entendimento de que a ementa é importante síntese do julgado e que, muitas vezes, será por ela que o operador do direito tomará contato com o conteúdo do caso, é de se argumentar que a ementa é aspecto relevante da fase pós-decisional do julgamento. Nesta fase, a corte tem a tarefa de redigir a decisão, comunicando-a ao público geral. Claro que no STF as fases decisional e pós-decisional, em grande medida, confundem-se, sobretudo quando se considera que o acórdão é um registro da fase decisional. De qualquer forma, ela se mostra como instrumento de comunicação da decisão e, portanto, precisa ser bem redigida.

Não há nada no RISTF que prescreva a estrutura da ementa. A competência para redigi-la é do Ministro relator ou do redator para o acórdão. Creio que em casos mais longos - como o estudado - a ementa deveria ser construída de forma coletiva, do modo como ocorreu na mencionada ADI 2591; o debate para a (re)construção da ementa ocorreu em embargos de declaração e foi positivo para o esclarecimento de premissas, tendo em vista certa dispersão de fundamentos que ocorreu no julgamento⁹³. Ou seja, além de a ementa ter passado a refletir com maior precisão o teor do julgado, houve um incremento do desempenho deliberativo da corte, na medida em que houve maior troca de argumentos entre os Ministros e que a decisão foi comunicada

⁹³ “Percebo que a doce unanimidade vai do inciso III da ementa até a declaração expletiva de que o preceito veiculado no art. 3º, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado em coerência com a Constituição. A partir daí, realmente, vejo que há uma dispersão de fundamentos entre os votos proferidos. É claro que isso, em ementa, de regra, não teria sentido. Mas, num caso como este, a ementa será mais citada do que o acórdão e os votos que o compuseram” (Min. Sepúlveda Pertence; STF: ADI 2591/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.06.06; p. 107).

de maneira mais clara, aproximando-se mais de um ideal de decisão escrita deliberativa.

Alguém poderia dizer que isso seria um desperdício do escasso tempo da corte e que melhor seria que se deixasse tudo como está. No mesmo sentido, poder-se-ia dizer que seria praticamente impossível realizar tal tarefa de maneira coletiva, sendo mais fácil realizá-la individualmente. A esse contra-argumento, faço duas considerações. Em primeiro lugar, penso que esse exercício seria positivo apenas para casos demasiado longos ou que apresentassem dispersão grande de fundamentos - sendo estes a minoria⁹⁴. Em segundo lugar, se isso não for convincente, diria que, ao menos, seria bom que o relator ou o redator para o acórdão - ou, ainda, seus assessores - buscassem sintetizar o teor do julgado na ementa⁹⁵. Trata-se de um desrespeito para com os participantes (operadores do direito e sociedade, por exemplo) da deliberação o fato de que eles tenham que realizar tremendo esforço de leitura e análise do acórdão para que tenham algumas respostas básicas em relação ao julgado como, por exemplo, as expostas nas tabelas construídas por mim.

Conrado Mendes argumenta que a fase da decisão escrita seria deliberativa na medida em que apresentasse certo estilo literário e transmitisse o decidido pela corte sem que se dividisse a sociedade entre vencedores e perdedores⁹⁶; acrescentaria que impor aos terceiros que querem se inteirar da decisão da corte - e, eventualmente, participar da deliberação pública - uma leitura de horas e uma análise de dias, para que se extraia o conteúdo de um julgado, consiste numa falha deliberativa no que se refere à decisão escrita.

⁹⁴ Lembro a já citada pesquisa *Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* do Núcleo de Pesquisas da SBDP. “[As] manifestações ‘sem declaração de voto’ e o voto do relator já seriam suficientes para formar a maioria [em 9 de cada 10 acórdãos]” (p. 14). Ou seja, grosso modo, ao menos 90% dos casos não requereriam tal esforço.

⁹⁵ Reconheço, todavia, que a solução por meio de uma *construção coletiva da ementa* seja sedutora retoricamente, mas pouco efetiva *praticamente*. Adotando-a, a pergunta que se seguiria é: *como se daria tal construção?* Seria necessário pensar um processo por meio do qual essa tarefa fosse realizável sem muitos prejuízos à Corte. Assim, reconheço que a solução não está livre de controvérsias – podendo ser contestada.

⁹⁶ MENDES, Conrado H., Op. Cit. P. 128.

É preciso um esforço de se pensar uma maneira de se comunicar a decisão de maneira simplificada em casos como o estudado. Creio que repensar o papel da ementa seria um bom caminho. Investigar essa possibilidade, bem como a relação da citação de ementas em outros julgados como se ela representasse o decidido em um caso e comparar tal uso com o que de fato os Ministros decidiram seria um passo importante de pesquisa futura.

