



TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Carlos Eduardo Frazão
Consultor Legislativo da Área I
Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Administrativo,
Processo Legislativo e Poder Judiciário

ESTUDO TÉCNICO

OUTUBRO DE 2018

O conteúdo deste trabalho não representa a posição da Consultoria Legislativa, tampouco da Câmara dos Deputados, sendo de exclusiva responsabilidade de seu autor.

© 2018 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados(as) os(as) autores(as). São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

O conteúdo deste trabalho é de exclusiva responsabilidade de seus(suas) autores(as), não representando a posição da Consultoria Legislativa, caracterizando-se, nos termos do art. 13, parágrafo único da Resolução nº 48, de 1993, como produção de cunho pessoal do(a) consultor(a).

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O PROTAGONISMO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS.....	4
MODELOS DE DELIBERAÇÃO	7
MODELO DE VOTAÇÃO EM SÉRIE OU <i>SERIAM</i>	8
MODELO DE VOTAÇÃO INSTITUCIONAL	9
MODELO MISTO OU INTERMEDIÁRIO.....	11
ESTADOS UNIDOS	12
FRANÇA	19
ITÁLIA.....	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE A EXPERIÊNCIA COMPARADA TEM A NOS ENSINAR?	24
REFERÊNCIAS.....	26

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O PROTAGONISMO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

O século XX experimentou o triunfo do constitucionalismo democrático como forma de organização política adotada pela ampla maioria dos países pelo mundo que passaram por processos de reconstitucionalização¹. E essa expressiva vitória não foi isenta de dificuldades. Com efeito, o século passado foi marcado por inúmeras experiências autoritárias, como o nazi-fascismo e ditaduras militares, ideologias que foram progressivamente abandonadas com o advento do Estado Constitucional Democrático.

Em essência, o constitucionalismo democrático representa a fusão de dois ideários, aparentemente antagônicos, mas que se complementam: o *constitucionalismo*, que pugna pela limitação do poder através de sua sujeição ao direito, concepção que impõe, para o mal ou para o bem, entraves às deliberações do povo; e a *democracia*, que aposta na soberania popular, que tem na regra majoritária sua forma mais autêntica de expressão. Portanto, o constitucionalismo democrático significa um governo em que a maioria governa, observados os direitos fundamentais².

Nesse novo paradigma, a Constituição passa a ser compreendida como norma jurídica, cujas disposições são dotadas de supremacia, *formal e material*, imperatividade e força cogente, ocupando, bem por isso, o centro do ordenamento jurídico³. Referidos apanágios tornam a

¹ Essa narrativa não se aplica aos Estados Unidos, na medida em que, naquele país, desde seus albores, a Constituição é compreendida como autêntica norma jurídica, que limita a atuação do poder estatal e habilita o Poder Judiciário a invalidar leis editadas em desconformidade com as disposições constitucionais. Isso se deve sobretudo à nomeação do *Chief Justice* John Marshall em 1801, momento a partir do qual a Suprema Corte assume um protagonismo institucional no cenário político e social americano até então não experimentado, em especial após o célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803. Daí por que se pode afirmar, sem incorrer em equívocos, que a história dos Estados Unidos pode ser contada por decisões de sua Suprema Corte. Sobre o tema, cf. BREST, Paul; LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack; AMAR, Akhil Reed. *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers, 2000. p. 79-103, *apud* SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In.: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 10.

² O professor lusitano Vital Moreira captou, com argúcia, essa tensão latente: "(...) *por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático. (...) O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático*" (MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272).

³ Trata-se de paradigma relativamente recente. De fato, até a II Guerra Mundial, os textos constitucionais eram vistos como documentos meramente políticos, voltados precipuamente aos poderes Legislativo e

Constituição não apenas o fundamento de validade *formal*, de sorte a disciplinar o procedimento de edição das demais normas, mas também *material*, na medida em que traça limites substantivos ao conteúdo da deliberação legislativa e impõe deveres e obrigações aos poderes do Estado⁴.

Optou-se, assim, por um modelo de constituições rígidas e escritas, cuja guarda precípua é confiada a Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais⁵. E essa afirmação é facilmente demonstrada. De acordo com Otto Marroquín Guerra, é possível constatar três momentos de implementação de Tribunais Constitucionais na Europa e no mundo. O *primeiro* remonta a período antes à II Guerra Mundial, em que foram introduzidas as Cortes Constitucionais na antiga Checoslováquia (1920), na Áustria (1920) e na Espanha (1931). O *segundo* data do período pós-II Guerra e se caracteriza pela consolidação do modelo de Tribunais Constitucionais, com a reinstalação da Corte na Áustria (1945) e no surgimento na Itália (1948, com funcionamento em 1956), na Alemanha (1949), na França (1959), Turquia (1961 e 1982) e na extinta Iugoslávia (1963 e 1974).

Por fim, o *terceiro* período se verificou em países que passaram por experiências autoritárias e se redemocratizaram. Na Europa, podemos citar os Tribunais Constitucionais instalados em Portugal (1976 e 1982), Grécia (1975), Espanha (1978), Bélgica (1980), Hungria (1989), Croácia (1990), antiga Checoslováquia, Romênia, Bulgária e Eslovênia (1991), Albânia, Eslováquia, Lituânia, Macedônia, república Checa, Sérvia e Montenegro (1992), Bielorrússia (1993), Moldávia (1994), Bósnia-Herzegovina (1995), Letônia (1996), Ucrânia (1996). Na Ásia e África, são exemplos: Egito (1979), Coreia do Sul (1987), África

Executivo, de modo que a aplicação direta e imediata de seus preceitos, por juízes e tribunais, carecia da chamada *interpositivo legislatoris*. É nesse sentido o escólio do professor Eduardo García de Enterría, ao afirmar que “[l]a Constitución no es, pues, ningún lugar de Europa antes de la última Guerra Mundial, una norma invocable ante los Tribunales” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: Civitas, 2004, p. 19).

⁴ De acordo com Luís Roberto Barroso: “[n]esse novo modelo [constitucionalismo democrático], vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, Luís Roberto. *Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, p. 5. Disponível em http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-poli%CC%81tica-no-Brasil-contempor%CC%82neo_Lui%CC%81s-Roberto-Barroso.pdf. Acessado em 24 de setembro de 2018).

⁵ Sobre as características dos Tribunais Constitucionais e sua distinção com as Supremas Cortes, cf. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

do Sul (1994) e Madagascar (1975)⁶. A América Latina também recebeu os influxos desse novo direito constitucional. Diversos de seus países adotaram sistema híbrido de fiscalização de constitucionalidade das leis, mediante a coexistência de controle concentrado e difuso⁷.

Aliada a outros fatores⁸, essa expansão da jurisdição constitucional contribui para um ambiente de judicialização da política e das relações sociais, circunstância que alteou o Judiciário, em geral, e as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, em particular, à condição de *legítimos atores políticos*, “com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e Executivo”⁹.

De fato, verificou-se a paulatina transferência do *locus* decisório de inúmeros conflitos contemporâneos das instâncias políticas majoritárias para a arena judiciária, o que autoriza, a depender da calibragem dos pronunciamentos (*i.e.*, se adotando uma postura institucional mais ou menos ativista), o alargamento do poder político-normativo das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais frente às demais instituições. Nos dias atuais, praticamente inexitem discussões, notadamente aquelas de alta voltagem política e social, cujo equacionamento prescindia da análise das Cortes Supremas¹⁰. Não por outra razão, há amplo debate, no Brasil e no direito comparado, acerca dos limites à atuação do Poder Judiciário¹¹.

⁶ GUERRA, Otto Marroquín. El Magistrado Constitucional. In: *Revista de Derecho (Latin America Journals Online)*, nº 8 (2004). Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pp. 103-104. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>. Acessado em 24 de setembro de 2018.

⁷ FIX-ZAMÚDIO, Hector. *Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina*, pp. 59-74. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2018.

