

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Direito

André Garcia Leão Reis Valadares

OPINIÃO DA CORTE: COLEGIALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO

Belo Horizonte

2023

André Garcia Leão Reis Valadares

OPINIÃO DA CORTE: COLEGIALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.

Linha de Pesquisa: 2 – Direitos humanos e estado democrático de direito: fundamentação, participação e efetividade.

Área de Estudo: D-02 – Fundamentos do novo processo civil brasileiro

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

V136o Valadares, André Garcia Leão Reis
Opinião da corte [manuscrito]: colegialidade e fundamentação /
André Garcia Leão Reis Valadares. - 2023.
283 f.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 195-203.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 2. Função judicial -
Teses. 3. Juízes - Decisões - Teses. I. Gonçalves, Gláucio Ferreira
Maciel. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU: 347.991(81)



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO ANDRÉ GARCIA LEÃO REIS VALADARES

Realizou-se, no dia 25 de agosto de 2023, às 09:00 horas, Sala da Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *Opinião da corte: colegialidade e fundamentação*, apresentada por ANDRÉ GARCIA LEÃO REIS VALADARES, número de registro 2019652336, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Glaucio Ferreira Maciel Goncalves - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Erico Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (UFMG), Prof(a). Álvaro Ricardo de Souza Cruz (PUCMinas), Prof(a). Paula Pessoa Pereira (Universidade de Brasília).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 97 (noventa e sete)

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2023.

Prof(a). Glaucio Ferreira Maciel Goncalves (Doutor) Nota: 100 (cem)

Prof(a). Erico Andrade (Doutor) Nota: 95 (noventa e cinco)

Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (Doutor) Nota: 95 (noventa e cinco)

Prof(a). Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Doutor) Nota: 100 (cem)

p/ Prof(a). Paula Pessoa Pereira (Doutora) Nota: 95 (noventa e cinco)
por video

André Garcia Leão Reis Valadares

OPINIÃO DA CORTE: COLEGIALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO

Belo Horizonte/MG, ____ de _____ de 2023.

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

Componentes da Banca Examinadora:

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Orientador)

Professor Doutor Érico Andrade

Professor Doutor Edilson Vitorelli Diniz Lima

Professor Doutor Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Professora Doutora Paula Pessoa Pereira

*À Marina.
Minha menina. Meu amor.*

AGRADECIMENTOS

Este momento representa não apenas o encerramento de uma etapa acadêmica desafiadora, mas também uma conquista significativa que somente foi possível graças ao apoio inestimável de pessoas especiais em minha vida.

Gostaria de começar expressando gratidão ao meu orientador, o Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, pelo seu comprometimento, orientação e sabedoria durante todo o processo de pesquisa. Sua expertise e dedicação foram fundamentais para moldar o meu trabalho e me ajudar a alcançar este resultado. Agradeço por sua paciência e incentivo, que me permitiram crescer academicamente e expandir meu conhecimento.

Estendo meus agradecimentos aos professores da UFMG que contribuíram para a minha formação ao longo dos anos e, especialmente, para este trabalho, com especial menção a Érico Andrade, Fernando Gonzaga Jayme, Mônica Sette Lopes e João Alberto de Almeida, que participaram das bancas de qualificação. Suas contribuições foram valiosas para o meu desenvolvimento como pesquisador.

Minha gratidão também se estende à minha esposa, Camilla, cujo amor, apoio e compreensão foram fundamentais durante toda essa jornada. Você tem sido minha fortaleza, motivando-me quando as dificuldades surgiram e compartilhando alegrias nos momentos de progresso. Tenho sorte por tê-la ao meu lado, caminhando comigo nessa trajetória.

A minha filha Marina, minha fonte inesgotável de alegria e inspiração, merece uma menção especial. Seu sorriso cativante e entusiasmo contagiante foram meu combustível nos momentos de cansaço e desafios. Sua presença em minha vida é um lembrete constante de que há uma motivação maior para todo o meu trabalho e empenho.

Agradeço também aos meus pais, Marcio e Patrícia, por todo o apoio e incentivo ao longo de minha trajetória acadêmica. Vocês foram os primeiros a acreditar em mim e sempre estiveram presentes, encorajando-me a perseguir meus objetivos. Sou profundamente grato pela educação e valores que me transmitiram, que moldaram o meu caráter e me guiaram até este momento.

Igualmente à minha irmã Fernanda, por sua constante torcida em todos os momentos. Sua presença e alegria foram fundamentais para manter o ânimo

durante todo o percurso. Sou grato por sua amizade e por compartilharmos esse e outros percursos juntos.

Aproveito também para agradecer aos meus colegas do escritório Botelho Advogados, em especial aos sócios Werther, Daniela, Otto, Marco Túlio, Fernanda e Cezar. O encorajamento e a compreensão que recebi de vocês ao longo desse período foram inestimáveis. A troca de experiências que compartilhamos foram essenciais para o meu crescimento acadêmico, profissional e pessoal. Também quero expressar meu agradecimento à Andressa, à Gabriela e ao Pedro, que trabalharam incansavelmente enquanto estive ausente para me dedicar aos estudos.

Por fim, agradeço a todos os amigos e familiares que torceram por mim ao longo desse período. Suas palavras de encorajamento e gestos de apoio foram vitais para a minha motivação e determinação.

*“Collegiality is very important in the workplace.
We couldn’t do the job the Constitution assigns
to us unless we worked well together.”*

Justice Ruth Bader Ginsburg

RESUMO

Este estudo discute o aprimoramento da forma como o Supremo Tribunal Federal (STF) comunica suas decisões nos casos submetidos à sistemática da repercussão geral (RG). A pesquisa visa analisar se o formato atual de publicação dos acórdãos atende aos objetivos da Constituição e da legislação processual, considerando as preocupações manifestadas por jurisdicionados, acadêmicos e ministros do STF.

O formato tradicional de publicação de acórdãos, em que os votos dos ministros são apresentados em série, tem levantado preocupações sobre a reconstrução racional e unificada da argumentação do tribunal. Essa dificuldade decorre, em parte, da forma *seriatim* de apresentação dos votos dos ministros, que permite a explicitação de interpretações individuais, mas dificulta a extração da fundamentação adotada para a tomada de decisão. O problema é agravado pela percepção de que a colegialidade no STF é mitigada pelo que se cunhou de “onze ilhas” e “ministocracia”, bem como por outros fatores como a demora na publicação das decisões, composição dos documentos, tamanho dos acórdãos e estilo do texto.

O trabalho busca estabelecer a função do STF com base na Constituição, legislação processual e interpretação do próprio tribunal. São apresentados modelos de Corte e a relação entre a forma de tomar decisões e o papel institucional do tribunal, enfatizando-se as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004 e a evolução da interpretação do STF sobre a repercussão geral.

A pesquisa desenvolve os fundamentos para uma nova proposta de formatação dos acórdãos de mérito nos casos de repercussão geral. São analisados exemplos de decisões colegiadas adotadas por Cortes de vértice estrangeiras, como os modelos *seriatim*, *per curiam* e majoritário. Também são abordadas questões relacionadas à contagem de votos e à publicação de votos concorrentes e dissidentes.

Por fim, é proposta uma nova formatação dos acórdãos nos recursos submetidos à repercussão geral. São examinados aspectos normativos e práticos, considerando ajustes necessários na legislação e no regimento interno do STF, bem como aspectos práticos relacionados às sessões de julgamento físicas e virtuais e à confecção do documento.

Espera-se que esta pesquisa contribua para a solução do problema identificado, fornecendo uma formatação de acórdãos mais clara e fundamentada, alinhada aos pressupostos estabelecidos pela orientação vigente no STF. O aprimoramento na forma de comunicação das decisões de repercussão geral é de grande importância para a legitimidade e a atuação da Corte, especialmente em um contexto em que tais decisões têm impacto no sistema jurídico e nos indivíduos/jurisdicionados.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; repercussão geral; *seriatim*, *per curiam*; opinião da corte.

ABSTRACT

This study discusses the improvement of the way the Brazilian Federal Supreme Court communicates its decisions in cases submitted to the general repercussion system. The research aims to analyze whether the current format of publication of judgments meets the objectives of the Constitution and procedural legislation, considering the concerns expressed by jurisdictions, academics and STF ministers.

The traditional format of publication of judgments, in which the votes of the Justices are presented in series, has raised concerns about the rational and unified reconstruction of the court's argumentation. This difficulty stems, in part, from the seriatim form of presentation of the votes of the ministers, which allows the explanation of individual interpretations, but makes it difficult to extract the reasoning adopted for decision making. The problem is aggravated by the perception that collegiality in the STF is mitigated by what has been coined "eleven islands" and "ministrocracy", as well as by other factors such as the delay in the publication of decisions, composition of documents, size of judgments and style of text.

The paper seeks to establish the role of the STF based on the Constitution, procedural legislation and the court's own interpretation. It presents models of the Court and the relationship between the way of making decisions and the institutional role of the court, emphasizing the changes promoted by Constitutional Amendment 45/2004 and the evolution of the STF's interpretation of the general repercussion.

The research develops the foundations for a new proposal for the formatting of judgments on the merits in cases of general repercussion. Examples of collegiate decisions adopted by foreign apex courts are analyzed, such as the seriatim, per curiam and majority models. Issues related to the counting of votes and the publication of concurring and dissenting votes are also addressed.

Finally, a new formatting of judgments in appeals submitted to general repercussion is proposed. Normative and practical aspects are examined, considering necessary adjustments to the legislation and the STF's internal regulations, as well as practical aspects related to physical and virtual trial sessions and the preparation of the document.

It is hoped that this research will contribute to the solution of the identified problem, providing a clearer and more reasoned formatting of judgments, aligned with the assumptions established by the current guidance of the STF. The improvement in the form of communication of general repercussion decisions is of great importance for the legitimacy and performance of the Court, especially in a context where such decisions have an impact on the legal system and on individuals/litigants.

Key words: Brazilian Supreme Court; general repercussion; seriatim; per curiam; opinion of the court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP – Ação Penal
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
EC – Emenda Constitucional
HC – Habeas Corpus
IAC – Incidente de Assunção de Competência
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPMF – Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira
IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MS – Mandado de Segurança
OMS – Organização Mundial da Saúde
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PIS – Programa de Integração Social
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RG – Repercussão Geral
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TFR – Tribunal Federal de Recursos

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. A APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	17
1.1. Como identificar o que o Supremo Tribunal Federal decidiu?	17
1.2. As “onze ilhas” e a “ministrocracia”	32
1.3. Outras críticas a algumas características do acórdão do Supremo Tribunal Federal	49
2. O ESTABELECIMENTO DE PRESSUPOSTOS: A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	59
2.1. A função das Cortes a partir dos modelos propostos por KOZEL e POJANOWSKI	59
2.2. O <i>writ of certiorari</i> e a remodelação da Suprema Corte norte-americana	65
2.3. A repercussão geral e a remodelação do Supremo Tribunal Federal	75
2.3.1. A Emenda Constitucional 45/2004 e as alterações legislativas: a introdução da repercussão geral e os seus efeitos	83
2.3.2. A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a repercussão geral	89
2.3.2.1. A proposta de reinterpretação do art. 52, X, da Constituição	96
2.3.2.2. A expansão da modulação de efeitos em decisões proferidas em sede de controle difuso	103
2.3.2.3. A quebra automática da coisa julgada de relações de trato tributário continuado pela decisão submetida à sistemática da repercussão geral	108
2.4. Conclusões parciais	114
3. OS FUNDAMENTOS PARA A PROPOSTA: A COLEGIALIDADE COMO DIRETRIZ	115
3.1. A colegialidade como elemento caracterizador do acórdão	115
3.2. A fase pós-decisional: tipos de decisões colegiadas	120
3.2.1. A experiência britânica de corte <i>seriatim</i>	120
3.2.2. A experiência francesa de corte <i>per curiam</i>	124
3.2.3. A experiência norte-americana de corte majoritária	129
3.3. Formas de contagem de votos para a definição do julgado	132

3.4. Os votos concorrentes e divergentes.	142
4. A PROPOSTA PARA UM NOVO MODELO DE FORMATAÇÃO DE ACÓRDÃOS DE REPERCUSSÃO GERAL.	149
4.1. Por um modelo de opinião da corte ou majoritário.	149
4.2. Legislação e regimento interno.....	151
4.3. Aspectos práticos	155
4.3.1. O estabelecimento da opinião da corte no plenário físico	155
4.3.2. O estabelecimento da opinião da corte no plenário virtual.....	159
4.3.3. A confecção da opinião da corte	172
5. CONCLUSÕES.....	184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	195
ANEXO A – Exemplo de acórdão da Suprema Corte britânica	204
ANEXO B – Exemplo de acórdão da Corte de Cassação francesa	237
ANEXO C – Exemplo de acórdão da Suprema Corte norte-americana	244

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem um objetivo prático: partindo da compreensão atualmente vigente no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da função do tribunal e da força que é atribuída à sistemática da repercussão geral (RG), busca-se debater o aprimoramento de como a Corte comunica suas decisões. Noutros termos, esta tese pretende discutir o atual modelo de publicação dos acórdãos do STF nos casos submetidos à repercussão geral e averiguar se esse formato atende aos objetivos da Constituição e da legislação processual. Para tanto, a abordagem que pretendo desenvolver será demonstrada da seguinte forma.

No capítulo 1, é feita a apresentação do problema. Como se demonstrará, já há muito que os jurisdicionados, a academia e, inclusive, alguns ministros do STF demonstram preocupação quanto à impossibilidade de se reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. Esse problema, naturalmente, não decorre única e exclusivamente do modelo de publicação de acórdãos tradicionalmente adotado no Brasil, em que o relatório e os votos dos ministros são apresentados em série. Até porque essa forma de disponibilização de decisões é adotada em outros países, inclusive em sistemas jurídicos que têm o precedente judicial como tradição, como o britânico.

Todavia, o formato *seriatim* permite que cada ministro explicita sua interpretação acerca da questão controvertida, ocasionando, por vezes, a dificuldade de extração da fundamentação adotada para uma determinada decisão.

Essa situação é reforçada pelo cenário que se identifica especificamente no STF: a percepção de que a colegialidade no tribunal é mitigada pelo que se diagnosticou como as “onze ilhas”, postura que é reforçada pelo que se cunhou de “ministrocracia” (ou seja, o exercício, pelos ministros de forma isolada, de competências colegiadas).

A essas duas situações, somam-se algumas críticas comumente feitas ao acórdão do STF: a demora na publicação das decisões, a composição dos documentos, as ementas, o tamanho dos acórdãos e o estilo material do texto.

Estabelecido o problema, no capítulo 2 se desenvolvem os pressupostos a partir dos quais o trabalho será gerido. Neste ponto, busca-se assentar a função do Supremo Tribunal Federal a partir do texto constitucional, da legislação processual e, especialmente, da interpretação do próprio tribunal acerca de sua competência.

Ao longo desse capítulo, portanto, serão apresentados modelos de Corte e a relação entre a forma de tomar a decisão e o papel institucional do Tribunal, para, na sequência, debater como o estabelecimento do *writ of certiorari* foi fundamental para remodelar a Suprema Corte norte-americana, assim como a repercussão geral modificou as competências do Supremo Tribunal Federal.

Especificamente, o capítulo traça as alterações constitucionais promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004 e as mudanças na legislação processual a partir de então, com especial ênfase na evolução da interpretação do Supremo acerca do instituto da repercussão geral. Quanto a esse último ponto, serão tratadas a proposta de reinterpretação do art. 52, X, da Constituição, a expansão da modulação de efeitos em decisões proferidas em sede de controle difuso e a recente posição do STF acerca da quebra automática da coisa julgada de relações de trato tributário continuado pela decisão submetida à sistemática de repercussão geral.

Uma vez alicerçados os pressupostos, o capítulo 3 cuida dos fundamentos para uma nova proposta de formatação de acórdãos de mérito de repercussão geral. Inicialmente, define-se a colegialidade como diretriz, já que é este o elemento caracterizador do acórdão. Adiante, são apresentados, como exemplos, tipos de decisões colegiadas adotados em Cortes de vértice estrangeiras. As experiências britânica, francesa e norte-americana são narradas para demonstrar as características dos modelos *seriatim*, *per curiam* e majoritário (opinião da corte), respectivamente.

Ainda como fundamentos para uma nova proposta, discutem-se as formas de contagem de votos para a definição do julgamento – se “caso a caso” ou “questão a questão”, o que afetará, como consequência, a decisão tomada colegiadamente, bem como as vantagens e desvantagens de se publicar ou não votos concorrentes e dissidentes.

Por fim, como consequência das análises anteriores, o capítulo 4 tem o objetivo de apresentar uma nova proposta de formatação de acórdãos nos recursos submetidos à sistemática de repercussão geral. De início, é apresentada a proposta para que se adote o modelo de opinião da corte – ou majoritário. Na sequência, é feito um exame da legislação e do regimento interno do STF (RISTF), a fim de que sejam verificados os eventuais ajustes normativos necessários. E, posteriormente, são enfrentados aspectos práticos para o estabelecimento de uma opinião da corte, seja em plenário físico, seja em sessões virtuais, bem como para a confecção do documento após a proclamação do resultado de julgamento.

Ao final, pretendo ter examinado como a formatação do acórdão de mérito da repercussão geral deve ser repensada para que, a partir dos pressupostos estabelecidos pela orientação vigente no STF, forneça solução ao problema de como identificar mais claramente a fundamentação adotada pelo tribunal.

É, portanto, nesse sentido, a contribuição que o presente trabalho pretende dar para o enfrentamento do problema identificado. O aprimoramento de como o STF disponibiliza suas decisões de repercussão geral, particularmente em tempos em que o entendimento firmado se irradia para todo o sistema jurídico, mas, principalmente, afeta o indivíduo, é importante e necessário para a legitimação da atuação da Corte.

1. A APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.1. Como identificar o que o Supremo Tribunal Federal decidiu?

Desde que o STF iniciou o registro de temas de repercussão geral em 2007 até julho de 2021, já foram publicados 427 acórdãos de mérito de repercussão geral.¹ Desse total, em 350 acórdãos, aproximadamente 82%, havia mais de um voto no mesmo sentido do entendimento que prevaleceu no julgamento. Mesmo em relação aos 152 casos que foram julgados à unanimidade pelo Plenário, em 117 deles (ou cerca de 77%) houve mais de um voto para fundamentar o sentido vencedor.

A análise acima, unicamente quantitativa, não significa que tais votos – no mesmo sentido – foram amparados em fundamentos diversos. De toda forma, o dado é relevante para demonstrar que a compreensão de tais julgamentos (e, sobretudo, do entendimento prevalecente) envolve a leitura do voto de mais de um ministro.²

Por vezes, porém, os fundamentos são diferentes, tornando difícil, ou impossível, extrair o fundamento determinante da decisão.

O exemplo do que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 599.316 é interessante. Nesse recurso, que compreende o Tema 244 da repercussão geral, a discussão consistiu em definir se era constitucional a previsão contida no artigo 31 da Lei 10.865/2004. Este dispositivo previa que seria vedado aos contribuintes, a partir de agosto de 2004, o desconto de créditos de PIS/COFINS não cumulativos relativos à depreciação ou amortização de bens do ativo imobilizado adquiridos até 30 de abril de 2004.

¹ Para o propósito dessa análise, não foram considerados os temas com reafirmação de jurisprudência, tendo em vista que esses casos não envolveram propriamente a discussão de mérito, mas objetivaram, unicamente, a atribuição dos efeitos de repercussão geral a entendimentos já consolidados no STF.

² SILVA destaca que “no Tribunal Constitucional alemão, desde que os votos individuais (divergentes ou concorrentes) passaram a ser permitidos, em 1971, foram 154 decisões com votos individuais, em um universo de 2137 das decisões publicadas no repositório oficial, ou seja, apenas 7,2% das decisões têm algum voto individual”. O autor cita também o exemplo da Suprema Corte norte-americana: “No caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma corte notória por sua divisão ideológica, os votos divergentes também são frequentes e as decisões unânimes, menos comuns (cf., por exemplo, EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2012, p. 701: de 1946 a 2009, apenas 30% das decisões foram unânimes). Ainda assim, as divergências e concorrências são menos individualizadas do que no STF. Em outras palavras, uma decisão por 5 a 4 na Suprema Corte dos Estados Unidos pode ter apenas dois votos, o da maioria e o da minoria, enquanto que uma decisão por 6 a 5, no STF, tenderá a ter 11 votos individuais” (SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade, n. 47, 2015, p. 206).

O mérito do recurso foi incluído na pauta de julgamento virtual³ com início em 19/06/2020 e com encerramento em 27/06/2020. E, concluído o julgamento, o Tribunal, por maioria de votos, negou provimento ao recurso extraordinário da União Federal e fixou a seguinte tese: “*Surge inconstitucional, por ofensa aos princípios da não cumulatividade e da isonomia, o artigo 31, cabeça, da Lei nº 10.865/2004, no que vedou o creditamento da contribuição para o PIS e da COFINS, relativamente ao ativo imobilizado adquirido até 30 de abril de 2004*”.

Contudo, uma análise mais detalhada dos votos disponibilizados no Plenário Virtual indica conclusão diversa da lançada. É que a tese fixada contradiz o que foi manifestado na maioria dos votos apresentados no sistema.

O ministro Marco Aurélio, relator, negando provimento ao recurso, apontou, em seu voto, que a norma em análise violava os princípios da não cumulatividade e da isonomia. Relativamente ao primeiro princípio, afirmou que a Constituição garante a não cumulatividade do PIS/COFINS sem limitações, compensando-se na saída o montante devido e recolhido na entrada. No que se refere à isonomia, o ministro entendeu que o dispositivo trata, diferentemente, sem fundamento lógico para a distinção, contribuintes que adquiriram bens para o ativo imobilizado em meses consecutivos (abril e maio de 2004).

Esta posição foi seguida, sem a apresentação de voto escrito, pelos ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes apresentou voto divergente para dar provimento ao recurso extraordinário da União. Assentou que a não cumulatividade do PIS e da COFINS não decorre de imposição constitucional, mas sim de conformação da lei, de modo que a limitação estipulada pelo artigo 31 da Lei 10.865/2004 encontra-se dentro do campo de liberalidade do legislador. Afirmou, ainda, que, como consequência, não haveria violação ao direito adquirido, à

³ Com a pandemia de Covid-19, o STF adequou o seu funcionamento e suas práticas para garantir a ininterrupção da prestação jurisdicional. Por meio da Emenda Regimental 53/2020 e da Resolução STF 672/2020, ambas do fim de março de 2020, os formatos das sessões de julgamento foram atualizados. No primeiro ato, foi autorizado que todos os processos de competência do Tribunal fossem julgados em ambiente eletrônico a critério do Relator (o chamado Plenário Virtual). Até então, poderiam ser analisados eletronicamente apenas a existência ou não de repercussão geral e os julgamentos de agravos internos, embargos de declaração, medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendos de medidas cautelares e tutelas provisórias e recursos e ações cuja matéria discutida tivesse jurisprudência dominante no STF. Com a nova regra, julgamentos de repercussão geral e do mérito de ações de controle concentrado passaram a poder ocorrer por meio do sistema virtual. Pela segunda norma, o Tribunal permitiu que as sessões de julgamento presenciais fossem realizadas por videoconferência.

irretroatividade ou à segurança jurídica. Não houve manifestação expressa em seu voto sobre a alegada violação ao princípio da isonomia.

Acompanharam a divergência, sem a apresentação de voto escrito, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Até aqui, houve a apresentação de dois votos escritos e a manifestação de sete ministros: o do relator, acompanhado por mais três ministros; o do ministro Alexandre de Moraes (divergente), acompanhado por mais dois julgadores. Um placar parcial de quatro votos a três pela inconstitucionalidade por violação à não cumulatividade e à isonomia.

Parte-se, então, para os demais votos escritos apresentados. O ministro Edson Fachin, assim como o relator, negou provimento ao recurso extraordinário da União. Todavia, explicitou, em seu voto, que não haveria inconstitucionalidade por violação à não cumulatividade ou à isonomia. A inconstitucionalidade decorreria da violação à irretroatividade, à proteção da confiança e à segurança jurídica.

Igualmente, o ministro Ricardo Lewandowski se manifestou no sentido de que, embora a Constituição preveja a não cumulatividade do PIS e da COFINS, não fixou os critérios a serem observados, deixando a cargo do legislador ordinário o estabelecimento do regime de tributação. Isto é, não haveria inconstitucionalidade por violação à não cumulatividade. Por outro lado, manifestou pela violação aos princípios do direito adquirido e da irretroatividade tributária.⁴

Por sua vez, o ministro Dias Toffoli apresentou voto escrito para divergir do relator e, em parte, do ministro Alexandre de Moraes. Asseverou a inexistência de violação à não cumulatividade, à irretroatividade, à segurança jurídica, à não surpresa e à isonomia. Quanto ao voto do ministro Moraes, a divergência consistiu unicamente no alcance da decisão. Enquanto o ministro Alexandre de Moraes dava provimento ao recurso para denegar a segurança, o ministro Toffoli lhe dava provimento apenas para assentar a constitucionalidade do dispositivo questionado.

Finalmente, o ministro Luiz Fux, em seu voto escrito, seguiu o caminho da divergência, apontando a inexistência de violação à não cumulatividade, à segurança jurídica e à irretroatividade.

⁴ Embora os ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski tenham discordado do relator em relação aos fundamentos adotados para negar provimento ao recurso extraordinário, ambos se manifestaram no sistema do Plenário Virtual por acompanhá-lo, sem fazer menção a ressalva. Importante mencionar também que o voto do ministro Lewandowski não foi juntado ao acórdão (o do ministro Toffoli foi juntado de forma duplicada).

Ao final do julgamento, por seis votos a cinco,⁵ foi negado provimento ao recurso extraordinário da União. Porém, na análise dos votos, apenas quatro ministros se manifestaram pela violação à não cumulatividade e à isonomia (quais sejam, os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Roberto Barroso). De todo modo, ao fim, em razão da sistemática de votos no Plenário Virtual,⁶ prevaleceu a tese proposta pelo relator, que, como visto, declarou “*inconstitucional, por ofensa aos princípios da não cumulatividade e da isonomia, o artigo 31, cabeça, da Lei nº 10.865/2004...*”.

Apesar da apresentação de embargos de declaração, o Plenário os rejeitou, sob o fundamento de que, conforme consignado na ata de julgamento e de acordo com o lançamento de votos em campo específico na sistemática do Plenário Virtual, o voto do ministro Marco Aurélio teria sido acompanhado sem ressalva por outros cinco ministros.

Este é o sumário dos votos, a partir da conclusão pela inconstitucionalidade ou não do dispositivo legal examinado e pela norma constitucional tida por violada:

⁵ Os seis votos pela negativa de provimento foram: Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski. Os cinco votos pelo provimento foram: Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Dias Toffoli e Luiz Fux.

⁶ Pela sistemática do Plenário Virtual, o julgamento funciona, resumidamente, da seguinte forma: (i) os processos são incluídos em pauta diretamente pelo relator (isto é, independe do presidente do Tribunal, que define a pauta para as sessões presenciais); (ii) os julgamentos se iniciam, como regra, numa sexta-feira, ocasião em que o relator disponibiliza o seu relatório e o seu voto; e (iii) os demais ministros possuem até seis dias úteis para se manifestar. Além disso, qualquer dos magistrados pode pedir o destaque do processo para julgamento presencial.

Ainda de acordo as regras aplicáveis, os Ministros possuem as seguintes opções de voto no sistema: (a) acompanho o relator; (b) acompanho o relator com ressalva de entendimento; (c) diverjo do relator; ou (d) acompanho a divergência. Em quaisquer dos casos, podem apresentar voto escrito, devendo fazê-lo, obrigatoriamente, quando acompanharem o relator com ressaltos ou apresentarem divergência.

Ministros	Inconstitucional?	Normas constitucionais violadas		
		Não cumulatividade	Isonomia	Direito adquirido / irretroatividade / segurança jurídica
MA	S	S	S	-
CL	S	S	S	-
RW	S	S	S	-
RB	S	S	S	-
AM	N	N	-	N
GM	N	N	-	N
CM	N	N	-	N
EF	S	N	N	S
RL	S	N	N	S
DT	N	N	N	N
LF	N	N	-	N
Resultado	6 x 5	4 x 7	4 x 3	2 x 5

Ou seja, considerando o entendimento de cada ministro, a maioria, de fato, manifestou-se pela inconstitucionalidade. Porém, se levado em consideração o fundamento da inconstitucionalidade, não se formou maioria pela violação a nenhuma norma constitucional: apenas 4 ministros entenderam pela ofensa à não cumulatividade e à isonomia e apenas 2 ministros expressaram o desrespeito ao direito adquirido, à irretroatividade e à segurança jurídica.

Dessa forma, não se pode extrair, de forma concludente, a interpretação do tribunal sobre o alcance e os limites das normas constitucionais examinadas.

A tese de repercussão geral fixada também gera incerteza, pois conflita com o entendimento já exposto pelo STF em outros julgamentos contemporâneos, a exemplo dos ocorridos na análise do RE 607.642 (Tema 337/RG), do RE 570.122 (Tema 34/RG), nos quais se expressou que o constituinte conferiu ao legislador ordinário margem para a definição do regime e das técnicas da incidência não cumulativa do PIS e da COFINS, inexistindo delimitação constitucional. Inclusive, posteriormente a esse julgamento, o STF reafirmou, em repercussão geral específica (RE 841.979, Tema 756/RG), o entendimento diametralmente oposto, no sentido que *“o legislador ordinário possui autonomia para disciplinar a não cumulatividade a que se refere o art. 195, § 12, da Constituição, respeitados os demais preceitos constitucionais, como a matriz constitucional das contribuições ao PIS e COFINS e os princípios da razoabilidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção à confiança”*.

De fato, conforme o exemplo anterior, a forma de exposição dos votos no Brasil gera situações em que não é possível extrair as razões de decidir do órgão colegiado. Tomem-se, também, os três exemplos citados por RODRIGUEZ em pesquisa sobre como julgam as cortes⁷: o do Recurso de Revista 5200-40.2003.5.22.0003, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 354, analisada pelo STF, e o do Recurso Especial (REsp) 598.281, examinado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O primeiro recurso, o de número 5200-40.2003.5.22.0003, julgado pelo TST, questionava a quebra de isonomia entre homens e mulheres contida em norma coletiva que regulou os critérios de concessão de auxílio-creche. O acórdão, de seis páginas, contém apenas o relatório, o voto do relator, ministro Ives Gandra Martins Filho, e a informação de que os demais ministros acompanharam o voto do relator. Seu voto afasta a alegada quebra de isonomia e defende a existência de diferenciação legítima decorrente do “*desgaste maior da mulher trabalhadora*”. Para dar corpo ao seu entendimento, o relator cita a filósofa Edith Stein para justificar uma suposta diferenciação da vocação do homem e da mulher.

Relativamente a esse acórdão, dois pontos se destacam. Um, não há discussões sistematizadas sobre os fundamentos adotados pelo voto do relator. Dois, a unanimidade tem relação com o resultado da decisão, e não com a argumentação utilizada para alcançá-la. Prova disso é que, de acordo com RODRIGUEZ, a fundamentação adotada pelo relator – e seguida à unanimidade pelos demais ministros da Turma – vai na contramão da maioria dos julgados trabalhistas a respeito das questões de gênero.⁸

O segundo processo analisado (ADI 354), do STF, discutia a constitucionalidade da Lei 8.037/1990, que previa alterações na forma de contagem de votos nas eleições, considerando erros cometidos pelos eleitores no preenchimento da cédula de votação. O questionamento não era propriamente o conteúdo da lei, mas o seu art. 2º, que previa a entrada em vigor imediata das modificações, o que, segundo o proponente da ação, violava o art. 16 da Constituição

⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

⁸ Conforme anotado por RODRIGUEZ, a conclusão de que as decisões judiciais têm caminhado no sentido de desnaturalização da categoria da mulher foi um dos resultados da pesquisa “Igualdade de Direitos entre Homens e Mulheres”, financiada pelo Ministério da Justiça no programa Pensando o Direito. (Ibid., p. 76).

de 1988, de acordo com o qual “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”.

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

Neste caso, é interessante notar que a questão, antes de chegar ao STF, foi analisada no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, na sua composição, continha quatro ministros do STF.⁹ Esses quatro ministros, portanto, acabaram por votar duas vezes sobre a discussão.

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

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

⁹ Embora o art. 119, I, ‘a’, da Constituição de 1988 estipule a presença de três ministros do STF na composição do STF, a presença de quatro ministros do Supremo naquela composição era circunstancial. Em 1990, o ministro Sydney Sanches era presidente do tribunal eleitoral, o ministro Octavio Galotti era vice-presidente e o ministro Célio Borja era juiz efetivo. O ministro Paulo Brossard, por sua vez, foi ministro substituto entre 1989 e 1991.

chegam a conclusões divergentes. Isso demonstra a falta de contextualização da doutrina utilizada.¹⁰

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

Em conclusão, apesar de seis ministros terem entendido que as regras de contagem de votos integrariam o conceito de processo eleitoral (o que, inicialmente, atrairia a violação ao art. 16 da Constituição), prevaleceu o entendimento de que a vigência imediata da Lei 8.037/1990 não seria inconstitucional, também por seis votos a cinco. Não se pode extrair, no entanto, um único fundamento da decisão proferida.

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

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

Em relação à primeira questão – admissão do dano moral coletivo no direito brasileiro –, três dos cinco ministros (Luiz Fux, Denise Arruda e José Delgado) concluíram pela sua possibilidade em tese. Os três julgadores fundamentaram seu entendimento no sentido de que é possível compensar dores comunitárias, isto é, o sofrimento de um grupo de pessoas. O ministro Fux adicionou outros dois fundamentos para a admissão do dano moral coletivo: a necessidade de prevenir danos futuros e de punir aqueles que degradaram o meio ambiente. Por outro lado,

¹⁰ Não se está a dizer que o Magistrado deva ou não utilizar doutrina em sua decisão. O que se afirma é que, se fizer uso de referências doutrinárias, o Juiz deve contextualizar sua utilização com o caso concreto em julgamento. Não basta a mera citação desconectada da controvérsia examinada.

¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 85.

os ministros Teori Zavaski e Francisco Falcão afastaram a possibilidade de concessão de dano moral coletivo, considerando que o dano moral é ínsito a uma dor individual (e não coletiva).

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

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

Tome-se, ainda, como exemplo mais uma situação, relativa ao julgamento dos embargos de declaração na ADI 2.591/DF, que analisava a constitucionalidade da inclusão das instituições financeiras no conceito de fornecedor para os fins de sujeição ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). A discussão dos embargos de declaração se referia à existência de contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos (o voto condutor e os demais que compuseram o acórdão). É que, embora a certidão de julgamento informasse a improcedência total da ADI, a ementa fazia menção à ideia de interpretação do CDC em conformidade com a Constituição.

O debate surgiu – e os embargos de declaração foram acolhidos – porque a ementa não refletiu o que foi decidido pelo consenso da maioria. A ementa do acórdão que julgou os embargos de declaração fez constar expressamente: *“Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: (...)”*.

Para finalizar, e com o mero objetivo de ilustração, vale a transcrição de aparte feito pelo ministro Ricardo Lewandowski, presidente da Corte na ocasião, após a prolação de todos os votos, demonstrando a complexidade da proclamação do resultado da ADI 5.028: *“Não sei, então, qual a opinião que prevaleceu”*. No caso, diante da existência de três posições distintas manifestadas ao longo do julgamento,

o próprio presidente do tribunal encontrou dificuldades para identificar o entendimento prevalecente.

Colocados os exemplos acima, pode-se perceber que a formalização do resultado de um julgamento colegiado é tarefa difícil e delicada.

De fato, pesquisas que analisaram a qualidade argumentativa dos julgamentos e a racionalidade na atuação dos julgadores¹² demonstram preocupação quanto à impossibilidade de se reconstruir a argumentação de um tribunal de maneira racional e unificada.

No já citado trabalho “Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro”, RODRIGUEZ, após apresentar os exemplos mencionados acima, ressalta a maior preocupação com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos.¹³ Dessa maneira, sustenta que, para fundamentar uma decisão, busca-se, na maior parte das vezes, expor uma opinião pessoal, pela mera agregação e apuração de votos, sem o registro de uma argumentação racional sistematizante.¹⁴ RODRIGUEZ indica que os acórdãos são o registro cronológico textual dos debates ocorridos e não um texto coerente, redigido de forma ordenada e que tenha como objetivo articular os argumentos de forma clara.¹⁵

Como solução para o maior controle dos tribunais no âmbito da esfera pública, RODRIGUEZ sugere a explicitação das razões de decidir e a implementação do dever de que os tribunais elaborassem um voto único vencedor.¹⁶

Por sua vez, na pesquisa empreendida por pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), intitulada “*A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*”, o modelo de adjudicação colegiada, em que cada ministro elabora seu próprio voto de forma independente, foi

¹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015; SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade, n. 47, 2015.

¹³ RODRIGUEZ, op. cit., p 8.

¹⁴ Ibid., p. 62.

¹⁵ Ibid., p. 51/52.

¹⁶ Ibid., p. 64.

indicado como um ponto de atenção para a identificação das razões de decidir ao final do julgamento.¹⁷

Percebeu-se, da pesquisa empírica realizada, que, embora fosse facilmente verificável a contagem dos votos pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (resultado do julgamento), a determinação da regra judicial não o era, diante da possibilidade de que, mesmo em uma votação unânime, cada ministro apresente razões completamente diversas como fundamento.¹⁸

Interessante notar, ainda, que a pesquisa identificou, em relatos ouvidos nas visitas presenciais nos tribunais, que alguns juízes de instâncias inferiores encontraram dificuldades de determinar a *ratio decidendi* vencedora, além de exporem preocupação com a ausência de autoridade jurídica para rediscutir e recriar uma nova interpretação sobre o precedente.¹⁹

Também como conclusão, o estudo sugeriu que outros modelos de decisão da corte que se pautam por uma busca de maior deliberação e uma tentativa de decisões mais concisas, como o modelo *per curiam*, seriam de maior praticidade e aplicabilidade para precedentes judiciais.²⁰

Uma terceira pesquisa que relata esse fato e expõe preocupação sobre o formato dos acórdãos do STF foi realizada por SILVA a partir de entrevistas com ministros e ex-ministros da corte, a fim de compreender a visão dos próprios julgadores acerca do processo deliberativo do tribunal. O projeto foi apresentado em três artigos, intitulados “*De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal*”, “*Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*” e “*Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF*”.

Em “*De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal*”, SILVA destaca que, no STF, praticamente todas as decisões nos casos mais polêmicos têm votos divergentes, mesmo quando a decisão final é unânime e em que a divergência é argumentativa.²¹ Nas suas palavras, “*talvez não*

¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 86

¹⁸ Ibid., p. 86.

¹⁹ Ibid., p. 86.

²⁰ Ibid., p. 86.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 206.

haja (e se houver, são poucos) tribunais com tantos votos divergentes e concorrentes quanto o Supremo Tribunal Federal".²² Porém, admite que esse fato é pouco questionado e costuma ser encarado como um produto natural da tradição e da forma de decisão adotada no STF.²³

Realmente, as entrevistas evidenciam que os ministros não veem essa realidade como um problema. Por exemplo, em "*Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*", todos os ministros entrevistados concordam com a prática de alterar a relatoria de um processo quando o relator é vencido no seu posicionamento.²⁴ Indagados sobre o procedimento de alguns tribunais constitucionais em que o relator tem o dever de escrever a minuta do acórdão mesmo quando vencido, pois sua escrita é institucional e não pessoal, os julgadores a criticaram e afirmaram se tratar de "violência intelectual". Questionados se essa visão seria um indício de que a opinião pessoal estaria acima da opinião da instituição, os ministros não entenderam assim. SILVA aponta que alguns compreenderam que "*a opinião da instituição não precisa necessariamente ser algo monolítico*", enquanto outros manifestaram que não existiria algo como uma "*opinião da instituição*". Na primeira linha de argumentação, um dos ministros entrevistados disse que "*a soma de mais da metade dos membros faz com que isso seja a instituição*".²⁵ Na segunda linha de raciocínio, um dos ministros asseverou que os tribunais "*não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição*".²⁶

Por outro lado, em "*Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF*", alguns ministros destacaram a extensão das decisões e a variedade argumentativa como ponto de atenção. Um dos ministros realçou que "*um dos problemas dos casos mais difíceis é a dificuldade de saber exatamente o que foi decidido e acho que, para superar este problema, a ementa – que, na minha experiência, é o que é a maior parte das pessoas*

²² SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 206.