4. Capítulo IV- Conclusão.

No primeiro capítulo, apresentei o tema e o objetivo deste trabalho, introduzi o tema da deliberação no Supremo Tribunal Federal e reconstruí - sintetizando argumento de Conrado H. Mendes - o pressuposto normativo de que partia.

No segundo capítulo, referente à metodologia, expus minhas definições de conceito, destacando o que entendo por *deliberação*, *desempenho ou performance deliberativa* e *falha deliberativa*. Num segundo momento, expus minhas definições de trabalho ou operacionais, que visavam representar os conceitos por mim definidos. São estas definições operacionais que compõem o modelo de análise de acórdãos que objetivei esboçar neste trabalho. Por fim, num terceiro tópico, justifiquei a escolha do RE 630.147/DF como caso-exemplo para a aplicação do modelo, além de expor um breve resumo do julgado.

Já no terceiro capítulo, que responde por boa parte desta monografia, apliquei o modelo esboçado ao caso escolhido. O capítulo está estruturado em nove tópicos, um para cada pergunta que compõe o modelo de análise. Em cada um deles, desdobrei um pouco cada pergunta e tentei explicar como elas seriam úteis à análise. Nas respostas a cada uma delas, busquei avaliar o desempenho deliberativo da corte no julgado, apontando eventuais falhas deliberativas e deixando hipóteses a serem testadas por futuras pesquisas que apliquem o modelo a amostras representativas. No mais, tentei ajustar o modelo por meio de autocríticas e busquei dialogar com outras pesquisas que tratavam do tema da deliberação, fazendo críticas e reflexões⁹⁷.

Espero que o presente trabalho possa ter contribuído, de alguma maneira, para o debate acerca da deliberação e do desempenho deliberativo no STF - seja por meio do modelo que aqui tentei esboçar para ser utilizado

⁹⁷ Para o leitor interessado no tema, recomendo a leitura do apêndice do trabalho. Nele, expus outras considerações acerca da pesquisa empírica e/ou jurisprudencial sobre deliberação e desempenho deliberativo. O objetivo foi de chamar a atenção para alguns aspectos que, a meu ver, devem ser considerados quando da realização de futuras pesquisas empíricas no tema.

em futuras pesquisas, seja pelas reflexões e considerações aventadas. Nesse campo, ainda há muito a ser feito. Espero que o presente trabalho tenha também contribuído para aumentar a demanda por mais pesquisas que tratem do tema.

5. Bibliografia:

(i) ABREU, Isadora de Sousa. "A *Deliberação no STF: Uma análise dos acórdãos com mudança de entendimento no decorrer do julgamento*". Monografia entregue à Escola de Formação da SBDP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=181>

(ii) "Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões". Realizado por: Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo. 2011. Coord. por PAGANI, Rodrigo e SUNDFELD, Carlos Ari.

(iii) HAIDAR, Rodrigo. "Se o juiz cuida do futuro, torna o passado instável". *Revista eletrônica ConJur*. 20.02.2011. Entrevista com o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/entrevista-dias-toffoli-ministro-supremo-tribunal-federal>.

(iv) KLAFKE, Guilherme Forma. "Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal". Monografia apresentada à Escola de Formação da SBDP. São Paulo. 2010. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164>

(v) MATTIUZZO, Marcela. "Voto Vencido, Fundamentação Diversa e Fundamentação Complementar: Um estudo sobre deliberação no Supremo Tribunal Federal". Monografia apresentada à Escola de Formação da SBDP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=184>

(vi) MENDES, Conrado H., "Deliberative Performance of Constitutional Courts" (Tese de doutorado). Publicado como "Constitutional Courts and Deliberative Democracy", Oxford University Press. 2013.

(vii) MENDES, Conrado H., "Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação". Ed. Saraiva. São Paulo. 2011.

(viii) MONTEIRO, Artur Péricles Lima. "*Debates no Supremo Tribunal Federal- Os personagens, a trama e o enredo*". Monografia apresentada à Escola de Formação da SBDP". São Paulo. 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=186>

(ix) SELLTIZ, Claire et ali. "*Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais*". São Paulo. Editora pedagógica e Universitária Ltda. 3ª Reimpressão. Trad. por Dante Moreira Leite. 1974. Pp. 5-82.

(x) PIRES, Álvaro P. "*Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico*", in POUPART, Jean et ali, "*A Pesquisa Qualitativa- Enfoques epistemológicos e metodológicos*". 3ª edição. Petrópolis. Ed. Vozes. 2008. Pp. 154-207.