⁸ Para uma ampla análise desses fatores, cf. TATE, Neal; VALLINDER; Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 117. Na literatura nacional, ver, por todos, VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.

¹⁰ Sobre o tema, cf. FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, Vol. 84 (2), 2005; Citando diversos precedentes de Cortes Supremas ao redor do mundo, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Post-Scriptum – Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política do Brasil Contemporâneo. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

¹¹ Sobre o tema no Brasil, cf. FUX, Luiz; FRAZÃO, CARLOS Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In.: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 35-72.

Indigitado diagnóstico se revela importante para os fins deste estudo. É que ele evidencia a relevância institucional desses órgãos de cúpula do Judiciário nas democracias contemporâneas, exigindo, bem por isso, um olhar mais detido por parte da comunidade acadêmica a respeito dos diferentes modelos de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, suas principais características, formas de atuação e os aspectos positivos e negativos de cada modelo. E é esse o propósito deste breve e singelo ensaio: examinar o procedimento de deliberação de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais de três países especificamente – Estados Unidos, França e Itália.

Com tal exame, pretende-se estimular o debate na academia brasileira acerca do procedimento de deliberação adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a contribuir, em alguma medida, para o seu aperfeiçoamento (se necessário). Eis a estrutura do texto: no item subsequente, serão abordados os principais modelos de deliberação existentes no direito comparado (*i.e.*, *seriatim*, institucional e misto), destacando suas origens, características centrais, vantagens e desvantagens. Na sequência, o estudo se debruça sobre a realidade institucional da Suprema Corte americana, do Conselho Constitucional francês e do Tribunal Constitucional italiano. Após, as considerações finais.

MODELOS DE DELIBERAÇÃO

Em linhas gerais, existem três grandes modelos de deliberação adotados por Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: (i) o anglo-saxão, intitulado de **voto em série** ou *seriatim*, que se caracteriza pela prolação de votos individuais por cada juiz constitucional, (ii) o franco-germânico, denominado de **institucional**, que se materializa pela apresentação de votos impessoais e desidentificados, e (iii) o norte-americano, conhecido como modelo **misto** ou **intermediário**, em que coexistem os votos institucionais (anônimos ou *per curiam*), mas se autoriza a divulgação de manifestações individuais (concorrentes ou dissidentes)¹². Passa-se, na sequência, a examinar cada uma dessas formas deliberativas.

¹² Essa é a compreensão da Associate Justice Ruth Bader Ginsburg: “[o]ur system occupies a middle ground between the continental and the historic British patterns”. GINSBURG, Ruth Bader. *The Role of Dissenting Opinions*. Disponível em <http://www.minnesotalawreview.org/wp->

MODELO DE VOTAÇÃO EM SÉRIE OU *SERIATIM*

O modelo de votação em série (*seriatim*) tem sua origem na tradição dos órgãos judiciais da *common law*, como o King's Bench¹³, sendo posteriormente incorporado à práxis da *House of Lords*, quando do exercício de sua função judicante¹⁴. Em síntese, cada juiz manifestava seu voto individualmente, expondo os fundamentos e as razões reputados relevantes que presidiam suas conclusões.¹⁵

Volvendo às características, aludida *práxis* institucional é justificada pela circunstância de a Câmara dos Lordes integrar a estrutura do Parlamento inglês, uma vez que, como bem pontuou Karl M. ZoBell, “[a função judicial] não era considerada, em essência, distinta daquela que a *House of Lords* exercia quando enquanto um ramo da legislatura”¹⁶. Assim, os “votos” proferidos pelos *Law Lords* se assemelhavam mais aos *pronunciamentos* (ou discursos) parlamentares dirigidos aos próprios pares na Casa Legislativa¹⁷.

Desse arranjo, decorrem dois outros aspectos: em *primeiro*, os juízes possuem amplo espaço de liberdade para formarem suas convicções, sem que haja qualquer interferência externa ou direcionamento de voto; e, em *segundo*, a preocupação principal é com o produto final da deliberação, e não com os fundamentos aduzidos por cada magistrado, em franca harmonia com o ideário democrático de *um homem um voto* (*one man one vote*).

Naturalmente, essas características centrais apresentam vantagens e desvantagens institucionais. Sob o enfoque das vantagens, podem

content/uploads/2011/06/Ginsburg_MLR.pdf. Acessado em 14 de setembro de 2018. Conforme se examinará em item próprio, o modelo norte-americano contempla a possibilidade de pronunciamentos da Corte totalmente sem identificação, intitulados de *per curiam*.

¹³ As *Common Law Courts* eram compostas pelo King's Bench, The Exchequer Chamber e a Court of Common Pleas. Ver HENDERSON, M. Todd. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent. In.: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, nº. 363, 2007, p. 9, nota 41. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics. Acessado em 08 de outubro de 2018.

¹⁴ ZoBELL, Karl M. Division of Opinion in the Supreme Court A History of Judicial Disintegration. In.: *Cornell Law Review*, Volume 44, Issue 2, 1959, p. 190. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=clr>. Acessado em 14.09.2018.

¹⁵ Cf. GERBER, Scott Douglas. *The Supreme Court before John Marshall*. New York: NYU Press, 1998.

¹⁶ ZoBELL, Karl M. *Op. Cit.*, 189.

¹⁷ Nesse sentido, cf. CERVANTES, Francisco Tortolero. *El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate*, p. 357. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>. Acessado em 14 de setembro de 2018.

ser arroladas: (i) maior transparência na exposição dos votos, o que oportuniza aos cidadãos conhecerem melhor os posicionamentos dos magistrados, (ii) maior independência judicial, ante a total liberdade de formação de convicção, (iii) maior responsividade dos juízes (*accountability*), porquanto suas opiniões e votos estão submetidos ao escrutínio perante a sociedade, (iv) menor rigidez para se proceder à evolução jurisprudencial, diante da possibilidade de novos juízes, no futuro, aderirem à corrente até então minoritária, (v) potencializa a relevância dos magistrados perante a sociedade, dada a absoluta transparência dessa forma de deliberação, (vi) a exposição traz consigo maiores incentivos à tomada de decisões mais técnicas, e menos políticas, e, por fim, (vii) analisa de forma mais abrangente os argumentos favoráveis e contrários presentes nas decisões¹⁸.

Já sob o aspecto das desvantagens, apontam-se: (i) a personalização das decisões, o que pode gerar custos político-institucionais ao Tribunal e perda de seu capital institucional junto às demais instâncias, (ii) a ausência de clareza dos fundamentos determinantes dos pronunciamentos exarados, circunstância que dificulta sobremodo a identificação da *ratio decidendi* e a consequente aplicação do precedente em casos futuros, (iv) a excessiva flexibilização da jurisprudência, dada a facilidade de se alterar decisões anteriores, (v) o retrabalho, não raro desnecessário, de juízes, dos quais é exigida a elaboração constante de votos individuais e (vi) a extensão das manifestações da Corte, o que pode ocasionar dificuldades na exata compreensão do julgado¹⁹.

Apresentado o modelo *seriatim*, serão examinadas, a seguir, a origem, características, vantagens e desvantagens do modelo institucional.

MODELO DE VOTAÇÃO INSTITUCIONAL

O modelo **institucional** encontra suas origens na tradição franco-germânica. Nesse modelo, a Corte emite um pronunciamento a partir de consensos formados pelos seus integrantes, desconsiderando a opinião isolada

¹⁸ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *DELIBERAÇÃO E PROCEDIMENTO NO STF*: Uma proposta de reinvenção. Tese de doutorado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 69.

¹⁹ *Idem*.

dos integrantes do colegiado. Trata-se, assim, de forma de deliberação que empresta maior protagonismo à posição externada pelo Tribunal, enquanto instituição, e não à de seus membros.