²³ Ibid., p. 206.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 197.

²⁵ Ibid., p. 197.

²⁶ Ibid., p. 197.

leem – deve traduzir a tese jurídica vencedora e deve ser aprovada a posteriori".²⁷ Outro ministro pareceu não ver problemas na extensão dos votos, mas receita que, no seu entendimento, "*o ideal seria que se fizesse realmente um acórdão sintetizando os pontos de vista. A opinião da corte*"²⁸.

Vê-se, assim, que pesquisas externam preocupação com a sistematização e a apresentação do decidido pelos tribunais, com especial ênfase no STF, e apontam a dificuldade de racionalização da fundamentação adotada. Se, de um lado, não há maiores problemas na identificação do resultado do julgamento, não se pode chegar à mesma conclusão quanto aos motivos que levaram àquela compreensão.

Essa inquietação também já foi exposta em manifestações oficiais de ministros do STF. No julgamento da Reclamação 4.335, debatia-se acerca da força expansiva dos julgados do Supremo quando o ministro Roberto Barroso fez as seguintes ponderações:

Portanto, na medida em que nós estejamos valorizando os precedentes, teremos que tratar com maior importância os nossos próprios precedentes. E isso se insere neste saneamento que nós todos reconhecemos que precisamos fazer para julgar menos e melhor e, evidentemente, com mais constância.

De modo que acho que os Ministros Teori, Gilmar e eu temos uma posição relativamente consensual - e, a meu ver, Vossa Excelência também - no sentido de que é importante essa expansão dos precedentes. E, embora os precedentes só vinculem verticalmente para baixo, na linha da doutrina da *stare decisis*, eles, em alguma medida moral deviam vincular horizontalmente, ou seja, o próprio tribunal preservar, na medida do possível, a sua jurisprudência.

Só para fazer um último comentário mais doutrinário, na medida em que nós venhamos a expandir esse papel dos precedentes - para usar o verbo utilizado pelo Ministro Teori -, teremos que produzir decisões em que a tese jurídica afirmada seja mais nítida - o que, no Direito anglo-saxão, se chama *holding*. Muitas vezes - a meu ver, esse é o papel da ementa, e tenho procurado discutir isso -, era preciso que ficasse mais claro, *prima facie*, qual foi a tese jurídica afirmada pelo Supremo. E, muitas vezes, isso não é muito fácil.

A reflexão foi reforçada pelo ministro Ricardo Lewandowski:

É que a técnica de decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal leva justamente a essa "confusão". Porque temos, na verdade, onze votos individuais, e, nas Cortes constitucionais e na Suprema Corte norte-americana, existe um único voto que traduza a tese central, que foi aprovada pela Corte, e, eventualmente, junte-se a ela o voto dissidente. Apenas isso.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021, p. 32.

²⁸ *Ibid.*, p. 32.

O ministro Roberto Barroso, então, complementou seu raciocínio:

De acordo.

Daí, a minha proposta de que, em algum lugar do futuro, nós tenhamos uma fórmula pela qual a ementa do voto seja aprovada pela maioria que sufragou aquele entendimento. (...)

Igualmente, o ministro Gilmar Mendes já externou considerações sobre o formato da publicação do acórdão e a sistematização das razões no âmbito do STF, por ocasião da proposta de súmula vinculante 57:

Essa é uma dificuldade. Por mais que se possa dizer que o fundamento determinante, a *ratio decidendi* deve vincular, temos essa dificuldade. Efetivamente, o que é fundamento determinante? Especialmente diante de nossa técnica de julgamento de votos autônomos. Temos essa dificuldade. Com esse esforço que estamos fazendo de identificar a tese, às vezes, até maçante e desafiador, afinal, temos um resultado, algo sobre o que o próprio Tribunal se debruçou. Portanto, só gostaria de deixar esta mensagem.

De fato, se a legislação processual brasileira, sobretudo por meio dos artigos 926 e 927 do CPC, quer enfatizar o entendimento adotado pelos tribunais como forma de garantir uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, é preciso que estejam claras as razões de decidir do órgão colegiado tomador da decisão.

É necessário, por essa razão, enfrentar o problema de como dar maior efetividade ao sistema criado pelos mencionados dispositivos e, nesse sentido, conferir mais racionalidade ao sistema processual e mais segurança jurídica ao jurisdicionado. Noutros termos, para que se insira no modelo processual brasileiro um sistema de fortalecimento das razões das decisões dos tribunais, é importante sistematizar o modo como os acórdãos serão formalizados.

Para KORNHAUSER e SAGER, as teorias tradicionais do direito são incompletas, pois focam no processo pelo qual um juiz singular decide os casos.²⁹

²⁹ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, 1986, p. 82. PEREIRA reitera essa percepção em crítica pontuada em sua tese de doutorado: “O julgamento coletivo em tribunais não parte de um protocolo essencialmente colegiado e direcionado para a formação de uma opinião da Corte; ao contrário, a opinião é soma de decisões individuais que, muitas vezes, não se comunicam. E isso é um sério problema para um sistema voltado para a construção de precedentes e para a racionalidade das decisões judiciais. A justificação de uma decisão coletiva não comporta o mesmo modelo das decisões monocráticas e individuais, que sempre foram o

Segundo os autores, a decisão no mundo real é completamente diferente, pois os tribunais de segunda instância e os tribunais superiores se organizam de forma colegiada. O julgamento é, nesses termos, essencialmente um processo de grupo – e não individual e solitário.

KORNHAUSER observa que o ato de julgar colegiadamente segue protocolos e objetivos distintos do ato de julgar individualmente, sobretudo pelo fato de que as decisões coletivas são tipicamente decisões institucionais.³⁰ E, nesse sentido, o autor defende que é necessário estruturar a instituição de forma a maximizar sua performance quanto aos objetivos institucionais, o que significa otimizar o modelo de atuação à luz do seu elemento central: a colegialidade.³¹

De fato, trazendo os olhos para a legislação brasileira, de acordo com o artigo 204 do CPC, acórdão é “*o julgamento colegiado proferido pelos tribunais*”. No CPC de 1973, o artigo 163 designava o acórdão como “*o julgamento proferido pelos tribunais*”. A nova redação integrou justamente o elemento caracterizador do acórdão: a colegialidade. Não há acórdão sem que a decisão tenha sido tomada pelo órgão colegiado.

Realizados os procedimentos preparatórios ao julgamento e tomada a decisão pelo colegiado, chega-se a um resultado. É o momento, então, da elaboração da decisão escrita que contenha o teor do entendimento assentado, capaz de espelhar o conteúdo do decidido colegiadamente.

Não há, por outro lado, norma que defina exatamente o formato como o acórdão deve ser formalizado. Os únicos elementos obrigatórios do acórdão, segundo a lei processual civil, são o relatório, a ementa, o voto vencedor e, se houver, o voto vencido, como estipulado nos artigos 931, 943, § 1º, e 941, § 3º, todos do CPC.

Tradicionalmente no Brasil, o acórdão é estruturado pela disponibilização sequencial dos votos proferidos pelos julgadores. Se apenas o relator fornece o seu voto, o acórdão consistirá em ementa, relatório e o seu voto. Se houver mais de um voto escrito proferido, o acórdão será estruturado pela ementa, pelo relatório e pela sequência dos votos.

objeto das grandes teorias da argumentação jurídica” (PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 228 f., Tese (Doutorado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 108).

³⁰ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 40.

³¹ *Ibid.*, p. 41/42.

Há, entretanto, outras formas conhecidas de formalização das decisões colegiadas nos sistemas jurídicos estrangeiros. E, nesse sentido, há que se questionar se o modelo atualmente adotado no Brasil é o mais adequado à luz do regramento processual civil vigente.

Esse problema se torna ainda mais evidente quando se foca na sistemática de repercussão geral. Com efeito, os julgamentos ocorridos com base nesse rito têm como objetivo assentar, a partir da análise de um só processo, a tese jurídica firmada pela Suprema Corte. Esse entendimento será replicado – pois de observância obrigatória pelos juízes e tribunais – em todo o Poder Judiciário. Daí a importância de que o decidido – assim como os fundamentos – sejam bem compreendidos.

De fato, segundo WELLS, o acórdão é mais do que um veículo para expressar uma decisão; é um instrumento para alcançar objetivos sistêmicos: fornecer orientação a advogados e tribunais inferiores, persuadir os leitores da correção da decisão, restringir ações arbitrárias por parte dos juízes e legitimar sua atuação.³²

Eis a razão pela qual, para que se insira no modelo processual brasileiro um sistema de fortalecimento das razões das decisões dos tribunais, é preciso sistematizar o modo como os acórdãos serão formalizados.

1.2. As “onze ilhas” e a “ministrocracia”

O julgamento colegiado contém três fases: pré-decisional, decisional e pós-decisional.³³ Apesar dessa separação didática, essas etapas, naturalmente, podem se mesclar e interagem entre si. De todo modo, a apresentação em estágios separados facilita a compreensão das atividades principais compreendidas respectivamente em cada qual.

A fase pré-decisional engloba os atos por meio dos quais as partes e terceiros (os chamados interlocutores) interagem com o tribunal.³⁴ Nesta fase, a tarefa característica é a “contestação pública”, que vai do momento em que as partes e

³² WELLS, Michael. French and american judicial opinions. *Yale Journal of International Law*, v.19, 1994, p. 82.

³³ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 105.

³⁴ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 59.

terceiros têm o direito de se relacionar com a corte até o momento em que os juízes se reúnem para a tomada de decisão.³⁵

Essa fase objetiva, assim, permitir que os julgadores sejam devidamente munidos das informações necessárias ao exame da controvérsia. Na lição de MENDES: *“coletar, tanto quanto possível, argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos, de modo que os interlocutores tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los; e, acima de tudo, mostrar abertura aos atores que podem ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso”*.³⁶

A segunda fase é a decisional, aquela que, diferentemente da fase anterior, não comporta a participação das partes e de terceiros, mas corresponde ao momento de diálogo entre os juízes do órgão colegiado.³⁷ Nessa fase, a tarefa principal consiste na “interação colegiada”, considerada o critério para avaliar o processo intramuros que ocorre entre os julgadores.³⁸ É, por assim dizer, o centro da noção de deliberação.³⁹

Nessa fase, portanto, os juízes devem buscar interagir com os entendimentos inicialmente colocados em discussão, de forma a estimular o debate. Embora o consenso deva ser a finalidade a ser alcançada, como meio de se obter em maior grau os predicados da segurança jurídica e da previsibilidade enquanto decisão da corte, os juízes têm em mente a possibilidade de divergência fundamentada.⁴⁰

Assim, é nesse sentido que, para MENDES, a interação colegiada possui três facetas: *“o esforço de levar em conta todas as posições que a corte foi capaz de coletar; a busca da melhor resposta jurídica; a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso”*.⁴¹

Por fim, a terceira fase é a pós-decisional. Corresponde à redação da decisão colegiada tomada na fase anterior e aos debates, fora dos autos, que a sucedem. Essa fase tem como atividade principal a elaboração da decisão escrita.⁴²

³⁵ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 80.

³⁶ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 62.

³⁷ VALADARES, op. cit., p. 81.

³⁸ MENDES, op. cit., p. 62.

³⁹ VALADARES, op. cit., p. 81.

⁴⁰ Ibid., p. 82.

⁴¹ MENDES, op. cit., p. 63.

⁴² Ibid., p. 63.

O objetivo, nessa fase, é comunicar, de forma bem argumentada e a refletir os percursos das discussões havidas nas fases anteriores, não apenas às partes envolvidas no processo, mas também ao público em geral. O interesse das partes – imediato – advém, naturalmente, do fato de que aquela decisão produzirá efeitos na sua esfera privada. Assim, a parte pode se convencer das razões da corte, mas pode, caso queira, insurgir-se contra ela. Para tal, deverá possuir a exata noção do que foi considerado para a tomada de decisão. Mas as decisões dos tribunais, hoje, extrapolam o interesse particular das partes envolvidas.⁴³ Essas decisões podem consistir em verdadeiros precedentes para casos futuros. Nesse sentido, a decisão escrita, de um lado, poupa a deliberação sobre os mesmos argumentos em controvérsias semelhantes e, de outro, mantém aberta a possibilidade de novas rodadas deliberativas no futuro.⁴⁴

Embora o processo decisório do STF possa ser assim delineado em tese, na prática, é recorrente a crítica de que a colegialidade no tribunal é mitigada pelo que se diagnosticou como as “onze ilhas”.⁴⁵

KLAFKE aponta que, originalmente, a expressão “onze ilhas” não tinha o sentido que hoje lhe é atribuído relativamente à falta de deliberação entre os membros do colegiado.⁴⁶ Segundo o autor, a expressão foi empregada pela primeira vez em notícia de 2007 em comentário feito por um ministro não identificado: “*as pessoas acham que isso aqui é um grupo de amigos. Mas, na realidade, somos 11 ilhas. Não somos amigos. Não nos frequentamos socialmente. Apenas nos encontramos no tribunal nos dias de sessão*”.

Também de acordo com o autor, o ministro Sepúlveda Pertence se valeu bastante da metáfora das onze ilhas, como na seguinte passagem: “*cheguei a dizer – o ministro Jobim gosta muito de repetir esta frase minha – que éramos onze ilhas*

⁴³ No STF, como se disse, em mais de uma oportunidade (tome-se como exemplo a ADI 2.418 e a Reclamação 4.335), destacam as hipóteses de objetivação (ou abstrativização) e a força expansiva das decisões da Corte no exercício de sua jurisdição constitucional também no controle de constitucionalidade difuso, especialmente considerando as alterações constitucionais a partir da Emenda Constitucional 45/2004, como a criação do instituto da repercussão geral.

⁴⁴ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 84.

⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Opinião, 01/02/2010.

⁴⁶ KLAFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 42/43.

incomunicáveis, um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis. Realmente, na maior parte dos dezoito anos que passei, as relações pessoais eram extremamente raras”.

O ministro Cezar Peluso também se manifestara neste sentido: “*Para resumir: o ministro Sepúlveda Pertence, vocês chegaram a entrevistá-lo já? Ele falou nisso? Se ele não falou, vou dizer uma frase que ele disse, ele disse assim: ‘O STF é composto por 11 ilhas’. Eu brinquei com ele e falei: ‘E nem chega a ser um arquipélago’. Cada um é fechado em si mesmo. Eu não conheço amizade entre ministros do Supremo*”. Ou seja, a metáfora foi inicialmente desenvolvida como referência à ausência de relações pessoais entre os ministros.

Atualmente, contudo, a expressão “onze ilhas” não se refere à amizade entre os ministros, mas ao fato de que o Supremo, empiricamente, não atua como uma corte unitária, com uma voz institucional. Ao contrário: o tribunal se manifesta por meio dos indivíduos, que, na maioria das vezes, não se comunicam entre si.

A expressão “onze ilhas”, difundida por MENDES, sugere, como apontado em seu artigo publicado no jornal Folha de São Paulo,⁴⁷ o “*diálogo de surdos*”, diante da desconfiança na própria capacidade de argumentar dos ministros e da falta de disposição do tribunal para ouvir. MENDES critica o “*emaranhado de opiniões individuais, que não fazem, aparentemente, esforço para convergir*” e questiona a ausência de razões compartilhadas.⁴⁸ Igualmente, SILVA, tratando do STF, reprova a “*corte extremamente não cooperativa e individualista*”⁴⁹.

Nesse sentido, segundo KLAFFKE, a crítica das “onze ilhas” compreende um ataque ao modo como os ministros percebem o ente coletivo e se apresentam enquanto coletividade. Seria, de acordo com o autor, a caracterização da ausência de uma postura ética de compromisso pela troca de argumentos e abertura para a

⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Opinião, 01/02/2010.

⁴⁸ Há quem rebata a difusão da ideia de que o Supremo atua como “onze ilhas”. Em pesquisa que se debruçou sobre ADIs julgadas no período de 2012 a 2017, SILVA concluiu que “*a característica mais marcante do atual período da jurisdição constitucional brasileira é o baixo grau de dissenso entre os ministros*”, o que “*não se encaixa bem na hipótese das ‘onze ilhas’*”. (SILVA, Jeferson Mariano. Mapeando o Supremo. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, 2018, p. 50). O exame realizado, contudo, não permite refutar a percepção notada por SILVA de que a fragmentação no âmbito do STF ocorre, naturalmente, naqueles casos mais polêmicos, situações em que a força do entendimento do relator é reduzida e em que há maior recorrência de divergências manifestadas (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 184; SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 206).

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 578.

construção coletiva das razões, pela possibilidade de mudanças de posicionamento e pela consideração de diferentes pontos de vista.⁵⁰

Essa postura é reforçada pelo que se cunhou de “ministrocracia”,⁵¹ notada como uma evolução do termo “supremocracia” desenhado por VIEIRA.⁵² A “supremocracia” tem, para o autor, dois sentidos. Numa primeira interpretação, a expressão se refere à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário; especialmente, à recente autoridade adquirida pelo STF de governar judicialmente o Poder Judiciário brasileiro, a partir da edição de súmulas vinculantes e de decisões sob a sistemática de repercussão geral.⁵³ Numa segunda acepção, “supremocracia” diz respeito à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A partir da Constituição de 1988, a Corte se deslocou para o centro do arranjo político nacional. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional dá ao Supremo o poder ora de validar e legitimar uma decisão dos órgãos representativos, ora de substituir as escolhas majoritárias.⁵⁴

A expansão desse poder, no entanto, tem se destacado por outro fator: o exercício, pelos ministros de forma isolada, de competências colegiadas.

Como destacado por ARGUELHES e RIBEIRO, tipicamente, assume-se o pressuposto de que o exercício do poder judicial do STF será o resultado de uma ação do tribunal, formada por algum tipo de mecanismo de agregação que transformará as posições individuais na posição da instituição (ou, no mínimo, da maioria dos seus membros).⁵⁵

Entretanto, essa premissa não reflete os diversos arranjos possíveis na prática. O poder judicial pode, por variados recursos formais e informais, ser exercido de forma individual pelos ministros, sem a mediação do colegiado. ARGUELHES e RIBEIRO apontam, ao menos, três meios pelos quais os ministros atuam individualmente com poder suficiente para afetar as controvérsias existentes.⁵⁶

⁵⁰ KLAFFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 45/46.

⁵¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, 2018.

⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4., n. 2, 2008.

⁵³ *Ibid.*, p. 444.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 445.

⁵⁵ ARGUELHES; RIBEIRO, op. cit., p. 19.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 129.

A primeira delas seria uma via informal de influência: a antecipação de posições na imprensa. É verdade que a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979) veda ao magistrado a manifestação, por qualquer meio de comunicação, de opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério. Mas a realidade é diferente. Com frequência, os ministros do STF se posicionam na imprensa sobre questões sob julgamento.

O ministro Marco Aurélio, por exemplo, teceu diversos comentários sobre o posicionamento que o ministro Dias Toffoli deveria assumir no julgamento da Ação Penal (AP) 470 (o caso Mensalão). Nessas oportunidades, o ministro Marco Aurélio sugeriu que seu colega deveria manifestar sua suspeição,⁵⁷ sob pena de constranger a corte. O ministro, inclusive, reconheceu que a questão poderia ser objeto de deliberação pelo tribunal, mas, mesmo assim, afirmou sua preferência em entrevistas.⁵⁸

Também no julgamento do caso Mensalão, outra controvérsia que refletiu na imprensa disse respeito ao cabimento ou não de embargos infringentes. A sessão sobre essa deliberação foi suspensa por falta de tempo quando o placar estava 5 x 5 e seria retomada somente na semana seguinte para a apresentação do voto do ministro Celso de Mello. O ministro Marco Aurélio, além de se posicionar em entrevista sobre como o decano deveria votar, publicou artigo de opinião no jornal O Globo no dia da retomada do julgamento. Embora o ministro já tivesse votado (e seu posicionamento fosse, portanto, conhecido do próprio processo), sua manifestação extra autos se revelou um constrangimento para o seu colega⁵⁹

As declarações dos ministros em outro caso revelam o poder de influência sobre os atores políticos. Tramitava no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/2011, que pretendia promover significativas alterações nas competências e no processo decisório do STF: (a) as declarações de inconstitucionalidade exigiriam quórum de 4/5, e não mais maioria absoluta; (b) as súmulas vinculantes só passariam a ser propriamente vinculantes após aprovação

⁵⁷ A suspeição especulada adviria do fato de que Dias Toffoli havia sido assessor jurídico da Casa Civil durante a gestão do então Ministro José Dirceu, um dos réus na AP 470, bem como pelo fato de que a sua namorada havia representado alguns réus nesse mesmo processo.

⁵⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015, p. 130/131.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 131.

expressa ou tácita pelo Congresso Nacional; (c) as decisões do STF declarando a inconstitucionalidade de emendas à Constituição por violação de cláusulas pétreas poderiam ser submetidas a aprovação popular, mediante consulta provocada pelo Congresso.

A par da forte reação contrária ao mérito da tese, alguns ministros chegaram a afirmar, inclusive, que votariam pela sua inconstitucionalidade, caso promulgada e questionada no tribunal. O ministro Gilmar Mendes afirmou em entrevista ao jornal *Correio Braziliense* que “*não há nenhuma dúvida, [a proposta] é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição*”. O ministro Marco Aurélio acenou que a PEC violaria a cláusula pétrea da separação de poderes e que, assim, seria inconstitucional.⁶⁰ A PEC 33/2011 não foi adiante e, embora não se possa afirmar que isso se deveu exclusivamente à manifestação dos ministros, não se pode tampouco descartar a influência dos julgadores sobre os atores políticos.⁶¹

A segunda prática individual dos ministros com impacto na atuação da Corte é o controle individual da agenda. O poder da agenda da Corte é exercível por qualquer ministro do tribunal.

Em primeiro lugar, a agenda depende do relator. Cabe a ele, como procedimento preparatório para a sessão, elaborar seu voto e devolver os autos, com relatório, para a secretaria, liberando-o para pautamento. Nas entrevistas realizadas por SILVA, um dos ministros disse que “*o relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo*”, dando como exemplo o fato de o ministro Marco Aurélio não ter levado a julgamento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que examinou a constitucionalidade da tipificação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo em dispositivos do Código Penal, antes da aposentadoria do ministro Eros Grau. Outro ministro, também quanto a este ponto, destacou o “*poder grande de supressão da discussão*” que o relator possui ao poder resolver o momento de levar o processo a julgamento.⁶²

⁶⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015, p. 133/134.

⁶¹ *Ibid.*, p. 134; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, 2018, p. 22.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 189/190.

Em segundo lugar, esse poder também está nas mãos do Presidente da Corte. Cabe a ele a definição do que será incluído ou não na pauta de julgamento do órgão competente.⁶³ MOREIRA, há muito destacou sobre o ponto que:

À presidência do órgão cabe, antes de mais nada, a responsabilidade pela pauta da sessão. (...) Aí já se configura uma primeira ocasião de influir: salientou-se acima a relevância da ordem dos julgamentos para os respectivos desfechos. É dado ao presidente, em certa medida, incluir tal ou qual feito na pauta de determinada sessão, ou, ao contrário, excluí-lo dela; ora, segundo também se assinalou, muito depende de julgar-se a causa neste ou naquele dia.⁶⁴

Cite-se o exemplo sobre a possibilidade do início de cumprimento da pena de prisão após o julgamento de processo criminal em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Plenário do STF já havia se manifestado por duas vezes pela possibilidade da prisão,⁶⁵ mas pendiam duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) – de números 43 e 44 – que haviam sido liberadas pelo relator desde dezembro de 2017 e somente foram pautadas para julgamento em outubro de 2019 (isto é, quase dois anos depois), ocasião em que o Plenário reverteu o entendimento então prevalecente. Muitos criticaram a demora da Presidente Cármen Lúcia na inclusão dos processos na pauta.⁶⁶ Nesse ínterim, muitos condenados em segunda instância cumpriram pena (com o aval da jurisprudência então assentada em *Habeas Corpus* (HC) julgados pelo Plenário), embora o STF tenha alterado, posteriormente, a sua interpretação sobre a questão, resultando na soltura de diversos presos.

É digno de registro que, especificamente em relação ao STF, o Presidente perdeu, em parte, o controle da pauta a partir da liberação da inclusão de todos os

⁶³ BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, v. 58, n. 231, jul./set. 2021, p. 187.

⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 162.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. A colegialidade e o julgamento do HC preventivo 152.752. In: TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁶⁶ “Marco Aurélio pressiona Cármen Lúcia a pautar ações sobre 2ª instância”. Poder 360, 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/marco-aurelio-pressiona-carmen-lucia-a-pautar-acoes-sobre-2a-instancia/>>. Acesso em 29 de março de 2023. “STF vive queda de braço para votar ações que podem livrar Lula da cadeia”. El País, 06 de abril de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/06/politica/1522966647_821554.html>. Acesso em 29 de março de 2023. “PT e PCdoB acusam Cármen de omissão ao não pautar execução antecipada”. Conjur, 28 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-28/pt-pcdob-acusam-carmen-omissao-nao-pautar-prisao-antecipada>>. Acesso em 29 de março de 2023.

tipos de processos nas pautas virtuais. Com efeito, no caso das sessões virtuais, o próprio relator inclui, ele mesmo, diretamente, o processo em pauta, conforme o art. 1º da Resolução STF 642/2019. Dispensou-se, dessa forma, a atuação do Presidente para a inclusão em pauta virtual.⁶⁷

Em terceiro lugar, ao lado do relator e do Presidente, qualquer ministro tem o poder de suspender o julgamento em curso com pedido de vista. O pedido de vista, naturalmente, pode significar a intenção do ministro de examinar melhor a controvérsia e refletir para formar sua convicção.⁶⁸

Mas, ao mesmo tempo, pode simbolizar a estratégia de, unilateralmente, afetar a agenda da Corte. Esse poder significaria um veto individual à manifestação da Corte sobre um tema em determinado momento.⁶⁹

O pedido de vista possui regulação no CPC e no Regimento Interno do STF. Pelo art. 940 da lei, “*o relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução*”. O § 1º do dispositivo ainda prescreve que, “*se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído*”.

Especificamente, o RISTF estabelecia, em seu art. 134, que “*o ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data de publicação da ata de julgamento*”. Porém, na prática, esses prazos não eram respeitados. E justamente para tentar reverter essa situação, o regimento foi emendado em dezembro de 2022 para dar nova redação ao dispositivo mencionado. O prazo foi elástico para 90 dias, mas se estabeleceu, em

⁶⁷ Em diversos processos de sua relatoria já liberados para pautamento pelo Presidente, o ministro Marco Aurélio proferiu despacho de idêntico teor: “*1. A crise é aguda. Sem qualquer previsão de o Tribunal voltar às sessões presenciais, há de viabilizar-se, em ambiente colegiado, a jurisdição. 2. Aciono, em caráter excepcional, o sistema virtual e passo a liberar, considerado o fator tempo, os processos*”, como, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 55, que discute a alegada omissão do Congresso Nacional por não aprovar lei complementar para instituir o imposto sobre grandes fortunas, consoante previsão do art. 153, inciso VII, da Constituição.

⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015, p. 136.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 136.

contrapartida, que, “*vencido o prazo previsto no caput, os autos estarão automaticamente liberados para a continuação do julgamento*”.

Os exemplos de atraso na devolução das vistas antes da emenda regimental são vários. Um caso que inundou a mídia foi o julgamento da ADI 4.650, em que um pedido de vista formulado pelo ministro Gilmar Mendes suspendeu o julgamento quando a maioria do tribunal já havia firmado o entendimento pela parcial procedência da ação.

Nesse feito, discutia-se a constitucionalidade de dispositivos das Leis 9.096/1995 e 9.504/1997 que regulamentavam o financiamento eleitoral e de partidos políticos. Especificamente, questionava-se a possibilidade de o legislador autorizar pessoas jurídicas a realizem doações em campanha eleitoral. O julgamento foi iniciado em dezembro de 2013 e, naquela sessão, quatro ministros se manifestaram pela inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. O ministro Teori Zavaski pediu vista dos autos e o julgamento foi retomado em abril de 2014. Nessa ocasião, Zavaski abriu divergência para considerar a previsão constitucional, mas a linha pela inconstitucionalidade angariou mais dois votos. Ou seja, nesse momento, apesar das nuances das posições dos ministros, formou-se maioria pela invalidade da norma debatida.

Porém, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. O processo somente foi liberado para reinclusão em pauta em setembro de 2015 (isto é, mais de um ano e meio depois).⁷⁰ Apesar da pressão de diversos setores da sociedade para que o julgamento fosse retomado,⁷¹ o ministro deixou claro o propósito estratégico do pedido de vista: em ocasiões públicas, Gilmar Mendes

⁷⁰ ARGUELHES e HARTMANN indicam que o prazo de devolução de quase um ano e meio não configura um pedido de vistas necessariamente longo quando comparado com o tempo médio. Contudo, o caso é particularmente relevante em razão das justificativas públicas do ministro, que evidenciou o propósito estratégico da conduta (ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, 2017, p. 130).

⁷¹ “*Entidades pedem que Gilmar Mendes apresse análise de financiamento de campanha*”. Portal R7, 01/04/2015. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/entidades-pedem-que-gilmar-mendes-apresse-analise-de-financiamento-de-campanha-01042015>>. Acesso em 30 de março de 2023. “*Vai ter bolo! Pedido de vista de Gilmar Mendes completa um ano*”. Revista Fórum, 02/04/2015. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/politica/2015/4/2/vai-ter-bolo-pedido-de-vista-de-gilmar-mendes-completa-um-ano-12062.html>>. Acesso em 30 de março de 2023.

afirmou que tinha a intenção de aguardar uma definição do Congresso Nacional sobre a reforma política para, só depois disso, votar na ADI.⁷²

De fato, segundo dados do Relatório Supremo em Números: “O Supremo e o tempo”, o prazo regimental não é comumente respeitado. No período entre 1988 e 2010 e considerando somente as ações de controle concentrado julgadas pelo Plenário, foram formulados 2.987 pedidos de vista em 2.214 processos diferentes (ou seja, há processos com múltiplos pedidos, seja do mesmo ministro, seja de ministros diferentes). Do total, 2.863 pedidos já haviam sido devolvidos: 2.215 fora do prazo regimental e somente 648 dentro do período concedido. O prazo médio de devolução foi de 346 dias (bem distante dos 30 dias previstos no Regimento Interno). Ainda do total, 124 pedidos de vista ainda aguardavam liberação pelo vistor: 117 deles já tinham ultrapassado os 30 dias e apenas 7 ainda estavam nesse íterim. Os que pendiam de devolução estavam, em média, 1.095 dias com o juiz vistor.⁷³ Em janeiro de 2022, o STF possuía 469 julgamentos suspensos por pedidos de vista pendentes.⁷⁴

Mais recentemente, o ministro Gilmar Mendes protagonizou outra atitude curiosa sobre o *timing* de um julgamento. Dessa vez, não se tratou de um pedido de vista, mas de um pedido de destaque do julgamento virtual, para que o feito seja incluído em sessão presencial e a votação reiniciada. O detalhe é que, ao menos em dois processos (RE 835.818 e RE 1.276.977), Gilmar Mendes formulou o pedido de destaque quando todos os ministros já haviam registrado os seus votos e, portanto, quando já formada maioria apertada (6 x 5 em ambos os julgamentos), embora a sessão virtual ainda não tivesse se encerrado.⁷⁵

⁷² “Gilmar Mendes diz que cabe ao Congresso decidir sobre financiamento de campanha”. Estadão, 17/03/2015. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/gilmar-mendes-diz-que-cabe-ao-congresso-decidir-sobre-financiamento-de-campanha/>>. Acesso em 30/03/2023. “Gilmar Mendes diz que só vota financiamento privado após reforma política”. Estado de Minas, 24/04/2015. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/04/24/interna_politica.640766/gilmar-mendes-diz-que-so-vota-financiamento-privado-apos-reforma-polit.shtml>. Acesso em 30/03/2023.

⁷³ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Aberto Martins; CHAVES, Vitor Pinto. *III Relatório Supremo em números: o supremo e o tempo*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 92/93.

⁷⁴ “STF tem 469 ações paradas por pedidos de vista pendentes”. Jornal Metrópolis, 10/01/2022. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/stf-tem-469-acoes-paradas-por-pedidos-de-vista-pendentes>>. Acesso em 30/03/2023.

⁷⁵ Deve-se lembrar que, nos termos da Resolução STF 642, de 2019, que regulamenta o julgamento de processos nas sessões virtuais, a sessão se inicia na sexta-feira, com a disponibilização no ambiente virtual da ementa, relatório e voto pelo relator, e os demais ministros possuem até seis dias para se manifestar. Os votos podem ser alterados até o horário de encerramento da sessão e, por esse motivo, o julgamento não é encerrado pelo fato de todos os julgadores já terem se posicionado no ambiente virtual.

A atitude causou certa insegurança naquele momento, tendo em vista que o ministro Marco Aurélio havia participado dos dois julgamentos (era, inclusive, o relator em um deles) e já havia se aposentado quando os destaques foram formulados. No cenário até então vigente, os votos por ele proferidos seriam descartados, viabilizando que o seu sucessor, ministro André Mendonça, registrasse sua posição. Tal situação poderia ensejar a alteração do entendimento vencedor na Corte.

Vale mencionar que o ministro Marco Aurélio, antes de deixar a Corte, remeteu ofício ao então Presidente do STF, ministro Luiz Fux, justamente para requerer a consideração dos seus votos proferidos em julgamentos virtuais naqueles processos que foram objeto de destaque. O próprio ministro relacionou 23 processos nessa situação. Luiz Fux, porém, negou o pedido, determinando, assim, que os julgamentos fossem reiniciados, com o consequente descarte dos votos já manifestados (inclusive aqueles pronunciados por ministros já aposentados).

Apesar do indeferimento pelo então Presidente da Corte, o ministro Alexandre de Moraes suscitou questão de ordem na ADI 5.399 para que o Plenário fixasse o entendimento da validade de voto proferido por ministro posteriormente aposentado, ou outro motivo de cessação do exercício do cargo, mesmo em caso de destaque. Essa foi a interpretação da maioria, vencido apenas o ministro André Mendonça, que compreendia pelo completo reinício do julgamento.

Não se pode afirmar, naturalmente, que, ao pedir os destaques, o ministro Gilmar Mendes pretendia fazer com que o voto do ministro Marco Aurélio fosse descartado. Mas tampouco se pode desconsiderar que o ministro agiu estrategicamente, ao menos para permitir a rediscussão da matéria em plenário presencial, possibilitando a alteração de votos de outros julgadores e, como consequência, do entendimento final do tribunal.

A terceira prática individual de ministros que reflete na condução dos casos concretos é da prolação de decisões monocráticas que, por vezes, não são submetidas a confirmação pelo Plenário antes de exaurir os seus efeitos ou de alterar decisivamente a situação controvertida.⁷⁶ Os exemplos são variados: o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil da ex-

⁷⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, 2018, p. 23.

presidente Dilma Rousseff (Mandados de Segurança 34.070 e 34.071);⁷⁷ o ministro Luiz Fux suspendeu e determinou o reinício da tramitação do pacote de “10 medidas contra a corrupção” na Câmara dos Deputados (Mandado de Segurança 34.530);⁷⁸ o ministro Marco Aurélio ordenou à mesa da Câmara que desse prosseguimento a um pedido de impeachment contra o ex-presidente Michel Temer (Mandado de Segurança 34.087);⁷⁹ o ministro Joaquim Barbosa suspendeu os efeitos da Emenda Constitucional 73/2013, que cria os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões (ADI 5.017).⁸⁰

O relator possui, de fato, poderes de atuar individualmente. O art. 932 do CPC lhe confere poderes para apreciar pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal, não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, bem como dar ou negar provimento ao recurso para que a decisão esteja de acordo com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, com acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e com entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

⁷⁷ Os Mandados de Segurança foram julgados prejudicados em razão da publicação da exoneração de Lula como ministro da Casa Civil. É relevante apontar que, pelo art. 204 do Regimento Interno do STF, a liminar concedida pelo relator em Mandado de Segurança vigorará pelo prazo de noventa dias, contado de sua efetivação e prorrogável por mais trinta dias, se o acúmulo de serviço o justificar. Isto é, não há previsão específica de que a liminar em mandado de segurança seja referendada pelo Plenário. No entanto, o art. 21 do Regimento dispõe, de forma geral, que as medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa podem ser determinadas pelo relator, *ad referendum* do Plenário.

⁷⁸ O Mandado de Segurança foi extinto por falta superveniente do interesse de agir, em razão de ofícios encaminhados pelos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, informando o cumprimento da ordem liminar e o atendimento da pretensão do impetrante.

⁷⁹ Neste caso, embora o relator tenha liberado o processo para julgamento em Plenário, não houve sua inclusão em pauta. A decisão monocrática proferida por Marco Aurélio que julgou prejudicada a ação explicita sua crítica à condução do feito:

“2. Em 30 de março de 2016, o mandado de segurança foi formalizado. A liminar, implementada no dia 5 de abril daquele ano, deixou de ser observada. O impetrante, em 28 de novembro de 2016, reiterou o pedido de medida de urgência. Os atos judiciais não surtiram efeito. A liberação para julgamento ocorreu no dia 18 de maio de 2016. A Presidente anterior, ministra Cármen Lúcia, não designou data para apreciação, nem o atual, ministro Dias Toffoli. Sinal dos tempos estranhos vivenciados. Sinalização de que tarda o implemento de nova modalidade de inclusão do processo em pauta, deixando a Presidência do Tribunal de ter o “poder absoluto” que hoje possui.

O objeto da impetração mostrou-se único – constituição da comissão especial relativa ao impedimento do então Vice-Presidente da República, Michel Temer. Guindado à Presidência, ocorreu o término do mandato. Eis quadro a revelar o Brasil do faz de conta.”

⁸⁰ A liminar proferida em julho de 2013 jamais foi submetida ao referendo pelo Plenário e produz os seus efeitos até hoje. Nesse intervalo de tempo, foi criado, pela Lei 14.226/2021, o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, com sede em Belo Horizonte e jurisdição no Estado de Minas Gerais.

No Regimento Interno do STF, o art. 21 relaciona as atribuições do relator, entre as quais consta a determinação, em caso de urgência e *ad referendum* do Plenário ou da Turma, das medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa, bem ainda negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do tribunal ou prover recurso extraordinário, desde logo, em caso de manifesta divergência com súmula do tribunal.

As decisões monocráticas, de fato, representam, há algum tempo, a maior parte das decisões do STF. De acordo com o Relatório Supremo em Números “Quem decide no Supremo?”,⁸¹ tomando como base o período de 1988 e 2018, as decisões monocráticas compõem 72,4% dos casos examinados do STF.⁸² Nesses processos, após a decisão individual, não houve deliberação colegiada, seja para analisar a posição do relator, seja para julgar o mérito da ação/recurso.

Esse percentual impressiona se comparado com as decisões colegiadas formadas em sessão presencial e com atenção individualizada dos ministros, as quais ocorrem em apenas 1% dos casos julgados pelo Supremo.⁸³ Essa situação é distinta

⁸¹ PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em números: quem decide no Supremo?: tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 37.

⁸² Excluem-se desse percentual as decisões monocráticas que devolveram o processo ao tribunal de origem pelo regime da repercussão.

⁸³ O percentual deve ter em conta que, no período em análise (até 2018), não era possível julgar o mérito de ações em sessão virtual (com exceção dos casos de reafirmação de jurisprudência). De fato, os julgamentos virtuais foram implementados no Supremo Tribunal Federal ainda em 2007. Por meio da Emenda Regimental 21/2007, o Tribunal passou a autorizar que o Relator submeta, por meio eletrônico – o chamado Plenário Virtual –, aos demais ministros, a sua manifestação sobre a existência ou não de repercussão geral. Os demais ministros devem se manifestar sobre o tema, também por meio eletrônico, no prazo de 20 dias (este prazo foi reduzido para 6 dias úteis, na forma da Emenda Regimental 58, de 2022).

A partir de 2010, a Emenda Regimental 42 deu um passo adiante para permitir que o julgamento de mérito das questões com repercussão geral também possa ser realizado por meio eletrônico, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte.

Em 2016, por meio da Emenda Regimental 51 e da Resolução 587, foi autorizado que, a critério do Relator, o julgamento de agravos internos e embargos de declaração seja realizado em ambiente eletrônico. Nasceu, nesse momento, a Sessão Virtual. Nesse cenário, a referida resolução previa que a sessão se iniciaria às sextas-feiras, data em que o Relator deveria inserir a ementa, o relatório e o voto. Os demais ministros teriam até sete dias corridos para manifestação.