(xi) RIBEIRO, Caio Gentil. "*Voto-vista e Deliberação no Supremo Tribunal Federal*". Monografia apresentada à Escola de Formação da SBDP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=182>

(xii) SELLTIZ, Claire et ali. "*Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais*". São Paulo. Editora pedagógica e Universitária Ltda. 3ª Reimpressão. Trad. por Dante Moreira Leite. 1974. Pp. 5-82.

6. Siglas utilizadas:

CF- Constituição Federal;

LC- Lei Complementar;

RG- Repercussão Geral;

RE- Recurso Extraordinário;

RI- Regimento Interno;

SF- Senado Federal;

STF- Supremo Tribunal Federal;

QO- Questão de Ordem;

ED- Embargos de Declaração;

Min.- Ministro(s);

ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade;

TSE- Tribunal Superior Eleitoral;

PGR- Procuradoria Geral da República;

AGU- Advocacia Geral da União;

MS- Mandado de Segurança.

Apêndice: Outras considerações sobre as pesquisas empíricas relacionadas ao tema da deliberação.

Já fiz algumas considerações sobre as pesquisas empíricas relacionadas à deliberação ao longo do capítulo anterior. Porém, acredito que mais algumas são necessárias, tendo em vista a vasta agenda de pesquisa a ser cumprida no tema.

Quero chamar a atenção para três problemas que, creio eu, estavam presentes, em certa medida, em algumas das pesquisas empíricas sobre o tema com as quais tive contato. Caso o leitor não se convença por minha argumentação, ao menos fica o alerta para futuras pesquisas. Os problemas são os seguintes: (i) adoção e reprodução de um conceito “minimalista” de deliberação ou simples não menção a conceito algum; (ii) confusão ou uso indistinto das ideias de “processo decisório” e “processo deliberativo”; e (iii) falta de rigor quanto à utilização da teoria normativa, denotada por inconsistências internas à pesquisa quanto aos termos e conceitos utilizados.

Das pesquisas que trataram da deliberação, duas o fizeram sem maiores preocupações de defini-la. Trata-se das pesquisas *Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* e da monografia *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*.

Quanto à primeira, já fiz menção a esse problema no corpo do presente trabalho - e me reporto a essa menção quanto à explicação de por que isso seria um problema⁹⁸. Quanto à segunda, destaco que Klafke faz menção às ideias de deliberação interna e externa no começo da pesquisa, mas não diz que adota tal conceito, como outras monografias o fazem. Assim, faz uso indistinto do termo⁹⁹.

⁹⁸ Nt. 39, *supra*.

⁹⁹ Como exemplos: “Todas as questões foram objeto de deliberação em Plenário” (p.80). “O primeiro problema que se pode apontar em relação ao processo decisório do Plenário do Supremo Tribunal Federal diz respeito à falta de deliberação sobre todas as questões que surgem no julgamento. Em outras palavras, muitas vezes o colegiado se omite de discutir todos

As outras pesquisas com as quais tive contato, e que tratavam do tema, trouxeram de um modo geral a mesma definição. Trata-se de conceito cunhado por Ferejohn e Pasquino, que diz que deliberação é a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. As pesquisas de Artur Péricles, Marcela Mattiuzzo, Caio Gentil Ribeiro e Isadora Abreu se utilizaram dessa definição (Cf., respectivamente, p. 9, p. 9, p. 8 e p. 4 das respectivas monografias). Isso é curioso de ser constatado, tendo em vista que tomaram contato¹⁰⁰ com a tese *Deliberative Performance of Constitutional Courts*, de Conrado Mendes, que buscou - em alguma medida - aprofundar as análises de Ferejohn e Pasquino¹⁰¹. Um dos pontos em que é preciso aprofundar tal análise, segundo Mendes, é justamente quanto à ideia de deliberação interna¹⁰² - que nada mais é do que o conceito adotado pelas referidas pesquisas. Nesse sentido, creio ser necessário ajustar nosso rumo; evitar a reprodução deste conceito que chamei "minimalista" e adotar um conceito mais abrangente de deliberação¹⁰³ - sob pena de nos limitarmos a ilustrá-la de maneira tímida.

os pontos que foram levantados no julgamento, de tal sorte que não é possível ao público conhecer a opinião da Corte sobre o assunto". KLAFFKE, Op. Cit, p. 95.

¹⁰⁰ Não se pode afirmar isso definitivamente em relação a Caio Ribeiro. Quanto aos trabalhos de Mattiuzzo e Abreu, ver as respectivas referências bibliográficas. Quanto a Péricles, ver notas de rodapé 19 (p. 17) e 34 (p. 56).