Em regra, a Corte utiliza um espaço reservado dentro de suas instalações para travar os debates e deliberar a respeito da controvérsia jurídica debatida. Com esse expediente, o modelo institucional, de um lado, proporciona a cada juiz do Tribunal a garantia da independência exigida para a formação de sua convicção, em julgamento livre e despido de ingerências e pressões externas. De outro lado, limita a liberdade de voto dos magistrados, na medida em que incentiva a realização de concessões recíprocas e, não raro, de barganhas, no intuito de obterem a opinião comum da Corte.

À semelhança do *seriatim*, esse arranjo possui aspectos positivos e negativos. Em tentativa de sistematizá-los, elencam-se, sob o prisma das vantagens: (i) a pulverização da pressão individual exercida sobre cada juiz, circunstância que propicia certo insulamento da política, reduz a interferência de outros poderes em sua atuação e aumenta a independência dos membros da Corte, (ii) a existência de opinião institucionalizada acerca dos assuntos debatidos, (iii) a ocorrência de pronunciamentos mais racionais, sintéticos e de maior compreensão por parte da sociedade, (iv) em consequência do item anterior, a aplicação dos precedentes firmados se torna menos problemática e de mais fácil manejo, (v) reforço do papel do Judiciário, enquanto instituição, perante a sociedade, e, por fim, (vi) a desnecessidade de que os juízes que integram a maioria adotem soluções de compromisso com os dissidentes com o intuito de convencê-los a não adotar critérios que possam fragilizar a decisão.

Sob o aspecto das desvantagens, tem-se: (i) a politização dos debates judiciais, uma vez que inexitem, nesse modelo, posições individuais externadas pelos magistrados, (ii) a baixa responsividade dos juízes perante a sociedade, (iii) menor transparência no processo de tomada de decisões pela Corte, (iv) a redução do espaço de liberdade individual de cada juiz para manifestar seu voto, em virtude da necessidade de negociação para formar consensos, (v) a possibilidade de tomada de decisões incoerentes, ante a possível adoção de soluções de compromisso ou da ocorrência de posições divergentes e conflitantes de seus membros, e (vi) a possibilidade de demora

para ultimar o julgamento, em decorrência das negociações em torno da “resposta” do Tribunal ao impasse jurídico.

Fixados, em linhas gerais, os principais elementos caracterizadores do modelo institucional, bem como seus aspectos positivos e negativos, o item subsequente será dedicado a analisar o sistema misto ou intermediário.

MODELO MISTO OU INTERMEDIÁRIO

Como o próprio rótulo sugere, o modelo **misto** (ou intermediário) reúne características de ambos os sistemas anteriores (*i.e.*, *seriatim* e institucional). Tem-se, assim, a formação de voto institucional da Corte, lavrado pela corrente vencedora, sem haver qualquer entrave legal à prolação de votos individuais, concorrentes ou dissidentes, não obstante haja autorizadas vozes no sentido de que o uso de votos dissidentes deve ser feito com parcimônia²⁰, sob pena de amesquinhar o capital institucional da Suprema Corte²¹. Pode, inclusive, ocorrer a convergência de dois ou mais juízes quanto a um dos fundamentos e divergência com relação a outros.

Entre suas vantagens, fala-se em (i) legitimidade democrática da decisão, uma vez que produto de amplo debate e razoável consenso entre os membros do colegiado, (ii) poder profético dos dissensos, visto que em momento ulterior poderão se tornar o entendimento predominante na Corte e (iii) a capacidade de mudança²². Sob o enfoque dos aspectos negativos, o modelo intermediário (i) confere maior protagonismo na solução dos impasses a juízes com posições menos extremistas e mais de centro, de forma a “*diminuir*” o peso institucional de outros membros, (ii) estimula a formação de consensos e de barganhas, o que pode prejudicar a higidez do pronunciamento final e, por fim, (iii) o tempo de deliberação se revela extremamente demorado, em especial nos Estados Unidos, em que os *justices* podem apresentar novos argumentos até que se ultime a votação e formem a decisão da Corte²³.

²⁰ BARAK, Aharon. *The Judge in a democracy*. Princeton University Press: New Jersey, 2006, pp. 210-211.

²¹ Sobre capital institucional, cf. RIBEIRO, Pedro José. O conceito de Capital Institucional. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 311-348.

²² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *Op. Cit.*, p. 87.

²³ *Idem.*, p. 89.

Após esse breve esforço, os itens subsequentes serão dedicados a examinar o arranjo institucional de deliberação na Suprema Corte americana, na Corte Constitucional italiana e no Conselho Constitucional francês.

ESTADOS UNIDOS

Historicamente, a forma de deliberação na Suprema Corte americana passou por mudanças no curso dos anos. Em seus primeiros anos de funcionamento, entre 1790 a 1800, “a Corte não adotava uma forma pré-estabelecida ao apresentar suas opiniões”²⁴. Segundo John Kelsh, havia dois métodos principais de *entrega de decisão* (*opinion-delivery methods*): o primeiro, e mais popular, afirmava que a *opinion* estava sendo emitida pela Corte (*By the court*). Essa metodologia apareceu em 45 (quarenta e cinco) dos 63 (sessenta e três) casos registrados por Alexander Dallas entre 1790 a 1800 (*i.e.*, em 71% dos casos). As decisões eram curtas e, com relativa frequência, unânimes. O segundo método utilizado era o de votação em série (sistema *seriatim*)²⁵ de tradição britânica, em que cada juiz preparava e lia seu pronunciamento (*opinion*). Foi adotado em 15 (quinze) dos 63 (sessenta e três) casos registrados (*i.e.*, em 24% das manifestações) na fase pré-Marshall²⁶.

Em 1800, o então Presidente John Adams indica John Marshall para *Chief Justice* da Suprema Corte. Inobjetavelmente, a assunção (e atuação) de Marshall como *Chief Justice* alçou a Suprema Corte a um *status* e prestígio institucional no cenário político norte-americano não verificado até aquele momento²⁷, sobretudo após seu voto magistral em *Marbury vs. Madison*, em 1803²⁸. E esse protagonismo se deu muito em função da forma de deliberação da Corte adotada por Marshall.

²⁴ KELSH, John P. The Opinion Delivery Practices Of The United States Supreme Court 1790-1945. In.: *Washington Law Review*, Vol 77, Issue 1, 1999, p. 140.

²⁵ Há diversos autores que afirmam que o *seriatim* foi o procedimento de deliberação adotado pela Suprema Corte americana na fase pré-Marshall, entre 1790 a 1800. Nesse sentido, cf. HOCHSCHILD, Adam S. *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective*, Vol 4, 2000, p. 263; GERBER, Scott Douglas. *The Supreme Court before John Marshall*. New York: NYU Press, 1998.

²⁶ KELSH, John P. *Op. Cit.*, p. 140.

²⁷ OLKEN, Samuel L. Chief Justice John Marshall in Historical Perspective. In.: *The John Marshall Law Reviews*, Vol 31, 1997, p. 137-38.

²⁸ U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Com efeito, o *Chief Justice* Marshall abandonou a *seriatim opinions* e introduziu a *Opinião da Corte* (*Opinion of the Court*), convicto de que a *voz unificada* fortaleceria o poder e a dignidade da Corte²⁹. De acordo com Adam Hochschild, essa nova diretriz institucional estava alicerçada em dois pilares principais – *ideologia* e *eficiência*³⁰. Além disso, Marshall pretendia incutir maior confiança do público nas decisões da Suprema Corte e, em consequência, permitir que ela cumprisse a pauta política federalista.

Iniciava-se, assim, uma nova forma de deliberação caracterizada por anunciar os resultados dos julgamentos da Corte em uma opinião singular, em regra exarada pelo *Chief Justice*, a qual deveria expressar a aquiescência de todos os seus integrantes³¹. Como bem pontuou Karl ZoBell, “*pela primeira vez, a Corte, enquanto unidade judicial, comprometeu-se com uma opinião – uma ratio decidendi – em amparo de seus julgamentos*”³². Conhecido como *per curiam*³³, esse procedimento de votação era utilizado para espelhar decisões incontroversas, sem discordâncias e que não reclamavam opiniões substantivas por parte da Corte³⁴.