Já em 2019, a Emenda Regimental 52 estendeu a possibilidade de julgamento eletrônico – até então somente prevista para agravos internos e embargos de declaração – para outras hipóteses: medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias, recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF, e demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.

daquelas em que as decisões colegiadas são tomadas em julgamentos que se deram em sessões virtuais ou por lote e que perfazem 16,15% dos julgados.⁸⁴

Porém, na prática, por vezes essa incumbência é utilizada de forma estratégica ou não convencional. O deferimento de medida cautelar de forma monocrática em ADI ou ADC para suspender os efeitos de lei aprovada pelo Congresso, embora seja prática corriqueira no Supremo,⁸⁵ é procedimento questionado.⁸⁶ O exemplo da ADI 5.017, mencionado acima, é significativo: por decisão de um único ministro, jamais referendada pelo Plenário, foram suspensos os efeitos de uma Emenda Constitucional aprovada pelo Congresso Nacional. Houve, inclusive, a concessão de cautelar em ação em que, expressamente, não foi formulado pedido nesse sentido – na ADI 5.908, o ministro Alexandre de Moraes fundamentou sua decisão no poder geral de cautela.⁸⁷

Além da possibilidade de que um ministro, sozinho, suspenda a eficácia de norma aprovada pelo Poder Legislativo, a concessão de liminares monocráticas ostenta uma segunda característica de abuso: a tentativa de imposição de um entendimento pessoal a despeito da posição do Plenário por meio da produção de efeitos imediatos da liminar.⁸⁸ Um caso emblemático foi protagonizado pelo ministro Marco Aurélio na discussão sobre a constitucionalidade da prisão de condenados em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado.

Somente em 2020, a partir da Emenda 53, foi autorizado que todos os processos de competência do Tribunal sejam julgados em ambiente eletrônico a critério do relator (a chamada sessão virtual). Com a nova regra, julgamentos de mérito de repercussão geral e de ações de controle concentrado, mesmo em se tratando de matérias sem jurisprudência dominante no âmbito do STF, passaram a poder ocorrer por meio do sistema virtual.

⁸⁴ PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em números: quem decide no Supremo?: tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 37.

⁸⁵ Segundo o Relatório Supremo em Números: “O Supremo e o tempo”, entre 1988 e 2013, foram concedidas 1.610 liminares em ADI e 11 em ADC (FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Aberto Martins; CHAVES, Vitor Pinto. *III Relatório Supremo em números: o supremo e o tempo*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 32).

⁸⁶ GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do plenário. *Revista Direito e Praxis*, v. 12, n. 2, 2021; VALE, André Rufino do. A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade. In: TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁸⁷ GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do plenário. *Revista Direito e Praxis*, v. 12, n. 2, 2021, p. 1041.

⁸⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015, p. 138.

O ministro Marco Aurélio era o relator de três ADCs – 43, 44 e 54 – que buscavam confirmar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual previa, na redação vigente à época da propositura das ações, que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*.

O ajuizamento dessas ADCs ocorreu num contexto em que o STF alterou o seu posicionamento, por meio de julgamentos de *Habeas Corpus*, sobre a possibilidade ou não de prisão de condenados em segunda instância antes do trânsito em julgado. Antes, o tribunal vedava essa possibilidade, considerando-a inconstitucional. Num segundo momento, porém, passou a validar as prisões.

A liminar pleiteada nas ADCs 43 e 44 foi rejeitada pelo Plenário em outubro de 2016. Embora o relator tenha liberado as ações para julgamento do mérito em dezembro de 2017, a Presidente do STF não incluía os feitos na pauta do Plenário. Em abril de 2018, a posição pela validade da prisão foi reafirmada pela maioria do pleno do STF no julgamento do HC 152.752.

Foi nesse cenário que o ministro Marco Aurélio, no dia 19 de dezembro de 2018, às 14 horas – isto é, um dia antes de iniciar o recesso, que, no STF, somente se encerra em 31 de janeiro do próximo ano –, por meio de decisão monocrática, concedeu a liminar requerida na ADC 54, *“para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do art. 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame da apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual”*.

Dito de outro modo, o ministro, individualmente, valeu-se da atribuição do relator de analisar o pedido de medida cautelar para superar o posicionamento do Plenário quanto ao indeferimento do pedido liminar nas ADIs 43 e 44, bem como a posição vencedora por maioria no HC 152.752, e impor seu entendimento pessoal. Tudo isso no apagar das luzes do ano judiciário.

A decisão foi fundamentada, com críticas explícitas, em diversos fatos que podem ser imputados de forma individual a ministros da Corte. Como primeiro ponto, o relator destacou que havia liberado o exame da medida cautelar para o Plenário em

19 de abril de 2018 e que somente em 18 de dezembro foi designada a sessão de 10 de abril do ano seguinte. Ainda essa questão, o ministro indicou que as ADCs 43 e 44, que discutiam idêntico tema, já estavam liberadas para pautamento desde dezembro de 2017, mas aguardavam a inclusão em sessão do Plenário. Tratou-se de censura à atuação da Presidente Cármen Lúcia.

Como segunda razão, o ministro evidenciou sua interpretação sobre a verdadeira visão majoritária do colegiado no julgamento do HC 152.752. Segundo sua leitura, considerada a evolução no entendimento do ministro Gilmar Mendes (que passou a compreender pela inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado) e da ressalva da posição pessoal quanto ao tema realizada pela ministra Rosa Weber, o Supremo reformaria a posição manifestada anteriormente e compreenderia pela possibilidade da prisão apenas após o trânsito em julgado.

A decisão monocrática do ministro Marco Aurélio não durou. No mesmo dia 19 de dezembro de 2018, às 19h39m, o Presidente do STF, ministro Dias Toffoli, deferiu a suspensão da liminar requerida pelo Ministério Público Federal (SL 1.188), *“para suspender os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC nº 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018”*. A decisão adotou, como razão de decidir, que *“a decisão já tomada pela maioria dos membros da Corte [nas ADCs 43 e 44] deve ser prestigiada pela Presidência”*.

E foi em vista das recorrentes críticas quanto ao uso do poder do relator que o STF editou a Emenda Regimental 58, de 2022, para submeter, desde logo, a decisão monocrática ao referendo do colegiado. De acordo com a nova regra, a medida cautelar concedida pelo relator produzirá efeitos imediatos e será automaticamente inserida na pauta da sessão virtual subsequente para julgamento do referendo pelo colegiado competente. O relator poderá optar por apresentar o feito em mesa na primeira sessão presencial subsequente à concessão da decisão, sem prejuízo de sua manutenção na sessão virtual, se não for analisado. E, em caso de excepcional urgência, o relator poderá solicitar ao Presidente a convocação de sessão virtual extraordinária, com prazo mínimo de 24 horas, para referendo da cautelar concedida.

As três formas de atuação individual dos ministros narradas acima demonstram como o comportamento individual pode ultrapassar procedimentos

internos e superar a colegialidade, dando efeitos praticamente equivalentes à atuação institucional do órgão.⁸⁹

É, portanto, nesse cenário de fragmentação coletiva – o que se cunhou de “onze ilhas” – e do exercício imoderado dos poderes individuais – o que se denominou de “ministocracia” – que se busca reforçar a colegialidade.

1.3. Outras críticas a algumas características do acórdão do Supremo Tribunal Federal

Além da dificuldade de reconstrução racional do entendimento do Supremo Tribunal Federal, demonstrada no tópico 1.1, e da identificação da fragmentação coletiva e da força individual dos ministros da Corte, apresentada no tópico 1.2, há ainda outras críticas a algumas características do acórdão do tribunal. KLAFFE sintetiza cinco disfunções que comumente são apontadas: a demora na publicação das decisões, a composição dos documentos, as ementas, o tamanho dos acórdãos e o estilo material do texto.⁹⁰

Relativamente à demora na publicação dos acórdãos no Diário Oficial, o Relatório Supremo em Números: “O Supremo e o tempo”, que tomou o período base de 1988 a 2013, indicou que o prazo médio para publicação, contado da sessão de julgamento, é de 167 dias.⁹¹ Ao longo do tempo, o prazo médio de publicação reduziu.⁹²

Contudo, a prática ainda não atende o que determina a regulamentação. O art. 943, § 2º, do CPC, prescreve que, lavrado o acórdão, sua ementa será publicada no órgão oficial no intervalo de 10 dias. O art. 944, por sua vez, determina que, não

⁸⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015, p. 146.

⁹⁰ KLAFFE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 55.

⁹¹ O relatório faz importante referência ao fato de que o tempo médio de publicação depende da classe processual. Classes processuais como cartas rogatórias, agravos de instrumento e recursos extraordinários tenderam a um tempo mais curto; por outro lado, a publicação de acórdãos em revisões criminais, ações declaratórias de constitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade tomaram mais tempo. Segundo o relatório, “*decisões que geralmente afetam todo o direito brasileiro, como aquelas em ADI e ADPF, levam em média cerca de um ano para serem formalmente publicadas*”. De acordo com o estudo, há ainda outros fatores envolvidos, como o assunto e o relator do acórdão (FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Aberto Martins; CHAVES, Vitor Pinto. *III Relatório Supremo em números: o supremo e o tempo*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 72).

⁹² KLAFFE, op. cit., p. 55.

publicado o acórdão em 30 dias, contados da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão. Nessa hipótese, o presidente do tribunal lavrará, de imediato, as conclusões e a ementa e mandará publicar o acórdão.⁹³

O Regimento Interno do STF, a seu turno, prescreve que a publicação do acórdão deverá ocorrer no prazo de 60 dias, a partir da proclamação do resultado do julgamento. A Emenda Regimental 54, de 2020, introduziu medidas para dar mais agilidade ao processo. A publicação ocorrerá automaticamente dentro do prazo indicado, salvo manifestação expressa de ministro em sentido contrário, sendo que a ementa consistirá no dispositivo do voto vencedor. Caso o relatório, os votos escritos e a revisão de apertes de julgamento não tenham sido liberados pelos respectivos julgadores, a secretaria judicial fará constar do texto transcrito do julgamento a ressalva de que ele não foi revisto pelo respectivo ministro.

É importante registrar, por outro lado, que, embora a demora na publicação do acórdão seja, de fato, um inconveniente, ela não impede o cumprimento da decisão submetida à sistemática de repercussão geral ou as consequências processuais dela advindas. De fato, a jurisprudência do STF assentou já há algum tempo que a existência de precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma.⁹⁴

⁹³ É de se mencionar que, embora haja a previsão nesse sentido, não se verifica, na prática, a sua adoção. O RE 574.706 (Tema 69 de repercussão geral) é exemplo disso. O julgamento do mérito da repercussão geral foi concluído em 15 de março de 2017. Passados os prazos do art. 944 do CPC (30 dias), bem como da redação vigente do art. 95 do RISTF, o acórdão ainda não havia sido publicado. Vários foram os pedidos para que as notas taquigráficas fossem transcritas para substituir o acórdão, mas os requerimentos jamais foram analisados. O acórdão foi publicado apenas em 02 de outubro de 2017, quase 7 meses depois.

⁹⁴ Embargos de declaração no agravo de instrumento. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. Trabalhista. Pressupostos recursais. Legislação infraconstitucional. Repercussão geral. Ausência. Precedente Plenário. Aplicação imediata. Possibilidade. Precedentes. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Ausência de repercussão geral do tema relativo aos requisitos de admissibilidade de recursos de competência de Cortes diversas. 3. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 4. Agravo regimental não provido. (AI 752804 ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-053 DIVULG 21-03-2011 PUBLIC 22-03-2011 EMENT VOL-02486-02 PP-00302)

Mais recentemente: Agravo regimental na reclamação. 2. Direito Processual Civil e do Trabalho. 3. ADPF 324 e tema 725. Licitude da terceirização da atividade-fim. Ato reclamado em sintonia com o entendimento do STF. 4. Desnecessidade de aguardar-se a publicação da decisão ou o trânsito em julgado do paradigma. As decisões proferidas por esta Corte são de observância imediata. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado

Por outro lado, quanto aos efeitos das ações de controle concentrado, embora o art. 28 da Lei 9.868/1999 estipule que a parte dispositiva do acórdão seja publicada no Diário Oficial dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o STF já manifestou o entendimento de que a eficácia dessas decisões ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento (o que, geralmente, se dá antes da publicação do acórdão).⁹⁵

A segunda crítica diz respeito à composição do documento. KOATZ questiona a prática de se inserir, entre os votos do acórdão, a transcrição dos debates. Segundo o autor, “*muitas vezes, as necessidades de produzir decisões coerentes que possam ser seguidas no futuro, exige uma sistematicidade que, na maior parte das vezes, é impossível durante os debates orais entre onze julgadores diferentes*”.⁹⁶ RODRIGUEZ vai na mesma linha e tece críticas sobre o fato de que “*os julgados contêm a transcrição direta dos debates registrados ao vivo e na ordem em que ocorreram, sem texto final que organize a argumentação*”.⁹⁷

A dificuldade de compreensão gerada pela transcrição dos debates é reforçada pela possibilidade conferida pelo Regimento Interno do STF de que o ministro cancele o seu aparte, de modo a excluí-lo do texto publicado.⁹⁸ O

provimento ao agravo regimental. (Rcl 47774 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 30-08-2021 PUBLIC 31-08-2021).

⁹⁵ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADI 2.332-2/DF. EFICÁCIA. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. I – A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento. Precedentes. II – Na desapropriação incidem juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário do bem. Precedentes. III – Embargos de declaração acolhidos para dar parcial provimento ao recurso extraordinário. (ARE 1031810 AgR-ED-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019).

⁹⁶ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 401.

⁹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p 67/68.

⁹⁸ RISTF: “Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos.

Parágrafo único. Os apartes constarão do acórdão, salvo se cancelados pelo Ministro apartante, caso em que será anotado o cancelamento.”

cancelamento é reputado como válido pela jurisprudência do STF, não gerando qualquer nulidade ou vício no acórdão.⁹⁹

A terceira crítica que é comum se refere à ementa do acórdão. Apesar de a ementa ser uma parte obrigatória do acórdão, conforme o art. 943, § 1º, do CPC, não há qualquer normatização sobre o que deve conter ali. Toma-se, apenas, a premissa de que o trecho deve sintetizar a decisão tomada pelo órgão colegiado.

Em pesquisa realizada pela FGV Direito SP dedicada ao estudo do processo de argumentação e deliberação dos ministros do STF no julgamento de recursos extraordinários, foi perguntado à Secretaria Geral da Presidência do STF “*quais critérios são utilizados para a construção da ementa, se algum manual ou técnica é adotada ou se varia de ministro para ministro*”. A resposta foi: “*em atenção à sua mensagem, informamos que os critérios e a técnica são definidos pelos próprios ministros*”.¹⁰⁰

É dizer: ao menos no STF, não há diretrizes ou normas, ainda que informais, sobre a elaboração de ementas, cabendo a cada relator definir o que considera importante para ali constar.

É bastante frequente que a argumentação jurídica seja baseada na mera transcrição das ementas.¹⁰¹ Até porque, vale dizer, as ferramentas de pesquisa dos tribunais, em geral, limitam a busca à ementa do acórdão. Essa realidade, porém, além de se basear no argumento de autoridade, pois não se aprofunda nos detalhes fáticos e na fundamentação jurídica da decisão, está também sujeita a equívocos ou confusões na redação da ementa.

⁹⁹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR. NOTAS TAQUIGRÁFICAS. CANCELAMENTO. ART. 133 DO RISTF. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO À LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL. INOVAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. I – As notas taquigráficas referentes a votos e apartes podem ser canceladas sem que gere vício (art. 133 do RISTF; AP 470/EDj sétimos e décimos terceiros, Dje 10.10.13), sendo aferível do pronunciamento do colegiado a voz institucional do Tribunal na formação do acórdão. II – Inexistência de omissão quanto à legislação internacional enunciada nos embargos, por não ter sido suscitada no recurso extraordinário. III – Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão. IV – Embargos de declaração rejeitados. (RE 597285 ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 11-06-2019 PUBLIC 12-06-2019)

¹⁰⁰ FERREIRA, Carolina Cutrupi; LOPES, Marina Jacob; LANGENEGGER, Natalia. Ementas como reflexo do acórdão?. In: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (org.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 66.

¹⁰¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 93; KLAFKE, Guilherme Forma. Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas. *FGV Direito SP Research Paper Series No. 132*, 2015, p. 3/4.

Já se citou anteriormente o caso da ADI 2.591, em que os embargos de declaração foram acolhidos para adequação da ementa original, já que ela não havia refletido o que decidido pelo consenso da maioria.¹⁰² Há, ainda, outros exemplos em que a ementa se dissocia do que decidido pelo colegiado. Na pesquisa realizada pela FGV SP, são indicadas, exemplificativamente, inconsistências entre as discussões e a ementa nos seguintes julgados: RE 486.413, RE 578.695, RE 511.961, RE 583.955, RE 562.980, RE 344.994 e RE 569.056.¹⁰³ Segundo as autoras do estudo, nesses julgados, a ementa faz prevalecer parte do conteúdo do voto do relator, desconsiderando posições debatidas durante o julgamento ou a existência de votos vencidos.¹⁰⁴ Isto é, não é incomum que ela traga fundamentos e decisões que não foram acolhidos – ou mesmo que foram rejeitados – pela maioria do colegiado.

Tudo isso parece ser consequência do fato de que a ementa é redigida pelo relator, não sendo submetida à discussão prévia do colegiado para aprovação. Sobre a questão, merece ser lembrado o aparte feito pelo ministro Roberto Barroso no julgamento da Reclamação 4.335, quando sugeriu que, *“na medida em que nós venhamos a expandir esse papel dos precedentes (...), teremos que produzir decisões em que a tese jurídica afirmada seja mais nítida (...). Muitas vezes - a meu ver, esse é o papel da ementa, e tenho procurado discutir isso -, era preciso que ficasse mais claro, prima facie, qual foi a tese jurídica afirmada pelo Supremo”*. E o ministro complementou: *“Daí, a minha proposta de que, em algum lugar do futuro, nós tenhamos uma fórmula pela qual a ementa do voto seja aprovada pela maioria que sufragou aquele entendimento”*.

Nas entrevistas feitas por SILVA com ministros e ex-ministros do STF, as críticas às ementas foram lembradas. Um dos ministros afirmou: *“(...) tem um problema grave que é a ementa. Se pegar uma ementa do Celso de Mello, é um*

¹⁰² A ementa do acórdão que julgou os embargos de declaração fez constar expressamente: “Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: (...)”.

¹⁰³ FERREIRA, Carolina Cutrupi; LOPES, Marina Jacob; LANGENEGGER, Natalia. Ementas como reflexo do acórdão?. In: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (org.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 71/87.

¹⁰⁴ O apontamento da existência de voto vencido não é elemento essencial da ementa, devendo constar no resultado do julgamento se a decisão foi tomada à unanimidade ou por maioria de votos.

acórdão novo, aquele troço comprido".¹⁰⁵ Outro ministro defendeu a aprovação *a posteriori* da ementa do acórdão, a fim de que haja clareza sobre o decidido pelo colegiado:

Eu sou a favor [...] de que, ao final da votação, o relator para o acórdão produza uma ementa na qual fique explicitado qual foi a tese jurídica do acórdão, [...] e esta ementa deve ser aprovada pela maioria que se formou. [...] Eu acho que um dos problemas dos casos mais difíceis é a dificuldade de saber exatamente o que foi decidido e acho que, para superar este problema, a ementa – que, na minha experiência, é o que é a maior parte das pessoas leem – deve traduzir a tese jurídica vencedora e deve ser aprovada *a posteriori*.¹⁰⁶

Nos julgamentos de repercussão geral, o Supremo já tem deliberado, ao final da votação, sobre a tese firmada pelo colegiado. O texto é discutido e aprovado pela maioria dos ministros. Porém, a tese de repercussão geral ou a ementa não possuem regulamentação e, como consequência, continuam sem um padrão de forma ou de conteúdo.

A quarta crítica se refere ao tamanho dos acórdãos proferidos no STF. Há exemplos que chamam a atenção: o acórdão da AP 470 (Caso Mensalão) possui 8.405 páginas; o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 (criminalização da homofobia) contém 566 páginas; o da ADC 54 (execução da pena antes do trânsito em julgado) tem 486 páginas; o da ADPF 54 (aborto de anencéfalos) é composto por 433 páginas.

Essa característica – longos acórdãos – foi ainda reforçada a partir da publicidade das sessões de julgamento pela TV Justiça. Em estudo sobre o tema, FONTE promoveu uma apuração quantitativa dos impactos da TV Justiça sobre os julgamentos do Supremo.¹⁰⁷ Para tanto, dividiu a atuação da Corte Suprema em dois períodos: de 1990 a 2002, que corresponde ao período pós-Constituição de 1988 e pré TV Justiça, e de 2003 a 2011, equivalente ao intervalo posterior às atividades da TV Justiça até a análise empreendida.

Um dos indicadores examinados foi justamente a extensão dos acórdãos proferidos em ADIs e a conclusão do autor foi a de que, na era pós-TV Justiça, os

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021, p. 32.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰⁷ FONTE, Felipe de Melo. Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 119/132.

acórdãos cresceram cerca de 58% de tamanho. Antes, eles tinham em média 18,16 páginas e, após, passaram a ter, em média, 28,82 páginas. FONTE não afirma, categoricamente, que a TV Justiça tenha sido a única causa, mas sugere que ela tenha modificado a dinâmica dos julgamentos no Plenário, com uma inquestionável tendência à adoção de votos mais longos.¹⁰⁸

Não se questiona a relevância e a complexidade das matérias discutidas, que envolvem inúmeros argumentos e nuances, nem se pretende limitar o número possível de páginas de um acórdão. Mas é certo que o tamanho das decisões tem causado dificuldades ou ocasionado dubiedades na interpretação daquilo que a Corte efetivamente decidiu.¹⁰⁹

De acordo com SILVA, a publicação de acórdãos muito longos causa consequências à interpretação daquilo que o tribunal resolveu:

(...) insistir em publicar todas essas opiniões extremamente extensas tem vários efeitos colaterais. As mais importantes são: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal estão se tornando cada vez mais confusas e difíceis de entender; e, como consequência, (ii) nem a sociedade civil, nem a comunidade jurídica, nem o parlamento, nem o governo recebem uma indicação clara do tribunal sobre como agir ou como interpretar a Constituição em outros casos. Quando o tribunal declara uma lei inconstitucional, é especialmente difícil identificar os fundamentos de sua decisão, uma vez que diferentes ministros podem apresentar razões diferentes.¹¹⁰

De fato, a extensão dos votos foi um dos temas abordados por ministros e ex-ministros do STF nas entrevistas realizadas SILVA. Como observado pelo autor, quase todos os julgadores encaram a tendência a produzir acórdãos muito longos como um elemento que atrapalha a consistência decisória do tribunal. Para um dos ministros, *“há um mau hábito de achar que escrever muito significa ser mais*

¹⁰⁸ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 174.

¹⁰⁹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 398; KLAFKE, Guilherme Forma. *Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 59.

¹¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 579. No original: “(...) insisting upon publishing all these extremely lengthy opinions has several side effects. The most important ones are: (i) the decisions of the Brazilian Supreme Court are becoming more and more confusing and difficult to understand; and, as a consequence, (ii) neither the civil society, nor the legal community, nor the parliament, nor the government receive a clear indication from the court on how to act or how to interpret the Constitution in further cases. When the court strikes down a statute as unconstitutional, it is especially difficult to identify the grounds of its decision, since different justices may adduce different reasons”.

consistente”; outro acredita que “as deliberações deveriam ser mais sucintas, a votação mais sucinta, as publicações mais sucintas”; para um deles, a maior crítica que faz aos colegas “*tinha a ver com o método de trabalho, com excesso de tinta no papel e excesso de palavras ao microfone*” e que “*há ministros que escrevem 85 páginas para dizer o que eu digo em 4 páginas, há ministros que falam 60 minutos para dizer o que pode ser dito tranquilamente em 6 minutos*”; por fim, um ministro destacou não ter “*dúvida nenhuma de que não há matéria (que justifique) essas decisões de seiscentas páginas, quinhentas páginas*”.¹¹¹

Apenas um entrevistado indicou existir alguma vantagem em votos mais longos, afirmando que, “*embora o ideal seria que se fizesse realmente um acórdão sintetizando os pontos de vista*”, “*a opinião da corte*”, “*a vantagem de fazer votos longos é que às vezes se chega a um resultado por caminho diferente, então ali estão expostos todos os caminhos*”.¹¹²

Por fim, a quinta crítica à prática de escrita de acórdão do STF se refere ao estilo do texto publicado. MENDES sustenta que o tribunal possui estilo “*prolixo e arrevesado*” e que os acórdãos “*constituem peças clássicas de bacharelismo beletrista*”.¹¹³ VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO apontam que a leitura minuciosa de casos difíceis no STF deixa evidenciar a falta de clareza, de coerência e a dificuldade de se encontrar a linha argumentativa da decisão, o que configura obstáculo ao exercício do controle democrático das decisões da Corte.¹¹⁴

RODRIGUEZ indica que a racionalidade judicial no Brasil, especialmente nos casos controversos, é marcada pela utilização de argumentos de autoridade, evidenciando o que o autor denominou de justiça opinativa.¹¹⁵ E, nesse sentido, a estrutura textual é sempre muito parecida: elabora-se uma tese a partir de um fundamento qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado) e, em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la.¹¹⁶ Mas RODRIGUEZ indica que, na prática,

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021, p. 32.

¹¹² *Ibid.*, p. 32.

¹¹³ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Opinião, 01/02/2010.

¹¹⁴ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, 2009, p. 25.

¹¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 51.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 68.

pouco se preocupa com a coerência entre as justificativas relacionadas. A intenção é demonstrar que a posição adotada é a única correta, com base nas autoridades relevantes sobre o assunto.¹¹⁷ Por isso, o autor sustenta que as razões de decidir “são *incoerentes e ficam truncadas nos votos individuais*”.¹¹⁸

A fundamentação excessivamente baseada em argumentos de autoridade encontra vícios consistentes na transcrição descontextualizada de decisões anteriores, de doutrina e de elementos estrangeiros.

VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO indicam que é comum que os ministros cite decisões anteriores “*de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (ratio decidendi) –, ou de maneira estratégica –, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do ministro*”.¹¹⁹

RODRIGUEZ aduz que as cortes brasileiras citam, com muita frequência, doutrinadores e teóricos do direito sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, isto é, sem explicar o porquê de aquele autor e aquele trecho transcrito serem relevantes para a solução final.¹²⁰

VALE aponta como problema a citação de doutrina e de jurisprudência estrangeiras sob o fundamento de que tal situação pode suscitar uma questão relativa à coerência do raciocínio desenvolvido pelo órgão colegiado, inclusive e principalmente pelo fato de que o texto final poderá ser composto por um amálgama de múltiplas razões que podem estar baseadas em distintas fontes de países diferentes e que inclusive podem ser contraditórias entre si.¹²¹

Tudo isso a caracterizar o voto proferido com um caráter advocatício, parcial, com o único objetivo de convencer do acerto da posição apresentada, sem diálogo com posições contrárias.¹²²

¹¹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 68/69.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 95.

¹¹⁹ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, 2009, p. 27.

¹²⁰ RODRIGUEZ, op. cit., p. 69.

¹²¹ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 133.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 576/577.

Nas entrevistas realizadas por SILVA, um dos ministros, embora crítico ao modelo atual de deliberação e dos acórdãos dos STF, mostrou-se confiante quanto a uma mudança de postura no futuro:

Nós vamos ter que fazer votos mais curtos e vamos cada vez mais substituir a leitura pela oralidade dos votos. Como nós sabemos que um grande público nos acompanha, e como sabemos também que você chama muito mais a atenção dos outros ministros quando você oraliza o voto, e não quando lê, então no futuro nós vamos ter votos muito mais oralizados do que lidos, e muito mais curtos do que longos. [...] Vai chegar um momento em que o Judiciário fará da síntese, da brevidade, um pilar do seu funcionamento. Assim como nós já estamos fugindo do “juridiquês” e usando uma linguagem mais palatável para o grande público. É uma fonte de legitimidade. A linguagem palatável e acessível é uma fonte de legitimidade.¹²³

Diante de todas essas considerações, inclusive reafirmadas por ministros do STF, percebe-se a abertura para que a forma tradicional de formatação de acórdãos no tribunal seja discutida. E, com a evolução de como se compreende a função do tribunal – o que se detalhará no capítulo adiante –, essa questão, realmente, merece atenção.

¹²³ SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021, p. 33.

2. O ESTABELECIMENTO DE PRESSUPOSTOS: A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. A função das Cortes a partir dos modelos propostos por KOZEL e POJANOWSKI

Tomando a Suprema Corte norte-americana como norte, KOZEL e POJANOWSKI propõem quatro modelos de Cortes e estabelecem uma relação entre a forma de tomar a decisão e o papel institucional do Tribunal.

Embora o trabalho tenha como pano de fundo a corte norte-americana e como premissa a sua conexão com a tradição do *common law*, suas considerações são válidas para o propósito deste estudo.

De fato, a prolatada diferença radical entre as tradições do *common law* e do *civil law* não encontra sustentação nos dias atuais. A dicotomia entre um direito inteiramente codificado e um direito inteiramente jurisprudencial/consuetudinário vigeu num período de hegemonia do Positivismo Jurídico, em que se considerava o direito como um objeto estático a ser analisado.¹²⁴ Afinal, nas palavras de BUSTAMANTE,

não seria crível supor que no Direito continental o juiz apenas interpretasse regras gerais e abstratas previstas pelo legislador e que no *common law* o juiz apenas aplicasse, estendesse ou modificasse regras jurídicas jurisprudenciais. (...) Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades, em qualquer sistema jurídico.¹²⁵

Naturalmente, não se assume, aqui, uma completa equivalência entre as duas tradições jurídicas. Parte-se, porém, da premissa de que o *common law* e o *civil law* se aproximaram em certa medida e que há pontos em comum entre eles.

Especificamente, adota-se a compreensão defendida por MACCORMICK de que, do ponto de vista do processo de raciocínio jurídico, não há diferenças consideráveis entre essas tradições.¹²⁶ Segundo o autor, “*quando falamos em ‘aplicar o Direito a um problema’, estamos na realidade falando do que é ao mesmo tempo o*

¹²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 95.

¹²⁵ Ibid., p. 106.

¹²⁶ MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: PERELMAN, Chaim; FORTIERS, Paul (orgs). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelas: Byulant, 1978, p. 170.

mais importante e o mais simples modo de argumentação jurídica: o argumento por subsunção".¹²⁷

E, nesse sentido, para MACCORMICK, toda decisão, tenha sido ela tomada no *common law* ou no *civil law*, deve ser justificada por enunciados universais, o que se adota como pressuposto teórico. Dito de outro modo, "*para fatos particulares – ou motivos particulares – serem considerados razões justificativas, eles devem ser subsumíveis em um princípio de ação enunciado em termos universais...*"¹²⁸, de modo que essa decisão esteja fundamentada em regramento jurídico que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem*.¹²⁹

Isto é, MACCORMICK compreende que qualquer decisão deve ser justificada por enunciados universais e, portanto, que não há justificação sem universalização.¹³⁰ Nas suas palavras:

Para justificarmos [um ato, uma norma etc.] devemos reconduzir a decisão, defesa ou pretensão de alguém à asserção segundo a qual 'porque os fatos F1, F2, ... Fn estão presentes, o julgamento j deve ser pronunciado'. Mas esse 'porque...' exige um comprometimento com a universalizabilidade.¹³¹

Utilizando as palavras de BUSTAMANTE:

Qualquer que seja o sistema jurídico em questão, a referência a uma regra universal para solucionar um problema jurídico particular é elemento indispensável da justificação jurídica, ainda que a enunciação em termos universais não esgote todos os problemas que podemos encontrar na fundamentação da decisão particular.¹³²

¹²⁷ MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul (orgs). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelas: Byulant, 1978, p. 172. No original: "*For when we talk about 'applying that law to a problem', we are in fact talking about what is at once the most important and the most simple mode of legal argument, argument by subsumption*".

¹²⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 98/99.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 148. Nessa linha de raciocínio, PEREIRA destaca que "*a exigência que recai sobre os juízes, então, está na necessidade de uma justificação racional que exponha sua pretensão de resolução da disputa privada por meio de uma razão universalizável, que seja capaz de se replicar nos demais casos semelhantes*" (PEREIRA, Paula Pessoa. *O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos. Uma justificativa a partir do universalismo*. 2013. 179 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 51).

¹³⁰ MACCORMICK, op. cit., p. 98/99.

¹³¹ MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford, Claredon, 1987, p. 162.

¹³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 111.

O que se quer dizer com isso é que, sendo o raciocínio jurídico para a tomada de decisão semelhante nas duas tradições jurídicas, sempre baseado na fundamentação a partir de regras universalizáveis, os modelos de Corte propostos por KOZEL e POJANOWSKI são também válidos para a tradição brasileira.

São eles: (i) a “*Rulemaker Court*”; (ii) a “*Adjudication Court*”; (iii) a “*Reluctant Court*”; e (iv) a “*Experimental Court*”.¹³³

Os dois primeiros modelos pressupõem que a Suprema Corte contribui para o desenvolvimento do direito constitucional ao fundamentar as suas decisões; isto é, que a Corte exerce o seu papel de estabelecer a interpretação das normas jurídicas e fornecer orientação à comunidade jurídica e à sociedade em geral.¹³⁴ E, nessa função, haveria, segundo os autos, dois modos de atuação.

A chamada *Rulemaker Court*, ao decidir um caso, articula e define regras amplamente aplicáveis, juntamente com uma descrição abrangente e detalhada das razões de decidir, para que sejam adotadas em casos subsequentes.¹³⁵ Ou seja, além de decidir o caso concreto, a Corte anuncia regras gerais que são manifestamente destinadas a orientar a resolução de disputas futuras que ainda não foram submetidas a ela.¹³⁶

Segundo KOZEL e POJANOSKI, essa forma de decidir seria um meio bastante efetivo de fornecer orientação às cortes inferiores quando as decisões contêm fundamentação rica e detalhada. O efeito, segundo os autores, seria o aumento da clareza com que a lei é compreendida e a garantia de que os cidadãos possam compreender e reagir às regras estabelecidas pelo Tribunal.¹³⁷

Além de orientar as cortes inferiores, o estabelecimento de regras gerais pelos Tribunais pode promover a uniformidade do direito,¹³⁸ já que, de antemão, as cortes inferiores já conhecem o entendimento firmado pela Suprema Corte.

Como contraponto, os autores apontam a importância de que a *Rulemaker Court* decida apenas após buscar o máximo de informações possível e após consistente deliberação entre os membros do colegiado. Por essa razão, considera-se importante que, além de selecionar casos que representem amplamente a

¹³³ KOZEL, Randy J.; POJANOWSKI, Jeffrey. Discretionary dockets. *Constitutional Commentary*, v. 31, 2016, p. 224.

¹³⁴ Ibid., p. 224.

¹³⁵ Ibid., p. 227.

¹³⁶ Ibid., p. 232.

¹³⁷ Ibid., p. 241.

¹³⁸ Ibid., p. 241.

controvérsia, sua atuação ocorra após a maturação da discussão nas cortes inferiores e admita a abertura a participação de terceiros (como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas), a fim de que estejam claras as implicações que as decisões da Corte possam gerar.¹³⁹

Os autores citam o famoso caso *Roe v. Wade* como um exemplo de situação em que a Suprema Corte atuou como tribunal legislador.¹⁴⁰ Neste julgamento, o Tribunal reconheceu o direito constitucional ao aborto não terapêutico em determinadas circunstâncias e foi além para anunciar um limite temporal de um trimestre para orientar casos futuros de aborto. A regra estabelecida neste caso foi, num segundo julgamento, aperfeiçoada. Mantendo a fundamentação jurídica adotada em *Roe v. Wade*, a Suprema Corte, em *Planned Parenthood v. Casey*, substituiu o corte trimestral por um teste de viabilidade do feto. Ou seja, definiu que a interrupção poderia ser feita sem restrições até o momento em que o feto possa sobreviver fora do útero.¹⁴¹

Ou seja, nos mencionados julgados, o Tribunal estabeleceu, por ele próprio, critérios a serem observados de forma geral. A decisão tomada e os seus fundamentos serviam de orientação não apenas para os legisladores estaduais, mas também para sociedade.

A segunda forma de atuação da Corte seria a *Adjudication Court*. Nesse modelo de tomada de decisão, o Tribunal, ao decidir os casos, não busca estabelecer regras gerais que possam ser aplicadas a situações não abrangidas no processo sob julgamento.¹⁴² Ao contrário: nessa hipótese, a Corte analisa os fatos do caso concreto e os decide fundamentadamente. A sua decisão abrangerá as razões apenas para aqueles fatos.

Os autores exemplificam que essa abordagem encontra raízes profundas na doutrina clássica do direito consuetudinário¹⁴³ e oferece orientação à comunidade

¹³⁹ KOZEL, Randy J.; POJANOWSKI, Jeffrey. Discretionary dockets. *Constitutional Commentary*, v. 31, 2016, p. 242.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 233.

¹⁴¹ Sobre essa discussão, vale lembrar que a Suprema Corte revogou os precedentes mencionados em junho de 2022 ao julgar o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. O novo precedente não proíbe a prática do aborto, mas afasta o fundamento central dos julgados anteriores de que a Constituição garantiria esse direito e reconhece que cabe a cada um dos Estados definir os seus contornos e os seus limites.

¹⁴² KOZEL, POJANOWSKI, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴³ BUSTAMANTE menciona que essa forma de pensar ainda encontra apoio na antiga *House of Lords*. O seguinte pronunciamento do *Lord Robert Groff*, que serviu a *Appellate Committee of the House of*

jurídica e à sociedade por meio do refinamento do raciocínio judicial através de vários casos julgados.¹⁴⁴ Dito de outro modo, o Tribunal deixa sua impressão ao longo do tempo, resolvendo uma série de controvérsias e acrescentando, a cada julgamento, uma contribuição para o desenvolvimento do direito.¹⁴⁵

Nessa perspectiva, a *Adjudication Court* centra sua atuação na resolução do caso concreto e, estando a controvérsia definida, o Tribunal encerra seu julgamento.¹⁴⁶

Essa abordagem, diferentemente do que ocorre no *Rulemaker Court*, tolera a persistência da incerteza e da ausência de uniformidade por um período de tempo, à medida que as controvérsias vão sendo resolvidas e a interpretação da lei vai sendo mais bem estabelecida e definida. Esse é um custo que a *Adjudication Court* admite em prol de decidir casos concretos no contexto de litígios específicos e fatos limitados.¹⁴⁷

Os dois últimos modelos de Cortes tratadas por KOZEL e POJANOWSKI partem de premissa distinta: a de que a Suprema Corte não tem o papel de oferecer orientação na definição do direito constitucional.

A *Reluctant Court*, assim como a *Rulemaker Court*, decide poucos casos, mas, diferentemente desse modelo, o faz de forma bastante restrita,¹⁴⁸ deixando de estabelecer claramente regras mais amplas e gerais. Sua atuação pressupõe uma visão contida do papel do Judiciário, sendo cauteloso e hesitante em suas decisões.¹⁴⁹

É dizer, a Corte é relutante porque acredita que, dentro de uma democracia, o direito constitucional deve ser desenvolvido por meio de mecanismos fora do

Lords entre 1986 e 1998, merece transcrição: “Os juristas do common law tendem a proceder por analogia, movendo-se gradualmente de caso em caso [from case to case]. Nós tendemos a evitar generalizações amplas, abstratas, preferindo formulações limitadas, temporárias, de sorte que os princípios [que justificam as decisões] emergem gradualmente de casos concretos, à medida que estes são decididos. Noutros termos, nós tendemos a raciocinar de baixo para cima [upwards], a partir dos fatos do caso diante de nós, enquanto nossos colegas continentais tendem a raciocinar de cima para baixo [downwards] a partir de princípios abstratos incorporados por um código. O resultado é que nós tendemos a entender cada caso como tendo um efeito relativamente limitado, isto é, como uma base para operações futuras, na medida em que o Direito se desenvolve ‘de caso em caso’ [from case to case]” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 105).

¹⁴⁴ KOZEL, Randy J.; POJANOWSKI, Jeffrey. Discretionary dockets. *Constitutional Commentary*, v. 31, 2016, p. 228.