¹⁰¹ "In overall, Ferejohn and Pasquino have raised important empirical and normative questions, but have not entirely answered them. Their endeavour to relate constitutional review to deliberation remains, if not too hasty, surely unfinished. There are at least six aspects to be further explored". MENDES, Conrado H. Op. cit. P. 114.

¹⁰² "Third, Ferejohn and Pasquino, despite defending internal deliberation, do not give a sufficiently comprehensive account of why it may be desirable, except for the values of uniformity predictability and coordination. (...) This is a partial perspective though. There might be more benefits to deliberation than intelligible reason-giving". MENDES, Conrado. Op. Cit. P. 115. Em nota de rodapé, na mesma página: "Shapiro points to the distinction: 'Some commentators try to capture this aspect of deliberation by reference to reason-giving (...). But significant though reason-giving is to legitimacy (...), it does not capture the essence of deliberation'".

¹⁰³ "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 give and take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good". MENDES, Conrado H. Op. Cit. P. 22.

Isso significa que as pesquisas que se utilizaram do conceito “minimalista” de deliberação estão, de alguma forma, erradas? Claro que não. Significa, contudo, que ilustraram apenas parte do conceito. Logo, suas análises e conclusões, obviamente, restringem-se ao que se propuseram representar. O meu ponto é que talvez seja interessante que, nas futuras pesquisas empíricas sobre deliberação, outros aspectos do conceito sejam também observados para que possamos alcançar uma compreensão mais ambiciosa da deliberação em nossa prática jurisdicional.

Nesse sentido, deixo o alerta de que é preciso que as pesquisas empíricas dialoguem entre si também no sentido de crítica e de correção de rumos. Às vezes buscamos conceitos - como eu mesmo fiz (minha primeira definição de deliberação para este trabalho foi bastante semelhante a dos trabalhos anteriores) - para meramente incorporá-los, sem, muitas vezes, nos perguntarmos se tal incorporação é útil à pesquisa. Enfim, ressalto a necessidade de se refletir sobre o significado do diálogo com outras pesquisas, aspecto muitas vezes subaproveitado ou mal compreendido entre nós, iniciantes.

Passo ao segundo problema apontado: a confusão ou uso indistinto das ideias de “processo decisório” e “processo deliberativo”. Chamo a atenção para esse uso porque algo que me causou grande confusão no início da pesquisa foi a relação entre esses termos. Acredito que, apesar de muitas vezes utilizados indistintamente¹⁰⁴, denotam coisas distintas. O processo decisório é o conjunto

¹⁰⁴ Como exemplos: na monografia de Marcela Mattiuzzo: “Meu interesse em estudar processo deliberativo no Supremo Tribunal Federal (...) surgiu por conta das oportunidades que tive (...) de observar o modo pelo qual os ministros daquele tribunal tomam suas decisões” (Cf. Op. Cit., p. 7). “Já que minha intenção era analisar os três institutos (...) e sua influência no processo deliberativo do STF, esclareço, aqui, qual entendo ser o alcance desta monografia. Acredito que sejam dois os limites a serem abordados: o primeiro refere-se à capacidade da pesquisa em afirmar a existência de deliberação no processo decisório do STF (...)” (Cf. Op. Cit., p. 14). “A mudança do método de elaboração de ementas, por exemplo, é algo que depende exclusivamente dos próprios ministros e que penso contribuiria para um processo deliberativo mais organizado” (Cf. Op. Cit., p. 67). Na monografia de Guilherme Klafke: “(...) inicialmente a ideia era buscar, por meio de Reclamações e Embargos de Declaração, os problemas do processo deliberativo no STF” (Cf. Op. Cit., p. 6). “Também fiz uma pesquisa exemplificativa do processo decisório nas outras Cortes, baseando-me em livros de doutrina e nos sítios eletrônicos desses mesmos Tribunais. (...) O quadro geral dos processos deliberativos foi esquematizado em

de procedimentos institucionalizados para a tomada de decisão. Já um processo deliberativo seria um processo por meio do qual a deliberação, conforme definida, ocorre. Existe um processo decisório no Supremo Tribunal Federal. Contudo, a afirmação de que existiria um processo deliberativo não está longe de controvérsias. Um processo decisório pode ser mais ou menos deliberativo e ser responsável, em parte, pela ocorrência de falhas deliberativas. Acredito que trabalhos futuros que tratem do tema devem ser rigorosos quanto ao uso das expressões para evitar confusões e eventuais críticas.