A nova prática, porém, sofreu críticas. John Major Shirley a denominou de “*prática viciosa*”³⁵. Thomas Jefferson, a seu turno, falava em “*elaborar opiniões no conclave*”, o que poderia “*gera[r] suspeitas de que algo*

²⁹ ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, Vol 14, 1951, p. 969 *apud* MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions. In.: *American Bar Association Journal*, Vol 38, 1952, p. 821.

³⁰ Para o *Justice* campeão de autorrestricção judicial Felix Frankfurter, a Suprema Corte abandonou o sistema de cotação *seriatim* para imprimir maior eficiência em seus pronunciamentos, notadamente pelo aumento da carga de trabalho da Corte, que “*impossibilitava a precoce e saudável prática, segundo a qual os juízes expressavam suas opiniões individuais*” (excerto de seu voto concorrente em *Graves vs. People of State of New York* (306 U.S. 466, 487 (1939))). Em compreensão similar, cf. HOCHSCHILD, Adam S. *Op. Cit.*, p. 268.

³¹ *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 1307. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

³² ZoBELL, Karl M. *Op. Cit.*, p. 193.

³³ Etimologicamente, a expressão *per curiam* vem do latim e significa “pela corte” (*By the Court*). Foi utilizada pela primeira vez no caso *Mesa vs. United States*, julgado pela Suprema Corte americana em 1862. Laura Krugman Ray, todavia, afirma que o primeiro uso do termo ocorreu em *West vs. Brashear* (131 U.S. app. at lxvi (1839)), julgado em 1839, mas que somente foi publicado cinquenta anos mais tarde no Apêndice do Volume 131 como um dos “*Casos Omitidos Agora Registrados na Íntegra*”. Cf. RAY, Laura Krugman. The Road to Bush v. Gore: The History of the Supreme Court’s Use of the Per Curiam Opinion. In.: *Nebraska Law Review*, Vol 79, 2000, p. 522.

³⁴ WASBY, Stephen L.; PETERSON, Steven; SCHUBERT, James; SCHUBERT, Glendon. The Per Curiam Opinion: Its Nature and Functions. In.: *Judicature*, Vol 76, 1992.

³⁵ SHIRLEY, John Major. *Dartmouth College Causes and The Supreme Court of The United States*. Chicago: G. I. Publisher, 1895, p. 310.

*passa que tema o ouvido público*³⁶. James Madison também criticou abertamente o abandono do sistema *seriatim*³⁷. Não obstante, a regra da unanimidade de Marshall prevaleceu por mais de um século, com poucos votos concorrentes e dissidentes³⁸.

Duas curiosidades da adoção dessa nova metodologia. A *primeira* é que ela não impôs a superação, por completo, do sistema *seriatim* de votação. De fato, em cinco casos, o *Chief Justice* se absteve ou se recusou a proclamar o resultado, o que levou a Corte a deliberar no formato de votação em série³⁹. A *segunda* é que o novo modelo não impedia a prolação de juízos divergentes. A veiculação de votos concorrentes ou dissidentes não ocorria por serem extremamente raras no início da Corte Marshall⁴⁰.

A propósito, o *Associate Justice* Samuel Chase, que havia sido um dos juízes mais ativos na era pré-Marshall, proferiu, em 1804, um voto concorrente em *Head & Amory vs. Providence Ins. Co*⁴¹. No mesmo ano, Thomas Jefferson nomeia para Suprema Corte William Johnson – o primeiro republicano jeffersoniano a assumir uma cadeira numa Suprema Corte dominada por federalistas. No ano seguinte, em *Huidekoper's Lessee vs. Douglass*⁴², Johnson, o *Grande Dissidente*, emitiu um voto separado concorrente, por divergências

³⁶ JEFFERSON, Thomas. *Letters and others writings of Thomas Jefferson*, Vol 12, Letters of March to Judge William Johnson, 1823. Disponível em <http://oll.libertyfund.org/titles/jefferson-the-works-vol-12-correspondence-and-papers-1816-1826>. Acessado em 08 de outubro de 2018. No mesmo sentido: “I rejoice in the example you set of *seriatim* opinions. I have heard it often noticed, and always with high approbation. Some of your brethren will be encouraged to follow it occasionally, and in time, it may be felt by all as a duty, and the sound practice of the primitive court be again restored. Why should not every judge be asked his opinion, and give it from the bench, if only by yea or nay? Besides ascertaining the fact of his opinion, which the public have a right to know, in order to judge whether it is impeachable or not, it would show whether the opinions were unanimous or not, and thus settle more exactly the weight of their authority.”

³⁷ MADISON, James. *Letters and others writings of James Madison*, Vol 3, 1867, p. 327: “I agree entirely with you on the subject of *seriatim* opinions by the Judges, which you have placed in so strong a light in your letter do Judge Johnson, whose example, it seems, is in favor of the practice. An argument addressed to others, all of whose dislikes to it are not known, may be a delicate experiment.”

³⁸ Alguns *Justices*, todavia, se notabilizaram, sob o prisma histórico e jurisprudencial, por suas opiniões dissidentes nesse período, como William Johnson (1804-1834), Benjamin R. Curtis (1851-1857), John Marshall Harlan (1877-1911) e Oliver Wendell Holmes (1902-1932). Sobre os *Dissenting Justices*, cf. ZOBELL, Karl M. *Op. Cit.*, p. 195-203.

³⁹ KELSH, John P. *Op. Cit.*, p. 144. Os casos foram: *Randolph v. Ware*, 7 U.S. (3 Cranch) 503, 513 (1806); *United States v. Heth*, 7 U.S. (3 Cranch) 399, 414 (1806); *Marine Ins. Co. v. Tucker*, 7 U.S. (3 Cranch) 357, 384 (1806); *Marine Ins. Co. v. Wilson*, 7 U.S. (3 Cranch) 187, 191 (1805); *Lambert's Lessee v. Paine*, 7 U.S. (3 Cranch) 97, 117 (1805)

⁴⁰ *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. *Op. Cit.*, p. 1307. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁴¹ 6 U.S. (2 Cranch) 127, 169 (1804).

⁴² 7 U.S. (3 Cranch) 1, 72 (1805).

substanciais das razões manifestadas pela Corte⁴³. Em *United States vs. Fisher*⁴⁴, Bushrod Washington manifestou a primeira opinião divergente da Corte Marshall, sem produzir modificações substanciais na forma de deliberação *per curiam*, em especial porque, nos dois anos seguintes, verificaram-se apenas duas dissidências⁴⁵.

Os votos dissidentes passaram a ser frequentes, no entanto, a partir de 1808. Naquele ano, aumentou o número de votos apartados na Suprema Corte. Em 1809 e 1810, esse ligeiro aumento prosseguiu. Em 1809, William Johnson prolatou votos separadamente em 6 (seis) oportunidades e Henry Brockholst Livingstone produziu voto concorrente em uma⁴⁶. Apesar disso, até o início dos anos 1900, as divergências publicadas giravam em torno de 15% a 20% dos casos julgados, sendo que em boa parte dos anos não ultrapassou 10%.

A partir de 1905, verifica-se o declínio da “*norma de consenso*” (*Consensus Norm*), iniciando-se uma nova fase no procedimento de deliberação na Suprema Corte⁴⁷. O motivo para a mudança se deu em decorrência da quantidade significativa de votos dissidentes, quer por ter se tornado uma prática recorrente entre os *Justices*, quer pelo protagonismo institucional assumido pela Suprema Corte americana no deslinde de diversas controvérsias políticas e sociais⁴⁸.

Com a assunção do *Chief Justice* Harlan Fiske Stone, em 1941, a longa prática da “*norma de consenso*” foi abandonada “*tão abruptamente como começou*”⁴⁹. Passou-se a adotar um modelo que a *Justice* Ruth Bader Ginsburg

⁴³ ZoBELL, Karl M. *Op. Cit.*, p. 195.