¹⁴⁵ Ibid., p. 223.

¹⁴⁶ Ibid., p. 232.

¹⁴⁷ Ibid., p. 241.

¹⁴⁸ Ibid., p. 223.

¹⁴⁹ Ibid., p. 223.

Judiciário.¹⁵⁰ E, nesse sentido, o tribunal é ciente dos limites de sua autoridade para resolver debates políticos/constitucionais. Sua preocupação é com questões outras além do desenvolvimento do direito constitucional.¹⁵¹

Na visão de KOZEL e POJANOWSKI, esse modelo falha em fornecer a necessária clareza e certeza em relação ao conteúdo das normas constitucionais.¹⁵²

Por fim, a *Experimental Court*, assim como a *Adjudicating Court*, tem a pretensão de resolver muitos casos, mas, diferentemente desta última, ao tomar as decisões, aprofunda nas razões que a levaram a decidir desse modo, tal como a *Rulemaker Court*.¹⁵³

Para KOZEL e POJANOWSKI, o resultado provável da atuação desse modelo seria a proliferação de decisões desencontradas e de curta visão. Esse modelo exigiria frequentes correções de curso e a busca pelo equilíbrio imporá um alto custo ao sistema jurídico.¹⁵⁴

Os autores concluem que a Suprema Corte norte-americana atua nos quatro modelos acima. Por vezes, age como um ávido regulador, direcionando a interpretação constitucional. Noutras ocasiões, atua com restrição, interessando-se pela questão especificamente colocada para julgamento e desenvolvendo a interpretação de maneira restrita, metódica e permanente ao longo dos anos. Há momentos em que a Corte é relutante, limitando o seu próprio papel e rejeitando a análise de controvérsias constitucionais pretensamente relevantes. E, por fim, o tribunal pode agir de forma experimental, expandindo fortemente seu estoque de processos e decidindo uma série de casos de forma ampla e abrangente.¹⁵⁵

Esses modelos, portanto, podem coexistir e a adoção de um ou outro pode depender do papel institucional a ser assumido pela Corte no contexto vigente.

E o que se pretende demonstrar adiante é que o papel de uma Corte sofre influências a partir de fatores institucionais e/ou das preferências da composição da Corte, que podem estimular determinada forma de atuação, e assim, de decisão. Por essa razão, nos próximos tópicos, será demonstrado como os institutos do *writ of*

¹⁵⁰ KOZEL, Randy J.; POJANOWSKI, Jeffrey. Discretionary dockets. *Constitutional Commentary*, v. 31, 2016., p. 249.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 250.

¹⁵² *Ibid.*, p. 247.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 250.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 251.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 251.

certiorari e da repercussão geral remodelaram a Suprema Corte norte-americana e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

2.2. O *writ of certiorari* e a remodelação da Suprema Corte norte-americana

Atualmente, a definição do estoque de processos da Suprema Corte norte-americana parte, em quase a sua totalidade, de uma decisão discricionária do tribunal.¹⁵⁶

No entanto, essa regra nem sempre foi assim. Até 1891, os litigantes tinham direito de recorrer e de terem o seu recurso analisado pela Suprema Corte.¹⁵⁷ Com o *Circuit Courts of Appeals Act* de 1891, em resposta à sobrecarga da Corte, o Congresso alterou as regras de acesso àquele tribunal. De um lado, criou um novo braço da justiça federal – os *Circuit Courts of Appeal* – para assumir, em parte, a análise de recursos que até então eram direcionados à Suprema Corte. Além disso, tornou definitivas as decisões das cortes de apelação em determinadas matérias, permitindo a reanálise pela Suprema Corte somente a partir do *writ of certiorari*.¹⁵⁸

Em 1914, em 1916 e em 1925, sempre sob o fundamento de sobrecarga de processos, novas limitações foram acrescentadas ao acesso à corte, aumentando a discricionariedade na agenda do tribunal.¹⁵⁹ As reformas de 1925, promovidas por meio do *Judge's Bill*, foram as mais significativas na pretensão de aumentar a discricionariedade da Corte sobre o que julgar. Encabeçadas pelo ex-Presidente e então *Chief Justice* Willian Taft,¹⁶⁰ as propostas tiveram como objetivo reformar o Judiciário e remodelar o papel e a concepção da Corte,¹⁶¹ dando-lhe poderes para definir a sua agenda e para afastar recursos com pouca importância.¹⁶²

¹⁵⁶ NARECHANIA, Tejas. N. Certiorari in important cases. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022, p. 924.

¹⁵⁷ EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 706.

¹⁵⁸ HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges's Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, 2000, p. 165; EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 711; NARECHANIA, Tejas. N. Certiorari in important cases. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022, p. 936.

¹⁵⁹ HARTNETT, op. cit., p. 1657/1658; EPPS; ORTMAN, op. cit., p. 711; NARECHANIA, op. cit., p. 936.

¹⁶⁰ HARTNETT, op. cit., p. 1644.

¹⁶¹ EPPS; ORTMAN, op. cit., p. 712.

¹⁶² HARTNETT, op. cit., p. 1704/1705.

Até 1988, a Corte ainda tinha que analisar, obrigatoriamente, os recursos que questionassem decisões de cortes federais que invalidavam leis estaduais ou federais com fundamento constitucional.¹⁶³

Essa previsão foi, enfim, revisada pelo Congresso no *Judiciary Act* de 1988, garantindo à Corte basicamente total controle sobre o seu estoque de processos. Isto é, nos últimos trinta e cinco anos, com a introdução de restrições ao acesso do jurisdicionado, a Corte tem o poder de decidir a sua própria agenda por meio do *writ of certiorari*.

De acordo com EPPS e ORTMAN, atualmente, em apenas duas situações a corte é obrigada a examinar o recurso do litigante: (i) uma pequena parte de decisões de cortes distritais colegiadas, como, por exemplo, casos em que a corte determina a libertação de prisioneiros como consequência das condições da prisão e em casos submetidos ao *Civil Rights Act* de 1964 em que o Procurador-Geral certifica a importância pública geral; e (ii) decisões proferidas por juízes singulares em matéria de antitruste em que a corte distrital determina diretamente a revisão pela Suprema Corte. Ainda segundo os autores, esses processos representam uma pequena parcela das sustentações orais ouvidas pela Corte, sendo que esses recursos são decididos, geralmente, por meio de afirmações sumárias (técnica por meio da qual a Corte apenas declara a validade da decisão tomada pela corte inferior).

Portanto, a maior parte das questões analisadas pela Suprema Corte norte-americana advém da concessão do *writ of certiorari*. Ainda assim, os números de casos analisados são bastante baixos quando comparados com os dados do STF: a Corte recebe em média de 7.000 a 8.000 petições de *writ of certiorari* por ano e concede a revisão em menos de 90 casos.¹⁶⁴

Em termos práticos, uma vez decidido o caso por uma Corte de Apelação, por uma Suprema Corte estadual ou por qualquer outra corte de última instância, a parte vencida pode apresentar uma petição para o *writ of certiorari* (conhecida como *cert petition*) direcionada à Suprema Corte. A parte contrária poderá protocolar uma manifestação em oposição ao *writ*, basicamente com as razões para que a Corte rejeite o caso. Alternativamente, a parte contrária poderá renunciar ao seu direito de

¹⁶³ EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 706; NARECHANIA, NARECHANIA, Tejas. N. Certiorari in important cases. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022, p. 936.

¹⁶⁴EPPS; ORTMAN, op. cit., p. 713.

fazê-lo e aguardar uma eventual solicitação do tribunal para apresentá-la (o chamado “*call for response*” – “CRF”). Caso haja manifestação da parte contrária, o recorrente tem direito a aviar uma tréplica.¹⁶⁵

O *certiorari* será concedido se pelo menos quatro dos nove *Justices* assim entenderem. A previsão é tida como uma política contra majoritária,¹⁶⁶ pois significa dizer que, ainda que a maioria formada por cinco *Justices* da Corte se manifeste contrariamente à revisão, o caso será julgado.

Dado o alto número de *cert petitions*, a Corte criou procedimentos internos de simplificação para o seu exame. Até 1972, cada gabinete examinava as petições. Mas a partir daquele ano, por sugestão do *Justice* Lewis Powell, a Corte implementou, informalmente, um “grupo de *certiorari*” (“*cert pool*”) para racionalizar o processo de seleção de casos.¹⁶⁷ Na origem, apenas cinco dos nove *Justices* participavam do *cert pool*.¹⁶⁸ Atualmente, sete dos nove *Justices* participam (apenas os *Justices* Samuel Alito e Neil Gorsuch não optam pelo mecanismo).¹⁶⁹

Nesse sistema, as *cert petitions* são distribuídas aleatoriamente aos gabinetes dos *Justices* participantes e um assistente é designado para minutar um memorando com a recomendação sobre a concessão ou não do *certiorari*. Esse memorando é distribuído aos demais *Justices* e seus gabinetes.¹⁷⁰

As *cert petitions* são, então, incluídas nas sessões privadas (que ocorrem, geralmente, às quintas ou sextas-feiras) para deliberação sobre a concessão ou não do *certiorari*.

Mas quais são os critérios para a concessão ou não do *certiorari*? A técnica está prevista na Regra 10 da Suprema Corte, que possui a seguinte redação:

¹⁶⁵ THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General. *George Mason Law Review*, v. 16, n. 2, 2009, p. 241/242.

¹⁶⁶ LEIMAN, Joan Maisel. The rule of four. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 7, 1957, p. 989.

¹⁶⁷ PALMER, Barbara. The “Bermuda Triangle?": the cert pool and its influence over the Supreme Court's agenda. *Constitutional Commentary*, v. 18, n. 1, 2001, p. 107.

¹⁶⁸ EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 714 PALMER, Barbara. The “Bermuda Triangle?": the cert pool and its influence over the Supreme Court's agenda. *Constitutional Commentary*, v. 18, n. 1, 2001, p. 109.

¹⁶⁹ BISKUPIC Joan. Ketanji Brown Jackson's first few months at the fractured Supreme Court. CNN. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2022/09/30/politics/ketanji-brown-jackson-supreme-court/index.html>>. Acesso em 09 de março de 2023.

¹⁷⁰ PALMER, Barbara. The “Bermuda Triangle?": the cert pool and its influence over the Supreme Court's agenda. *Constitutional Commentary*, v. 18, n. 1, 2001, p. 105; EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 713/714.

A decisão sobre o writ of certiorari não é uma matéria de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição de writ of certiorari será admitida se houver fortes razões. As seguintes disposições, embora não controlem ou limitem completamente a discricionariedade da Corte, indicam a característica das razões que a Corte considera:

(a) uma Corte de Apelação dos Estados Unidos proferiu uma decisão em conflito com a decisão de outra Corte de Apelação sobre a mesma importante matéria; decidiu uma importante questão federal de uma forma que conflita com a decisão de uma corte estadual de última instância, ou se afastou do curso aceito e comum do procedimento judicial, ou ratificou um tal afastamento por uma corte inferior, ao ser chamada para o exercício do poder de revisão da Corte;

(b) uma corte estadual de última instância tenha decidido uma importante questão federal de uma forma que conflita com a decisão de outra corte estadual de última instância ou de uma Corte de Apelação dos Estados Unidos;

(c) uma corte estadual ou uma Corte de Apelação dos Estados Unidos tenha decidido uma importante questão de direito federal que não tenha sido, mas deveria ser, resolvida por esta Corte, ou tenha decidido uma importante questão de direito federal de uma maneira conflitante com decisões relevantes desta Corte;

Uma petição de writ of certiorari raramente é aceita quando o erro alegado consiste em uma apreciação fática errônea ou na má aplicação de uma regra de direito propriamente estabelecida.¹⁷¹

A Regra 10 deixa clara a discricionariedade da Corte em conceder ou não o *writ of certiorari*. Mas estabelece parâmetros exemplificativos sobre situações que contêm importância suficiente para recomendar a manifestação da Suprema Corte.

A começar pelo que não seria admissível pelo *writ of certiorari*, a regra aponta o erro sobre questões fáticas ou a aplicação equivocada de uma regra jurídica devidamente declarada.

Isto é, a corte não tem a pretensão de correção de erros cometidos por instâncias inferiores, sejam eles decorrentes de aspectos fáticos ou jurídicos.¹⁷² EPPS

¹⁷¹ No original: "Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law."

¹⁷² SHAPIRO, Carolyn. The limits of the Olympian Court: common law judging versus error correction in the Supreme Court. *Washington and Lee Law Review*, v. 63, n. 1, 2006, p. 272.

e ORTMAN destacam trecho de um voto individual do *Justice* Samuel Alito, em que é mencionada sua concordância com a decisão da Corte de rejeitar o *certiorari* apesar de fortemente discordar da decisão tomada pelo tribunal de apelação, sob o fundamento de que “*nós não somos uma corte de correção de erro*”.¹⁷³

Para SHAPIRO, a Suprema Corte norte-americana sempre buscou deixar claro que a sua preocupação primária jamais foi corrigir erros cometidos por instâncias inferiores. A autora afirma que as tentativas de aumentar o poder de definição da agenda por meio do *certiorari*, concretizadas ao longo do tempo, advêm da intenção de definir o seu papel: a Corte não atuaria como uma última instância para litigantes insatisfeitos com o resultado do julgamento pelas cortes de apelação, mas se caracterizaria como o fórum para resolução de questões de interesse mais amplo. Em suas palavras, a Suprema Corte:

não se apresenta como uma fonte de justiça para litigantes individuais ou o fórum para corrigir aberrações na aplicação da lei, mas sim como provedora da estrutura e orientação necessárias para que os tribunais inferiores corrijam ou evitem erros. Necessariamente, então, a Corte deve às vezes renunciar a se envolver em casos em que, embora o resultado possa estar errado, o caso não apresenta questões de maior preocupação.¹⁷⁴

O *writ of certiorari*, portanto, tem papel essencial na definição do papel da Suprema Corte norte-americana, pois, ao lhe garantir discricionariedade no que será julgado, dá-lhe o poder de definir o que é considerado importante do ponto de vista do direito.

Voltando ao que seria importante suficiente para a concessão do *certiorari*, a previsão enfatiza, como primeiro cenário, a divergência entre cortes inferiores. Segundo EPPS e ORTMAN, um estudo sobre o estoque da Suprema Corte entre 2003 e 2005 chegou à conclusão de que 70% dos casos admitidos envolvia o conflito de posições entre tribunais. Outro estudo mencionado pelos autores observou que, no ano de 1982, 70% das petições de *certiorari* que alegaram uma divergência

¹⁷³ EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 716. *Martin v. Blessing*, 134 S. Ct. 402, 405 (2013) (Alito, J., respecting denial of *certiorari*).

¹⁷⁴ SHAPIRO, Carolyn. The limits of the Olympian Court: common law judging versus error correction in the Supreme Court. *Washington and Lee Law Review*, v. 63, n. 1, 2006, p. 279. No original: “*The Supreme Court, in contrast, has cast itself not as a source of justice for individual litigants or the forum to correct aberrations in the application of law, but rather as providing the structure and guidance necessary for the lower courts to correct or avoid errors. Necessarily, then, the Court must sometimes forego involving itself in cases where, although the result may be wrong, the case presents no issues of larger concern*”.

plenamente verificável foram concedidas, enquanto a proporção normal de admissões era de 7,6%.¹⁷⁵

NARECHANIA aponta a abertura da regra para admissão daquelas matérias que a Suprema Corte compreenda como importantes.¹⁷⁶ Trata-se, como se percebe, de uma abertura de caráter indeterminado para o tribunal, ainda mais pelo fato de que a concessão ou não do *certiorari* não deve ser, necessariamente, justificada ou fundamentada.¹⁷⁷

EPPS e ORTMAN tentam exemplificar o reconhecimento da importância a partir de critérios objetivos.¹⁷⁸ Eles citam que o pedido de *certiorari* formulado pelo Procurador-Geral pressupõe envolver importância nacional e tem sido admitido em aproximadamente 50% dos casos (enquanto apenas 3% dos advogados privados têm seus pedidos aceitos). A presença e a quantidade de *amici curiae* são outros fatores que fazem presumir a importância da questão debatida e a repercussão da decisão para além das partes envolvidas no processo. A pesquisa citada por eles sobre o ano de 1982 demonstrou que as petições de *certiorari* com ao menos um *amicus curiae* foram admitidas em 36% dos casos.

Da mesma forma, THOMPSON e WACHTELL buscam relacionar a concessão do *writ of certiorari* com o andamento do processo na Corte. O estudo estatístico empreendido pelos autores levou em consideração dois aspectos procedimentais: o já mencionado “*call for response*” (CFR), quando a parte contrária renuncia ao seu direito de se manifestar sobre a *cert petition* e a Corte a intima a fazê-lo; e o chamado “*call for the views of the Solicitor General*” (CVSG), quando o tribunal intima o Procurador-Geral a apresentar parecer sobre a *cert petition*.

As conclusões a que chegaram os autores são significativas. Relativamente ao “*call for response*” (CFR), em 80,5% das *cert petitions*, a parte contrária renuncia ao seu direito de manifestar; em média, a Suprema Corte expede

¹⁷⁵ EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 715.

¹⁷⁶ NARECHANIA, Tejas. N. Certiorari in important cases. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022, p. 938.

¹⁷⁷ HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges's Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, 2000, p. 1724.

¹⁷⁸ EPPS; ORTMAN, op. cit., p. 715.

200 CFR por ano; e esse procedimento aumenta em nove vezes a chance de concessão do *writ of certiorari* (de 0,9% para 8,6%).¹⁷⁹

Já quanto ao “*call for the views of the Solicitor General*” (CVSG), a Corte o expede em aproximadamente 11 *cert petitions* por ano; esse procedimento aumenta em 37 vezes as chances de concessão do *writ of certiorari* (de 0,9% para 34%); e a Corte segue a orientação sugerida pelo Procurador-Geral sobre a concessão ou não do *certiorari* em 79,6% dos casos.¹⁸⁰

Contudo, tais situações não dizem respeito à matéria examinada em si, mas indicam apenas a suposição da relevância a partir de critérios objetivos e procedimentais.

O trabalho empreendido por NARECHANIA buscou identificar, nos acórdãos da Suprema Corte, as razões para a concessão do *certiorari*. Embora a análise não deva ser necessariamente fundamentada, o autor percebeu que parte das *opinions* da Corte justificava a sua admissão e, portanto, pretendeu examinar quais eram as palavras que mais se repetiam nos parágrafos que tratavam da concessão do *writ*.¹⁸¹

NARECHANIA afirma, inicialmente, que a sua pesquisa não traz um resultado definitivo sobre o que é importante para a Suprema Corte; sustenta, por outro lado, que sua metodologia permite obter inferências sobre essa questão.

Como primeira conclusão, o autor destaca a correlação entre as matérias tidas por importante com eventos exógenos ao judiciário. Cenários como a Grande Depressão de 1929 e campanhas militares moldaram o que era admitido para discussão na Corte.¹⁸²

¹⁷⁹ THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General. *George Mason Law Review*, v. 16, n. 2, 2009, p. 244.

¹⁸⁰ Ibid, p. 245.

¹⁸¹ NARECHANIA menciona a existência de um padrão nos acórdãos da Corte desde a presidência de Wilian Taft: “As noted, many of the Court’s opinions since the Taft Court follow a roughly similar cadence: Near the beginning of each opinion, the Court often includes a summary of the case’s procedural history that frequently—though, as noted, not always—concludes with the Court’s decision to grant certiorari. This ‘helpful practice of explaining, in the ultimate opinion on the merits, the reasons which had moved it to grant the writ’ clarifies ‘the canons which guide the Court’s exercise of [its docket-setting] discretion.’” (NARECHANIA, Tejas. N. Certiorari in important cases. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022, p. 945/946). Tradução livre: “Conforme observado, muitas das opiniões da Corte desde a Presidência Taft seguem uma cadência mais ou menos semelhante: próximo ao início de cada opinião, a Corte geralmente inclui um resumo da história processual do caso que frequentemente – embora, como observado, nem sempre – conclui com a decisão do Tribunal de conceder certiorari. Essa ‘prática útil de explicar, na opinião final sobre o mérito, as razões que a levaram a conceder o writ’ esclarece ‘os cânones que orientam o exercício da discricionariedade da Corte’”.

¹⁸² Ibid., p. 969.

Como segunda conclusão, é realçado que as prioridades do tribunal acompanham a evolução da sociedade e das políticas empreendidas pelos demais poderes. Ele cita o exemplo de que matérias relacionadas a emprego e trabalho tiveram um aumento significativo de admissões quando editadas novas leis que regulamentaram o tema (*National Labor Relations Act* e *Fair Labor Standards Act*).¹⁸³

A terceira conclusão é a de que, em certos casos, as prioridades da corte não são relacionadas a nenhum outro fator. O autor cita o exemplo de que, na presidência de Earl Warren (1953-1969), o termo “*confession*” foi recorrentemente utilizado para justificar a concessão do *certiorari* em casos criminais, enquanto, na presidência de John Roberts (desde 2005), aumentaram as referências a *amicus curiae* e a superação de precedentes (“*overrule*”).¹⁸⁴ Esses casos são considerados como a utilização pura e simples da discricionariedade conferida pela Regra 10, além de evidenciar preferências pessoais dos *Justices*, pois as mudanças de prioridades coincidem também com a alteração da composição da Corte.¹⁸⁵

Feita a exposição para a compreensão do que é e do alcance do *writ of certiorari*, um ponto central deve ser retomado: o papel de remodelação da Corte empreendida pela discricionariedade na escolha dos casos a serem julgados.

Como já dito e observado por EPPS e ORTMAN, as reformas encabeçadas por William Taft em 1925, em especial, tiveram como objetivo reformar o Judiciário e remodelar o papel e a concepção da Suprema Corte norte-americana.¹⁸⁶

Nesse mesmo sentido, SHAPIRO aponta que as alterações legislativas concretizaram a intenção de dar à Corte o papel de uniformização da interpretação da Constituição por meio do estabelecimento de precedentes que orientariam as cortes inferiores; noutros termos, as reformas afastaram a Corte da mera função de revisar ou corrigir erros cometidos pelos tribunais de apelação.¹⁸⁷

HARTNETT, por sua vez, observa que o *writ of certiorari* encorajou os juízes da Suprema Corte a se considerarem menos como decisores de casos e mais como

¹⁸³ NARECHANIA, Tejas. N. *Certiorari in important cases*. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022, p. 972.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 963.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 969.

¹⁸⁶ EPPS, Daniel; ORTMAN, William. *The lottery docket*. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018, p. 712.

¹⁸⁷ SHAPIRO, Carolyn. *The limits of the Olympian Court: common law judging versus error correction in the Supreme Court*. *Washington and Lee Law Review*, v. 63, n. 1, 2006, p. 275.

árbitros finais de questões controversas. E, assim, o autor entende que o *certiorari* moldou profundamente o próprio direito constitucional norte-americano.¹⁸⁸

O ponto é que a Suprema Corte tem se recusado veementemente a editar regras que possam restringir o seu poder discricionário e os critérios da Regra 10 são propositalmente obscuros.¹⁸⁹ Para PROVINE, essa discricionariedade quase irrestrita é justamente parte da base de sua força institucional, pois permite que o Tribunal evite ou adie disputas politicamente prejudiciais e ajuda a melhorar a sua imagem como um fórum disponível.¹⁹⁰

A apontada reformulação da função da Suprema Corte norte-americana, por meio do aumento da discricionariedade na definição do que será julgado, não passou imune a críticas.

HARTNETT indica a existência de tensão entre o *certiorari* e a clássica justificativa para o controle judicial de constitucionalidade. O autor trabalha a ideia – já apresentada por BICKEL¹⁹¹ – de que, ao decidir os casos *Marbury v. Madison* e *Cohens v. Virginia*, a Suprema Corte havia definido a impossibilidade de declinar de sua jurisdição.

No primeiro caso (*Marbury v. Madison*), *Chief Justice* John Marshall afirmou que é “competência e dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é” e justificou sua frase: “aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis conflitam entre si, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma”.¹⁹²

Em *Cohens v. Virginia*, a exposição foi mais clara e direta sobre o papel da corte constitucional:

É bem verdade que este Tribunal não terá jurisdição se não devesse: mas é igualmente verdade que deve ter jurisdição se assim for. O judiciário não pode, como o legislativo pode, evitar uma medida porque ela se aproxima dos limites da constituição. Não podemos passar por isso porque é duvidoso.

¹⁸⁸ HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges` s Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, 2000, p. 1730/1731.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 1732.

¹⁹⁰ PROVINE, Doris Marie. *Case selection in the United States Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1980, p. 72.

¹⁹¹ BICKEL, Alexander. The Supreme Court 1960 term - Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961, p. 46.

¹⁹² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803). HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges` s Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, 2000, p. 1714. No original: “It is provinance and duty of the judicial department to say what the law is” e “Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each”.

Com quaisquer dúvidas, quaisquer que sejam as dificuldades, um caso pode ser atendido, devemos decidir, se for trazido a nós. Não temos mais direito de recusar o exercício da jurisdição que é dado, do que usurpar o que não é dado. Um ou outro seria traição à constituição. Podem ocorrer perguntas que gostaríamos de evitar; mas não podemos evitá-las. Tudo o que podemos fazer é exercer nosso melhor julgamento e cumprir conscienciosamente nosso dever.¹⁹³

Nesse sentido, HARTNETT suscita a completa redução dessa interpretação pela prática do *certiorari*. Para o autor, uma Corte que pode simplesmente se recusar a analisar um caso não possui credibilidade para dizer que exerce sua jurisdição de forma ampla. Noutras palavras, o autor indica que, a partir do *certiorari*, os juízes não têm mais o dever de decidir os casos, mas possuem a escolha de fazê-lo (e em que medida o fazer).¹⁹⁴

HARRISON, a seu turno, critica a interpretação de que a função da Corte foi alterada. O autor não admite o argumento de que o poder primário da Suprema Corte é dar a correta interpretação da Constituição, relegando o poder de decidir os casos para segundo plano.¹⁹⁵ No seu entender, é justamente o poder de decidir os casos que garante ao Tribunal o poder de interpretar por último a Constituição. Em suas palavras:

O argumento de que a Constituição atribui o poder interpretativo aos tribunais está errado. A Constituição atribui aos tribunais o poder de decidir casos, o poder de proferir decisões, daí o dever de obedecer às decisões judiciais. O poder de interpretar a Constituição, no entanto, vem do poder de decidir casos. Sugerir que o poder de interpretar é primário e o poder de decisão do

¹⁹³ Cohens v. Virginia, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404 (1821). HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges` s Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, 2000, p. 1714/1715. No original: “*It is most true that this Court will not take jurisdiction if it should not: but it is equally true, that it must take jurisdiction if it should. The judiciary cannot, as the legislature may, avoid a measure because it approaches the confines of the constitution. We cannot pass it by because it is doubtful. With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it, if it be brought before us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the constitution. Questions may occur which we would gladly avoid; but we cannot avoid them. All we can do is, to exercise our best judgment, and conscientiously to perform our duty*”.

¹⁹⁴ Ibid. p. 1717.

¹⁹⁵ Sobre a questão, PEREIRA sugere que a justificação das decisões judiciais se revela em duas dimensões: “*A primeira, nas situações dos casos difíceis, em que há mais de uma interpretação válida para a resolução do caso, que exige do juiz uma forte argumentação para justificar sua escolha, repercute no plano da recorribilidade das decisões. (...) A segunda dimensão repercute na criação e fomento da confiança dos cidadãos nas decisões judiciais, eis que decisões adequadamente justificadas, que argumentem boas razões, proporciona maior credibilidade na atuação dos juízes, que, ao se comprometerem com um modelo de justificação imparcial, previsível e igualitário, demonstram a responsabilidade assumida perante o Estado de Direito*” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos. Uma justificativa a partir do universalismo*. 2013. 179 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 52).

caso é secundário, é interpretar mal a Constituição e confundir causa e efeito.¹⁹⁶

Em qualquer caso, o poder de definir a sua agenda por meio do *writ of certiorari* garantiu à Corte a função de orientar os tribunais inferiores e de estabelecer e unificar a interpretação da Constituição, ainda que esse papel seja exercido por meio da tomada de decisão em alguns casos concretos.

2.3. A repercussão geral e a remodelação do Supremo Tribunal Federal

Ao longo do tempo, o Supremo Tribunal Federal passou por reformulações que afetaram o seu papel enquanto Corte. Várias foram as alterações de competência do tribunal – para ampliá-la ou reduzi-la – ou de aspectos institucionais – como o número de ministros –, a fim de conceber a sua função. E, nesse sentido, nas palavras de BALEEIRO, “*a história do Supremo confunde-se um pouco com a própria história do Brasil republicano*”¹⁹⁷.

De fato, até a Proclamação da República, a Corte equivalente ao atual Supremo Tribunal Federal, chamada Supremo Tribunal de Justiça e formada por dezessete ministros, tinha competência limitada: sua atuação se restringia ao conhecimento de recursos de revista e ao julgamento de conflitos de jurisdição e de ações penais contra ocupantes de cargos públicos específicos. Embora pudesse tomar decisões com eficácia *erga omnes* em matéria de direito civil, comercial e penal, o tribunal jamais fez uso dessa competência.¹⁹⁸

Com a Proclamação da República, a Constituição de 1891 introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário¹⁹⁹ e marcou o surgimento do Supremo Tribunal

¹⁹⁶ HARRISON, John. Role of the legislative and executive branches in interpreting the Constitution. *Cornell Law Review*, v. 73, n. 2, 1988, p. 372/373. No original: “*The argument that the Constitution allocates the interpretative power to the courts is wrong. The Constitution allocates to the courts the case deciding power, the power to issue judgments, that is where the duty to obey judgments comes from. The power to interpret the Constitution, however, comes from the case-deciding power. To suggest that the power to interpret is primary and the case deciding power secondary, is to misinterpret the Constitution and to confuse cause and effect*”.

¹⁹⁷ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 115.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 33.

Federal como poder.²⁰⁰ Por influência da doutrina constitucional norte-americana, outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal, então composto por quinze ministros, a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, atribuindo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito a partir da análise de recurso em processos subjetivos.²⁰¹

A Revolução de 1930 e o Governo Provisório ensejaram alterações no Supremo: houve a redução do número de ministros para onze, além de ter sido decretada a aposentadoria compulsória de seis deles.²⁰²

A Constituição de 1934, por sua vez, introduziu novidades no controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, previu a “representação interventiva”, destinada ao controle de constitucionalidade da intervenção federal e que foi a origem das ações de controle concentrado.²⁰³ Em segundo lugar, outorgou ao Senado Federal o poder de suspender a aplicação da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (já que, no controle incidental, essa declaração não possuía eficácia *erga omnes*).²⁰⁴

Contudo, os avanços ocorridos até então foram freados pela Constituição de 1937. Além de não tratar da suspensão, pelo Senado, da aplicação de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, foi estabelecida norma inversa: previu-se a possibilidade de suspensão, por meio de ato do Parlamento, de decisão do Supremo Tribunal Federal que declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo.²⁰⁵ O Parlamento era provocado “*a juízo do Presidente da República*” caso este entendesse que a lei tida por inconstitucional era “*necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*” (art. 96, parágrafo único). Confirmada

²⁰⁰ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 3; VELLOSO, Carlos Mário. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, out./dez. 1993, p. 6.

²⁰¹ CORRÊA, op. cit., p. 3; MENDES, op. cit., p. 33; VELLOSO, op. cit., p. 6/7; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 275.

²⁰² MENDES, op. cit., p. 34; MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 10.

²⁰³ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 140, out./dez. 1998, p. 271; MENDES, op. cit., p. 58; CRUZ, op. cit., p. 283/284.

²⁰⁴ MENDES, op. cit., p. 34.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 284.

a validade da lei por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras, a decisão do Tribunal era tornada sem efeito.

A Constituição de 1946 retomou os progressos de 1934.²⁰⁶ Estipulou, novamente, a possibilidade de que o Senado Federal suspendesse a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, além de dar novos contornos à representação interventiva, autorizando o Procurador-Geral da República a instaurar processos para aferição da constitucionalidade de leis estaduais.²⁰⁷

Durante a Ditadura Militar, uma ampla reforma do Judiciário foi realizada. A Emenda Constitucional 16, de 1965, introduziu o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal,²⁰⁸ cabendo ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propositura da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federais ou estaduais.

Segundo a exposição de motivos da emenda,²⁰⁹ a reforma do Judiciário objetivava “*debelar, senão pelo menos minorar, as causas principais da chamada crise das pautas de julgamento, caracterizada pelo acúmulo de processos a exigir decisão dos tribunais superiores...*”²¹⁰.

De um lado, buscou-se transferir parte da competência do STF para os Tribunais Federal de Recursos (TFR). De outro, pretendeu-se reforçar o papel, “*de configuração histórica, como árbitro da Constituição*”²¹¹, por meio de dois novos institutos: a representação de inconstitucionalidade de lei federal e a prejudicial de inconstitucionalidade.

Pela representação de inconstitucionalidade de lei federal, o Procurador-Geral da República – único legitimado a propô-la – poderia suscitar a validade da lei em tese e, segundo a exposição de motivos, o instituto “*tem o mérito de facultar desde*

²⁰⁶ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 287.

²⁰⁷ MENDES, op. cit., p. 35.

²⁰⁸ CORRÊA, op. cit., p. 16.

²⁰⁹ BRASIL. Mensagem n. 19, de 1965 (C.N). Diário Oficial do Congresso Nacional, Poder Legislativo, Brasília/DF, 05 de novembro de 1965, Seção I, p. 9295/9298. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05NOV1965.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 de março de 2023.

²¹⁰ Ibid., p. 9296. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05NOV1965.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 de março de 2023.

²¹¹ Ibid. p. 9296. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05NOV1965.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 de março de 2023.

*a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’.*²¹²

Embora a proposta de emenda à Constituição previsse a eficácia *erga omnes* da decisão definitiva do STF que declarasse a inconstitucionalidade de lei, o dispositivo não foi aprovado durante o processo legislativo. E, nesse sentido, para que fosse suspensa a eficácia da lei inconstitucional, competia ao Senado Federal, mesmo no controle abstrato, editar resolução com esse fim.²¹³

Ou seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal continuava a produzir efeitos limitados, dependendo do Senado para que a eficácia da lei fosse suspensa e sua execução fosse obstada *erga omnes*.

A prejudicial de inconstitucionalidade, por sua vez, seria suscitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República em qualquer processo em curso perante outro juízo, caracterizando, de acordo com a exposição de motivos, como “*modalidade de ‘avocatória’, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância*” e que “*importaria em substituir aos juízes das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau de sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais*”.²¹⁴ Esse instituto, porém, não foi incorporado na Constituição de 1967/1969.

Por sua vez, o Ato Institucional 2, também de 1965, aumentou o número de ministros de onze para dezesseis e dividiu o tribunal em três turmas, com o alegado propósito de agilizar os julgamentos na Corte;²¹⁵ em 1969, três ministros foram compulsoriamente aposentados e outros dois renunciaram como protesto contra as

²¹² BRASIL. Mensagem n. 19, de 1965 (C.N). Diário Oficial do Congresso Nacional, Poder Legislativo, Brasília/DF, 05 de novembro de 1965, Seção I, p. 9297. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05NOV1965.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 de março de 2023.

²¹³ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002, p. 301.

²¹⁴ BRASIL, op. cit., p. 9297. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05NOV1965.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 de março de 2023.

²¹⁵ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15; MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 10.

cassações e, pelo Ato Institucional 6, a composição da Corte foi novamente reduzida para onze ministros.²¹⁶

As recorrentes mudanças na estrutura da Corte nesse período diminuíram o seu peso político. CÂMARA destaca que o objetivo do aumento do número de ministros era dotar o Presidente da República da possibilidade de indicar cinco nomes “seguros” para que as decisões atendessem aos interesses do Poder Executivo federal. A autora faz um paralelo com a estratégia de Franklin Delano Roosevelt – conhecida como *court-packing* – para, por meio de novas indicações, neutralizar derrotas sofridas na Suprema Corte norte-americana, que havia invalidado diversos atos da política econômica do *New Deal*.²¹⁷

Novas (e relevantes) alterações foram promovidas pela Emenda Constitucional 7, de 1977: por este ato, foi encampada a decisão proferida pelo STF na Representação 933, proferida em 1975, e autorizada a concessão, pelo Plenário, de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República. O deferimento da cautelar permitia que o próprio Supremo Tribunal Federal suspendesse a eficácia da lei questionada, sem a necessidade de ato do Senado.

No exame da Representação 933, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar, como poder geral de cautela, para suspender os efeitos da Resolução 1/1975 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por vislumbrar que, acaso não suspensa a execução dos dispositivos, estaria comprometida a garantia da plena eficácia da decisão que viesse a acolher a representação de inconstitucionalidade.

Por maioria, os ministros reconheceram caber ao Senado Federal a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do STF, mas admitiram a possibilidade de que o STF viesse, por meio da concessão de cautelar (poder garantido ao relator no Regimento Interno do STF), a suspender liminarmente os efeitos dos dispositivos questionados como poder acautelador que é inerente ao próprio exercício da função judicante.

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36; MELLO, op. cit., p. 10; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 298.

²¹⁷ CÂMARA, Heloisa Fernandes. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?*. 2017. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2017, p. 132).

Na oportunidade, o ministro Thompson Flores, relator, assim fundamentou seu voto, deixando transparecer a relevância da decisão na definição da interpretação da Constituição e do papel do próprio Supremo Tribunal Federal:

Como vê V. Exa., o caso é especialíssimo. Cabe a nós lançar as bases da construção jurídico-constitucional, quiçá uma das mais altas funções do Supremo Tribunal Federal. Impende fazê-lo, aliando a Constituição ao Regimento Interno. Constituição que a cada passo cabe ser revelada, e o Regimento Interno, ditado por sua determinação, dispendo claramente (arts. 175 e 22, IV).²¹⁸

SLAIBI FILHO suscita a possibilidade de que o momento político, em 1975, era adequado para que o STF “*avançasse do estágio técnico e jurisdicional para o nível legislativo e político, pois a força do Governo Militar, naquele momento histórico, constringia e infirmava o Congresso Nacional*”.²¹⁹

Tanto é assim que, como dito, dois anos depois a possibilidade de concessão de medida cautelar na representação de inconstitucionalidade foi expressamente inserida na Constituição, por meio da Emenda 7/1977, dando ao STF o poder de suspender a execução de lei ou ato normativo de forma antecipada e sem a intervenção do Senado Federal.

Também em 1977, o STF assentou o entendimento de que, no caso de inconstitucionalidade declarada pela via da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato), seria desnecessária a intervenção do Senado Federal para a atribuição de eficácia *erga omnes* ao julgado.²²⁰

Com o retorno à democracia e com a promulgação da Constituição de 1988, o papel do Supremo Tribunal Federal foi novamente remodelado. A competência do STF foi sensivelmente alterada para realçar, nos termos do *caput* do art. 102 da Constituição de 1988, que cabe ao tribunal “*a guarda da Constituição*”.

²¹⁸ Por outro lado, os votos vencidos seguiram a linha de contenção. O ministro Xavier de Albuquerque asseverou que “a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional é, pela Constituição, prerrogativa do Senado. A meu ver, portanto, o Supremo não pode antecipar prestação jurisdicional que não lhe compete dar em definitivo”. Já o ministro Eloy da Rocha destacou que “a decisão, na ação direta de inconstitucionalidade, não contém determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução, total ou parcial, da lei ou do ato normativo” e, assim, que “a prestação jurisdicional, na ação direta de inconstitucionalidade, finda com a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Não se concede a suspensão da execução, que não cabe ao Poder Judiciário”.

²¹⁹ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002, p. 306/307.

²²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle constitucional: um caso clássico de mutação constitucional. *Direito Público*, v. 1, n. 4, 2004, p. 14.

De um lado, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência do STF relativa ao contencioso do direito federal infraconstitucional. O STJ, assim, assumiu a responsabilidade pela integridade, pela autoridade e pela uniformidade da interpretação do direito federal.²²¹ E, conseqüentemente, foi assegurada ao Supremo a competência apenas sobre as controvérsias que envolvam o texto constitucional.