Por fim, chamo a atenção para uma falta de rigor quanto à utilização da teoria normativa, denotada por inconsistências internas à pesquisa quanto aos termos e conceitos utilizados. Uso como exemplo trechos da monografia de Isadora Abreu. Primeiramente, tentarei demonstrar tal inconsistência quanto a uma disparidade entre o conceito de deliberação adotado e uma conclusão de pesquisa. Em segundo lugar, tentarei fazê-lo citando exemplos de como a teoria normativa foi incorporada, a meu ver, de maneira pouco criteriosa à análise.

À p. 4, Abreu definiu deliberação como "(...) a troca de razões e argumentos no interior de um grupo com a finalidade de fazer com que ele decida em uma determinada direção". Mais adiante, à p. 9, afirma que: "Os facilitadores, portanto, como descreve Conrado Mendes, não seriam deliberativos *per se*, mas indicadores de sua potencialidade de ilustrativos de sua causalidade". Por fim, em suas conclusões, afirma - à p. 73 - que: "Acredito que a principal descoberta da pesquisa tenha sido a de que o

uma tabela comparativa segundo alguns critérios, tais como: forma de escolha do Relator, existência de reuniões prévias ao julgamento, possibilidade de mudanças entre os votos e a elaboração do acórdão, etc." (Cf. Op. Cit., pp. 9-10). "As alternativas decisórias apresentadas, porém, encontram um obstáculo aparentemente intransponível. Trata-se da grande carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, que dificulta a adoção de um procedimento que prestigie a deliberação" (Cf. Op. Cit., p. 127). Na monografia de Isadora Abreu: "Considerando a mudança de opinião como o único sintoma de deliberação, esse valor é suficientemente baixo para se afirmar que o modelo deliberativo do STF não favorece a deliberação" (Cf. Op. Cit., p. 15).

principal facilitador da deliberação é o argumento. A troca de argumentos, por meio do voto de outro ministro ou de debates, é essencial à deliberação”. Ora, como dizer que o principal facilitador da deliberação é o argumento, sendo que este - no que se refere à troca - é elemento do próprio conceito de deliberação adotado, sobretudo quando se afirma que o facilitador não se confunde com a deliberação? A meu ver, há certa inconsistência interna ao trabalho no que se refere aos conceitos adotados. Isso, de modo algum, relativiza os alcances da pesquisa, mas impede que ela dialogue de maneira coerente com o conceito teórico que pretende representar - algo que, a meu ver, deve ser evitado nas futuras pesquisas sobre o tema.

Do mesmo modo, é preciso cuidado quando da incorporação de elementos da teoria normativa. Abreu, adotando ideias veiculadas na tese de Conrado Mendes, afirma que: “Em sua tese, Conrado Mendes identifica quatro aspectos que teóricos da deliberação consideram benéficos em uma corte deliberativa: o epistêmico, o comunitário, o psicológico e o educativo (...). Seja por qualquer desses motivos, o ministro Peluso defende o aumento da deliberação na tomada de decisões pelo STF, o que indica que, no seu entender, e no de parte dos estudiosos, nossa Corte Constitucional é deficitária nesse aspecto” (p. 7). Penso que há certa falta de rigor com a teoria normativa. E as razões intrínsecas? O Ministro Peluso não poderia defender a deliberação também sob essas razões? Em alguma medida, a distinção entre as razões intrínsecas para a defesa da deliberação e as suas possíveis consequências (*promises or achievements*) é ignorada por Abreu¹⁰⁵.

No mesmo sentido, o faz quando afirma que: “Com uma única e simples mudança regimental a Corte desenvolveria seu âmbito epistêmico, comunitário e educativo” (p. 74). Não há, na teoria normativa, a ideia de “âmbitos”. O que há, nesses termos, é a ideia de promessas ou conquistas. Se o termo “âmbito” foi usado como sinônimo dessas duas ideias, ressalto que é preciso cuidado. A

¹⁰⁵ “There is a difference between what political deliberation is and what it can be expected to produce. There is also a dissimilarity between the values of deliberation itself and its reputed consequences. It is not trivial to remind that”. MENDES, Conrado H. Op. Cit. p. 31.

meu ver, a afirmação, rigorosamente, deveria ser que “com uma única e simples mudança regimental a corte aumentaria a probabilidade de consecução das promessas epistêmica, comunitária e educativa da deliberação”. O diálogo entre a teoria normativa e a pesquisa empírica precisa ser feito com o mesmo rigor com que elaboramos as metodologias de análise empíricas.

Os apontamentos aqui feitos decorrem de uma leitura minha - que pode ser contestada - e não têm a intenção de diminuir as importantes conquistas feitas pelas mencionadas pesquisas, mas, sim, chamar a atenção para aspectos importantes que, a meu ver, não devem ser negligenciados nas próximas pesquisas sobre o tema.