⁴⁴ 6 U.S. (2 Cranch) 358, 397 (1805).

⁴⁵ Cf. KELSH, John P. The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945. *Op. Cit.*, p. 147: “*This count includes only cases in which there is a majority opinion for the Court and does not include seriatim opinions*”. Para além desses casos, houve duas dissidências, em 1806, quando William Paterson dissentiu em *Simms & Wise vs. Slacum* (7 U.S. (3 Cranch) 300, 309 (1806)) e, em 1807, quando William Johnson Jr. divergiu em *Ex parte Bollman* (8 U.S. (4 Cranch) 75, 101 (1807)).

⁴⁶ Segundo levantamento de Evan A. Evans, o número de votos divergentes e concorrentes na Suprema Corte, entre 1789 e 1829, foi de apenas 15,71%. Cf. EVANS, Evan A. Dissenting Opinion-Its Use and Abuse. In.: *Missouri Law Review*, Vol 3, April 2, 1938, p. 139.

⁴⁷ *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 1310. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁴⁸ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *Op. Cit.*, p. 84.

⁴⁹ HENDERSON, M. Todd. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent. In.: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, nº. 363, 2007, p. 33. Disponível em

denominou de “*middle way*”⁵⁰. Há fatores político-atitudinais que explicam esse novo paradigma. John Kelsh elenca três. Em *primeiro*, os *Justices* ampliaram o universo de casos em que o dissenso era reputado como legítimo (e.g., casos considerados importantes, que tinham consequências práticas relevantes, em que a maioria ignorava a *stare decisis* ou que simplesmente discordavam). Em *segundo*, os *Justices* que compuseram a Suprema Corte entre 1864 (início da *Taney’s Court*) até 1940 (fase pré-Harlan Stone) tinham uma tendência de enxergar o Tribunal mais atomizado, e menos como unidade, circunstância que tornou mais frequente a manifestação individual e a formação de blocos ideológicos distintos. Em *terceiro*, passou-se a conceber os *dissidentes* como fonte legítima e importante do direito, com *justices* distinguindo os casos unânimes dos não unânimes, bem como se verificou uma maior quantidade de citações a votos dissidentes e inúmeras divergências foram escritas⁵¹.

Há, ainda, aqueles que creditam o fim da regra do consenso à liderança do *Chief Justice* Harlan Stone, que, de um lado, “*era inefetivo enquanto líder*”, bem como foi o primeiro *Chief Justice* a acreditar “*unanimidade imposta não era virtude para desenvolver o direito*”⁵². Com efeito, sua personalidade não apenas tolerava como também estimulava a prolação de votos divergentes entre seus pares. Além disso, possuía um *background* teórico (foi o primeiro acadêmico a assumir o posto de *Chief Justice*), que favorecia debates mais francos e abertos, perfil manifestado desde seu período como *Associate Justice*, e que fora mantido em sua gestão como *Chief Justice*⁵³. Arelado a isso, os *Justices* indicados pelos Presidentes Franklin Roosevelt e Harry Truman, que integraram a Corte Stone, tinham pouca experiência institucional no Judiciário. Apenas Wiley Rutledge fora juiz de Corte de Apelação por um curto período de

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics. Acessado em 08 de outubro de 2018. De acordo com John Kelsh, em 1947, os dissensos chegaram a 86%. Cf. KELSH, John P. *Op. Cit.*, p. 176.

⁵⁰ GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. In.: *New York Law Review*, Vol 67, December 1992, p. 1189-1190.

⁵¹ KELSH, John P. The Opinion Delivery Practices Of The United States Supreme Court 1790-1945. *Washington Law Review*, Vol 77, Issue 1, 1999, p. 161.

⁵² WALKER, Thomas G.; EPSTEIN, Lee; DIXON, William J. On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court. In.: *Journal of Politics*, Vol 50, 1988, p. 379 e 384.

⁵³ *Idem*.

três anos⁵⁴, o que ensejou uma ausência de deferência às “tradições do não dissenso, comuns em tribunais de apelação”⁵⁵.

Outros fatores dignos de nota foram: (i) a virada jurisprudencial de *Lochner* com a consolidação da política do *New Deal*, que emprestou maior foco para a tutela de direitos e liberdades civis em detrimento da liberdade econômica e contratual⁵⁶; (ii) a edição do *Judiciary Act* (popularmente conhecido como *Judge’s Bill*), em 1925, que franqueou ampla discricionariedade para a Suprema Corte definir sua agenda, sob o prisma quantitativo e qualitativo, limitando consideravelmente as hipóteses de jurisdição obrigatória. Com essa discricionariedade, o Tribunal passou a escolher casos mais espinhosos e controversos, os quais, em consequência, geravam mais dissenso entre seus membros⁵⁷; (iii) a *canonização* de algumas dissidências manifestadas em processos anteriores, como os votos de Oliver Wendell Holmes em *Lochner v. New York*⁵⁸ e de Louis Brandeis em *New State Ice Co. v. Liebmann*⁵⁹, que se tornaram entendimento majoritário e não representaram qualquer mácula na reputação individual dos *Justices*, (iv) a modificação de público da Suprema Corte, constatada nos anos 30 e 40 do século passado, que sofreu uma “mudança dramática (...) de litigantes ao público jurídico em geral, incluindo professores de direito”⁶⁰. Os acadêmicos tinham maior propensão para aceitar dissensos do que operadores práticos do direito, de modo que esse engajamento

⁵⁴ Foram nomeados políticos como Hugo Black, acadêmicos como Felix Frankfurter e burocratas do *New Deal* como Stanley Reed. Sobre o tema, cf. *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 1313, nota de rodapé 52. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁵⁵ WALKER, Thomas G.; EPSTEIN, Lee; DIXON, William J. *Op. Cit.*, p. 374.

⁵⁶ *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 1313. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁵⁷ Esta hipótese é considerada por Stephen Halpern e Kenneth Vines como a causa primeira do aumento da quantidade de dissensos na Suprema por HALPERN, Stephen; VINES, Kenneth. *Institutional Disunity, The Judges’ Bill and the Role of the Supreme Court*. In.: *The Western Politics Quarterly*, Vol 30, Issue 4, 1977, p. 481.

⁵⁸ 198 U.S. 45 (1905). Interessante registrar que a primeira citação judicial da dissidência de Holmes data de 1948, no caso *Winter vs. New York*, quando a doutrina liberal econômica sedimentada em *Lochner* já havia sido desacreditada em 1937, no caso *West Coats Hotel Co. vs. Parrish* (300 U.S. 379, 400 (1937)) e totalmente superada no ano seguinte, em *United States vs. Carolene Products Co.* (304 U.S. 144, 152 (1938)). Cf. KRISHNAKUMAR, Anita S. *On the Evolution of the Canonical Dissent*. In.: *Rutgers Law Review*, Vol 52, 2000, p. 781.

⁵⁹ 285 U.S. 262 (1938). Tal como em *Lochner*, a primeira menção ao voto dissidente em *Liebman* ocorreu anos mais tarde, em 1947, no caso *Fay v. New York* (332 U.S. 261, 296 (1947)).

⁶⁰ GUINIER, Lani. *The Supreme Court, 2007 Term. Foreword: demonsprudence through dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 122, 2008, p. 129.

entre academia e Corte “*garan[ia] que os votos divergentes não fossem esquecidos*”⁶¹; (v) a ascensão do realismo jurídico, que trouxe novas questões para dentro do debate jurídico, com a “*política se imiscuindo no direito pela primeira vez*”⁶²; e (vi) a legitimidade democrática das decisões, uma vez que a divergência seria um apanágio das Cortes existentes em sociedades livres, que refletiria, a um só tempo, o próprio dissenso verificado entre seus membros e o livre exercício da expressão de cada um deles⁶³.