De outro lado, a atual Constituição encorpou o controle concentrado de constitucionalidade.²²² De 1965 a 1988, somente o Procurador-Geral da República era o legitimado para apresentar a representação de inconstitucionalidade. A partir de 1988, o leque de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade foi consideravelmente ampliado: além do Procurador-Geral da República, podem propor a ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

VIEIRA destaca que, com essa abertura, o Supremo passou a atuar como revisor de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso Nacional ou em Assembleias Legislativas. A atuação de partidos políticos e de governadores de Estados tem sido relevante para buscar reverter derrotas na arena representativa.²²³ O autor também destaca a “democratização” do Supremo ao autorizar o acesso de confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.²²⁴

²²¹ VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, out./dez. 1993, p. 8.

²²² ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 28; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4., n. 2, 2008, p. 447.

²²³ VIEIRA, op. cit., p. 448.

²²⁴ Em contraponto, ARGUELHES destaca que, anos após a promulgação da Constituição de 1988 e com a ampla legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal adotou, inicialmente, interpretações restritivas sobre o controle abstrato. Por exemplo, o STF distinguiu entre os legitimados universais (que poderiam propor a ADI sobre qualquer tema) e aqueles especiais (para os quais seria necessário demonstrar a pertinência temática). Entre esses últimos, estavam as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional. Além dessa diferenciação, o STF também estabeleceu critérios para o que seria “entidades de classe de âmbito nacional”: todos os filiados à entidade devem exercer a mesma atividade econômica ou profissional e a entidade deve possuir membros em, no mínimo, nove Estados da Federação (ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 31).

Por sua vez, MENDES destaca que o monopólio da representação de inconstitucionalidade outorgado ao Procurador-Geral da República na Constituição de 1967/1969 não havia provocado uma alteração profunda no modelo difuso de controle de constitucionalidade. Contudo, a Constituição de 1988, ao ampliar, marcadamente, a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, reduziu o papel do controle de constitucionalidade difuso e estabeleceu a importância do controle abstrato, permitindo que as controvérsias relevantes fossem submetidas ao STF por meio do processo objetivo.²²⁵

Além disso, foi criada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como mecanismo subsidiário à ação direta de inconstitucionalidade, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (normas pré-constitucionais).

Apesar de dar enfoque ao controle abstrato de constitucionalidade, a Constituição manteve competências superlativas ao STF. VIEIRA indica que foram atribuídas ao STF funções que, na maioria das democracias contemporâneas, costumam estar divididas em ao menos três instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.²²⁶

A função de tribunal constitucional diz respeito exatamente ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade, tratado linhas acima.

Já o foro judicial especializado impõe ao Supremo o julgamento de crimes de altas autoridades, a exemplo do Presidente da República e membros do Congresso Nacional, bem como os Mandados de Segurança ou *habeas data* impetrados contra atos do Presidente da República ou das Mesas do Congresso Nacional, exemplificativamente.

Por fim, ao STF compete também atuar como tribunal de última instância judicial, revisando, por meio do recurso extraordinário, casos resolvidos pelos tribunais inferiores em matéria constitucional. Essa atuação se justifica, sobretudo, pela coexistência dos sistemas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

²²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4., n. 2, 2008, p. 447.

Com a Emenda Constitucional 3, de 1993, o controle concentrado foi ainda mais reforçado, com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade. Originalmente, eram legitimados para propô-la apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. E a decisão definitiva do mérito possui, desde então, eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Por fim, a Emenda Constitucional 45, de 2004, também realizou profundas reformas no Poder Judiciário. Além de equiparar o leque mais amplo de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, igualou também os efeitos da decisão definitiva do STF nessas ações, passando, em ambos os casos, a produzir efeito *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A novidade que interessa ao presente estudo foi a introdução da previsão de que, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a sua admissão. Trata-se de mais uma alteração que remodelou significativamente o papel do Supremo Tribunal Federal, conferindo novamente relevância ao controle difuso de constitucionalidade.

2.3.1. A Emenda Constitucional 45/2004 e as alterações legislativas: a introdução da repercussão geral e os seus efeitos

A sobrecarga do Poder Judiciário e a chamada crise da justiça brasileira, acentuadas pelo advento da Constituição de 1988,²²⁷ demandou reformas no sistema processual brasileiro. Desde muito tempo,²²⁸ uma das vertentes reformistas pretendeu

²²⁷ FARIA, José Eduardo. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. *Colóquio Internacional – Direito e Justiça no Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 24 de março de 2023.

²²⁸ Por emenda ao Regimento Interno, em 30/08/1963, cuja proposta foi capitaneada pelo ministro Victor Nunes Leal, foi instituída a Comissão de Jurisprudência e criada a publicação e atualização da “*Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*”. Previu-se que seriam inscritos na Súmula os enunciados correspondentes às decisões do Tribunal, por maioria qualificada, que tivessem concluído pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público e à jurisprudência que o Tribunal tivesse por predominante e firme, embora com votos vencidos. O ministro Victor Nunes Leal, aliás, foi o relator dos primeiros 370 enunciados, aprovados pelo Pleno do STF em dezembro de 1963 (LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF*. *Revista de Direito*

valorizar os precedentes judiciais, não apenas no âmbito da jurisdição constitucional, mas na jurisdição geral.

As inovações vieram, inicialmente, por meio de alterações na legislação processual. A redação original do CPC de 1973 já estabelecia, no art. 479, mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas. A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979), por sua vez, autorizou, pelo seu art. 90, § 2º, que, no âmbito da competência do antigo TFR, o relator negasse seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do STF”. No mesmo sentido, a Lei 8.038/1990, permitiu, pelo seu art. 38, que o relator, no STJ e no STJ, também negue seguimento a recurso contrário a “súmula do respectivo tribunal”.

A Lei 9.139/1995 inseriu no CPC de 1973 a previsão do art. 557 de que o relator, nos tribunais (de forma geral e não apenas nos mencionados no parágrafo anterior), poderia negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula de respectivo tribunal ou tribunal superior. A Lei 9.756/1998, por sua vez, alterou a redação deste dispositivo, para que o relator pudesse negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior. Foi a primeira vez que se inseriu no CPC de 1973 a influência da jurisprudência dominante dos tribunais. Neste mesmo sentido foram as alterações no art. 120, parágrafo único, que cuida do conflito de competência, e no art. 544, § 3º, específico do agravo interposto contra a decisão que não admitiu o RE ou o REsp.

A Lei 9.756/1998 também vinculou os órgãos fracionários dos tribunais aos seus próprios precedentes ou aos do STF nas arguições de inconstitucionalidade, dispensando a remessa para o plenário ou para o órgão especial, por meio da inclusão do parágrafo único ao art. 481 do CPC de 1973.

A Lei 10.352/2001 deu nova regulamentação ao reexame necessário, ao prever hipóteses em que a remessa de ofício ao Tribunal não ocorreria – uma delas, quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente.

Administrativo, v. 145, 1981, p. 14). Emenda regimental disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agos_to1963.pdf>. Acesso em 24 de março de 2023.

Também em 2001, a Medida Provisória 2.180-35, ao inserir ao parágrafo único ao art. 741 do CPC, estabeleceu a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

No âmbito constitucional, a Emenda Constitucional 45/2004 foi responsável por uma ampla reforma do Judiciário. Além de adicionar, ao rol do art. 5º, a garantia da razoável duração do processo, judicial e administrativo, e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII), a referida emenda criou o instituto da Súmula Vinculante (art. 103-A) e estipulou o requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso a fim de que o STF analise a admissão do recurso extraordinário.

As novidades inseridas no texto constitucional provocaram significativas mudanças na legislação. Em especial, o instituto da repercussão geral introduziu um novo paradigma para a atuação do Supremo Tribunal Federal e das cortes inferiores.

Em adequação ao comando constitucional da Emenda 45/2004, a Lei 11.418/2006 acresceu os arts. 543-A e 543-B ao CPC de 1973. O primeiro regulamentou o instituto da repercussão geral, que passou a ser, conforme o texto constitucional, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. O segundo criou a sistemática de julgamento de recurso extraordinário representativo de controvérsia, para a análise da repercussão geral quando houvesse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

A Lei 11.672/2008, por sua vez, ao acrescentar o art. 543-C ao CPC de 1973, criou, também para o recurso especial, a sistemática de julgamento de recurso representativo de controvérsia, quando houvesse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

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

Já em 2009, a ideia da elaboração de um novo Código de Processo Civil é materializada por meio do Ato 379/2009 do Senado Federal, que instituiu uma Comissão de Juristas para a execução do anteprojeto. Nas palavras introdutórias do ministro Luiz Fux, foi evidenciado o desafio da comissão: *“resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e*

*célere*²²⁹. Embora a exposição de motivos do anteprojeto detalhe os caminhos seguidos pela comissão para sua confecção, interessa, aqui, as observações relativas aos entendimentos dos tribunais, que merecem transcrição:

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na

²²⁹ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 25/28.

identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

Embora o anteprojeto – concretizado por meio do Projeto de Lei do Senado 166/2010 – tenha sido objeto de mudanças no decorrer do processo legislativo do Projeto de Lei 8.046/2010, as principais ideias expostas na longa transcrição acima foram mantidas no texto aprovado, convertido na Lei 13.105/2015. Seguindo a lógica das reformas no CPC de 1973, o CPC de 2015 realçou a importância do entendimento dos tribunais, por meio da busca pela concretização de uma jurisprudência uniforme e estável.

O CPC de 2015 estabeleceu, pela primeira vez no ordenamento processual brasileiro, um sistema de precedentes. O art. 926 trouxe como orientação a necessidade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Por sua vez, o art. 927 lista os “tipos” de julgamento que são de observância obrigatória pelos juízes e pelos tribunais. São eles: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, conforme também previsto no art. 102, § 2º, da Constituição; (ii) os enunciados de súmula vinculante, como estipulado no art. 103-A da Constituição; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, observado que, nos termos do art. 926, §§ 1º e 2º, estes tribunais devem editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com efeito, o CPC de 2015 impõe uma lógica relacionada ao art. 927. Ao longo do código, treze dispositivos preveem situações específicas envolvendo súmulas, jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos.²³⁰ Cite-se, por exemplo, a possibilidade de que o juiz conceda tutela de evidência (espécie de tutela provisória que independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo) quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas

²³⁰ Os treze dispositivos são: 12, §2º, II; 311, II; 332, I, II, III e IV; 489, §1º, V e VI; 496, §4º; 521, IV; 921, IV e V; 955, parágrafo único, I e II; 988, IV; 1.022, parágrafo único, I; 1.030, I, 'b'; 1.035, §3º, I; 1.035, §7º.

documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Outra situação relevante é a que permite ao juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória e independentemente de citação do réu, julgue liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)²³¹ ou Incidente de Assunção de Competência (IAC)²³² e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Além disso, o CPC de 2015 prevê a possibilidade de o relator, no tribunal, negar ou dar provimento a recurso, de forma monocrática, fundado em entendimento assentado em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, em acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos e em julgamento de IRDR ou de IAC.

Nota-se, portanto, que, por opção do legislador, o CPC de 2015 deu uma grande importância ao entendimento firmado pelos tribunais. As hipóteses listadas incluem, além do controle concentrado resolvido pelo plenário do STF, situações que são alcançadas necessariamente por meio do julgamento colegiado. Ressalte-se, aliás, que a relação não se limita aos casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, nos termos do art. 928 do CPC de 2015), mas engloba também a situação de jurisprudência dominante (no caso das súmulas) e de casos analisados por meio do incidente de assunção de competência (que envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos) e pelo plenário ou pelo órgão especial dos tribunais.

Dado o papel consagrado pela Constituição e pelo legislador ordinário à repercussão geral, torna-se relevante identificar como o Supremo Tribunal Federal interpreta esse instituto.

²³¹ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

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

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

²³² Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

2.3.2. A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a repercussão geral

Como já se disse, a Constituição de 1988 fortificou o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando não apenas os meios processuais cabíveis, mas também a legitimidade para sua propositura. O controle difuso, no entanto, não foi ignorado pela Corte e, recentemente, o tribunal afirmou o prestígio que é conferido à repercussão geral na definição do direito constitucional.

É fato incontroverso que, desde 1988, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi altamente requisitada.²³³ VIEIRA destaca, como um dos fatores primordiais para esse fato, a ambição constitucional e a regulamentação obsessiva de um amplo campo de relações sociais, econômicas e públicas.²³⁴ De fato, a Constituição de 1988, além de ampliar a jurisdição constitucional, estipulou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais.²³⁵

Nesse contexto, a redescoberta da cidadania e a conscientização dos próprios direitos ensejaram a ascensão institucional do Poder Judiciário. Para SANTOS, a nova Constituição aumentou as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias, de modo que a ineficiência na execução das políticas sociais se transforma em motivo para a procura do Poder Judiciário.²³⁶

ARGUELHES defende a mesma linha e aponta cinco motivos para que o STF tenha assumido posição de destaque na vida pública do país:

(...) (i) a canalização, para o Judiciário, de expectativas sociais frustradas diante de um Legislativo e um Executivo insuficientemente responsivos; (ii) o redesenho do sistema Brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, ampliando não apenas o poder de controle do STF, como também os canais pelos quais diferentes atores políticos e sociais poderiam provocar a atuação do Tribunal; (iii) a “constitucionalização abrangente”, com a adoção de um texto constitucional simultaneamente amplo e detalhado, pavimentando o caminho para que diversas questões antes consideradas políticas sejam tratadas como judicializáveis; (iv) o

²³³ Sobre o aumento do estoque de processos no STF pós 1988, VIEIRA aponta que “os dados são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4., n. 2, 2008, p. 447).

²³⁴ *Ibid.*, p. 446.

²³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. Supremo Tribunal Federal: entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 3, n. 2, Jul-Dez/2016, p. 554.

²³⁶ SANTOS, op. cit., p. 23.

comportamento estratégico por parte de atores políticos que vêm na intervenção judicial a chance de reverter decisões desfavoráveis em arenas decisórias majoritárias, como o Congresso Nacional; por fim, (v) a crescente consolidação da democracia no país, que amplifica todos os fatores acima, ao mobilizar a cidadania na busca por mecanismos para fazer valer seus direitos e fortalecer o judiciário como ator relativamente independente da atuação das forças políticas do momento.²³⁷

Segundo o autor, as cinco razões acima constituem variáveis exógenas, que compõem o cenário político-institucional e que, assim, não estão relacionadas com a forma como o poder judicial é interpretado pelos ministros da Corte.

Porém, ARGUELHES argumenta que as preferências dos ministros sobre como exercer esse poder, inclusive sobre de quanto poder devem dispor, interagem com aquelas variáveis externas e são determinantes para a definição do desenho institucional do tribunal. Os ministros, assim, devem ser encarados como agentes do processo de construção e transformação do poder da Corte.²³⁸

De fato, o poder de definição, pelos seus próprios componentes, dos limites da competência da Corte é reconhecido em manifestações explícitas do Tribunal. No julgamento das ADIs 2.154 e 2.258, iniciado em 2007, mas encerrado apenas em 31/03/2023, o ministro Gilmar Mendes teceu as seguintes considerações sobre esse poder:

O exercício de uma função pública sempre pressupõe uma afirmação de como ela deve ser exercida e em quais limites – na maior parte das vezes, de modo indireto, incidental e implícito, mas em tantas outras, até de modo expresso. No marco do constitucionalismo moderno, o princípio da separação dos poderes exige que as decisões do Poder Judiciário gozem do atributo da definitividade. Infensas, essas decisões, à revisibilidade por parte de outros órgãos e poderes, é inevitável que a competência do Poder Judiciário acabe por se tornar objeto de pronunciamento do próprio Poder Judiciário: decisões sobre como decidir (Cass R. SUNSTEIN e Edna ULLMANN-MARGALIT. “Second-Order Decisions”. In: Cass R. SUNSTEIN (org.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 187 e ss.). Assim, tomada a decisão fundamento de submeter o exercício do poder ao marco de uma Constituição, e adotada a escolha institucional de implementar um controle jurisdicional de constitucionalidade, é esperado que a demarcação definitiva das competências de um Tribunal de cúpula do Poder Judiciário fique a cargo do próprio Tribunal. (Miguel Galvão TELES. “A competência da competência do Tribunal Constitucional”. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 111 e 123).

Trata-se de realidade muito bem representada pelo princípio da competência da competência (*Kompetenz-Kompetenz*), e não de um falacioso “governo dos juízes” – todo juiz possui competência e, nisso, o poder de examinar sua

²³⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 26.

²³⁸ *Ibid.*, p. 27.

própria competência (Otto PFERSMANN. “Não há governo dos juízes”. In: Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI. Trad. Alexandre Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121).

E, nesse sentido, o efeito dos fatores exógenos pode ser modulado, para mais ou para menos, por preferências e atitudes dos seus membros quanto ao desenho dos poderes de que dispõem.²³⁹

De fato, ARGUELHES indica que, nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, os ministros da Corte impuseram restrições jurisprudenciais de competências que haviam sido ampliadas pelo texto constitucional.²⁴⁰ Essas limitações foram percebidas sob dois aspectos: o acesso e o objeto do controle abstrato.

Do ponto de vista do acesso, como já dito, a Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o leque de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Essa abertura garantiu o ingresso de demandas sociais e de minorias parlamentares na agenda do STF.

No entanto, logo no início da década de 1990, o Supremo formou uma jurisprudência restritiva quanto à legitimidade admitida no texto constitucional.²⁴¹ Inicialmente, o tribunal instituiu a distinção entre legitimados universais e especiais.²⁴² Aqueles poderiam propor ADI sobre qualquer tema, enquanto estes (que seriam as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional) só poderiam

²³⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas IUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 42.

A possibilidade de definição, pela própria Corte, das atribuições e poderes que lhe são atribuídos é objeto da crítica de BORGES em sua dissertação de mestrado. Segundo o autor, em se tratando da interpretação dos limites de sua própria competência no controle de constitucionalidade, as Cortes “devem abraçar uma postura modesta, com o menor grau de abstração possível, considerando o equilíbrio institucional”, pois “não parece moralmente correto que a Corte possa decidir sobre quais poderes ela própria tem” (BORGES, Adriano Souto. *Cortes constitucionais e democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil*. 2016. 167 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 160).

²⁴⁰ ARGUELHES, op. cit., p. 29.

²⁴¹ O ministro Gilmar Mendes, em manifestação doutrinária, é crítico do estabelecimento de critérios a partir da jurisprudência: “Ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre esses conceitos vagos – entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical –, não há dúvidas de que eles devem ser fixados pelo legislador, e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126).

²⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. Supremo Tribunal Federal: entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 3, n. 2, Jul-Dez/2016, p. 559.

ajuizar a ação sobre temas relacionados à sua esfera de atuação – a chamada pertinência temática.

Além disso, especificamente quanto às entidades de classe de âmbito nacional, foram impostos outros critérios: todos os filiados à entidade devem exercer a mesma atividade econômica ou profissional e a entidade deve possuir membros em, no mínimo, nove Estados da Federação.²⁴³

ARGUELHES registra que o ministro José Carlos Moreira Alves – “*uma inegável liderança intelectual no STF até sua aposentadoria em 2003*” – já havia exposto reiterada e publicamente o posicionamento contrário à ampla abertura e teve um papel central na formação da jurisprudência restritiva.²⁴⁴ A orientação manifestada publicamente pelo Ministro Néri da Silveira também foi mencionada pelo autor, que cita a posição mais simpática à extensão da lista de legitimados, mas crítica à inclusão de organizações da sociedade civil.²⁴⁵

No que se refere ao objeto do controle abstrato, ARGUELHES também aponta a criação de jurisprudência limitante por parte do STF. Na ADI 2, julgada em 1992, o STF fixou o entendimento de que a previsão constitucional referente à ação direta de inconstitucionalidade não dava poderes ao tribunal para julgar, nessa sede, a compatibilidade de leis pré-constitucionais com a Constituição de 1988.²⁴⁶

Essa definição, naturalmente, restringiu o papel e a responsabilidade do Supremo na vida política do país, tendo em vista que, logo após a transição do regime ditatorial para o democrático, boa parte das leis vigentes tinham sido editadas anteriormente à Constituição de 1988 e ainda sob o governo de exceção.

Sobre o julgamento da ADI 2, ARGUELHES destaca o fato de que três ministros ficaram vencidos (Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Néri da Silveira), o

²⁴³ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 31.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 32. O seguinte trecho é interessante: “O Ministro José Carlos Moreira Alves teve um papel central na formação da jurisprudência (primariamente restritiva) do STF quanto aos seus próprios poderes em sede de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. Para análises da liderança do Ministro Moreira Alves na construção do entendimento majoritário no STF sobre judicial review nos anos 80 e 90, ver Mendes, 2004, e Campos, 2012. Vale notar que o tema da restrição da atuação do STF em sede de controle abstrato era um tema particularmente caro ao Ministro. De fato, Moreira Alves publicou trabalhos acadêmicos durante e após o processo de aprovação do texto constitucional criticando o texto constitucional nesse aspecto e defendendo que o recurso a mecanismos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil deveria ser restrito (Moreira Alves, 1988; 1996)”.

²⁴⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 32.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 33; CRUZ,; GUIMARÃES, op. cit., p. 559.

que, ao menos, indicaria a existência de duas respostas juridicamente plausíveis sobre o alcance do poder do tribunal (uma mais restritiva, vencedora, e outra mais expansiva, vencida). O autor, inclusive, sublinha o registro inicial feito pelo ministro Sepúlveda Pertence em seu voto, no sentido de que “*recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a nova ordem constitucional seria demitir-se, o Supremo Tribunal Federal, de uma missão e de uma responsabilidade que são suas*”.²⁴⁷

ARGUELHES levanta três hipóteses para que o tribunal tenha buscado limitar sua atuação via controle abstrato no pós-Constituição. A primeira delas seria o fato de que as restrições fixadas jurisprudencialmente seriam apenas relativas, pois, embora limitem a pauta decisória do tribunal via ação direta de inconstitucionalidade, mantêm abertas as portas do controle incidental. Ou seja, pela via do recurso extraordinário, a Corte continuaria a receber as demandas dos atores excluídos do controle concentrado, além de poder analisar as leis anteriores à Constituição de 1988.²⁴⁸

Nesse sentido, a Corte apenas teria canalizado parte de sua pauta para procedimentos mais lentos de controle de constitucionalidade, adiando a definição do STF para o momento em que a matéria já teria sido previamente debatida no Poder Judiciário pelos órgãos de primeira e segunda instância.

A segunda hipótese apresentada por ARGUELHES é a de que, apesar de ter sido promulgada uma nova Constituição, com a ampliação dos poderes do STF, os membros do tribunal permaneciam os mesmos do regime ditatorial. E, nessa linha de raciocínio, a presença de entendimentos mais restritos sobre o papel do STF não seria surpreendente. Vale lembrar que a atuação da Corte no controle abstrato, então realizado pela via da representação de inconstitucionalidade, era bastante restrita, já que dependente exclusivamente da atuação do Procurador-Geral da República.²⁴⁹

BARROSO já havia observado esse contexto:

O constituinte de 1988 tomou, sem maior debate político, a decisão grave de manter como integrantes do STF todos os Ministros que haviam sido

²⁴⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 33.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 34.

²⁴⁹ Em trabalho realizado por OLIVEIRA, STERN e NOLI, nota-se que a média de representações de inconstitucionalidade propostas por ano entre 1978 e 1984 foi de 35. O instrumento passou a ser mais utilizado a partir de 1985 (isto é, pós ditadura militar), sendo que no período de 1985-1988, a média subiu para 115 ações propostas por ano (OLIVEIRA, Fabiana Luci; STERN, Rafael Bassi; NOLI, Ana Fernanda. Processo decisório do Supremo Tribunal Federal na transição democrática brasileira (1978-1988). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 9, 2022, p. 5).

investidos no Tribunal pelos governos anteriores. Vale dizer: sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos juizes que lá tinham assento, a corte constitucional brasileira, encarregada de interpretar a nova Carta, era composta de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se operara no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má vontade para com algumas inovações. Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido com o antigo.²⁵⁰

A terceira possibilidade aventada por ARGUELHES é que as delimitações assentadas pelo STF naquele momento foram estabelecidas a partir de critérios eminentemente estratégicos. Considerando que o país passava pela recente redemocratização e pela promulgação de uma nova Constituição, amplamente democrática e plural, a atuação cautelosa da Corte era recomendada. Ou seja, o tribunal poderia estar apenas a evitar o confronto com os Poderes Executivo e Legislativo no contexto em que as instituições estavam se consolidando.²⁵¹

Essa interpretação reforça as hipóteses anteriores. De um lado, está em linha com as restrições relativas, já que afasta a necessidade de uma manifestação mais imediata do STF em controle abstrato, mas permite o seu pronunciamento no futuro em controle difuso, quando a questão não esteja na ordem do dia. De outro, permite-se o amadurecimento da interpretação da nova Constituição pelos ministros investidos durante a ditadura e por aqueles indicados após a redemocratização. Em qualquer caso, ganhava-se tempo para a consolidação das instituições democráticas e para um novo papel para o STF.

Essa nova função, mais participativa da vida política do país, vem sendo construída desde então. Em outros julgamentos relevantes, ocorridos ainda na década de 1990, o Supremo buscou expandir a sua competência e, assim, reafirmar o seu poder.

Ao propor a ADI 466, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) pretendeu a declaração de inconstitucionalidade preventiva de Proposta de Emenda à Constituição que objetivava instituir a pena de morte por meio de consulta plebiscitária. No julgamento dessa ação, o STF entendeu não ser cabível o controle

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

²⁵¹ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 36.

preventivo de constitucionalidade. Por outro lado, reconheceu que a Constituição, no art. 60, § 4º, estabeleceu limitações materiais explícitas ao poder de reforma conferido ao Poder Legislativo, inibindo o seu exercício, ainda que sob a forma de emenda constitucional. E, nesse sentido, o tribunal admitiu que “*a irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade*”.

Já no julgamento da ADI 939, ocorrido em 1993, a Corte, pela primeira vez, declarou inconstitucionais dispositivos inseridos por emenda à Constituição. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade de trecho do art. 2º da Emenda Constitucional 3, de 1993, que instituiu o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), por entender violadas normas imutáveis da Constituição, quais sejam: os princípios da anterioridade tributária (art. 150, III, ‘b’), da imunidade recíproca (art. 150, VI, ‘a’) e das imunidades sobre templos de qualquer culto, sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos e sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, VI, ‘b’, ‘c’ e d’).

A compreensão sobre o aumento da poder da Corte é especialmente relevante para a doutrina constitucional que compreende como excepcional o poder de controle judicial de emendas à Constituição. Do ponto de vista descritivo, a maioria das constituições em vigor não preveem limites materiais a emendas constitucionais e um número ainda menor confere expressamente ao Judiciário o poder de controle desse ato.²⁵² Mesmo para os casos em que essa competência é conferida de forma explícita no texto constitucional ou reconhecido pela prática dos tribunais, juristas tendem a considerar que ela somente deve ser utilizada em casos excepcionais, contra violações ao núcleo essencial da Constituição.²⁵³

No caso do STF, o reconhecimento desse direito pelo tribunal, a partir da interpretação do art. 60, § 4º, da Constituição, representou, de fato, um aumento do poder da Corte. De acordo com levantamento feito por OLIVEIRA e ARGUELHES, de outubro de 1988 a agosto de 2018, 115 ações diretas de inconstitucionalidade

²⁵² OLIVEIRA, Fabiana Luci; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 36, n. 105, 2021, p. 11.

²⁵³ *Ibid.*, p. 11.

questionaram emendas à Constituição, sendo que uma a cada três emendas constitucionais foi impugnada judicialmente.²⁵⁴

Desse total, a liminar foi deferida total ou parcialmente em 11% (ainda sem decisão final) e o pedido foi julgado total ou parcialmente procedente em 9%. Isto é, em um quinto das vezes, o STF atendeu ao pleito do requerente e limitou a mudança promovida na Constituição. Essas decisões favoráveis afetaram, de algum modo, 15 das 35 emendas questionadas, o que significa dizer que o tribunal interferiu no conteúdo de cerca de 43% das emendas contestadas judicialmente.²⁵⁵

A interpretação da Corte sobre o alcance de sua competência não se limitou ao controle abstrato de constitucionalidade. Há também manifestações do tribunal sobre a abrangência de suas decisões proferidas no controle difuso, sobretudo no que diz respeito à sua abstrativização ou objetivação. Essa linha de raciocínio foi especialmente reforçada a partir da introdução da sistemática de repercussão geral no tribunal.

O debate pode ser desenvolvido sob, ao menos, três prismas: (i) o da interpretação do art. 52, X, da Constituição, iniciado no julgamento da Reclamação 4.335, tangenciado nas ações de controle concentrado que discutiram a proibição da produção e do uso de amianto e no Tema 885 de repercussão geral, mas sem um posicionamento expresso e definitivo até o momento; (ii) o da modulação dos efeitos de decisões proferidas em controle difuso; e (iii) o dos efeitos da decisão do STF em controle difuso sobre a coisa julgada de trato tributário continuado (Tema 885 de repercussão geral).

2.3.2.1. A proposta de reinterpretação do art. 52, X, da Constituição

Quanto ao primeiro ponto, desde a década de 2000, o ministro Gilmar Mendes defende doutrinariamente uma releitura do papel do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade, previsto no art. 52, X, da

²⁵⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 36, n. 105, 2021, p. 3.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 11. Os autores também mencionam, a título exemplificativo e sem pretensão comparativa (dadas as diferenças dos contextos políticos e institucionais, bem como das características dos textos constitucionais), que esse poder é exercido com bem menos recorrência em outros tribunais que o admitem. A Suprema Corte da Índia, considerada uma corte agressiva quanto a esse poder, declarou a inconstitucionalidade de apenas 7 emendas constitucionais. Por sua vez, a Suprema Corte argentina se valeu desse poder apenas uma vez (p. 12).

Constituição de 1988.²⁵⁶ Este dispositivo autoriza o Senado Federal a determinar a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso, conferindo eficácia *erga omnes* à orientação assentada pela Corte.

No seu entendimento, a norma, que reproduz disposição estabelecida originalmente na Constituição de 1934 e repetida nos textos de 1946 e de 1967/1969, está inserida, nos tempos atuais, em outro contexto normativo e, por essa razão, poder-se-ia falar em “*uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988*”.²⁵⁷

Esse novo cenário normativo se caracterizaria, inicialmente, pela evolução da jurisdição constitucional. É que o Supremo Tribunal Federal não limita sua atuação à declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. A Corte também exerce sua jurisdição constitucional em decisões que fixam a orientação constitucionalmente adequada por meio de interpretação conforme à Constituição, de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou da declaração de não recepção de lei pré-constitucional. Nesses casos, o Senado Federal não possui competência para ampliar os efeitos do entendimento do STF pelo instituto do art. 52, X, da Constituição.²⁵⁸

O contexto é igualmente distinto por outra razão, segundo o autor: quando o instituto foi concebido, em 1934, não existia, no país, o controle abstrato de normas. E, nesse sentido, com a criação desse modelo em 1965 e sua consolidação na Constituição de 1988 – que garantiu a abertura do acesso a diversos atores políticos e sociais –, a ênfase da atuação do STF passou a ser pela via do controle abstrato.

Por fim, MENDES indica a avanço jurisprudencial como um terceiro fator que reforçaria esta interpretação. O autor aponta que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 97 da Constituição, passou “*a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto*” quando decidiu, no RE 190.728 e no AgRg no AI 168.149, pela “*dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha*

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle constitucional: um caso clássico de mutação constitucional. *Direito Público*, v. 1, n. 4, 2004.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 15.

pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada".²⁵⁹

Isto é, de acordo com MENDES, esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pois antecipa o efeito vinculante de seus julgados no controle concentrado, autorizando que o órgão fracionário de qualquer tribunal seja dispensado de levar a questão de constitucionalidade ao pleno ou ao órgão especial do tribunal a que se encontra vinculado.²⁶⁰

O autor, então, propõe que as decisões tomadas em sede de controle difuso produzam efeitos *erga omnes* e vinculantes, assim como no controle abstrato. E, nesse sentido, a atuação do Senado, prevista no art. 52, X, da Constituição, possuiria o objetivo apenas de dar publicidade à inconstitucionalidade proclamada pelo Supremo.

Apesar da defesa doutrinária do ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal nunca decidiu, explicitamente, pela mutação constitucional quanto ao art. 52, X, da Constituição.

No julgamento da Reclamação 4.335, iniciado em 2007 e concluído em 2014, a questão foi inicialmente debatida a partir do voto do relator, ministro Gilmar Mendes. Mas a matéria ficou, posteriormente, prejudicada. A reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, que alegou o descumprimento da decisão do STF no HC 82.959. Por ocasião desse HC, a Corte julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 e afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos.

Com base nesse julgamento, o reclamante havia solicitado a progressão de regime em favor de diversos condenados, o que, porém, foi indeferido pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, ao fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no referido HC, por se tratar de controle difuso, somente produzia efeitos *inter partes* e, portanto, não poderia ser aplicada aos condenados sem que houvesse o ato do Senado previsto no art. 52, X, da Constituição.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido ainda em 2007, julgou procedente a reclamação. Para tanto, adotou a interpretação que já havia manifestado

²⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle constitucional: um caso clássico de mutação constitucional. *Direito Público*, v. 1, n. 4, 2004, p. 16.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 18.

doutrinariamente e defendeu que “*a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental*”. E, com base nessa premissa, o ministro assentou que, “*se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais...*”.

O ministro Eros Grau, que havia pedido vistas dos autos, seguiu integralmente a linha manifestada pelo relator, também julgando procedente a reclamação. Em seu voto, proferido também em 2007, abraçou a mutação constitucional e afirmou que “*a própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional*”.

A proposta de mutação constitucional, contudo, foi rechaçada pelos votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, proferidos na mesma sessão de 2007. Para ambos os ministros, embora se reconheça a força da decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma norma, a pretensão de retirar o papel do Senado Federal não deveria ser acolhida, seja porque violaria literalmente o que dispõe o texto constitucional, seja porque não é medida necessária. Sobre esse último ponto, os seus votos citam a possibilidade de o STF, a partir da Emenda Constitucional 45, de 2004, atribuir efeitos *erga omnes* a entendimentos firmados em controle difuso por meio da edição de súmulas vinculantes.

Porém, novo pedido de vista, desta vez pelo ministro Ricardo Lewandowski, suspendeu o julgamento, que somente foi retomado em 2013. Na oportunidade, o ministro acompanhou os fundamentos da divergência aberta por Eros Grau e Joaquim Barbosa, no sentido de se afastar a proposta de mutação constitucional. O seu voto ainda acresceu um relevante fato superveniente para a controvérsia: a edição da súmula vinculante 26, em 2009, que acolheu a tese definida no HC 82.959 e determinou que o juízo da execução criminal observe a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 1990, para efeito da progressão de regime no cumprimento da pena.

Na mesma assentada, o ministro Gilmar Mendes informou que, diante da demora do julgamento e com a edição da citada súmula vinculante, a questão

debatida – a mutação constitucional – ficou prejudicada, tendo em vista que o tribunal não teria opção a não ser aplicar o entendimento assentado naquele enunciado.

Vale dizer que os votos proferidos posteriormente rejeitaram expressamente a suscitada mutação constitucional, mas julgaram procedente a reclamação por aplicação do entendimento assentado na súmula vinculante editada posteriormente. O ministro Teori Zavaski, por exemplo, não manifestou claramente a sua posição sobre o art. 52, X, da Constituição, trilhando linha argumentativa diversa. Por sua vez, os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Marco Aurélio textualmente rejeitaram a proposta do relator.

Essa matéria voltou à arena de debate no julgamento das diversas ações de controle concentrado que examinavam a constitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam normas mais restritivas do que as prescritas na Lei federal 9.055/1995 quanto à produção e ao uso do amianto no âmbito da respectiva unidade da federação.²⁶¹

Embora a lei federal tenha vedado, no seu art. 1º, a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto, ela previu uma exceção no art. 2º: essas atividades eram permitidas para o amianto da variedade crisotila (asbesto branco), na forma definida na lei. Já as leis estaduais vedavam completamente a produção e o uso do amianto, inclusive o da variedade crisotila.

De forma geral, o Supremo definiu, na análise desses casos, que as restrições impostas pelos Estados eram constitucionais. E, para chegar a essa conclusão, tomou como pressuposto que o art. 2º da Lei federal 9.055/1995, que autorizava a utilização de uma das variedades de amianto, passou por um processo de inconstitucionalização, pois, se à época da edição da norma se admitia o manejo controlado dessa substância, o consenso dos órgãos de saúde geral e de saúde do trabalhador evoluiu para reconhecer a natureza altamente cancerígena do mineral e a inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura.

Dada a invalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995 – a qual foi declarada inconstitucional de forma incidental –, as legislações estaduais que vedavam por completo a produção e o uso do amianto foram reputadas constitucionais.

A controvérsia que se seguiu era definir quais seriam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 2º da lei federal 9.055/1995, já

²⁶¹ ADIs 3.356, 3.357, 3.937, 3.406 e 3.470 e ADPF 109.

que o exame desse dispositivo não estava abarcado nos pedidos das respectivas ações. Isto é, se a inconstitucionalidade incidental declarada (ainda que em ação de controle concentrado) produziria efeitos *erga omnes* e conteria eficácia vinculante. Nesse contexto, a proposta de reinterpretação do art. 52, X, da Constituição foi novamente suscitada.

Especificamente no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, o tema foi objeto de ponderações dos ministros. Mais uma vez, o ministro Gilmar Mendes fez uma forte defesa pela mutação constitucional e para a equiparação dos efeitos das decisões tomadas pelo STF em controle difuso ou concentrado. O ministro Luiz Fux também patrocinou a ideia de que não há mais diferença entre controle incidental e controle principal e de que a chancela do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição, é meramente formal.

Por outro lado, os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes repudiaram a sugerida da mutação constitucional. Inclusive, o ministro Alexandre de Moraes fez questão de pontuar que *“a questão de uma nova interpretação do artigo 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem”* e que *“poderíamos até evoluir nesse sentido, mas eu quero dizer que eu não votei em relação a isso porque não era isso que estava em questão. Só para deixar claro”*.

Novamente, a questão foi tangenciada, mas não definitivamente decidida. De todo modo, naquela oportunidade, o STF conferiu eficácia *erga omnes* e caráter vinculante à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal 9.055/1995.

A eficácia *erga omnes* e o caráter vinculante dessa declaração de inconstitucionalidade incidental foi recentemente reafirmada pelo Plenário do STF, que, na sessão de 23 de fevereiro de 2023, rejeitou os Embargos de Declaração apresentados pelos requerentes nas ações mencionadas, vencida apenas a ministra Cármen Lúcia, que votava pelo não reconhecimento desses efeitos.

E, nessa assentada, embora não tenha sido o cerne da discussão, a reinterpretação do art. 52, X, da Constituição foi novamente mencionada, sem que tenha havido uma decisão formal do tribunal. Sobre esse ponto, porém, algumas manifestações chamaram a atenção.

O ministro Gilmar Mendes ironizou a “canonização” do dispositivo, afirmando que o Supremo admite a expansão dos efeitos do controle difuso, mas simbolicamente não afasta o poder do Senado Federal de suspender a eficácia da

norma. O ministro Luiz Fux, por outro lado, tratou da matéria como se ela já tivesse sido definitivamente resolvida pelo STF, como um entendimento já pronto e acabado pela superação do conteúdo do art. 52, X.

Já os ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que, no passado, fizeram uma defesa veemente da inexistência de mutação constitucional, parecem ter cedido a essa compreensão, admitindo a equivalência dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso e concentrado. Durante a sessão, o ministro Alexandre de Moraes aponta que, *“realmente, após o ingresso principalmente da repercussão geral, o art. 52, X, se não foi revogado, caiu em desuso, porque o controle difuso acaba virando o controle concentrado pela repercussão geral”*. Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski admite que, no julgamento da já citada Reclamação 4.335, *“ficou muito claro que quando o Supremo Tribunal Federal se pronuncia sobre uma questão de inconstitucionalidade, quer numa ação direta, quer no controle difuso, o papel do Senado é meramente papel de dar publicidade à nossa decisão”*.

Também o ministro Roberto Barroso expôs aparente revisão do seu entendimento quanto ao art. 52, X, da Constituição por ocasião do julgamento do RE 955.227 (Tema 885 de repercussão geral). Neste processo, foram debatidos os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado. Isto é, pretendeu-se definir se deve haver ou não uma limitação temporal dos efeitos futuros da coisa julgada, quando o STF vier a se manifestar em sentido contrário em controle difuso de constitucionalidade.