A última fase data de 1957 e vai até os dias atuais. Trata-se de período marcado pela *colegialidade e a dissidência respeitosa* (“*respectful dissenting*”)⁶⁴. Ele se caracteriza pela cordialidade e o respeito daqueles que proferem opiniões divergentes e pela preocupação com a construção de um discurso que fortaleça institucionalmente a Corte⁶⁵. Os *Justices* William Brennan e Tom C. Clark, em 1957, ao divergirem em *La Buy v. Howes Leather Co.*⁶⁶ e *Roviaro v. United States*⁶⁷, foram precursores do *dissenso respeitoso*. Todavia, foi Charles Evan Whittaker, indicado pelo Presidente Eisenhower em 1957, quem verdadeiramente endossou a prática. Com efeito, Whittaker foi responsável por sete das onze dissidências respeitosas durante seu curto período de cinco anos na Corte⁶⁸. Na atual Corte Roberts, o dissenso respeitoso é o discurso

⁶¹ Nesse período, foram nomeados três acadêmicos para a Suprema Corte – Douglas, Frankfurter e Stone, professores egressos, respectivamente, de Yale, Harvard e Colúmbia. *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 1315. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁶² HENDERSON, M. Todd. *From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*. In.: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, nº. 363, 2007, p. 44. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics. Acessado em 08 de outubro de 2018.

⁶³ Justice William Douglas já advertia que “[d]isagreement among judges is as true to the character of democracy as freedom of speech itself.” DOUGLAS, William O. *The Dissent: a safeguard of democracy*. In.: *Journal of the America Judicature Society*, Vol 32, 1948, 104.

⁶⁴ *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 1317 e ss. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁶⁵ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *Op. Cit.*, p. 86.

⁶⁶ 352 U.S. 249 (1957): “*Insofar as the Court approves this error, I must respectfully dissent*” (Excerto do voto dissidente de Brennan).

⁶⁷ 353 U.S. 53 (1957). ““*Feeling as I do that the opinion of the Court seriously . . . undermines a long-standing policy[,] . . . I respectfully dissent*” (Excerto do voto dissidente de Clark).

⁶⁸ Eis os casos: *James v. United States* (366, U.S. 213 (1961)): “*Since the prevailing opinion reaches an opposite conclusion, I must respectfully dissent from that holding...*”; *Mich. Nat’l Bank v. Michigan* (365 U.S. 467 (1961)): “*I respectfully but resolutely dissent*”; *Northwestern Cement Co. v. Minnesota* (358 U.S. 450 (1959)): “*I respectfully dissent*”; *Byrd v. Blue Ridge Rural Elec. Coop., Inc.* (356 U.S. 525 (1958)): “*I therefore respectfully dissent from part II of the opinion*”; *Denver Union Stock Yard Co. v. Producers Livestock Mktg. Ass’n* (356 U.S. 282 (1958)): “*I respectfully dissent*”; *City of Detroit v. Murray Corp. of Am.*

predominante, manifestando-se em aproximadamente 70% dos pronunciamentos individuais entre 2005 e 2009⁶⁹.

O relato acima demonstra que diversas variáveis explicam a mudança no procedimento de deliberação na Suprema Corte ao longo dos anos. Pressões políticas, visões particulares sobre justiça dos *Justices*, reformulações no marco normativo para a seleção de casos submetidos à jurisdição da Corte, personalidade do *Chief Justice*, ausência de disciplina constitucional sobre o assunto etc. são alguns dos elementos que contribuem para a adoção de determinado modelo em dado momento histórico. Aludido diagnóstico apenas reforça que instituições são pensadas e repensadas à luz das características de cada contexto político, histórico e social, inexistindo, bem por isso, modelo perfeito e acabado. Passa-se, a seguir, a examinar o modelo deliberativo do Conselho Constitucional francês.

FRANÇA

O Conselho Constitucional francês adota o modelo institucional como forma de deliberação, o qual proíbe a publicização de votos particulares (*i.e.*, concorrentes e divergentes), “*obedecendo ao interesse (leia-se dever) que possuem os próprios membros do Conselho Constitucional em não provocar a fragilização do órgão*”⁷⁰.

De acordo com Francisco Tortolero Cervantes, esta intenção se harmoniza com três aspectos singulares: em *primeiro*, o contencioso constitucional é tradicionalmente compreendido como uma etapa do processo legislativo, e não como uma instância judicial autônoma, responsável por arbitrar os conflitos surgidos. Em *segundo*, a necessidade de alcançar acordos em cada uma das decisões ocasionou maior harmonia entre os membros da Corte. E, em *terceiro*, os “*juízes*” da Corte Constitucional estão submetidos ao dever de sigilo, imposto, indistintamente, a todos os funcionários da administração⁷¹. Como bem

(355 U.S. 489 (1958)): “*I respectfully dissent*”; *United States v. City of Detroit* (355 U.S. 466 (1958)): “*I respectfully dissent*”.

⁶⁹ *From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent*. In.: *Harvard Law Review*, Vol 134, Num 5, March 2011, p. 132. Disponível em https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2018.

⁷⁰ CERVANTES, Francisco Tortolero. *Op. Cit.*, p. 359-350.

⁷¹ CERVANTES, Francisco Tortolero. *Loc. Cit.*

pontua Rafael Koatz, “a simples possibilidade de divulgação de votos concorrentes e divergentes pelo Tribunal gera, entre os franceses, enormes perplexidades, as quais podem ser remetidas à própria concepção de função judicial advinda da ideia de separação de poderes”⁷².

Não obstante, existe uma tendência interna à introdução de maior transparência no procedimento de deliberação do Conselho Constitucional francês. Ao abordar o ponto, Francisco Tortolero Cervante pontuou⁷³:

Fue así como, a iniciativa del Presidente del Consejo Robert Badinter, las observaciones efectuadas por el Secretario General del Gobierno dentro de los procesos constitucionales son publicadas en el Periódico Oficial, y esto, desde 1994. Más tarde, en 2001, el propio Consejo se pronunció sobre la secrecía de los registros verbales que se guardan al cabo de cada deliberación. Sobre la base del art. 56 de la Ordenanza de 1959, relativa a la emisión de criterios generales aplicables al funcionamiento interno de este Consejo, el pleno estimó que la Ley de 3 de enero de 1979 (relativa a la consulta pública de archivos) debía ser interpretada de manera extensa. De esta manera, los archivos del Consejo constitucional podrían ser abiertos antes del plazo normal de 99 años, cuya duración tiene que ver con el plazo genérico en que la Administración francesa debe mantener en secreto la documentación relativa a su funcionamiento ordinario. El criterio así adoptado por el Consejo implicaba reducir este plazo a 60 años (de ahí que en lugar de tener que esperar hasta el año 2058, será en el año 2019 que se podrán consultar, progresivamente, los argumentos incluidos en los registros o comptes rendues que se fueron expresando en las sesiones de este órgano constitucional desde 1959). De esta forma, los interesados podrán conocer todos los pormenores de los debates judiciales, y el tribunal francés se podrá distinguir (incluso respecto de la Corte Suprema de Estados Unidos) por difundir todas las actuaciones, no obstante que el sentido de la información entonces recabada implique un contenido diametralmente opuesto, sobre todo en lo que toca a su oportunidad.

⁷² O autor menciona ainda interessante troca de correspondências entre B. Ducamin, então Presidente da Seção de Finanças do Conselho Constitucional francês, e a Justice Ruth Bader Ginsburg da Suprema Corte americana, em 1989. Após encaminhar ao seu colega francês cópia de uma decisão que contou com votos divergentes, Ginsburg recebeu a carta de resposta com uma manifestação surpresa acerca da forma de deliberação adotada nos Estados Unidos, destacando que decisões judiciais não devem envolver debates de cunho acadêmico, mas devem ser “concisas e precisas”. Cf. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *Op. Cit.*, p. 73.

⁷³ CERVANTES, Francisco Tortolero. *Op. Cit.*, p. 353-354.

Em verdade, a concepção jurídica francesa sinaliza que o adequado funcionamento do Conselho Constitucional pressupõe o *hermetismo* de suas deliberações⁷⁴, bem como o ceticismo histórico em relação ao papel dos juízes, ligados que foram ao *Ancien Régime*. Além disso, o sigilo das votações do Conselho impõe celeridade no atingimento do produto final. Consoante mencionado, a fiscalização da constitucionalidade das leis na França ocorre, predominantemente, na forma *preventiva*, de maneira que a deliberação sigilosa se justificaria, também, como expediente de desincentivo à mora do pronunciamento.

ITÁLIA

A Corte Constitucional italiana, tal como a França, adota o modelo institucional como procedimento de deliberação, proscovendo a publicação de votos concorrentes ou dissidentes entre seus pares. Há diferentes justificativas para essa proibição. Para Augusto Cerri, “a tradição jurídica [daquele país] não contempla esse instituto considerado não favorável à autoridade da decisão”⁷⁵. Vittorio Denti, por sua vez, afirma que a interdição derivaria do modelo francês⁷⁶.

Indigitado modelo foi implementado em 1956, ano da instalação da Corte Constitucional, com a edição de suas “*Normas Interpretativas*” para os seus julgamentos. Ao comentar tais regras, o jurista italiano Vittorio Denti pontua que a regra da colegialidade das motivações das decisões judiciais justifica a autolimitação do Tribunal em disciplinar a forma de seus próprios pronunciamentos⁷⁷.

Ao que parece, a Corte Constitucional entendeu que o procedimento de deliberação se encontra em sua prerrogativa de auto-

⁷⁴ VEDEL, Georges. Préface. In: ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 5^e éd., Paris: Montchrestien, 1999, p. 9. *Apud* CERVANTES, Francisco Tortolero. *Op. Cit.*, p. 359-350.

⁷⁵ CERRI, Augusto. Corso de Giustizia Costituzionale Plurale. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 81. Do original: “*Un tema largamente discusso è quello dell’introduzione di un’opinione dissenzienti (o concorrente) nella motivazione delle sentenze della Corte Costituzionale. La tradizione giuridica unitaria del nostro paese non contempla questo istituto, ritenuto non favorevole all’autorità della decisione*”.

⁷⁶ DENTI, Vittorio. Per il ritorno al ‘voto di scissura’ nelle decisioni giudiziarie. In: MORTATI, Costantino (Org.). “Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali”. Milano: Giuffrè, 1964.

⁷⁷ DENTI, Vittorio. *Op. Cit.*, p. 436.

organização de seus trabalhos, motivo por que se afiguraria possível a limitação de publicação de votos individuais – concorrentes ou dissidentes. Noutros termos, referida vedação não decorreria da interpretação do conteúdo jurídico de determinado princípio (e.g., independência judicial), mas, ao revés, cuida-se de *decisão sobre como decidir* (i.e., metadecisão).

Perfilhando similar entendimento, o jovem constitucionalista Rafael Koatz consigna que, “*embora não se possa extrair do princípio da independência judicial uma regra de proibição de divulgação de votos individuais, nada impede que o próprio Tribunal escolha para si um modelo de deliberação que vede a divulgação de votos concorrentes e dissidentes como, de fato, o fez*”, razão por que, “[p]ara o Tribunal, o poder de decidir sobre o processo de deliberação é da própria Corte”⁷⁸.

Sem prejuízo disso, a própria Constituição italiana de 1947 engendrou uma espécie de válvula de escape para eliminar as tensões provocadas pelo sistema de sigilo das votações da Corte Constitucional, de maneira a outorgar ao seu Presidente a faculdade de pronunciar-se em nome do colegiado em certas ocasiões, conhecida como *estarnazione*⁷⁹. Na Itália, portanto, vigeu o *hermetismo decisório* nos primeiros anos de funcionamento de sua Corte Constitucional.

Todavia, verificou-se no decorrer dos anos uma espécie de mitigação do modelo institucional de deliberação da Corte. Eis a razão: os magistrados da Corte Constitucional começaram a utilizar expedientes informais e não-institucionais para apresentar seus fundamentos e suas conclusões, notadamente nos casos de maior repercussão política.

Na década de 60 do século passado, os veículos de imprensa italianos passaram a colher e a divulgar os votos divergentes e dos quais se poderia extrair alternativas hermenêuticas ao pronunciamento majoritário final da

⁷⁸ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *Op. Cit.*, p. 79.

⁷⁹ Cuida-se de atribuição confiada ao Presidente da República e ao Presidente da Corte Constitucional, de ordem a representar o poder diretivo constitucional das instituições (poder de *indirizzo costituzionale*). Na praxis institucional, o Presidente do Tribunal dava uma entrevista anual para esclarecer as diretrizes interpretativas do Tribunal no ano anterior. Sobre o tema, cf. AINIS, M. *Dizionario Costituzionale*. Bari: Laterza Edizioni, 2000, pp. 186-188. As conferências podem ser consultadas no sítio da Corte Constitucional italiana (<https://www.cortecostituzionale.it/>).

Corte. Ilustrativamente, em 1968, o Presidente da Corte Aldo Mazzini Sandulli concedeu uma entrevista ao periódico *L'Astrolabio*. No ano seguinte, o então Presidente Giuseppe Branca, sucessor no cargo de Aldo Sandulli, declarou sua posição acerca da inconstitucionalidade das disposições anti-greve do Código Penal italiano. Já Vezio Crisafulli fez uma crítica bastante contundente à decisão da Corte Constitucional em temática alusiva à regionalização. Não obstante, sempre houve consenso a respeito da necessidade de manter-se o caráter sigiloso das deliberações do Tribunal⁸⁰.

Mais recentemente (final do século XX), parcela significativa da comunidade jurídica italiana passou a advogar a divulgação dos votos dissidentes. Em 1993, foi realizado um seminário na Corte Constitucional, cujo propósito era discutir a existência (ou não) de normas que obstariam a introdução do instituto, a conveniência e a forma de eventual adoção (*i.e.*, se por intermédio de reforma constitucional, de legislação ordinária ou de autorregulação da Corte Constitucional em suas *Normas Interpretativas*)⁸¹.

Das conclusões do evento, elaborou-se um anteprojeto de alteração das *Normas Interpretativas*, no bojo do qual se autorizava a publicação de votos dissidentes proferidos (no caso, apenas uma declaração anônima de divergência). A Corte Constitucional, no entanto, rejeitou, por maioria, a proposta em sessão administrativa em 2002⁸², de modo que a publicização dos votos particulares permanece vedada.

⁸⁰ Todas essas informações, constante de CERVANTES, Francisco Tortolero. *Op. Cit.*, p. 353. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf> Acessado em 24 de setembro de 2018.

⁸¹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *Op. Cit.*, p. 77.

⁸² Dois foram os votos vencidos: do Presidente Gustavo Zagrebelsky e do juiz Valerio Onida. De acordo com Rafael Koatz, *Op. Cit.*, p. 77, parcela significativa da doutrina constitucional italiana pugna pela divulgação dos votos dissidentes. Nesse sentido, CELOTTO, Alfonso. *La Corte costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2004; DENTI, Vittorio. Per il ritorno al “voto di scissura” nelle decisioni giudiziarie. In: MORTATI, Costantino (Org.). *Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali*. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 13; AMATO, Giuliano. Osservazioni sulla dissenting opinion. In: MORTATI, Costantino (Org.). *Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali*. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 25.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE A EXPERIÊNCIA COMPARADA TEM A NOS ENSINAR?

O cenário de fundo em que se ambienta o presente estudo é a ascensão institucional experimentada pelos Tribunais Constitucionais e das Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. Essa proeminência, como se demonstrou, procedeu a modificações substanciais na concepção tradicional de divisão de funções entre os poderes, redimensionando seu papel no arquétipo constitucional, na medida em que se verifica uma transferência, paulatina e progressiva, do *locus* decisório das arenas políticas majoritárias (*i.e.*, poderes Legislativo e Executivo) para o Judiciário – em especial para seus órgãos de cúpula.