Em seu voto, o ministro Roberto Barroso, relator, indicou que a ideia de mutação do art. 52, X, da Constituição foi rechaçada na Reclamação 4.335. Mas sugeriu a revisitação do tema à luz dos impactos da repercussão geral para o controle de constitucionalidade brasileiro. E, por considerar que a sistemática tornou ainda mais claro o processo de objetivação do controle difuso, aderiu à tese de que o dispositivo constitucional havia de ser reinterpretado, para que o STF *“reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia erga omnes atribuídos às ações de controle abstrato”*.

Contudo, ao fim do julgamento deste RE, o tribunal não se manifestou sobre a tese de forma manifesta e precisa. Aliás, o ministro Gilmar Mendes fez o seguinte registro em seu voto:

Na primeira versão do meu voto, divulgado no início do julgamento assíncrono, havia expressamente tratado sobre o debate em torno do art. 52, X, da Constituição Federal no controle difuso de constitucionalidade. Todavia, em razão desse tema não influenciar o debate sobre a higidez da interpretação constitucional conferida por esta Corte em, no mínimo, três precedentes qualificados, estou divulgando nova versão do voto, sem referência a esse tema.

Em síntese, embora o tribunal nunca tenha efetiva e expressamente reconhecido a ocorrência da mutação constitucional quanto ao art. 52, X, da Constituição de 1988, a Corte vem sugerindo essa reinterpretação há cerca de 15 anos. E, mais recentemente, vários ministros, inclusive aqueles que haviam se posicionado de forma contrária no passado, vêm admitindo essa leitura – ou ao menos moderando a importância do ato do Senado Federal – como consequência do reconhecimento da equivalência dos efeitos das decisões de controle concentrado e difuso, especialmente a partir da criação do instituto da repercussão geral.

2.3.2.2. A expansão da modulação de efeitos em decisões proferidas em sede de controle difuso

A Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prescreve, em seu art. 27, a possibilidade de que o tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Isto é, a norma autoriza que o STF module os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade.

O tribunal, contudo, expandiu essa competência também para as declarações de inconstitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade. A discussão surgiu, pela primeira vez, no caso que se questionava, em ação civil pública, a validade do número de vereadores do Município de Mira Estrela à luz do critério de proporcionalidade à população estabelecido no art. 29, IV, da Constituição de 1988 (RE 197.917). Para o autor, a lei municipal que estabelecia o número de onze

vereadores para o município de 2.651 habitantes exorbitava o limite mínimo constitucional de nove vereadores.

A sentença julgara a ação procedente em parte, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei municipal impugnada e reduzindo o número de vereadores com a extinção dos mandatos que sobejaram o limite mínimo estabelecido na Constituição. Por sua vez, o acórdão do TJSP reformou o acórdão para reconhecer a competência do ente municipal para estabelecer a quantidade de vereadores entre os limites mínimo e máximo.

O STF, então, examinou o recurso extraordinário do Ministério Público em março de 2004. Ao julgar o mérito recursal, por maioria de votos, o Plenário assentou o entendimento de que deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição com base apenas nos limites máximo e mínimo do preceito constitucional é tornar sem sentido a previsão expressa da proporcionalidade à população. E, com essa linha de raciocínio, a Corte deu provimento ao recurso para reconhecer o excesso de poder de legislar e declarou a inconstitucionalidade incidental da lei municipal.

A questão que se seguiu dizia respeito aos efeitos dessa decisão. O relator, ministro Maurício Corrêa, discordou dos efeitos atribuídos pelo magistrado de primeira instância de alterar o seu conteúdo, fixando de pronto o número de vereadores. Para ele, nesse caso, a Câmara Municipal deveria ser oficiada para que ela tomasse as providências cabíveis para tornar efetiva a decisão judicial e adequar sua composição aos parâmetros fixados. Cuidou-se, como se percebe, de fixar limites de efeitos ao provimento do recurso.

A seu turno, o voto do ministro Gilmar Mendes se dedicou quase que integralmente para tratar das consequências do decidido no mérito. Após manifestar concordância quanto ao provimento do recurso, o ministro ressaltou que a declaração de inconstitucionalidade não poderia, no caso, ser dotada de eficácia retroativa, impondo-se que fossem limitados os seus efeitos para o futuro. É que, caso fosse dotada de efeito *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente atingindo deliberações que foram tomadas em momento anterior ao pleito eleitoral que resultou na composição da câmara municipal (número de vereadores, número de candidatos e definição do coeficiente eleitoral), bem como aquelas resolvidas após as eleições, como os projetos de leis aprovados.

E, como premissa para a sua conclusão, o ministro destacou que, embora a legislação outorgue a possibilidade de modulação de efeitos apenas no controle concentrado por meio do já mencionado art. 27 da Lei 9.868/1999, a utilização desse instituto é também possível no controle difuso de constitucionalidade. Em suas palavras, “*a base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo*”. E, nessa lógica, “*a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental*”.

É importante dizer que, neste caso do Município de Mira Estrela, a modulação dos efeitos produziu consequências para a própria parte. É dizer, embora o STF tenha declarado a inconstitucionalidade incidental da lei local, o tribunal admitiu que ela – a lei – produzisse regularmente os seus efeitos até as próximas eleições.

Embora o ministro Gilmar Mendes tenha realçado sua posição de que se estava dando efeitos transcendentais ao julgado, a posição do STF somente foi adotada de forma nacional a partir de Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução TSE 21.702/2004), aplicável às eleições municipais de 2004.

A extensão e a eficácia transcendentais da modulação de efeitos nas ações de controle difuso ficaram, de fato, mais evidentes a partir do instituto da repercussão geral. O CPC de 2015, por sua vez, explicitou essa possibilidade – sem distinção do modelo de controle de constitucionalidade – ao estabelecer, no art. 927, § 3º, que, “*na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica*”.

Em matéria tributária, por exemplo, são diversos os casos em que o STF decidiu por modular os efeitos da inconstitucionalidade declarada. O caso mais emblemático – dada a demora no julgamento da questão e a relevância dos valores envolvidos²⁶² – foi o da discussão acerca da constitucionalidade ou não da inclusão

²⁶² A União Federal chegou a estimar que, sem a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deveria devolver aos contribuintes um valor próximo de R\$ 229 bilhões. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/disputa-judicial-entre-empresas-receita-pode-custar-229-bi-uniao-23628644>>. Acesso em 27 de março de 2023.

do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (Tema 69 – RE 574.706).

A contribuição ao PIS e a COFINS são contribuições sociais que incidem sobre a receita ou o faturamento das empresas, na forma do art. 195, I, da Constituição de 1988. O ICMS, por sua vez, é o imposto estadual que incide na circulação de mercadorias e em determinadas prestações de serviço, consoante o art. 155, II, da Constituição. A controvérsia, portanto, consistia em definir se o valor correspondente ao imposto estadual – que está inserido no montante recebido pelas empresas pela venda de suas mercadorias – deveria ou não ser incluído na base de cálculo das contribuições sociais.

O tema começou a ser analisado pelo STF ainda em 2006, quando iniciado o julgamento do RE 240.785, que havia chegado ao tribunal em 1998. Naquela ocasião, sete ministros se manifestaram sobre o mérito: seis deles reconheceram a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e um validou a referida incidência. O julgamento, porém, foi suspenso por pedido de vista.

No ano seguinte (2007), já com a maioria formada no processo individual, a União ajuíza a ação declaratória de constitucionalidade 18. E, em 2008, o STF decidiu pela existência de repercussão geral do tema no RE 574.706 (Tema 69). Nesse mesmo ano, o Supremo pautou o primeiro RE e a ADC, concluindo, em questão de ordem, que deveria decidir, antes, a ação de controle concentrado, para após, retomar o julgamento do recurso extraordinário.

O julgamento da ADC foi, então, iniciado e, ainda em 2008, o tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar pleiteada pela União, para suspender o julgamento das demandas que envolvessem a mesma discussão, excluídos, desta, os processos em andamento no STF. Essa cautelar foi prorrogada por diversas oportunidades, mas seus efeitos cessaram em 2010, permitindo-se a retomada dos julgamentos em todo o território nacional.

Em 2014, o STF conclui o julgamento do RE 240.785 e reconheceu a vitória do contribuinte. Debateu-se durante a sessão sobre a continuidade desse julgamento – pois pendentes ADC e RE com repercussão geral – e as consequências da deliberação do Supremo. E o que se decidiu foi pela prestação da jurisdição com o exame do recurso, dando-lhe efeitos apenas *inter partes*.

Já em 2017, o RE com repercussão geral reconhecida teve o mérito resolvido, firmando-se a tese favorável aos contribuintes no sentido de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Em 2018, o relator da ADC 18, ministro Celso de Mello, julgou prejudicada a ação declaratória. E o fez por dois motivos: o primeiro, de que a lei sob julgamento teria sofrido alteração substancial do objeto de impugnação; o segundo, de que o Plenário do STF havia decidido pela inconstitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo das contribuições federais sob a sistemática de repercussão geral.²⁶³

Ficou pendente, porém, a definição acerca do pedido de modulação dos efeitos formulado pela União Federal em sede de Embargos de Declaração. Esse recurso somente foi julgado em 2021 – isto é, quatro anos após o exame do mérito – , momento em que, por maioria de votos, decidiu-se que a orientação assentada pelo STF haveria de produzir efeitos após 15/03/2017 (data em que julgado o mérito e fixada a tese), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

Ou seja, neste caso, a modulação de efeitos deferida pelo STF não afetou o contribuinte recorrente, tendo sido a ele reconhecido o direito à exclusão do ICMS desde a propositura da ação e ao indébito correspondente, inclusive sobre os cinco anos anteriores ao ajuizamento.

A decisão, portanto, buscou restringir o entendimento apenas para contribuintes terceiros,²⁶⁴ que não eram parte do processo. Para aqueles que haviam ajuizado ação judicial ou discutido a questão administrativamente até 2017, o entendimento favorável lhes seria aplicável. Porém, para aqueles que não o tinham feito até a data limite, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS

²⁶³ Sobre esse ponto, também a denotar a compreensão do STF de que a decisão proferida pelo Plenário possui força expansiva independentemente de ter sido tomada sob o controle difuso ou concentrado, o ministro Celso de Mello destacou o entendimento assentado no julgamento da ADI 4.071, de relatoria do ministro Menezes Direito, no sentido de que situações de litigiosidade constitucional já apreciadas pelo Plenário do STF, mesmo no âmbito de recurso extraordinário (no caso, dos RE 377.457 e 381.964), geram a perda de objeto da ação de controle concentrado. São diversos os julgados nesse mesmo sentido, devendo ser citados os seguintes exemplos: RE 595.838 e ADI 2.594, RE 561.836 e ADPF 174.

²⁶⁴ ALVIM trata dos efeitos da decisão sobre a sociedade (e não apenas sobre as partes), sob o fundamento de que ostentam carga normativa decorrente da função de precedente obrigatório (ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 80).

somente poderia ser reconhecida a partir do ano de julgamento do mérito pelo STF, não admitindo a retroação da inconstitucionalidade.

Percebe-se, assim, claramente, a força transcendente do julgamento submetido à sistemática de repercussão geral, já que o STF admite a fixação de marcos temporais sobre os efeitos de sua decisão para terceiros não integrantes da lide julgada.

2.3.2.3. A quebra automática da coisa julgada de relações de trato tributário continuado pela decisão submetida à sistemática da repercussão geral

Por fim, como ponto derradeiro e significativo acerca da interpretação do STF a respeito da força e da relevância do instituto da repercussão geral, deve ser mencionado o entendimento assentado pelo tribunal em fevereiro de 2023.

Trata-se do já mencionado RE 955.227 (Tema 885 de repercussão geral), em que foram debatidos os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado.²⁶⁵ Ou seja, buscou-se definir se deve haver ou não uma limitação temporal dos efeitos futuros da coisa julgada, quando o STF vier a se manifestar em sentido contrário em controle difuso de constitucionalidade.

Este processo, na origem, tratava de Mandado de Segurança impetrado por contribuinte, buscando desconstituir a cobrança de créditos tributários relativos a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), cujos fatos geradores ocorreram entre 2001 e 2003. Segundo o contribuinte, a exigência era indevida, pois contrariava coisa julgada que havia se formado em 1992, na qual havia sido reconhecida a inconstitucionalidade do tributo.

A sentença proferida concedeu a segurança e o acórdão do tribunal regional a confirmou. A União Federal, então, apresentou recurso extraordinário, por meio do qual argumentou que a coisa julgada formada em 1992 não operava mais efeitos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal havia decidido pela constitucionalidade da CSLL em julgamentos de vários recursos extraordinários ainda

²⁶⁵ Paralelamente a esta matéria, o Tema 881 de repercussão geral cuidava de questão próxima: os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado. O tema de fundo era o mesmo (a coisa julgada de inconstitucionalidade da CSLL) e os processos foram julgados em conjunto.

na década de 1990. E, assim, defendeu que os efeitos futuros da coisa julgada teriam sido sustados após as decisões reiteradas do Plenário do STF em controle difuso e, como consequência, que a CSLL relativa aos fatos geradores ocorridos a partir de então seria exigível.

Importa notar que a União Federal, desde 2011, fixou o posicionamento, na esfera administrativa, por meio do Parecer PGFN 492/2011, de que “*os precedentes objetivos e definitivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, e de forma automática, a eficácia vinculante das anteriores decisões transitadas em julgado, relativas a relações jurídicas de trato sucessivo, que lhes forem contrárias*”.

E, como precedentes objetivos do STF, que, de acordo com a União, constituem circunstância jurídica nova, foram relacionados julgados “*do Plenário do STF em controle concentrado ou, em algumas hipóteses, difuso de constitucionalidade*”. Essas “algumas hipóteses” mencionadas pela PGFN são as decisões proferidas nos processos submetidos à sistemática de repercussão geral ou, se anteriores a esse rito, reiteradas pelo Plenário do STF.²⁶⁶

²⁶⁶ “23. Importa ressaltar, entretanto, que para que um precedente do STF seja capaz de efetivamente alterar ou impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo, faz-se necessário que nele se possa identificar duas características essenciais: primeira – que se trate de decisão que enfrenta uma dada questão constitucional de forma objetiva, resolvendo-a em tese, sem qualquer apego a dados subjetivos da demanda concreta; segunda – que essa decisão, além de ser objetiva, seja definitiva, ou seja, esteja vocacionada a representar a palavra final da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada. Essas características, quando conjuntamente presentes em um determinado precedente, permite que se considere que o comando nele contido veicula a resolução definitiva da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada, dando-lhe solução estável, apta a se aplicar à generalidade das situações que, eventualmente, apresentem questão idêntica.

24. E essas duas características, segundo aqui se entende, fazem-se presentes, ao menos atualmente (mais precisamente, após 3 de maio de 2007, conforme será demonstrado mais adiante), nos precedentes do STF formados: (i) em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis ou; (ii) em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, da Resolução de que trata o art. 52, inc. X da CF/887, desde que, nesse último caso, o precedente tenha resultado de julgamento realizado nos moldes previstos no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC). Ou seja, nos dias atuais, são objetivos e definitivos e, portanto, alteram/impactam o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo, tanto os precedentes oriundos do Plenário do STF formados em controle concentrado de constitucionalidade, quanto alguns dos seus precedentes formados em controle difuso, independentemente, nesse último caso, de posterior edição, pelo Senado Federal, da Resolução prevista no art. 52, inc. X da CF/88.

(...)

27. Acontece que essa concepção tradicional acerca das duas modalidades de controle de constitucionalidade tem sido gradualmente relativizada por uma tendência verificável no sistema jurídico pátrio e que já se espraia no âmbito da Suprema Corte, de aproximar a natureza e – até mesmo, em algumas situações, a extensão da eficácia vinculante – das decisões proferidas pelo STF duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis, naquilo que, na feliz expressão de GILMAR FERREIRA MENDES, revela-se como uma tendência de “dessubjetivação das formas processuais,

Como consequência dessa orientação administrativa, diversas cobranças fiscais foram realizadas, sobretudo nos casos de coisa julgada de inconstitucionalidade da CSLL, gerando o contencioso controlado pelo Tema 885 da repercussão geral.

O ministro Roberto Barroso foi o relator do RE e, como já antecipado, seu voto propôs o reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, o que, porém, não foi expressamente acolhido pelo Plenário. O que interessa desse julgamento, porém, é outro ponto: a distinção, dentro do controle difuso de constitucionalidade, que se fez em relação aos processos submetidos à sistemática da repercussão geral e aqueles outros julgados pelo plenário anteriormente a esse rito.

especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes”.

(...)

30. Esse caráter objetivo dos acórdãos proferidos, pelo Plenário do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade talvez tenha atingido o seu ponto máximo com a inserção, no sistema processual civil positivo, da sistemática de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos, que, tal qual delineada pelo art. 543-B do CPC (introduzido pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006), permite que a repercussão geral de questões constitucionais repetitivas seja reconhecida ou negada, de uma só vez, pelo STF, por meio da análise do recurso extraordinário “paradigma”, escolhido por amostragem; e que, uma vez reconhecida a repercussão geral da questão constitucional repetitiva, o STF passe à sua resolução, por meio do julgamento do mérito do recurso extraordinário escolhido como paradigma.

31. E mais: parece lícito afirmar que a sistemática prevista no art. 543-B do CPC, além de ter reforçado a feição objetiva assumida pelos julgamentos proferidos sob as suas vestes, também terminou por conferir a esses julgamentos a vocação de representarem a palavra final e definitiva da Suprema Corte acerca da questão constitucional neles apreciada. É que, por resultarem de um procedimento especial e legitimador, os precedentes formados nos termos do art. 543-B do CPC revestem-se de um nível de definitividade e certeza diferenciado quando comparado àquele ostentado pelos precedentes oriundos de julgamentos, ainda que da Suprema Corte, não submetidos à nova sistemática. Isso significa que a alteração, pelo STF, do entendimento contido em precedente judicial formado nos moldes da nova sistemática, embora possível, presume-se pouco provável, e, ao que tudo indica, apenas ocorrerá em casos excepcionais e extremos, quando, por exemplo, novos dados possam ser agregados à questão constitucional tratada no precedente de modo a demonstrar que a definição nele contida já não mais se apresenta como a melhor tecnicamente, ou, então, como a mais justa.

(...)

(...) em algumas hipóteses as decisões proferidas pelo STF, em momento anterior ao marco acima fixado [03 de maio de 2007], poderão, sim, ser consideradas como objetivas e vocacionadas à definitividade. Indo direto ao ponto, isso ocorrerá sempre que (i) se tratar de decisão proferida, sobre uma dada questão constitucional, pelo Plenário da Suprema Corte, e que (ii) o entendimento nela contido tenha sido reafirmado pela Suprema Corte em diversos julgados posteriores.

49. Com efeito, mesmo antes do advento do art. 543-B do CPC, as decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso, embaladas pela mencionada tendência de “dessubjetivação” das formas de controle de constitucionalidade, já ostentavam um caráter objetivo e geral, depreendido das vicissitudes do caso concreto; daí que o atributo da objetividade certamente já marcava essas decisões proferidas pelo STF.” (MACEDO, Luana Vargas. Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011. Revista da PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, v. 1, n. 2, 2011, p. 208/219).

Essa diferenciação, como se detalhará, é primordial para que se compreenda a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à força e à relevância do instituto da repercussão geral.

Segundo o ministro relator, citando posição doutrinária que já manifestara, “*uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos*”. E, no seu entender, com a sistemática de repercussão geral e a sucessiva adoção de teses de julgamento, o processo de objetivação do controle difuso se tornou ainda mais claro.

Nesse sentido, o relator destaca que “*é inconteste que as decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral e as proferidas em controle concentrado gradativamente têm adquirido os mesmos efeitos, seja pela atuação do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo*”.

Relativamente à coisa julgada – questão de fundo tratada no RE –, o ministro defende que a segurança jurídica que é por ela resguardada não ostenta valor absoluto e é passível de flexibilização em favor de princípios outros resguardados constitucionalmente.

Voltando ao caso concreto subjacente ao RE, o ministro estipula as seguintes premissas fáticas: (i) há pessoas jurídicas que não pagam CSLL com respaldo em decisões transitadas em julgado; (ii) a maioria das pessoas jurídicas permanece com a obrigação de pagar o referido tributo, já que não possui decisões transitadas em julgado favoráveis; (iii) o STF se manifestou ao longo da década de 90 e dos anos 2000 diversas vezes, em controle difuso, anteriormente à repercussão geral, pela constitucionalidade da instituição da CSLL; (iv) apenas em 2007, na ADI 15, o Plenário proferiu acórdão vinculante e *erga omnes*, declarando a constitucionalidade da Lei 7.689/1988.

Diante de todo esse contexto, o ministro conclui que “*a decisão deste Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em repercussão geral, que seja contrária à coisa julgada favorável ao contribuinte, em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, produz para ele norma jurídica nova*”, apta a interromper os efeitos da coisa julgada anteriormente formada, a fim de que seja resguardada a garantia dos princípios da isonomia e da livre concorrência.

É importante notar, no entanto, que, aplicando o direito ao caso concreto, o relator negou provimento ao recurso extraordinário da União. O ministro rechaçou o argumento da União de que os acórdãos proferidos pelo Plenário na década de 1990

seriam oponíveis para fins de interrupção dos efeitos da coisa julgada favorável ao contribuinte. E assim entendeu por distinguir os efeitos do controle difuso de constitucionalidade no período anterior e no posterior à introdução da sistemática de repercussão geral. Deve-se destacar o seguinte trecho de sua conclusão:

52. Como já afirmei, entendo que, por ter sido proferido em sistemática anterior à repercussão geral, em que a declaração de constitucionalidade em controle incidental não possuía efeitos vinculantes e erga omnes, o RE 138.284 é inaplicável, para fins de afastar a decisão transitada em julgado favorável à recorrida e desconstituir o auto de infração do ano de 2006. Este deu origem ao processo administrativo fiscal no 13502.000922/2006-10, que visa à cobrança de créditos tributários de CSLL dos anos de 2001 a 2003. O acórdão proferido por esta Corte, em 2007, na ADI 15, do mesmo modo, não pode ser invocado para a desconstituição dos referidos créditos, uma vez que não pode retroagir para justificar a lavratura do auto de infração no ano de 2006, a fim de atingir os fatos geradores dos anos de 2001 a 2003.

Vê-se, assim, que o ministro realçou a distinção dos efeitos da decisão do STF em controle concentrado difuso quando proferida antes ou depois da sistemática da repercussão geral. Aquelas decisões proferidas no período anterior não ostentam efeitos *erga omnes* e vinculantes; as prolatadas já na sistemática de repercussão geral, produzem essas consequências.

Esse foi o posicionamento adotado de forma unânime pelo Supremo Tribunal Federal.²⁶⁷ Todos os ministros reconheceram, de um lado, que a decisão proferida pelo STF anteriormente à sistemática de repercussão geral não tem o condão de refletir no sistema jurídico como norma nova, mas, de outro, que a decisão proferida em controle difuso pela sistemática de repercussão geral espraia o seu entendimento de forma vinculante e a todos, a ponto, frise-se, de interromper automaticamente os efeitos de coisa julgada formada em sentido contrário.

A tese de repercussão geral foi assim fixada:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.
2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a

²⁶⁷ O Plenário divergiu sobre outras questões: por maioria, o pedido de modulação de efeitos foi indeferido e, também por maioria, decidiu-se serem aplicáveis as limitações constitucionais temporais ao poder de tributar (irretroatividade, anterioridades anual e nonagesimal).

anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.²⁶⁸

É interessante observar, para a boa compreensão da controvérsia, que o ministro Gilmar Mendes propunha, inicialmente, um alcance maior à decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade.

No seu voto original, Mendes não admitia a distinção dos efeitos das decisões proferidas antes ou depois da sistemática de repercussão geral. Em linha com sua defesa doutrinária de longa data, o ministro assim se manifestava:

Independentemente da forma em que ocorra (em processo objetivo ou subjetivo), qualquer pronunciamento da Suprema Corte, produzindo determinada interpretação constitucional, deve ser seguida pelos demais Órgãos do Poder Judiciário, justamente em abono à força normativa da Constituição.

A aplicação ou interpretação constitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle incidental, deixa claro que aquela é a orientação para os tribunais inferiores.

Assim, para ser inexigível, basta que o título judicial transitado em julgado tenha se fundado em sentido ou em interpretação constitucional em confronto com qualquer tipo de posicionamento do Plenário da Corte, seja pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em controle concreto ou difuso, em obediência à força normativa da Constituição.

(...)

Evidentemente, para possuir tamanha eficácia expansiva, é necessário que o pronunciamento desta Corte ocorra em sua composição plenária, a qual representa o pensamento da totalidade de seus membros e irradia idêntica solução para os processos afetos às Turmas e para as decisões monocráticas, tal como deve ocorrer com os Tribunais de origem.

Contudo, após a prolação de votos por outros ministros, e diante da forma como o julgamento prosseguiu, o ministro Gilmar Mendes reformulou o seu voto para acompanhar, no ponto central, o entendimento do relator Roberto Barroso. É interessante mencionar a justificativa conferida para o ajuste do voto: “*após a evolução do julgamento, guardadas minhas reservas, é caso de acompanhar o relator, no intuito de conferir segurança jurídica e sinalização de aplicação da tese, ao orientar as demais instâncias*”.

Ou seja, ao fim do julgamento, inclusive em razão do ajuste do voto do ministro Gilmar Mendes, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal assentou o inequívoco reconhecimento de que a decisão proferida pela sistemática repercussão

²⁶⁸ A mesma tese foi fixada no RE 949.297 (Tema 881 de repercussão geral), em que se examinou os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado.

geral contém caráter expansivo e possui relevância especial para a definição do direito. O entendimento estabelecido sob esse rito é tão potente a ponto de interromper automaticamente os efeitos de uma coisa julgada favorável a outro contribuinte.

2.4. Conclusões parciais

Ao longo deste tópico, pretendeu-se estabelecer os pressupostos para a proposta que se desenvolverá ao longo do trabalho. Buscou-se fixar as premissas tomando como base a real interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a sua função e sobre os efeitos de suas decisões, sobretudo quando resolvidas sob a sistemática da repercussão geral em um processo individual. Especialmente, visou-se demonstrar como a função da Corte – e sua atuação – pode ser moldada por alterações normativas (Constituição e legislação infraconstitucional), mas, igualmente, pela compreensão estabelecida pelo próprio Tribunal.

É verdade que permitir ao Tribunal que defina a extensão de sua competência e poderes pode ser problemático e criticável. Entretanto, não se pretende, aqui, enveredar por este caminho.

Ao contrário: partindo da compreensão de que é assim que o STF define o seu encargo, a intenção é seguir com o debate sobre como aprimorar esse desempenho. É importante observar que a opção por essa rota não advém de uma decisão singular do tribunal, mas, em verdade, de uma orientação que vem se reafirmando desde após a Constituição de 1988 e com especial força após a Emenda Constitucional 45/2004.

Noutros termos, se ao tribunal são conferidos amplos poderes – a ponto de que sua decisão, pela via da repercussão geral, interrompa automaticamente os efeitos futuros de coisas julgadas contrárias ao posicionamento fixado –, o jurisdicionado deve, ao menos, ter mais clareza sobre o que, de fato, a Corte decidiu.

É nesse contexto que, nos próximos capítulos, serão estabelecidos os fundamentos para a proposta de revisão do modelo de acórdão atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

3. OS FUNDAMENTOS PARA A PROPOSTA: A COLEGIALIDADE COMO DIRETRIZ

3.1. A colegialidade como elemento caracterizador do acórdão

KORNHAUSER e SAGER²⁶⁹ apontam que a atuação coletiva pode se qualificar de quatro maneiras diferentes: (i) distributiva, (ii) de equipe, (iii) redundante e (iv) colegial.

As formas distributiva e de equipe se diferenciam uma da outra pela maneira com que cada uma estabelece a coordenação entre os membros. No modelo distributivo, apesar de os indivíduos agirem isoladamente, há a prévia separação e a necessária coordenação dos trabalhos. Em modelos mais básicos de atuação distributiva, os participantes possuem tarefas idênticas, como a situação de várias pessoas pintando uma casa ou trabalhadores cuidando de um campo. Em modelos mais complexos, cada um dos participantes possui sua respectiva tarefa, como as linhas de produção industriais, em que cada envolvido atua de forma independente, mas sempre vinculado à finalidade comum.²⁷⁰

A coletividade de equipe, por sua vez, exige dos membros uma atitude coordenada durante a atividade. Cada participante deve considerar (e responder a) o trabalho feito pelos outros durante o seu desempenho e o resultado só é alcançado por meio da coordenação entre os envolvidos. Nesta situação, a interação dos membros da coletividade é essencial para o objetivo final. Esse modelo pode ser ilustrado com as orquestras e com os times de esportes coletivos – basquete, futebol, etc.²⁷¹

Por outro lado, os modelos redundante e colegial têm como finalidade realizar tarefas que, a princípio, poderiam representar o esforço de uma só pessoa; executá-las por entidades coletivas visa a trazer o desempenho para mais perto do ideal.

De acordo com KORNHAUSER e SAGER, a coletividade redundante se caracteriza pela independência dos envolvidos, que não atuam de forma colaborativa.

²⁶⁹ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993, p. 3-5.

²⁷⁰ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 28/29.

²⁷¹ Ibid., p. 29.

Muitas vezes, a interação entre os membros é, inclusive, vedada, justamente para evitar a influência da conclusão alheia. Exemplos mencionados pelos autores são o controle de qualidade num processo de automação industrial, composto por três inspetores, ou o julgamento em eventos esportivos, integrado por três jurados. No primeiro caso, um inspetor pode concluir pela rejeição do processo, enquanto os outros dois podem aprová-lo; o resultado pode ser a aprovação por unanimidade ou pela maioria. Na segunda hipótese, cada jurado avalia a performance do atleta sem consultar seus colegas e os resultados são agregados (seja pela soma, seja pela média, seja por qualquer outro método de apuração).²⁷²

A coletividade colegial, a seu turno, deve levar em consideração os colegas que também realizam a tarefa. Caracteriza-se pela colaboração e pela deliberação dos seus membros. Enquanto a interação e a troca de informações não são buscadas na coletividade redundante, elas são vitais para o resultado do modelo colegial, que pressupõe a alteração na forma de atuação individual para uma atuação em grupo. O resultado alcançado pela coletividade colegial é, na verdade, produto único da interação daquela entidade coletiva, como o trabalho de cientistas em uma pesquisa e de alunos em um trabalho escolar.²⁷³

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

No âmbito do Poder Judiciário, não há regra na atuação colegiada. No Tribunal do Júri, por exemplo, a atuação dos sete jurados ocorre segundo o modelo redundante. É dizer, uma vez sorteados, os jurados não podem comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo (art. 466, §1º, do Código de Processo Penal – CPP). A votação ocorre de maneira sigilosa e por meio de respostas simples (sim ou não) inseridas em um papel (arts. 486 e 487 do CPP). Não há – e não deve haver – colaboração ou deliberação entre os jurados.²⁷⁴

²⁷² VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 29/30.

²⁷³ *Ibid.*, p. 30.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 30/31.

Os tribunais, por sua vez, se organizam por meio de órgãos colegiados: são compostos por câmaras, turmas e/ou órgãos especiais, cada qual contendo um certo número de juízes e suas respectivas funções regimentais.²⁷⁵ Em contraposição ao método de julgamento de primeira instância – como padrão, realizado monocraticamente, isto é, por juízes singulares²⁷⁶ –, o julgamento nos Tribunais envolve, em regra, mais de um juiz.²⁷⁷ Nesse cenário, em tese, há duas possíveis formas de atuação.

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

²⁷⁵ Lei Complementar n. 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura): “Art. 101 - Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷⁶ No Brasil, diz-se do julgamento monocrático em primeira instância como regra, em razão, por exemplo, da exceção contida na Lei 12.694/2012, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Na Europa, também existem julgamentos colegiados em primeiro grau. É o caso da França, em que se admite a colegialidade em primeira instância não apenas em matéria penal (como na *Cour d’Assises*, que julga crimes cujas penas superam 10 anos), mas também em matéria cível (como no *Tribunal de Grande Instance*, que julga litígios que superam 10 mil euros).

²⁷⁷ A regra do julgamento colegiado nos Tribunais se excepciona pela possibilidade de julgamento monocrático nas hipóteses especificadas no art. 932, III, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015.

colegiada não seria, na essência, um corpo deliberativo.²⁷⁸ Em outras palavras, na atuação redundante, o julgador do órgão colegiado atua de forma idêntica ao juiz monocrático. A presença dos demais membros julgadores não gera efeitos na reflexão a respeito da controvérsia nem na tomada de decisão. A existência de outros julgadores nesta hipótese serve apenas para a contabilização dos votos.

Por outro lado, a atuação do órgão julgador colegiado também pode se realizar pelo formato colegial. Neste caso, os membros julgadores atuam de forma colaborativa e deliberativa, a partir da troca de informações, na busca da melhor solução jurídica para o caso. Isto é, os julgadores trabalham como um grupo, não como participantes individuais com função meramente agregativa dos seus entendimentos.²⁷⁹

Independentemente da forma de atuação colegiada nos tribunais – se redundante ou colegial –, há alguma forma de deliberação entre os membros. O desempenho deliberativo pode ser fomentado ou desestimulado a partir de elementos institucionais, mas, ainda assim, haverá algum nível de deliberação, nem que seja apenas para que se chegue à proclamação, pelo Presidente do tribunal, do resultado da agregação dos votos.²⁸⁰

É nesse contexto que MENDES divide o núcleo central do desempenho deliberativo em três fases, equivalentes aos momentos em que a tomada de decisão é segregada: pré-decisional, decisional e pós-decisional.²⁸¹

A elaboração e a publicação do acórdão estão relacionadas à fase pós-decisional. Essa etapa, como já se apontou, corresponde à redação da decisão colegiada tomada e aos debates, fora dos autos, que a sucedem e tem como atividade principal a elaboração da decisão escrita.²⁸²

²⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 62.

²⁷⁹ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 32.

²⁸⁰ MENDES, op. cit., p. 105; VALADARES, op. cit., p. 75.

²⁸¹ Importante observar que, segundo MENDES, no núcleo central do desempenho deliberativo, ao lado dos aspectos institucionais, deve haver a disposição dos juízes em deliberar. Isto é, não basta que a estrutura institucional dos tribunais seja desenhada de modo a facilitar ou a estimular a deliberação: a sua efetividade dependerá do ânimo dos magistrados em pôr em prática a atividade deliberativa (MENDES, op. cit., p. 127; VALADARES, op. cit., p. 85).

²⁸² MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 63.

Naturalmente, essa etapa se funde com as etapas anteriores. Uma fase decisional em que o resultado da deliberação é formado a partir da apresentação individual dos votos está mais intrinsecamente relacionado com um acórdão no formato *seriatim*, em que os pronunciamentos são publicados sequencialmente. Porém, se a construção ocorre a partir de um consenso da maioria, em que compartilhados os fundamentos da decisão, a formatação do acórdão pelo modo *per curiam* ou majoritário soa instintivo. Noutros termos, o procedimento decisório potencialmente influencia na forma como a decisão é manifestada.

Essa dicotomia, porém, não deve ser considerada como estanque. MENDES indica não haver causalidade imediata ou infalível entre o engajamento colegiado e a exposição das razões por uma única voz, nem entre a falta de deliberação interna e a decisão de múltiplas vozes. Isto é, não se pode presumir a qualidade da interação colegiada a partir unicamente da forma em que a decisão é publicada.²⁸³

Tanto a decisão *seriatim* quanto a *per curiam* podem se afastar da essência da colegialidade. A *seriatim* pode exacerbar o personalismo dos julgadores: a decisão se apresenta como uma colcha de retalhos de opiniões individuais que não se dialogam mutuamente.²⁸⁴ O *per curiam*, por sua vez, pode se caracterizar com uma opinião única que não atende aos anseios de clareza e de resposta aos argumentos apresentados à Corte.²⁸⁵

Ambos os formatos podem também observar o núcleo da colegialidade. Enquanto o *per curiam* apresenta a despersonalização de uma forma mais evidente, o *seriatim* pode, por suas várias vozes, expor uma decisão que dialoga, com o confronto fundamentado dos pontos de vista e com resposta às objeções.²⁸⁶

Por essa razão, tem-se que o ponto essencial a ser considerado é que o acórdão tem um elemento caracterizador: a colegialidade. Com efeito, segundo o artigo 204 do CPC de 2015, acórdão é “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. No CPC de 1973, o artigo 163 designava o acórdão como “o julgamento proferido pelos tribunais”. A nova redação integrou justamente a sua característica fundamental, a origem no julgamento colegiado. E, em assim sendo, a colegialidade deve guiar a melhor forma de exposição da decisão tomada pelo órgão julgador.

²⁸³ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 111.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 112.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 112.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 112.

Nesse sentido, uma vez identificado o problema no capítulo 1 e estabelecidos os pressupostos no capítulo 2, ao longo deste capítulo 3, serão desenvolvidos os fundamentos para uma nova proposta de formatação de acórdãos de mérito cujos julgamentos se submetem à sistemática de repercussão geral.

Para tanto, serão abordados os tipos de decisões colegiadas já adotados em experiências estrangeiras (tópico 3.2), a forma de contagem de votos para a definição da maioria (tópico 3.3) e a disponibilização ou não de votos concorrentes e divergentes (tópico 3.4). Apresentadas essas possibilidades, serão formuladas no capítulo 4 as proposições para o novo modelo.

3.2. A fase pós-decisional: tipos de decisões colegiadas

KORNHAUSER se vale de três ilustrações para classificar formatos de decisões colegiadas. São elas: as cortes *seriatim*, *per curiam* e majoritárias. Para o autor, a tomada de decisão nessas instituições varia tanto nos procedimentos decisórios quanto na maneira como a decisão é manifestada.²⁸⁷

3.2.1. A experiência britânica de corte *seriatim*.

As cortes britânicas seguem a prática de corte *seriatim*, aquela na qual um juiz anuncia a sua decisão do caso e, na sequência, os demais juízes apresentam, de igual forma, os seus votos (Anexo A).²⁸⁸ Nesse modelo, cada juiz do órgão colegiado expressa o seu entendimento como se estivesse votando sozinho, individualmente; como se um juiz singular estivesse decidindo.

Por se tratar de uma decisão tomada colegiadamente, embora cada juiz profira o seu voto, o tribunal anuncia um resultado majoritário. A corte, portanto, declara o julgamento do colegiado; porém, não adota ou estabelece as razões da decisão tomada por esse mesmo órgão.²⁸⁹ Dito de outro modo, a corte toma uma decisão a partir da conjugação dos votos do colegiado, mas cada julgador fundamenta sua decisão individualmente.

²⁸⁷ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 45.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 50.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 50.

Tradicionalmente, a cúpula do judiciário britânico compreendia o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes (*House of Lords*) e fazia parte da câmara alta do parlamento inglês. A partir da Reforma Constitucional ocorrida em 2005, a Suprema Corte substituiu o Comitê de Apelação como a mais alta corte do Reino Unido.

Entre as principais inovações, destacam-se: (1) a citada substituição do Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes pela Suprema Corte, que assumiu as funções judiciais a partir de 2009 e foi separada, tanto física, quanto institucionalmente, daquele órgão legislativo; (2) a extinção das funções judiciais do *Lord Chancellor*; (3) a garantia formal da autonomia do Poder Judiciário; e (4) a instituição de uma nova *Judicial Appointments Commission*, para promover a seleção dos magistrados a partir de critérios meritocráticos.²⁹⁰

As substanciais reformas no Judiciário britânico, no entanto, não induziram significativas modificações no seu estilo judicial. De acordo com MENDES, Mary Arden, que atuou como *Lady Justice of Appeal* na *Court of Appeal of England and Wales* de 2000 a 2018 e como *Justice* na *Supreme Court* de 2018 a 2022, afirmou que as reformas realizadas no Poder Judiciário britânico, especialmente a criação da Suprema Corte do Reino Unido, seriam uma grande oportunidade para o questionamento da tradição *seriatim*.²⁹¹ Porém, nenhuma revisão foi realizada, permanecendo a prática de apresentação sequencial de votos na formatação da decisão colegiada.

Diante disso, sem relevantes alterações na tradição, ainda são válidas as considerações do Lorde WILBERFORCE, que atuou na antiga Câmara dos Lordes (*House of Lords*) entre 1964 e 1982, sobre o funcionamento da corte.