Demandas fundamentais da sociedade, muitas delas eivadas de alta voltagem política e social (*i.e.*, judicialização da vida), são levadas à apreciação do Judiciário, circunstância que, para o mal ou para o bem, colocam na ordem do dia os pronunciamentos das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais. Como natural, esse protagonismo traz algumas consequências. Há, decerto, a superexposição do Judiciário, em geral, e dos seus órgãos de cúpula, em particular, que se tornam objetos de críticas por parte da sociedade e da opinião pública. Cai por terra também o mito do insulamento das instâncias judiciais, compreensão que sempre serviu de justificativa teórica para maior grau de intervenção judicial em certos assuntos. Dado que os membros do Judiciário não são eleitos e não são responsivos à vontade popular soberana, ficariam albergados de influências e ingerências de fatores externas, notadamente políticos, razão por que poderiam tomar decisões com amplo feixe de autonomia e de liberdade.

Todas essas contingências reclamam a necessidade de identificar e de examinar todos os aspectos mais relevantes dos desenhos institucionais dessas Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais (*e.g.*, relações interinstitucionais, legitimidade democrática das decisões, forma de investidura dos membros, capital institucional etc.). Neste singelo ensaio, buscou-se analisar uma dessas características: sistematizar os principais procedimentos de deliberação adotados por Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, apresentando, de forma panorâmica, os traços que os

singularizam, bem como suas vantagens e desvantagens. Em termos específicos, foram analisados três países: Estados Unidos, França e Itália.

Esse sucinto panorama pode, em alguma medida, contribuir para a construção de um *diálogo* entre as diferentes experiências deliberativas levadas a efeito por Supremas Cortes e a práxis institucional brasileira. Mediante esse cotejo, será possível extrair os pontos de acerto e desacerto, bem assim as disfunções existentes no procedimento de votação do Supremo Tribunal Federal, para, se for o caso, aperfeiçoarmos nosso sistema deliberativo.

Duas notas finais. A construção e o aperfeiçoamento de instituições democráticas são laboratórios. Modelos democráticos devem ser pensados, testados, avaliados e, se necessários, reformulados, sob pena de não atingirmos patamares elevados de eficiência institucional. É ciente disso que devemos sempre analisar as redes de incentivos e buscar aprimorá-las. E isso não pode ser diferente com o Supremo Tribunal Federal. Na qualidade de órgão de cúpula do Poder Judiciário, e como *player* central em nossa engenharia democrática, deve estar em constante análise e, bem por isso, submeter-se ao escrutínio permanente da sociedade civil e da academia.

Com efeito, os itens anteriores demonstraram a inexistência de modelos ótimos, perfeitos e inacabados. Todos os arranjos possuem vantagens e desvantagens. Eis a primeira consequência: a opção por qualquer deles se situa no amplo espectro de discricionariedade político-legislativa quando da formulação de marcos normativos. A segunda consequência é de humildade institucional: o fato de inexistirem sistemas ótimos não endossa a manutenção do nosso modelo atual.

É preciso, portanto, iniciar o debate acadêmico a respeito da temática, o que exige uma boa dose de autorreflexão, comparar as características de cada regime com o brasileiro e sopesar os benefícios e prejuízos, em termos institucionais, da adoção de qualquer um deles.

REFERÊNCIAS

AINIS, M. Dicionario Costituzionale. Bari: Laterza Edizioni, 2000.

AMATO, Giuliano. Osservazioni sulla dissenting opinion. In: MORTATI, Costantino (Org.). Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1964.

BARAK, Aharon. The Judge in a democracy. Princeton University Press: New Jersey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-poli%CC%81tica-no-Brasil-contempora%CC%82neo_Lui%CC%81s-Roberto-Barroso.pdf.

BREST, Paul; LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack; AMAR, Akhil Reed. Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials. New York: Aspen Publishers, 2000.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. Dimensões do ativismo judicial no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CELOTTO, Alfonso. La Corte costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2004.

CERRI, Augusto. Corso de Giustizia Costituzionale Plurale. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

CERVANTES, Francisco Tortolero. El Secreto de las deliberaciones judiciales a debate. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art17.pdf>.

DENTI, Vittorio. Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie. In: MORTATI, Costantino (Org.). "Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali". Milano: Giuffrè, 1964.

DOUGLAS, William O. The Dissent: a safeguard of democracy. In.: Journal of the America Judicature Society, Vol 32, 1948.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, Vol 14, 1951.

EVANS, Evan A. Dissenting Opinion-Its Use and Abuse. In.: Missouri Law Review, Vol 3, April 2, 1938.

FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FIX-ZAMÚDIO, Hector. Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. In.: Texas Law Review, Vol. 84 (2), 2005.

From Consensus to Collegiality: the origins of the “respectful” dissent. In.: Harvard Law Review, Vol 134, Num 5, 2011.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In.: SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. Madrid: Civitas, 2004.

GERBER, Scott Douglas. The Supreme Court before John Marshall. New York: NYU Press, 1998.

GINSBURG, Ruth Bader. The Role of Dissenting Opinions. Disponível em http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/06/Ginsburg_MLR.pdf.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. In.: New York Law Review, Vol 67, December 1992.

GUERRA, Otto Marroquín. El Magistrado Constitucional. In: Revista de Derecho (Latin America Journals Online), nº 8 (2004). Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>.

HALPERN, Stephen; VINES, Kenneth. Institutional Disunity, The Judges’ Bill and the Role of the Supreme Court. In.: The Western Politics Quarterly, Vol 30, Issue 4, 1977.

HENDERSON, M. Todd. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent. In.: John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, nº. 363, 2007. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, Vol 4, 2000.

JEFFERSON, Thomas. Letters and others writings of Thomas Jefferson, Vol 12, Letters of March to Judge William Johnson, 1823.

KELSH, John P. The Opinion Delivery Practices Of The United States Supreme Court 1790-1945. In.: Washington Law Review, Vol 77, Issue 1, 1999.

KRISHNAKUMAR, Anita S. On the Evolution of the Canonical Dissent. In.: Rutgers Law Review, Vol 52, 2000.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. DELIBERAÇÃO E PROCEDIMENTO NO STF: Uma proposta de reinvenção. Tese de doutorado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

MADISON, James. Letters and others writings of James Madison, Vol 3, 1867.

MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions. In.: American Bar Association Journal, Vol 38, 1952.

MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.) Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLKEN, Samuel L. Chief Justice John Marshall in Historical Perspective. In.: The John Marshall Law Reviews, Vol 31, 1997.

RAY, Laura Krugman. The Road to Bush v. Gore: The History of the Supreme Court's Use of the Per Curiam Opinion. In.: Nebraska Law Review, Vol 79, 2000.

RIBEIRO, Pedro José. O conceito de Capital Institucional. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In.: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009.

SHIRLEY, John Major. Dartmouth College Causes and The Supreme Court of The United States. Chicago: G. I. Publisher, 1895.

TATE, Neal; VALLINDER; Torbjörn (Ed.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

VEDEL, Georges. Préface. In: ROUSSEAU, Dominique. Droit du contentieux constitutionnel. 5^è éd., Paris: Montchrestien, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALKER, Thomas G.; EPSTEIN, Lee; DIXON, William J. On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court. In.: Journal of Politics, Vol 50, 1988.

WASBY, Stephen L.; PETERSON, Steven; SCHUBERT, James; SCHUBERT, Glendon. The Per Curiam Opinion: Its Nature and Functions. In.: Judicature, Vol 76, 1992.

ZoBELL, Karl M. Division of Opinion in the Supreme Court A History of Judicial Disintegration. In.: Cornell Law Review, Volume 44, Issue 2, 1959. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=clr> Acessado em 14.09.2018.

2018-8367