O tribunal, composto por doze juízes, não é dividido em seções ou câmaras. Os juízes que analisam os casos são indicados *ad hoc* pelo presidente. Geralmente, são apontados cinco membros para compor o colegiado.²⁹² Não há, no entanto, regramento sobre a questão. O julgamento pode acontecer com no mínimo três membros, mas sempre com número ímpar de juízes para evitar empate. De 2009

²⁹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 48.

²⁹¹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 170.

²⁹² WILBERFORCE, Lord. La chambre des lords. In: La cour judiciaire suprême: une enquête comparative. *Revue Internationale de Droit Compare* 30-1, p. 85-96, 1978, p. 93.

até a presente data, apenas dois casos, envolvendo relevantes questões constitucionais, foram julgados pela atual Suprema Corte por onze juízes.²⁹³

A audiência ocorre de maneira informal. Os advogados formalizam um dossiê escrito, contendo as pretensões e os pedidos das partes, os fundamentos da demanda ou de seus meios de defesa, a indicação dos documentos a que se reportam e os detalhes do julgamento recorrido.

A defesa oral não possui limite de tempo e fica à critério das partes. Além disso, o formato permite a troca de pontos de vista entre os *Justices* e os advogados. Os juízes podem participar da discussão e normalmente o fazem, mas o presidente geralmente conduz a sessão para manter a organização e a ordem dos trabalhos.²⁹⁴ Não há um relator designado. Todos os *Justices* estudam inteiramente os casos para tomarem – individualmente – suas decisões.

As decisões não são tomadas em sessão pública, mas em sessão fechada, com a participação apenas dos juízes.

E o acórdão, como dito, é disponibilizado a partir da conjugação dos votos proferidos. É possível aos *Justices* apresentar seu voto escrito ou expressamente aderir a algum voto já proferido, além de ser comum também a apresentação de voto conjunto elaborado pelos juízes.²⁹⁵

Nesse sentido, o ponto central do formato *seriatim*, segundo KORNHAUSER, é que, como já observado, a corte não endossa as razões do colegiado como voz única.²⁹⁶ Apesar disso, os julgadores de primeira e segunda instâncias, bem como os advogados buscam atribuir o fundamento determinante da decisão a partir dos votos anunciados pelo tribunal. Em outras palavras, de um lado, os Juízes da Suprema Corte decidem os casos individualmente, mas, de outro lado, a comunidade jurídica recebe a decisão como um julgado colegiado, uma decisão do tribunal.²⁹⁷

Essa prática, no entanto, não evidencia, abertamente, as razões do colegiado. E, portanto, não estando a fundamentação devidamente clara, tampouco

²⁹³ R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union (decidido em 2017; <https://www.bbc.com/news/uk-politics-37874388>) e R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland (decidido em 2019; <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/16/supreme-court-to-hear-claims-suspension-of-parliament-is-unlawful>).

²⁹⁴ WILBERFORCE, Lord. La chambre des lords. In: La cour judiciaire suprême: une enquête comparative. *Revue Internationale de Droit Compare* 30-1, p. 85-96, 1978, p. 93.

²⁹⁵ Ibid., p. 94.

²⁹⁶ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 51.

²⁹⁷ Ibid., p. 51.

fica nitidamente inteligível a interpretação jurídica extraída do julgamento.²⁹⁸ Dessa forma, a obscuridade deriva da multiplicidade de regras que o colegiado pode enunciar a partir dos votos individuais.²⁹⁹ Mesmo nos casos em que o voto conclui no mesmo sentido (pelo reconhecimento ou não do direito), os fundamentos para tanto podem ser distintos.³⁰⁰

Nas palavras de BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHALL, o estilo dos acórdãos britânicos é discursivo, ao invés de dedutivo, e as razões apresentadas misturam o geral e o formal, o particular e o substantivo. É também menos formalista/normativo, pois parte das regras, mas estas estão fundamentadas em princípios e, quando necessário, em elementos de valor ou política.³⁰¹

Ainda de acordo com BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHALL, o acórdão se caracteriza, ainda, por ser argumentativo, ao invés de magisterial, sobretudo em razão de dois fatores. O primeiro é a possibilidade (na verdade, recorrência) da disponibilização de votos concorrentes e dissidentes, apontando que muitas das questões relevantes de direito são altamente discutíveis, mesmo entre os mais altos juízes. De acordo com RUDDEN, o autor do voto dissidente irá “*analisar, dissecar e tentar refutar de todas as formas o argumento da maioria, de modo que a corte, longe de ser unânime, anônima, lacônica e poker-faced (como a francesa), é abertamente dividida*”.³⁰²

O caráter argumentativo do acórdão britânico denota que a decisão é uma escolha de uma interpretação entre várias possíveis, o que reforça a incerteza do direito e a sua pretensão à correção e à evolução.³⁰³

O segundo fator consiste no grau de atenção explicitamente conferida aos argumentos dos advogados,³⁰⁴ o que denota que a determinação da lei é atividade colaborativa e deliberativa.³⁰⁵ Sob esse viés, RUDDEN aponta que “*o fato de que o*

²⁹⁸ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting precedents – a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 319.

²⁹⁹ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 51/52.

³⁰⁰ BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, op. cit., p. 317.

³⁰¹ Ibid., p. 320.

³⁰² RUDDEN, Bernard. Courts and codes in England, France and Soviet Russia. *Tulane Law Review*. V. 48, 1974, p. 1016.

³⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 52/53.

³⁰⁴ RUDDEN, op. cit., p. 1014. BUSTAMANTE, op. cit., p. 52.

³⁰⁵ BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, op. cit., p. 320/321.

*processo de tomada de decisão envolve uma argumentação e discussão entre juízes e advogados deixa sua marca no estilo judicial*³⁰⁶.

Se, de um lado, este modelo de acórdão torna o processo decisório mais transparente e passível de controle,³⁰⁷ por outro, ele expõe o caráter agregativo da tomada de decisão, representado pelo perfil individualista do voto³⁰⁸ e pelo resultado do julgamento pela mera soma. Isto é, a possibilidade de publicação de decisão no formato *seriatim* pode ser considerada como um desincentivo para o consenso.³⁰⁹

A cultura da decisão *seriatim*, portanto, torna mais aceitável que o julgador firme sua convicção solitariamente e apresente suas conclusões em voto apartado. Ou seja, essa prática pode, de fato, favorecer a indisposição dos julgadores em chegarem a um resultado comum.³¹⁰

3.2.2. A experiência francesa de corte *per curiam*

A tradição na Corte de Cassação francesa, a mais alta corte no direito francês, é a utilização do modelo *per curiam*. Nesse caso, a decisão colegiada é expressa numa opinião única, não assinada e anônima (Anexo B).³¹¹

Nessa prática, a corte, e não um juiz, anuncia a decisão e as suas razões – os fundamentos não são aqueles considerados individualmente por cada julgador, mas aqueles que levaram à decisão do colegiado como um todo.

A decisão *per curiam*, que apresenta a opinião institucional da corte, deverá – ou ao menos deveria – representar a conclusão alcançada pela maioria formada pelo órgão julgador. Ela deverá representar não o voto isolado de um ministro, mas a conjugação da fundamentação acolhida pela corte como um todo.³¹²

³⁰⁶ RUDDEN, Bernard. Courts and codes in England, France and Soviet Russia. *Tulane Law Review*. V. 48, 1974, p. 1014.

³⁰⁷ HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007, p. 17. MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. *Duke Law Journal*, v. 56, 2006, p. 926.

³⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Mota. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 24. MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. *Duke Law Journal*, v. 56, 2006, p. 927.

³⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 577.

³¹⁰ Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011, p. 1307.

³¹¹ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 53.

³¹² SOKAL, Guilherme Jales. O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. São Paulo: Método, 2012, p. 325.

Em outras palavras, o entendimento prevalecente é apresentado com uma única fundamentação jurídica que representa as razões de decidir do órgão colegiado.³¹³ Nesse sentido, é essencial que, para tanto, o redator do acórdão se dispa da sua convicção pessoal para elaborar a decisão escrita resultado da deliberação. Ou seja, essa decisão não poderá conter entendimentos pessoais que não foram acolhidos pela corte, mas, sim, refletir exclusivamente a fundamentação adotada pelo órgão colegiado.

De fato, o acórdão da Corte de Cassação francesa é caracterizado pelo estilo “*phrase unique*”, que contém uma estrutura comum, segundo MIMIN:

“a) o Tribunal, após haver deliberado,”
 “Considerando (*attendu*) que (...); (...);”
 “Considerando que (...); que (...);”
 “Por esses fundamentos (*motifs*),”
 “b) rejeita (...)”
 “Condena (...)”
 “E determina (...).”³¹⁴

Isto é, a decisão é formatada de modo a relacionar, de um lado (“a”), os fundamentos da decisão e, de outro (“b”), a parte dispositiva. Tudo isso compreendido em frases únicas e curtas.

Ainda de acordo com MIMIN:

Na sua forma tradicional, o julgamento francês não compreende estritamente mais que uma única frase com um único sujeito (‘o Tribunal’) e um ou mais verbos (‘diz que’, ‘condena’, ‘dá ação a’, ‘reenvia’) que constituem na parte dispositiva uma ou mais proposições principais justapostas. Essa frase única recebe, sob o nome de *motifs*, uma multiplicidade de proposições subordinadas (proposições completivas, circunstanciais dos verbos contidos no dispositivo), introduzidas necessariamente por locuções conjuntivas (*attendu que, mais attendu que, considerant que...*).³¹⁵

Nesse sentido, na qualificação de BUSTAMANTE:

O estilo dos julgamentos da corte [de Cassação] pode ser descrito como dedutivo (silogístico), legalista (o julgamento é descrito como um simples caso de ‘aplicação’ da lei), magisterial (o julgamento final ‘é apresentado

³¹³ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 109.

³¹⁴ MIMIN, Pierre. *Le style des jugements*. 4ª ed. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1978, p. 186, apud BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 16.

³¹⁵ MIMIN, op. cit., p. 17.

como o resultado último e necessário de um conjunto de argumentos jurídicos e lógicos que está formalmente estruturado como uma demonstração’) [Taruffo 1997-a:448-449] e impessoal (não há divulgação das opiniões concorrentes ou minoritárias dos juízes que fazem parte da corte: a corte age como uma só voz, e a presunção é de que a decisão foi tomada por unanimidade) [Troper/Grzegorzcyk 1997:110]. Ademais, as decisões são ‘extremamente breves, às vezes com não mais que poucas linhas’ [idem:107]. As decisões da Corte de Cassação são redigidas, via de regra, com base em um único fundamento, sendo rara a prática (tão comum no common law) de acumular argumentos em favor de uma decisão [Goutal 1976:45].³¹⁶

LASSER destaca, nesse sentido, que, ao adotar este modelo, a corte francesa busca estabelecer a característica de se negar ao direito a possibilidade de perspectivas alternativas ao entendimento que se adotou.³¹⁷

Dessa forma, o acórdão francês se caracteriza pela concisão, pela indicação de raciocínio que se apresenta como lógico e dedutivo e pela unicidade de voz.³¹⁸ A decisão, anônima e presumidamente unânime – já que vedada a disponibilização de votos dissidentes e/ou concorrentes –³¹⁹, condensa e externa os fundamentos adotados para se chegar à conclusão.

No procedimento francês, há a indicação de um juiz relator, que prepara o relatório do caso, incluindo diversas sugestões de opinião da corte. É o relator, dessa forma, que guia a agenda do colegiado.

KORNHAUSER indica que, nessa lógica, não é plausível pensar que o relator primeiro decide como ele julgaria como se fosse um juiz singular para, então, estruturar o seu relatório de modo a maximizar as chances de o tribunal o endossar. Ao contrário, considerando a sua função, o relator deve atuar da melhor forma para o colegiado; isto é, deve fornecer as informações de modo mais completo, imparcial e que apresentem as razões e alternativas que podem alcançar o consenso da corte.³²⁰

³¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, 17/18.

³¹⁷ LASSER, Mitchel de S.O.l’E. Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the French legal system. *Yale Law Journal*. V. 104, n. 6, 1995, p. 1341/1342.

³¹⁸ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting precedents – a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 107.

³¹⁹ LASSER, op. cit., p. 1342. TROPER; GRZEGORCZYK, op. cit., p. 122.

³²⁰ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 54/55. Interessante notar que a prática, no Brasil, de o colegiado deliberar a partir do voto escrito do relator é criticada, com razão, por MARINONI. O modo de votar a partir do qual já há uma justificativa individual que antecede à discussão no colegiado é, para MARINONI, um sinal de negação ao diálogo. No seu entender, “seria muito melhor se o relator apresentasse o caso e abrisse oportunidade para definição dos pontos a serem discutidos”, “um convite à discussão e não um convite à adesão” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104/105).

Aliás, a técnica de projetos de acórdãos (“*projets d’arrêt*”) é encontrada nos documentos internos da Corte de Cassação. Segundo LASSER, para cada decisão importante que a corte toma, permanecem, em dossiê interno do tribunal, uma ou mais decisões alternativas, cada uma tão formal, gramatical e silogística como a verdadeiramente tomada.³²¹ Isto é, nos arquivos – secretos, não publicáveis – da Corte de Cassação, há incontáveis caminhos interpretativos não adotados.

Esse estilo, todavia, não é imune a críticas e representa, em certa medida, uma versão caricaturada do direito francês.³²² LASSER, em seu artigo sobre o discurso judicial no sistema legal francês, distingue entre o retrato oficial – amparado no modelo “*phrase unique*” acima detalhado – e o retrato extraoficial – que abraça uma esfera discursiva vibrante e revela o caráter fictício do formalismo da Corte de Cassação.³²³

Além da já citada técnica de projetos de acórdãos (“*projets d’arrêt*”), que representa a incerteza interpretativa do Judiciário francês,³²⁴ fazem parte do retrato extraoficial da corte as conclusões do Advogado Geral (“*conclusions de l’Avocat-Général*”) e os relatórios do Magistrado Relator (“*rapports do Magistrat-Rapporteur*”).³²⁵

Esses documentos evidenciam como os juízes franceses debatem as questões jurídicas na esfera discursiva interna.³²⁶ Tanto nas *conclusions*, quanto nos *rapports*, as manifestações, que são apenas opinativas e sugestivas, apresentam e destacam lacunas, conflitos, ambiguidades e inclusive insuficiências do Código – algo que não é admitido no acórdão oficialmente publicado e no retrato oficial.

Até por essa razão, enquanto os acórdãos da Corte de Cassação são curtos e concisos, as *conclusions* e os *rapports* são significativamente maiores. Enquanto os publicados em revistas especializadas podem chegar a cinco páginas, os documentos arquivados nos dossiês internos da Corte podem chegar a cinquenta

³²¹ LASSER, Mitchel de S.O.l’E. Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the French legal system. *Yale Law Journal*. V. 104, n. 6, 1995, p. 1373.

³²² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, 30.

³²³ LASSER, op. cit., p. 1344.

³²⁴ Ibid., p. 1373.

³²⁵ POSENATO indica que esses documentos compõem “as chamadas ferramentas de informação paralelas ou externas da Cour de cassation, destinadas a melhorar a legibilidade dos acórdãos, em execução do que se define como uma clara ‘política de comunicação’ ou ‘de promoção’ dos seus arrêts, e que levou também à adoção de um sistema de classificação de decisões por meio de abreviaturas para facilitar a identificação e divulgação das decisões mais significativas” (POSENATO, Naiara. A reforma do estilo das decisões judiciais da Cour de Cassation. *Revista de Processo*. vol. 336, ano 48, São Paulo: Ed. RT, fevereiro de 2023, p. 442).

³²⁶ LASSER, op. cit., p. 1358.

páginas.³²⁷ Para LASSER, a extensão desses documentos demonstra que há bem mais para ser dito do que a prática do “*phrase unique*” leva a crer.³²⁸

Nesse sentido, a crítica ao modelo “*phrase unique*” francês se concentra na insuficiência da motivação efetivamente apresentada aos destinatários da decisão judicial.³²⁹

Neste ponto, é importante registrar o fortalecimento, especialmente a partir de 2014, de um movimento pela reforma da Corte de Cassação, sendo um dos principais pontos de questionamento justamente a abertura do debate jurídico para a comunidade.³³⁰ Esse movimento foi reforçado pelas reformas ocorridas no Conselho de Estado, que a partir de 2018, editou, após anos de reflexões, um manual de redação de suas decisões para reforçar a clareza e enriquecer sua motivação,³³¹ bem como no Conselho Constitucional, que, em 2016, abandonou o estilo similar baseado no “*phrase unique*”.³³²

Esse ímpeto reformista culminou na adoção de novas normas de redação de acórdãos na Corte de Cassação a partir de outubro de 2019. Em junho daquele ano, o tribunal disponibilizou um guia contendo as novas regras relativas à estrutura e à redação dos acórdãos, sem a pretensão de alterar, segundo o texto, a metodologia de raciocínio tradicionalmente adotada.³³³

A estrutura do acórdão foi alterada para o estilo direto com parágrafos numerados, abolindo a expressão “*attendu*” e a prática do “*phrase unique*”. Além disso, definiu-se, como regra, a adoção de três partes componentes da decisão: “fatos e procedimentos”, “exame dos motivos” e “dispositivo”. E, por fim, as novas normas do tribunal estipularam que as decisões mais importantes – aquelas em que há superação ou uniformização jurisprudencial, novas soluções ou questionamento de direitos fundamentais – contenham a fundamentação ampliada. Nesse último caso,

³²⁷ LASSER, Mitchel de S.O.l'E. Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the French legal system. *Yale Law Journal*. V. 104, n. 6, 1995, p. 1369/1370.

³²⁸ *Ibid.*, p. 1370.

³²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 31.

³³⁰ POSENATO, Naiara. A reforma do estilo das decisões judiciais da *Cour de Cassation*. *Revista de Processo*. vol. 336, ano 48, São Paulo: Ed. RT, fevereiro de 2023, p. 444.

³³¹ Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/jurisdiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>>. Acesso em 13 de julho de 2023.

³³² POSENATO, op. cit., p. 444.

não se trata de um formato distinto, mas do acréscimo de esclarecimentos adicionais, que permita ao leitor compreender melhor a decisão tomada.³³⁴

Nota-se, dessa forma, que o modelo tradicional do “*phrase unique*” foi recentemente modificado para um estilo de escrita mais direto e menos formular³³⁵. Não se alterou, porém, o método de raciocínio nem outras características marcantes do modelo francês, como o formato de opinião única, não assinada e anônima. Manteve-se, assim, a tradição menos discursiva e impessoal.

3.2.3. A experiência norte-americana de corte majoritária.

Nos Estados Unidos, a opção entre os modelos *seriatim* e *per curiam* é debatida há muito tempo e, até os dias de hoje, tem gerado controvérsia.³³⁶ Na história da Suprema Corte norte-americana, três grandes períodos podem ser apontados. Até 1801, embora não houvesse uma regra ou orientação sobre a formalização da decisão escrita, os tribunais norte-americanos, inclusive a Suprema Corte, seguiam a tradição inglesa do modelo *seriatim*. Naquele ano, porém, *Chief Justice* John Marshall assumiu a presidência da Suprema Corte e estabeleceu, como regra, a formalização da decisão por meio do modelo *per curiam*.

Marshall pretendeu, por meio da adoção do modelo *per curiam*, o fortalecimento do papel da Suprema Corte norte-americana como ator político, conferindo maior legitimidade e certeza às suas decisões. Embora a opinião da Corte fosse a regra, a dissidência não era proibida. Contudo, na prática, a prolação de votos divergentes era bastante restrita, ocorrendo em cerca de 10% dos casos analisados pela corte.³³⁷

³³⁴ POSENATO, Naiara. A reforma do estilo das decisões judiciais da *Cour de Cassation*. *Revista de Processo*. vol. 336, ano 48, São Paulo: Ed. RT, fevereiro de 2023, p. 450/451.

³³⁵ *Ibid.*, p. 456.

³³⁶ Conforme anotado por NUNES, o *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, John Roberts, afirmou, em 2006, que uma das suas prioridades seria fomentar o consenso na corte (NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015, p. 67). Notícia disponível em <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/21/AR2006052100678.html>>. Acesso em 19 de abril de 2017. MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. *Duke Law Journal*, v. 56, 2006; RAY, Laura. K. The road to Bush v. Gore: the history of the Supreme Court's use of the *per curiam* opinion. *Nebraska Law Review*, v. 79, issue 3, 2000; HENDERSON, M. Todd. From *seriatim* to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 363*, 2007; Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011.

³³⁷ Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011, p. 1308.

Como consequência da permanente busca por consenso capitaneada pelo *Chief Justice* Marshall, os votos divergentes costumavam ser longos para justificar a ausência de unanimidade.³³⁸

Desde o final da era Marshall, todavia, o número de votos dissidentes começou a aumentar. Porém, especialmente a partir de 1905, com a diminuição do papel da Corte como ator político institucional, os votos dissidentes deixaram de consistir em longas justificativas para a não adesão ao entendimento majoritário e passaram a uma manifestação *pro forma*.

A partir da década de 1940, com a ascensão de John Harlan Stone à figura de *Chief Justice*, iniciou a terceira fase. Stone foi o primeiro acadêmico nomeado à função de *Chief Justice* e esse seu perfil foi apontado como um dos fatores de incentivo à franca deliberação. Nesse período, Stone não apenas tolerou, mas encorajou a apresentação de votos divergentes.³³⁹

Desde então e até a presidência do *Chief Justice* Rehnquist, prevalece o modelo da opinião da corte representada pelo entendimento da maioria, porém com alto índice de votos concorrentes e dissidentes (Anexo C). Trata-se, enfim, de um modelo híbrido de formalização da decisão final.³⁴⁰

Por fim, *Chief Justice* Roberts, desde sua ascensão ao cargo em 2005, tem manifestado o seu desejo em reforçar o consenso nas decisões da Suprema Corte. Apesar disso, dados demonstram que, de 2005 a 2011, embora o número de votos dissidentes tenha reduzido, ele ainda ocorre em 47% dos casos analisados.³⁴¹

Na Suprema Corte norte-americana, há dois tipos de sessão: uma é destinada a ouvir os argumentos orais das partes (“*hearing sessions*” ou “*oral arguments*”) e é aberta ao público e à imprensa (embora a sessão não seja – e não possa ser – filmada; as sessões são retratadas por desenhos e por gravação de som);

³³⁸ No julgamento do caso *United States v. Fisher*, por exemplo, *Justice* Washington iniciou sua divergência preocupado em expor as razões pelas quais votava dessa forma: “*In any instance where I am so unfortunate as to differ with this Court, I cannot fail to doubt the correctness of my own opinion. But if I cannot feel convinced of the error, I [must show] ... that the opinion was not hastily or inconsiderately given*” (Note “From consensus to collegiality: the origins of the ‘respectful’ dissent”. *Harvard Law Review*, n. 124, 2011, p. 1308/1309). Tradução livre: “*Em qualquer caso em que eu tenha a infelicidade de discordar deste Tribunal, não posso deixar de duvidar da correção da minha própria opinião. Mas se eu não posso me sentir convencido do erro, eu [devo mostrar] ... que a opinião não foi dada apressadamente ou sem consideração*”.

³³⁹ HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* nº 363, 2007, p. 32.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 39.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 31.

outra é realizada apenas com os juízes para deliberação do caso (“*conference*”) e é secreta.

Em regra, por duas semanas seguidas, as reuniões para sustentação oral são realizadas de segunda a quarta-feira de manhã; na quarta à tarde e na sexta-feira, ocorrem as sessões secretas para deliberação sobre os casos ouvidos.

Alcançada a decisão, o *Justice* mais antigo da corrente majoritária designa o membro dessa corrente para redigir a opinião da corte. Nas duas semanas que se seguem, os *Justices* elaboram os votos pelos quais estão responsáveis, cujas minutas são disponibilizadas para os demais membros da corte, e as dissidências. Os juízes, então, decidem qual dos votos acompanhar.³⁴²

Quando as minutas de votos estão “aprovadas”, após a sua disponibilização aos demais juízes, o caso é levado à sessão secreta numa sexta-feira para que haja o encerramento da votação. Na próxima sessão de sustentações orais, há uma breve exposição do julgamento, com a disponibilização da decisão para o público.³⁴³

³⁴² KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 56.

³⁴³ REHNQUIST, William H. The supreme court's conference. In: O'BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016. O antigo “Chief Justice” William H. Rehnquist faz uma detalhada explicação acerca do funcionamento da Suprema Corte Americana: “*Beginning the first week of October in each year, we commence a new Term; we begin the Term by having three days of oral arguments before the full bench, sitting in the public Court Room in the Supreme Court building in Washington*” (...) *As soon as we come off the bench Wednesday afternoon around three o'clock, we go into 'conference' in a room adjoining the chambers of the Chief Justice. The Conference is attended only by members of the Court, (...). The Chief Justice begins the discussion of each case with a summary of the facts, his analysis of the law, and an announcement of his proposed vote (that is, whether to affirm, reverse, modify, etc.). The discussion then passes to the senior Associate Justice, who does likewise. It then goes on down the line to junior Associate Justice. When the discussion of one case is conclude, the discussion of the next one is immediately taken up, until all the argued cases on the agenda for that particular Conference have been disposed of. (...) At the beginning of the week following the two-week sessions of oral arguments, the Chief Justice circulates to the other members of the Court an Assignment List, in which he assigns for the writing of a Court opinion all of the cases in which he voted with the Conference majority. Where the Chief Justice was in the minority, the senior Associate Justice voting with the majority assigns the case. (...) During the Recess following the two weeks of oral argument, a part of the time of the Justices and the law clerks and secretaries is devoted to preparation of the opinions which are to be written for the Court, preparation of dissenting opinions, and study of opinions circulated by other Justices. But a large amount of time during each Recess must likewise be spent in preparation for the next round of oral arguments, as well as preparation for the continued weekly Conferences dealing with petitions for certiorari and appeals. (...) As the opinions in the cases heard early in the Term are written, circulated, and obtain a majority within the Court, and whatever dissenting views respecting them are likewise circulated, the Friday Conference will decide that such a case is ready to 'come down'. This means that immediately after we go on the bench at ten o'clock in the morning for a day of oral argument, the Justice who has written the opinion will briefly summarize the holding of the case and the Clerk of the Court will make copies of the Court opinion and dissenting opinions available to the public. Before this particular moment, all of the drafting, changing, circularizing within the Court are regarded as absolutely confidential; the minute the opinion is handed down, it is available to the public and subscribers to a*

Isto é, atualmente vigi no sistema norte-americano a prática de formalização do entendimento majoritário (ou de opinião da corte). O tribunal, portanto, exprime o entendimento que foi acolhido pela maioria dos seus membros, com a exposição das razões que o fundamentam. Fica evidenciada, nesse sentido, a interpretação conferida pelo colegiado enquanto instituição.

A disponibilização do voto majoritário, no entanto, não impede que aquele julgador que concorda com o resultado, mas discorda da fundamentação, também apresente o seu voto (concorrente). E tampouco é restringida a disponibilização dos votos da corrente minoritária (divergentes).

A propósito, para KORNHAUSER, o fato de serem disponibilizados os votos concorrentes e divergentes serve também para dar maior clareza e para melhor moldar o significado do entendimento anunciado pela maioria.³⁴⁴

Nesse sentido, o estilo majoritário (ou de opinião da corte) do tribunal norte-americana se situa entre os dois extremos de *seriatim* e *per curiam*.

3.3. Formas de contagem de votos para a definição do julgado

publication such as Law Week may obtain its full text in a matter of days.”. Tradução livre: “Começando na primeira semana de outubro de cada ano, iniciamos um novo período; começamos o período tendo três dias de argumentos orais perante o plenário, sentados na Sala de Julgamentos públicos no prédio da Suprema Corte em Washington (...) Assim que saímos do plenário na tarde de quarta-feira, por volta das três horas, entramos em 'conferência' em uma sala adjacente aos gabinetes do Chefe de Justiça. A conferência é frequentada apenas pelos membros da Corte (...) O Chefe de Justiça inicia a discussão de cada caso com um resumo dos fatos, sua análise da lei e um anúncio de seu voto proposto (ou seja, se deve confirmar, reverter, modificar, etc.). A discussão passa então para o Juiz Associado mais antigo, que faz o mesmo. Em seguida, segue para o Juiz Associado júnior. Quando a discussão de um caso é concluída, a discussão do próximo é imediatamente retomada, até que todos os casos argumentados na pauta dessa Conferência específica tenham sido resolvidos (...) No início da semana seguinte às sessões de dois semanas de argumentos orais, o Chefe de Justiça distribui aos outros membros da Corte uma Lista de Atribuições, na qual ele atribui a redação da opinião da Corte a todos os casos em que ele votou com a maioria da Conferência. Quando o Chefe de Justiça estava em minoria, o Juiz Associado sênior que votou com a maioria atribui o caso (...) Durante o recesso após as duas semanas de argumentos orais, parte do tempo dos Juizes, dos auxiliares de Justiça e dos secretários é dedicada à preparação das opiniões que serão escritas para a Corte, preparação de opiniões dissidentes e estudo de opiniões circuladas por outros Juizes. Mas uma grande quantidade de tempo durante cada recesso também deve ser gasta na preparação para a próxima rodada de argumentos orais, bem como na preparação para as Conferências semanais contínuas que tratam de petições de certiorari e apelações (...) À medida que as opiniões nos casos ouvidos no início do período são escritas, circuladas e obtêm maioria dentro da Corte, e quaisquer visões dissidentes a respeito delas também são circuladas, a Conferência de sexta-feira decidirá que tal caso está pronto para ser 'divulgado'. Isso significa que imediatamente após subirmos ao plenário às dez horas da manhã para um dia de argumento oral, o Juiz que redigiu a opinião resumirá brevemente a decisão do caso e o Secretário da Corte disponibilizará cópias da opinião da Corte e das opiniões dissidentes ao público. Antes desse momento específico, todo o processo de redação, alteração e circulação dentro da Corte é considerado absolutamente confidencial; no momento em que a opinião é divulgada, ela fica disponível ao público e assinantes de uma publicação como a Law Week podem obter seu texto completo em questão de dias”.

³⁴⁴ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015, p. 55.

Questão mais complexa e que impacta no efetivo resultado do julgamento diz respeito àqueles casos que envolvem mais de duas questões a serem examinadas pelo órgão colegiado.

O exemplo do RE 599.316/SC, detalhadamente apresentado anteriormente, abarca essa situação. No caso, o contribuinte impetrou mandado de segurança para que fosse reconhecido o seu direito líquido e certo de aproveitar créditos de PIS e de COFINS sem as restrições impostas pelo art. 31 da Lei 10.865/2004. Este dispositivo prevê que será vedado aos contribuintes, a partir de agosto de 2004, o desconto de créditos de PIS/COFINS não cumulativos relativos à depreciação ou amortização de bens do ativo imobilizado adquiridos até 30 de abril de 2004.

De acordo com o contribuinte, a norma violava diversos dispositivos e princípios constitucionais: o da isonomia, estabelecido no art. 5º e no art. 150, II; o da não cumulatividade, previsto no art. 195, § 12; o do não confisco tributário, disposto no art. 150, IV; o da livre concorrência, prescrito no art. 170, IV; e o do direito adquirido e o do ato jurídico perfeito, preconizados no art. 5º, XXXVI.

O tribunal de origem – o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, ao fundamento de que, ao limitar no tempo o aproveitamento de créditos de PIS e de COFINS, houve ofensa ao direito adquirido, à irretroatividade tributária e à não surpresa.

A União Federal interpôs recurso extraordinário, no qual defendeu que a norma era constitucional, pois teria sido obedecido o princípio da não cumulatividade e não teria havido violação ao direito adquirido, à irretroatividade tributária e à não surpresa.

Ao reconhecer a existência de repercussão geral do tema, o ministro Marco Aurélio afirmou, simplesmente, que o fato de a norma ter sido declarada inconstitucional sugeriria a relevância da matéria, a ensejar a manifestação do Supremo Tribunal Federal. Isto é, não houve, neste momento, a definição de quais normas seriam propriamente examinadas.³⁴⁵

³⁴⁵ Para MARINONI, “a racionalidade do exercício da função da Corte também demanda que, logo no início do julgamento, sejam delineados os fundamentos de direito que serão discutidos pelo colegiado. Isso não apenas para que não haja dúvidas sobre o objeto da deliberação. A delimitação dos fundamentos que devem ser enfrentados garante a racionalidade do desenvolvimento da discussão,

Quando do julgamento do mérito, cada ministro examinou a constitucionalidade da norma a partir de diferentes questões: o ministro Marco Aurélio confirmou a inconstitucionalidade a partir do reconhecimento da violação aos princípios da não cumulatividade e da isonomia. O seu voto não enfrentou a constitucionalidade do dispositivo legal à luz dos princípios do direito adquirido, da irretroatividade e da segurança jurídica.

Por sua vez, o voto escrito apresentado pelo ministro Alexandre de Moraes refutou a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por considerar que a norma não violou a não cumulatividade, nem princípios do direito adquirido, da irretroatividade e da segurança jurídica. O seu voto não examinou a infringência ao princípio da isonomia.

Os votos dos ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski examinaram todos os princípios sob julgamento. Afirmaram a observância aos princípios da não cumulatividade e da isonomia. Por outro lado, atestaram a inconstitucionalidade por descumprimento aos princípios do direito adquirido, da irretroatividade e da segurança jurídica.

O voto do ministro Dias Toffoli também apreciou todos os princípios em discussão, mas afastou as violações ao texto constitucional.

O ministro Luiz Fux, por fim, em seu voto escrito, seguiu o voto do ministro Alexandre de Moraes, manifestando unicamente sobre a ausência de infringência aos princípios da não cumulatividade, do direito adquirido, da irretroatividade e da segurança jurídica. Isto é, deixou de se referir à isonomia.

Do exame de todos os votos, a maioria de seis ministros afirmou a inconstitucionalidade da norma. Todavia, levando-se em conta cada princípio examinado, não se formou maioria pela violação a nenhum deles. Dito de outro modo, somando-se os votos individuais, nenhum dispositivo constitucional foi considerado violado pela maioria.

inibindo o trato de questões irrelevantes e garantindo a adequada participação dos julgadores na discussão de cada fundamento” (MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 103).

Ministros	Inconstitucional?	Normas constitucionais violadas		
		Não cumulatividade	Isonomia	Direito adquirido / irretroatividade / segurança jurídica
MA	S	S	S	-
CL	S	S	S	-
RW	S	S	S	-
RB	S	S	S	-
AM	N	N	-	N
GM	N	N	-	N
CM	N	N	-	N
EF	S	N	N	S
RL	S	N	N	S
DT	N	N	N	N
LF	N	N	-	N
Resultado	6 x 5	4 x 7	4 x 3	2 x 5

Eis justamente o problema das decisões paradoxais.

KORNHAUSER e SAGER indicam a existência de dois protocolos de votação em órgãos colegiados e que a escolha entre eles determina o resultado do julgamento.³⁴⁶

Os professores exemplificam com um caso mais simples em que P, autor da demanda, ajuíza uma ação em face de D por danos decorrentes de uma violação de contrato. D, em sua defesa, desenvolve dois argumentos autônomos: alega, em primeiro lugar, que não havia contrato válido entre as partes e que, de qualquer forma e em segundo lugar, ele cumpriu o que havia sido acordado. De acordo com a situação colocada, um juiz singular deveria julgar o pedido de P improcedente caso qualquer dos argumentos de D fosse acolhido.

Contudo, quando examinado por um órgão colegiado, a tomada de decisão pode se tornar problemática, como exemplificado abaixo:

Juiz	Contrato válido	Violação	Responsabilidade (resultado)
A	S	N	N
B	N	S	N
C	S	S	S

³⁴⁶ KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993, p. 11.

KORNHAUSER e SAGER afirmam, portanto, existir dois resultados possíveis para o julgamento. O colegiado pode apenas colher o resultado dos votos proferidos. No caso acima, dois votos concluíram pela improcedência do pedido de P, na medida em que, acolhendo um dos argumentos de D, foi afastada a sua responsabilidade pelos danos. Esse procedimento é chamado, pelos autores, de “caso a caso” (“*case-by-case*”).

Alternativamente, o colegiado poderia chegar outro resultado se a votação ocorresse pelo procedimento chamado “questão a questão” (“*issue-by-issue*”). No exemplo mencionado, para KORNHAUSER e SAGER, formou-se maioria (2 x 1) no sentido de que havia um contrato válido (votaram assim os juízes A e C) e no sentido de que houve violação ao acertado (assim manifestaram os ministros B e C). E, nesse sentido, tendo sido afastados, por maioria, os dois argumentos desenvolvidos por D em sua defesa, a conclusão deveria ser pela procedência do pedido de P e pelo reconhecimento do direito à indenização.

Todavia, o exemplo acima citado deve ser examinado com cautela. No caso, a causa de pedir e o pedido formulados por P podem ser sintetizados num só: a reparação de dano decorrente de violação ao contrato. A defesa de D apresentou dois argumentos para afastar essa causa de pedir e, conseqüentemente, fundamentar a improcedência do pedido.

Nesse sentido, não parece adequado aplicar, em hipótese como essa, o procedimento de “questão a questão”. Esse procedimento – e, portanto, a existência de dois protocolos de votação – somente deve subsistir quando houver mais de uma causa de pedir e/ou pedido.

Com efeito, BARBOSA MOREIRA demonstrou essa mesma preocupação ao tratar do julgamento colegiado em casos com mais de uma causa de pedir. Segundo o professor,

...a falta de percepção clara da estrutura complexa do objeto da cognição leva com frequência à aplicação de técnica defeituosa na colheita dos votos dos diversos membros do colegiado julgante e gera, com isso, o risco de falsear-se por completo o resultado da deliberação coletiva.³⁴⁷

³⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 132.

E, nesse sentido, para o BARBOSA MOREIRA, faz-se necessário que o órgão colegiado colha separadamente os votos quanto a cada uma das causas de pedir, o que não significa, todavia, que a votação deve ser cindida em tantas etapas quanto sejam as questões (de fato ou de direito) que devem ser examinadas para se reconhecer ou negar cada uma das causas de pedir.³⁴⁸

Nesse sentido, KORNHAUSER e SAGER seguem com outro exemplo – esse, sim, adequado a nosso ver e que se assemelha ao caso do RE 599.316/SC anteriormente tratado. Na hipótese, a Suprema Corte norte-americana revisa a condenação criminal de um réu que, buscando um novo julgamento, levanta a violação de duas questões constitucionais em seu julgamento pelas cortes inferiores: a ofensa à Quinta Emenda por ter sido admitida como prova a confissão involuntária do réu e a infringência à Quarta Emenda por terem sido admitidas como prova materiais obtidos por meio de busca ilegal no veículo do acusado.

Justice	Violação à Quarta Emenda	Violação à Quinta Emenda	Novo Julgamento (resultado)
1	N	N	N
2	N	N	N
3	N	N	N
4	N	N	N
5	S	S	S
6	S	S	S
7	S	S	S
8	N	S	S
9	S	N	S

A partir dos votos proferidos, a Corte poderia chegar a dois resultados distintos. A contar pelo resultado (“*case by case*”), a maioria de cinco entre nove juízes votou pela anulação da condenação anterior e pela realização de um novo julgamento.

Alternativamente, a Corte poderia colher os votos de cada ministro de acordo com o entendimento sobre cada uma das causas de pedir do demandante.

³⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 133.

Nessa hipótese, somente haveria a anulação da condenação anterior se alguma das violações constitucionais alcançasse a maioria de votos entre os ministros.

Adotando essa forma de contagem, o demandante teria a sua condenação mantida, pois, por uma maioria de cinco a quatro, não foi reconhecida ofensa a qualquer das questões constitucionais suscitadas. Esse seria o procedimento “*issue by issue*”.

Voltando-se ao exemplo do Supremo Tribunal Federal, foi adotado, no RE 599.316/SC, o procedimento “*case by case*”. Isto é, o STF negou provimento ao recurso e confirmou a inconstitucionalidade proclamada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por seis votos a cinco. No entanto, como se viu, não se formou maioria para a declaração de violação a qualquer questão constitucional.

Se adotada a técnica “*issue by issue*”, o resultado poderia ter sido diferente. Certamente, a tese firmada pelo Tribunal para o Tema de Repercussão Geral não teria sido redigida como foi. É que o texto assentado³⁴⁹ afirmou a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional examinada em razão da violação dos princípios da não cumulatividade e da isonomia, normas essas que, expressamente, foram consideradas não ofendidas pela maioria dos ministros.

É interessante notar, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal – assim como os demais tribunais do país – já adota, em certa medida, o procedimento “*issue by issue*” quando se trata de questão preliminar, questão de ordem ou pedido de modulação de efeitos, por exemplo.

Isso ocorre por força do que prescreve o art. 939 do Código de Processo Civil.³⁵⁰ De acordo com esse dispositivo, se, no julgamento colegiado, a questão preliminar for superada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, todos os ministros – inclusive os vencidos na preliminar – devem se manifestar na discussão e no julgamento da matéria principal. Significa dizer, em última instância, que serão colhidos votos separados para cada matéria (preliminar e principal).

Contudo, quando se trata da matéria principal, o Supremo Tribunal Federal não examina, consciente e explicitamente, a ofensa a cada norma de forma individual.

³⁴⁹ “Surge inconstitucional, por ofensa aos princípios da não cumulatividade e da isonomia, o artigo 31, cabeça, da Lei nº 10.865/2004, no que vedou o creditamento da contribuição para o PIS e da COFINS, relativamente ao ativo imobilizado adquirido até 30 de abril de 2004”.

³⁵⁰ Art. 939. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.

Ao contrário: como regra, cada ministro profere o seu voto e declara o seu resultado, o qual é consolidado a partir da soma dos sentidos dos votos.

É certo, porém, que esse cenário não é sempre claro – e eis aí uma das críticas que se faz quando não há predefinição ou inteligibilidade nos protocolos de votação.

Tome-se o exemplo do julgamento do RE 851.108/SP, ocorrido na sistemática de sessão virtual. Neste caso, por 7 votos a 4, o Tribunal julgou o mérito do recurso extraordinário em favor do contribuinte, nos termos do voto do relator Dias Toffoli. Foi firmada a seguinte tese: *“É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”*.

Na abertura da sessão virtual, o relator, ministro Dias Toffoli, votou pela negativa de provimento do recurso extraordinário do Estado de São Paulo e propôs a modulação dos efeitos da decisão para os fatos geradores ocorridos a partir da publicação do acórdão. Nessa sessão, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos e o julgamento foi retomado posteriormente, quando o vistor apresentou voto divergente. O voto do relator foi acompanhado, num primeiro momento, pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

Porém, no curso da sessão virtual, o ministro Roberto Barroso apresentou voto em que seguia o relator no mérito, mas divergia quanto à proposta de modulação de efeitos. Além de propor a atribuição de eficácia a contar da publicação do acórdão, o ministro ressaltava as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta a qual Estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD e a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente.

E, no dia seguinte, ainda a mesma sessão virtual, o ministro relator ajustou o seu voto, para integrar a proposta de modulação formulada pelo ministro Roberto Barroso.

Contudo, ao fim da sessão virtual, cujos votos são disponibilizados no sítio do STF, não se pode compreender, de plano, o resultado.³⁵¹

³⁵¹ Em mailing enviado pelo Jota (jornal especializado) em 01/03/2021, foi registrado que, “no entanto, não houve o quórum suficiente para a modulação dos efeitos: a assessoria de imprensa do STF

É que, ao final do julgamento, houve 5 votos (Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Nunes Marques e Ricardo Lewandowski) manifestados pela modulação dos efeitos na linha do voto do ministro Roberto Barroso (que ressalvava as ações judiciais pendentes de conclusão até a publicação do acórdão). Por sua vez, os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que acompanharam o relator no mérito, divergiram quanto à proposta de modulação, inadmitindo-a.

Já os 4 ministros que divergiram do Relator no mérito não se manifestaram sobre a modulação. Como dito, no voto do ministro Alexandre de Moraes disponibilizado na sessão virtual, nada foi dito sobre a proposta de modulação. E os votos dos ministros Cármen Lúcia, Luiz Fux e Gilmar Mendes se limitaram a acompanhar a discordância apresentada pelo voto do ministro Alexandre de Moraes.³⁵²

Após a conclusão do julgado, e sem que houvesse qualquer deliberação específica, a ata registrou que, *“na sequência, por maioria, modulou os efeitos da decisão, atribuindo-lhes eficácia ex nunc, a contar da publicação do acórdão em questão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento (...), vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que reajustou seu voto nesta assentada”*.

Isto é, os votos dos ministros que divergiram do relator foram computados como se tivessem seguido o seu voto na proposta de modulação. Apenas os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que apresentaram divergência específica quanto à proposta, foram considerados como contrários à modulação.

Procedimento diverso – e mais correto – foi adotado por ocasião do julgamento virtual no RE 714.139/SC. Neste caso, o julgamento virtual foi iniciado com a disponibilização do relatório e do voto do ministro Marco Aurélio, relator. Nessa sessão, o ministro Alexandre de Moraes apresentou voto parcialmente divergente. E, em seguida, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos.

informou que seriam necessários oito votos para tanto, o que não ocorreu no caso concreto. Especialistas consultados pelo JOTA, por outro lado, acreditam que existe a possibilidade de ser chamado um novo julgamento para a modulação”.

As dúvidas sobre a modulação foram também tratadas em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stf-estados-nao-podem-cobrar-itcmd-sobre-doacoes-e-herancas-do-exterior-01032021>>. Acesso em 28/09/2021.

³⁵² É importante registrar que, no acórdão publicado em 20/04/2021, o voto do ministro veio acrescido da informação de que, “caso a posição sustentada neste voto acabe vencida, registro desde logo que acompanho a proposta de modulação dos efeitos do julgado, apresentada pelo Ilustre Relator”.

A sessão foi retomada posteriormente, com a disponibilização do voto do ministro Dias Toffoli, que acompanhou o relator, mas, adicionalmente, propôs a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do exercício financeiro seguinte, ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento de mérito. Nessa mesma sessão, a ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator e o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

O julgamento foi novamente retomado em sessão futura, ocasião em que o ministro Gilmar Mendes apresentou o seu voto vista acompanhando a divergência inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes. Todos os demais ministros acompanharam o relator. E apenas o ministro Nunes Marques apresentou voto específico sobre a modulação de efeitos, acompanhando a proposta do ministro Dias Toffoli.

O julgamento virtual foi finalizado. E, diferentemente do que ocorreu em outras ocasiões, a certidão de julgamento foi lavrada com a definição dos votos sobre o mérito e com a observação de que, quanto à modulação dos efeitos, o julgamento foi suspenso para colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais ministros.³⁵³

O processo, então, foi incluído em nova pauta virtual, com o objetivo de se colher os votos apenas em relação à modulação dos efeitos da decisão. Nessa ocasião, por maioria de votos, vencido o ministro Fachin, o Tribunal modulou os efeitos da decisão, nos termos do voto reajustado do ministro Dias Toffoli.

Finalizada a sessão virtual, a certidão de julgamento explicitou, de forma mais transparente, o resultado do julgamento: *“Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a*

³⁵³ Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 745 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada a seguinte tese: "Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços". Por fim, quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, o julgamento foi suspenso para colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais ministros. Plenário, Sessão Virtual de 12.11.2021 a 22.11.2021.

data do início do julgamento do mérito (5/2/21), nos termos do voto ora reajustado do Ministro Dias Toffoli, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Edson Fachin”.

Com efeito, embora a definição dos votos sobre a modulação dos efeitos no RE 851.108/SP não tenha ficado clara por ocasião do julgamento, não se pode deixar de observar que a sistemática de votação da sessão virtual colaborou para a incerteza. Por certo, se essa situação tivesse sido vivida em sessão presencial, haveria clareza a respeito do voto de cada ministro quanto à questão autônoma.

De todo modo, esses exemplos são relevantes para se demonstrar a importância de que, em se tratando de questões autônomas, o resultado seja tomado a partir do procedimento de “*issue by issue*”, para a adequada clareza e explicitação do julgamento.

Não apenas em questões preliminares, em questões de ordem ou em pedidos de modulação dos efeitos, mas também quando há mais de uma questão constitucional em exame – ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal está a analisar a violação ou não de mais de um dispositivo constitucional.

Nessa hipótese, deve-se colher o voto de cada ministro sobre cada alegada violação, a fim de que seja possível extrair do julgamento a interpretação conferida pelo STF a respeito da questão constitucional examinada.

3.4. Os votos concorrentes e divergentes.

Outra questão que diz respeito à formatação dos acórdãos se refere à publicização dos votos concorrentes e divergentes/dissidentes.

Os argumentos favoráveis à publicação dos votos concorrentes/dissidentes podem ser sintetizados em três: (i) transparência do processo decisório; (ii) independência do julgador; e (iii) evolução do direito.

A transparência do processo decisório se relaciona com a publicação dos votos dissidentes e concorrentes de forma direta.³⁵⁴ Se a sessão de julgamento ocorre às portas fechadas e os votos dissidentes e concorrentes não são disponibilizados, o processo decisório se tornaria obscuro. Ainda que a sessão seja pública, a não

³⁵⁴ NUNES observa não existir “*garantia de que a supressão integral da dissidência torne o sistema mais adequado (democrático)*”. (NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015, p. 67).

disponibilização desses votos dificultaria o conhecimento das razões não publicadas. Ou seja, conhecer os motivos pelos quais a opinião da maioria não foi unânime seria, enfim, medida de controle da atuação jurisdicional.³⁵⁵ No caso brasileiro, se a Constituição de 1988 impõe a fundamentação da decisão judicial, seria preciso saber os fundamentos da divergência.

Por sua vez, a independência do julgador seria garantida com a publicação do voto dissidente ou concorrente, seja do ponto de vista interno (ou seja, a independência em relação aos demais julgadores), seja do ponto de vista externo (aos demais poderes).³⁵⁶ Isto é, sendo o julgador autorizado a publicamente divergir, ele estaria vinculado unicamente à sua convicção.³⁵⁷ A independência do julgador ainda poderia ser vista como uma garantia de que todas as vozes foram ouvidas e consideradas no processo decisório, ainda que nem todos os julgadores tenham concordado com uma determinada posição.³⁵⁸

A evolução do direito, por fim, também pode ser um efeito da publicação de votos dissidentes e concorrentes. Essa prática manteria vivo o diálogo entre o decidido hoje e o que pode ser decidido no futuro.³⁵⁹ O voto dissidente hoje poderia ser a opinião majoritária do futuro ou poderia, num diálogo interinstitucional, fornecer elementos para a atuação legislativa.³⁶⁰ Com efeito, as razões consideradas para se alcançar determinado resultado em um julgamento, inclusive as vencidas, deveriam ser consideradas em outros julgamentos.

Por outro lado, os argumentos contrários à publicação de votos dissidentes e concorrentes também se resumem a três: (i) confiança e credibilidade do Poder Judiciário; (ii) certeza do direito; e (iii) gestão do tempo e do volume de processos.

O primeiro motivo contra a publicação da dissidência/concorrência tem um viés institucional. Sua publicação exporia a divisão interna entre os julgadores e

³⁵⁵ ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 240.

³⁵⁶ LYNCH defende a independência do julgador por meio do direito de divergir com fundamento na liberdade de expressão e na independência (LYNCH, Andrew. Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004).

³⁵⁷ VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 86.

³⁵⁸ STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996, p. 2257. BRENNAN, William J. In defense of dissents. *The Hastings Law Journal*, v. 37, 1985, p. 430. ALDER, op cit., p. 240.

³⁵⁹ STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996, p. 431.

³⁶⁰ VITALE, op. cit., p. 88. ALDER, op. cit., p. 241.

afetaria, ao fim, a autoridade da decisão do Poder Judiciário.³⁶¹ Nesse sentido, a explicitação da falta de consenso dos julgadores poderia diminuir a confiança do jurisdicionado na autoridade do Poder Judiciário.³⁶²

A certeza do direito também ficaria afetada pela exposição do voto dissidente ou concorrente.³⁶³ A decisão tomada de forma não unânime seria uma forma de exprimir a natureza controversa da questão decidida. Tendo havido divergência no processo decisório, a matéria controvertida não estaria definitivamente resolvida.

Finalmente, ainda pela crítica, a publicação de dissidência ou concorrência consistiria, simplesmente, em perda de tempo, energia e recursos.³⁶⁴ Em primeiro lugar, porque demandaria que os juízes vencidos elaborassem o voto a ser disponibilizado, aumentando a carga de trabalho já exagerada. Em segundo lugar, porque, diminuindo a certeza do direito, incentivaria a litigância e, conseqüentemente, a propositura de novas demandas judiciais, abarrotando, ainda mais o Poder Judiciário.

A propósito, vale anotar a diferença trabalhada por SILVA entre voto dissidente e voto vencido.³⁶⁵ Segundo o autor, o voto dissidente é aquele que conversa com e confronta o voto majoritário, fomentando a deliberação e a melhor tomada de decisão. Ou seja, o voto dissidente, contestando o entendimento adotado no voto majoritário, apresenta as razões pelas quais os fundamentos da maioria não devem prevalecer.

Por outro lado, o voto vencido é aquele em que não há efetiva deliberação, não há diálogo entre o exposto e o voto majoritário, não há troca de argumentos entre os votos. O voto assim elaborado não é um voto dissidente (que contém valor

³⁶¹ VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 91. Como exemplificado por HENDERSON, uma opinião unânime pela Suprema Corte norte-americana causa uma reação diferente de uma decisão 5 a 4 com vários votos dissidentes contundentes (HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* nº 363, 2007, p. 7).

³⁶² ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 242.

³⁶³ Como observado por NUNES, “o *dissenso influencia no grau de força a ser conferido às decisões-precedentes*” (NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPro*, ano 23, n. 92, 2015, p. 68). ALDER, op. cit., p. 242.

³⁶⁴ VITALE, op. cit., p. 94.

³⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 583.

deliberativo), mas, sim, meramente um voto vencido (sem qualquer valor do ponto de vista do desempenho deliberativo).

Essa diferenciação foi um dos pontos do trabalho feito por SILVA sobre os votos divergentes no STF,³⁶⁶ baseando-se em entrevistas com ministros e ex-ministros do Tribunal, a fim de “compreender como os próprios ministros do STF encaram o processo deliberativo do qual participam”, especialmente nas decisões mais polêmicas e que chamam a atenção do público geral.³⁶⁷

Nesta pesquisa, foram feitas quatro perguntas que interessa no momento, todas relativas ao voto divergente no STF: (i) como os ministros explicam a quantidade de votos divergentes; (ii) como eles avaliam essa grande quantidade de votos divergentes e concorrentes; (iii) se eles veem alguma diferença entre voto divergente e voto vencido; e (iv) se existe alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir de forma explícita. As respostas, como observado por SILVA, foram apresentadas de forma anônima no artigo elaborado.

Quanto à primeira pergunta, os ministros apontaram cinco principais razões para a grande quantidade de votos divergentes. A ausência de debate prévio à sessão foi apontada por alguns ministros como um fator relevante: “*a ausência de uma reunião prévia para formatar o posicionamento evidentemente faz com haja maiores divergências*”, disse um deles.³⁶⁸

Para outros ministros, o fato de levarem votos prontos para a sessão de julgamento também foi apontado como um aspecto que aumenta o número de votos divergentes: “*o modo como nós trabalhamos – levar votos já preparados – não leva a um debate saudável ou produtivo (...). A gente não sabe quais são os argumentos do outro*”, para, então, concluir que “*eu acho que há uma falha estrutural, uma falha essencial no modelo deliberativo, por isso que há votos divergentes*”.³⁶⁹

Um terceiro fator levantado pelos ministros como motivo para as divergências foi o volume de trabalho. Embora essa razão, a princípio, pudesse levar ao entendimento contrário – de que o volume de trabalho diminuiria a quantidade de votos divergentes –, a conclusão foi diversa. Para um ministro, o volume de trabalho

³⁶⁶ Neste ponto, adoto a expressão “votos divergentes”, como adotada por SILVA em sua pesquisa, com a mesma conotação do que, até aqui, chamei de “votos dissidentes”.

³⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015.

³⁶⁸ Ibid., p. 211.

³⁶⁹ Ibid., p. 211.

exige pressa do tribunal e, por essa razão, não há o amadurecimento da causa, com o conseqüente empobrecimento da deliberação, que leva ao aumento do número de divergências.

O quarto motivo foi a publicidade da sessão de julgamento. Um dos ministros afirmou não ser possível “*aparar as arestas*” que levam às divergências em razão “*do formato de decisão do Supremo, que é ao vivo em cores; ou seja, o debate se dá naquele momento da sessão*”. Outro ministro comentou sobre sua impressão de que “*a votação em aberto tem muito a ver com isso [número de votos divergentes]*”.³⁷⁰

A quinta razão, por fim, estaria justificada na heterogeneidade do Tribunal e na dinamicidade das questões levadas ao STF. Para um dos ministros, foram apontados motivos como “*a diversidade que nós somos como nação*” e “*a extensão e a plasticidade da nossa ordem jurídica: nós lidamos com o direito positivo cheio de ambigüidades*”. Outro apostou na suposta singularidade de nosso sistema jurídico: “*talvez a constituição brasileira tenha uma quantidade maior do que outras de cláusulas gerais, portanto conceitos jurídicos indeterminados, e de princípios, o que leva a diferentes visões de concretização*”.³⁷¹

Quando indagados sobre como avaliam a quantidade de votos divergentes, houve certa divergência entre os entrevistados. Embora todos os ministros e ex-ministros tenham defendido alguma forma de divergência, alguns poucos criticaram a quantidade. Para os que não viam problema no modelo atual do STF, a defesa se pautou nos seus aspectos favoráveis: “*o voto divergente é um polo contrastante, então aguça o debate*”, disse um deles. Para outro, “*o colegiado é interessantíssimo, porque às vezes uma matéria pode passar até batida se não houver um espírito mais voluntarioso, curioso, para apontar o que para si se mostra como premissa equivocada no voto proferido pelo relator*”. Houve quem argumentasse que o voto divergente dava

³⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 212.

³⁷¹ Neste ponto, SILVA faz questão de afastar algumas das respostas dos ministros. Quanto à diversidade, afirmou que “uma análise dos ministros que atuaram no STF desde 1988 mostraria um quadro bastante homogêneo: com raríssimas exceções, os ministros são homens, brancos, cristãos, casados (com pessoas do sexo oposto), classe média-alta, entre 50 e 65 anos de idade quando de sua posse, e, antes de chegar ao STF, foram advogados, promotores ou juízes”. Em relação à suposta singularidade da constituição brasileira, SILVA destaca que “não parece ser verdadeiro afirmar (...) que chegam mais matérias moral e politicamente controvertidas no Supremo Tribunal Federal do que em outros tribunais constitucionais. Outros tribunais também decidem sobre casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, aborto, drogas, cláusula barreira, financiamento de campanhas eleitorais, dentre outros temas moral e politicamente controvertidos” (Ibid., p. 213/214).

legitimidade à deliberação, gerando satisfação ao cidadão, que poderia ver todos os argumentos usados no debate, mesmo aqueles não vencedores.³⁷²

As críticas à grande quantidade de votos divergentes, por sua vez, fundaram-se justamente na falta de deliberação. Para um dos ministros, o número de votos divergentes “*tem aspectos positivos, mas traduz um modo de deliberar que é equivocado*”. Outro censurou o personalismo: “*eu acho que [a quantidade de votos divergentes] é extremamente negativa. O tribunal deveria ser mais conciso e objetivo para justamente não ensejar esse tipo de personalismo*”. Por fim, um dos entrevistados observou que, com essa prática, o tribunal “*não é um órgão coletivo de formação de decisão, é um órgão de soma de indivíduos*”.³⁷³

A terceira pergunta disse respeito à diferença conceitual levantada por SILVA sobre votos divergentes e votos vencidos. Partindo dessa diferenciação conceitual e com a realidade do STF, o objetivo do questionamento foi saber se, na realidade do STF, ficaria prejudicada a capacidade de estabelecer um diálogo e de apontar defeitos da opinião majoritária. Os ministros e ex-ministros amenizaram essa situação, afirmando haver “*muitos ajustes de última hora [no voto pronto levado para a sessão], depois de ter ouvido o voto do relator ou o argumento posto*” e a possibilidade de pedir vista. Nesse sentido, “*esse voto vencido que aponta as falhas só ocorre depois que alguém pede vista, leva o processo para casa, faz uma crítica ao voto e traz o voto vista criticando o voto anteriormente proferido*”.³⁷⁴ Por outro lado, houve ministros que reconheceram essa falta de diálogo entre o voto majoritário e o voto vencido: “*e o pior é que fica constando um voto vencido exposto ali, sem dialogar com os demais. (...) não é um voto predestinado a responder ao argumento da maioria, do voto do relator*”.

Sobre existir alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir, os ministros e ex-ministros não veem motivos para, de forma geral, não o fazer. Os argumentos para tanto foram “*faz parte da transparência*” ou de um dever funcional: “*a meu ver, não se deve [deixar de divergir]*”. Como exceção a essa regra, houve ministros que afirmaram ser desnecessário divergir quando houvesse jurisprudência consolidada pelo tribunal: “*quando era posição tranquila na corte eu apenas ressaltava*

³⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 216.

³⁷³ *Ibid.*, p. 216.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 218.

meu ponto de vista e seguia” e “eu me rendia diante da fidelidade à jurisprudência assentada sobre determinado tema”.

O contexto brasileiro recomenda a opção pela publicação dos votos concorrentes e dissidentes. Primeiro, porque as sessões são públicas e transmitidas ao vivo pela TV Justiça, o que torna facilmente identificável a ausência de consenso entre os membros julgadores. Segundo, porque os votos dissidentes fomentam a continuidade do debate e contribuem para o diálogo interinstitucional.

Vale lembrar, por fim, que o CPC prevê, em seu art. 941, § 3º, que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

4. A PROPOSTA PARA UM NOVO MODELO DE FORMATAÇÃO DE ACÓRDÃOS DE REPERCUSSÃO GERAL.

4.1. Por um modelo de opinião da corte ou majoritário.

Diante dos problemas identificados e com base nos pressupostos e nos fundamentos desenvolvidos nos tópicos anteriores, chega-se o momento de propor um novo modelo de formatação de acórdãos de mérito de repercussão geral.

De um lado, identificou-se a preocupação quanto à impossibilidade de se reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada, situação que é agravada pela percepção de que a colegialidade no tribunal é mitigada pelo que se diagnosticou como as “onze ilhas” e como “ministrocracia”.

De outro lado, apontou-se como a Constituição, a legislação processual e a interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal deram especial importância aos entendimentos firmados em decisões submetidas à sistemática de repercussão geral.

É por essa razão que se buscou fundamentos para uma nova proposta de formatação de acórdãos para essas hipóteses, especialmente sob três vieses: experiência estrangeira, a forma de contagem de votos e a possibilidade de publicação de votos concorrentes e divergentes.

A experiência estrangeira detalhada expõe a possibilidade de que sejam adotados os modelos *seriatim*, *per curiam* e majoritário. Cada um deles possui suas vantagens e desvantagens, que são potencializadas a partir das características de cada sistema jurídico. Isso significa dizer que não há um modelo ideal e estanque; ao contrário, há formas de publicação que podem atender a diferentes objetivos a depender do momento vivenciado pela Corte.

É justamente por essa razão – o atendimento a objetivos no atual momento vivenciado pelo STF – que se conclui, neste trabalho, que o modelo *seriatim* não atende integralmente aos anseios do instituto da repercussão geral. Se, hoje, o acórdão de repercussão geral é suficiente para que se identifique uma alteração da situação de direito apta a interromper os efeitos de coisa julgada individual, é necessário que o Supremo forneça, com bastante clareza e exatidão, a sua compreensão.

E, nesse sentido, se os jurisdicionados, a academia e, inclusive, alguns ministros do STF criticam o atual modelo justamente porque ele não permite

reconstruir, com facilidade, a argumentação jurídica adotada, devem ser examinados os possíveis benefícios advindos dos outros modelos existentes (*per curiam* e majoritário).

O modelo *per curiam* francês poderia, em tese, fornecer maior segurança sobre a decisão da Corte, por expressar, numa opinião única, não assinada e anônima, a conclusão alcançada pela maioria. Nessa situação, como se viu, o acórdão é apresentado como unânime, ainda que não tenha sido este o resultado da colheita dos votos, já que não permite a apresentação dos votos concorrentes e dissidentes.

Contudo, esse formato encontra dificuldades no sistema brasileiro, em que a sessão de julgamento se dá de forma pública e com transmissão ao vivo na TV Justiça. É dizer, não faz sentido o acórdão ser exposto como uma única voz do tribunal se é possível identificar claramente a posição de cada ministro e, sobretudo, a existência ou não de divergência entre os julgadores.

Realmente, o fato de a sessão de julgamento ser pública torna mais adequada a adoção do modelo majoritário ou de opinião da corte. Trata-se, como se expôs, de um formato situado no meio do caminho entre o *seriatim* e o *per curiam*, já que condensa a opinião acolhida pela maioria dos ministros num só voto, permitindo, por outro lado, a disponibilização de votos concorrentes e dissidentes. Assim, é um modelo compatível com a publicidade das sessões e com a existência de divergências e concorrências no resultado do julgamento.

A consolidação do voto majoritário também está de acordo com a lógica por trás da repercussão geral, que pressupõe o estabelecimento de uma tese de julgamento pelo colegiado, com reflexos vinculantes para juízes e tribunais. Por essa razão, identificar, num só texto, a opinião majoritária da corte facilita a compreensão do decidido pelo STF e permite, como consequência, a mais correta aplicação da interpretação da questão constitucional decidida.

Por fim, o modelo majoritário ou de opinião da corte atende de forma mais satisfatória uma das funções da fase pós-decisional do julgamento colegiado: o de manter aberta a possibilidade de novas rodadas deliberativas no futuro. Com efeito, a decisão escrita deliberativa não é imutável e perpétua. A interpretação das normas jurídicas é, sabidamente, situada num certo momento histórico e ensejará, necessariamente, novas rodadas deliberativas. As novas rodadas, aliás, não acontecerão apenas no âmbito do poder judiciário, estando aberta para reações do

poder legislativo. Não é incomum que o poder legislativo inclua a matéria discutida no poder judiciário em pauta como reflexo à interpretação conferida pelo judiciário.

No estudo de “quem tem a última palavra?”, poder judiciário ou poder legislativo, MENDES propõe uma teoria intermediária. Segundo o autor, em um caso individual, a última palavra é um ponto final naquele momento, mas o tema continuará a ser debatido na comunidade política, voltando, em alguma altura, ao centro da arena deliberativa. Nesse estágio, o autor introduz o que ele chama de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”. Esses conceitos expressam a noção de que uma determinada decisão é final apenas dentro de uma rodada. Essa série de discussão pode ser reiniciada por meio de novas mobilizações dos Poderes ou da sociedade, capazes de movimentar a máquina institucional. Ao defender a interação entre Cortes e Parlamentos de forma horizontal, MENDES busca conciliar a provisoriedade das decisões com a continuidade da política, fazendo coexistir as noções de “última palavra provisória” e de “diálogo permanente”.³⁷⁵

E, nesse sentido, sendo exposta de forma mais clara a opinião majoritária da Corte, sobretudo a interpretação adotada pela maioria da questão constitucional examinada, o poder legislativo estará consciente dos limites constitucionais de sua atuação e pode evitar de recair na mesma inconstitucionalidade em outras matérias.

Definida, portanto, a forma de acórdão que atende melhor aos objetivos da sistemática de repercussão geral, resta verificar se haveria adequação normativa – legislativa e regimental – necessária.

4.2. Legislação e regimento interno

A legislação brasileira estabelece normas que regulamentam como deve suceder a sessão de julgamento. No CPC, essa normatização está contida no Livro III – “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, no capítulo “Da Ordem dos Processos no Tribunal”.

Distribuídos os autos a um relator, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade, o feito é imediatamente remetido à conclusão para que o relatório e o voto sejam elaborados. Não sendo o caso de decisão monocrática,

³⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Saraiva: São Paulo, 2011.

nas hipóteses relacionadas no art. 932 do CPC, os autos são apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento.

A sessão de julgamento é normatizada nos arts. 936 a 946. Observada a ordem de julgamento disposta no art. 936, o relator fará a exposição da causa e o presidente dará a palavra, para sustentação oral, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público. Na sequência, a questão preliminar suscitada, se houver, será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. Havendo a rejeição da preliminar ou se a análise do mérito não for com ela incompatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual todos os juízes, inclusive os vencidos na preliminar, devem se manifestar.

Caso o relator ou outro juiz não se considere habilitado a proferir imediatamente o seu voto, pode ele solicitar vista dos autos. E, após proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

O CPC trouxe, na regulação da sessão de julgamento, uma novidade: a técnica de julgamento do colegiado estendido, estipulada no art. 942. De acordo com a previsão legal, havendo divergência no julgamento de apelação ou em casos específicos no agravo de instrumento e na ação rescisória, a sessão é suspensa e será retomada com a presença de tantos julgadores quantos forem necessários para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.³⁷⁶

Por outro lado, não há norma que prescreva, expressamente, a forma como o acórdão deve ser publicado.

³⁷⁶ Embora o instituto tenha inspiração no antigo recurso de embargos infringentes, com eles tem algumas diferenças. A começar pela natureza: além de não estar previsto no rol do art. 944 do CPC, falta-lhe o caráter de voluntariedade. Isto é, sua aplicação independe da manifestação de vontade das partes; seu caráter é obrigatório e faz parte do rito processual de julgamento da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória, nas hipóteses especificadas no dispositivo. A segunda diferença diz respeito às hipóteses em que a técnica é aplicada: no CPC de 1973, os embargos infringentes eram cabíveis quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito ou houvesse julgado procedente ação rescisória. Já em relação à nova técnica, não é mais necessário que o acórdão não unânime reforme a sentença; não se exige tampouco que a não unanimidade seja em matéria de mérito. A terceira diferença advém das duas anteriores e se relaciona com o alcance do conhecimento dos julgadores convocados: nos embargos infringentes, o próprio CPC de 1973 explicitava que o cabimento do recurso se restringia à parte do julgamento em que o desacordo prevalecia; quanto à nova técnica, embora o CPC seja silente, pode extrair a interpretação de que os julgadores convocados não limitarão sua participação no julgamento à matéria objeto da não unanimidade. Sobretudo porque a sessão de julgamento não é encerrada, mas, sim, suspensa, para posterior continuidade.

A Constituição exige, no art. 93, IX, que as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Nenhuma outra norma a respeito da formatação da decisão colegiada é extraída do texto constitucional.

Já no CPC, o art. 204, já mencionado anteriormente, qualifica o acórdão como “o *juízo colegiado proferido pelos tribunais*”. O art. 205, por sua vez, determina que os acórdãos sejam redigidos, datados e assinados, ainda que eletronicamente, pelos juízes, devendo a ementa ser publicada no Diário de Justiça Eletrônico.

O *caput* do art. 489 delinea os elementos essenciais de uma sentença: o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo, os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. Embora o dispositivo se refira à sentença, tais elementos são também obrigatórios no acórdão, como se extrai do art. 931. Especificamente quanto ao dispositivo, ele somente será definido com a proclamação do resultado do julgamento pelo presidente do colegiado, após a colheita dos votos dos julgadores.

O acórdão também deve conter, necessariamente, ementa, como impõe o art. 943, § 1º, e a publicação do voto vencido, na forma do art. 941, § 3º.

A redação do acórdão, de acordo com o *caput* do art. 941, fica sob responsabilidade do relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. O redator do acórdão, por óbvio, deve respeitar o resultado do julgamento proclamado pelo presidente a partir dos votos proferidos.

O CPC determina, ainda, que o acórdão seja publicado em 30 dias contados da data da sessão de julgamento. Caso não o seja, as notas taquigráficas o substituirão, devendo o presidente, nesse caso, lavrar as conclusões e a ementa, mandando publicar o acórdão.

No Regimento Interno do STF, a ordem da sessão não difere substancialmente do determinado no CPC: feito o relatório, o presidente dá a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, petionário ou impetrante e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral, pelo prazo máximo de 15 minutos. Em tese, cada ministro pode falar duas vezes sobre o assunto em discussão e, mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto; nenhum falará sem autorização do

presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos.

O Regimento possibilita o pedido de vistas, devendo os autos serem devolvidos em no máximo 90 dias; passado esse prazo, os autos estarão automaticamente liberados para continuidade da análise pelos demais ministros.

Concluído o debate oral, o presidente tomará os votos do relator, do revisor (se houver) e dos demais ministros, na ordem inversa de antiguidade. Os ministros podem antecipar o voto, se autorizado pelo presidente. E, encerrada a votação, o presidente proclamará a decisão.

A redação do acórdão fica a cargo do relator ou, se o relator for vencido, aquele que houver proferido o primeiro voto prevalecente. Excepcionalmente, nos casos de sessões virtuais do Plenário para a análise da existência de repercussão geral, se vencido o relator, o ministro designado para redigir o acórdão será sorteado dentre aqueles que dele divergiram, a quem competirá relatar o caso para o exame de mérito ou de eventuais incidentes processuais.

Ainda no Regimento Interno, há certa normatização sobre o acórdão; mas não se regulamenta, especificamente, o seu formato. O art. 93 prescreve que “*as conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento*”. Pela regra do art. 94, o acórdão, nos processos julgados pelo Pleno e pelas Turmas, será subscrito pelo Relator, registrando também o nome do Presidente. E o art. 95 determina que o acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á, para todos os efeitos, no Diário da Justiça.

O acórdão deve ser publicado no prazo de 60 dias contado da proclamação do resultado. Salvo manifestação expressa de ministro em sentido contrário, passado esse prazo, a publicação do acórdão será automática. Caso o relatório, os votos escritos e a revisão de apartes de julgamento não tenham sido liberados pelos respectivos ministros dentro desse prazo, a Secretaria Judiciária fará constar do texto transcrito do julgamento a ressalva de que ele não foi revisto. E, nessa hipótese, a ementa do acórdão consistirá no dispositivo do voto vencedor.

O art. 96 estipula que, após a sessão de julgamento, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição da discussão, dos votos orais, bem como das perguntas feitas aos advogados e suas respostas. Na sequência, no prazo de vinte dias, os gabinetes dos ministros devem liberar o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão. Com tudo isso em mãos, os autos são encaminhados pela

Secretaria das Sessões ao Relator designado para a elaboração do acórdão e da ementa no prazo de 10 dias. O Relator poderá autorizar, antes da publicação do acórdão, a divulgação, em texto ou áudio, do teor do julgamento.

Isto é, o Regimento dispõe sobre o que deve conter no acórdão (relatório, votos escritos e apartes do julgamento), mas não detalha a forma como tais elementos devem ser confeccionados ou apresentados.

Nota-se, assim, que nem a lei nem o regimento interno do STF disciplinam, explicitamente, o modelo *seriatim* tradicionalmente adotado em nossos tribunais.³⁷⁷ Há, dessa forma, uma abertura para repensar a forma como o acórdão deva ser publicado.

Diante desse cenário, passa-se, adiante, a tratar de aspectos práticos para o desenvolvimento de acórdão no modelo de opinião da corte nos julgamentos de mérito de repercussão geral pelo STF.

4.3. Aspectos práticos

4.3.1. O estabelecimento da opinião da corte no plenário físico

Viu-se, em tópicos anteriores, que há uma preocupação já manifestada inclusive por ministros do STF sobre como o tribunal deve assentar de forma clara a ementa ou a tese de julgamento. No julgamento da Reclamação 4.335, o ministro Roberto Barroso fez menção à sua proposta “*de que, em algum lugar do futuro, nós tenhamos uma fórmula pela qual a ementa do voto seja aprovada pela maioria que sufragou aquele entendimento*”. Nas entrevistas feitas por SILVA com ministros do

³⁷⁷ POSENATO destaca que, de fato, “*o estilo da sentença ou do acórdão não depende completamente do direito positivo; embora o conteúdo das decisões seja normalmente objeto de regulamentação, essa normativa normalmente se limita a estabelecer quais são os requisitos indispensáveis da decisão e as consequências de sua ausência. Além de ser influenciada por questões processuais ligadas à forma de deliberação e à competência, à acessibilidade, função e composição dos órgãos judiciários em cada sistema nacional, a decisão judicial é influenciada por componentes de natureza cultural, social e política profundamente radicados, como a educação jurídica, a legitimação do Poder Judiciário diante dos jurisdicionados, e a relação entre o direito de fonte legislativa e o de fonte jurisdicional*”. (POSENATO, Naiara. A reforma do estilo das decisões judiciais da Cour de Cassation. Revista de Processo. vol. 336, ano 48, São Paulo: Ed. RT, fevereiro de 2023, p. 435)

Supremo, um deles defendeu a aprovação *a posteriori* da ementa do acórdão, a fim de que haja clareza sobre o decidido pelo colegiado.³⁷⁸

Nos julgamentos de repercussão geral, o Supremo já tem deliberado, ao final da votação, sobre a tese firmada pelo colegiado. Mas, como também se afirmou, não há uma orientação do que deve constar nesses textos. A consequência é que a proposta fica a cargo de cada relator, cada qual com o seu estilo e com a forma que entende a mais adequada.

Há casos em que a tese explicita as normas constitucionais que serviram de fundamento para a decisão. Por exemplo, no tema 1.171 (RE 1.307.053), o Plenário fixou a tese de que *“viola o princípio da presunção de inocência o indeferimento de matrícula em cursos de reciclagem de vigilante e a recusa de registro do respectivo certificado de conclusão, em razão da existência de inquérito ou ação penal sem o trânsito em julgado de sentença condenatória”*. O texto, portanto, explicita o fundamento da violação à Constituição (o princípio da presunção de inocência).

No tema 1.182 (RE 1.348.854), de igual forma, a tese assentada pelo colegiado foi a de que, *“à luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental”*. Ou seja, o STF afirmou o direito com fundamento no art. 227 do texto constitucional.

Cite-se, como último exemplo, a tese firmada no tema 1.235 (ARE 1.370.232), no sentido de que *“é inconstitucional a Lei 13.756/2004 do Município de São Paulo, por configurar invasão à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (artigo 22, IV, da Constituição Federal)”*. Mais uma vez, o texto apresenta, claramente, a norma constitucional que deu embasamento à decisão tomada pelo colegiado.

Por outro lado, há teses que não detalham a fundamentação, limitando-se a afirmar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma examinada.

³⁷⁸ “*Eu sou a favor [...] de que, ao final da votação, o relator para o acórdão produza uma ementa na qual fique explicitado qual foi a tese jurídica do acórdão, [...] e esta ementa deve ser aprovada pela maioria que se formou. [...] Eu acho que um dos problemas dos casos mais difíceis é a dificuldade de saber exatamente o que foi decidido e acho que, para superar este problema, a ementa – que, na minha experiência, é o que é a maior parte das pessoas leem – deve traduzir a tese jurídica vencedora e deve ser aprovada a posteriori”* (SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021, p. 32).

No tema 1.187 (RE 1.346.658), o STF assentou que “*é inconstitucional a dedução dos valores advindos das contribuições ao Programa de Integração Nacional - PIN e ao Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste - PROTERRA da base de cálculo do Fundo de Participação dos Municípios – FPM*”.

A mesma situação é percebida no tema 1.213 (RE 1.367.790), em que se fixou que “*é inconstitucional a contagem do tempo pretérito à investidura no cargo efetivo, exercido exclusivamente em cargo comissionado, para fins de incorporação de quintos como VPNI, com fundamento no artigo 1º da Lei 15.138/2010 do Estado de Santa Catarina*”.

Por fim, no julgamento do tema 1.223 (RE 1.381.261), o colegiado decidiu que “*são inconstitucionais o Decreto nº 3.048/99 e a Portaria MPAS nº 1.135/01 no que alteraram a base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga ou creditada a transportadores autônomos, devendo o reconhecimento da inconstitucionalidade observar os princípios da congruência e da devolutividade*”.

Em nenhum dos exemplos acima, a tese esclarece qual norma da Constituição foi desrespeitada.

Naturalmente, a fixação de teses pelo STF busca apenas sintetizar o resultado do julgamento. A apresentação detalhada da fundamentação deve ser, de fato, buscada no acórdão.

No entanto, a exemplificação acima indica qual o tipo de preocupação que se deve ter no estabelecimento da opinião da corte: o órgão colegiado deve ser instado a se manifestar, com clareza, sobre o alcance específico do resultado julgamento. Noutros termos, para se obter uma opinião majoritária da Corte, é imprescindível que os pontos consensuais estejam claramente estabelecidos, assim como aqueles que, embora tenham contribuído para o resultado proclamado, não tenham sido respaldados pela maioria dos ministros.

Para que esteja definido o alcance do julgamento, a corte deve bem estabelecer os limites objetivos da demanda e dos pontos de julgamento.³⁷⁹ Isto é, é

³⁷⁹ NUNES, Lílian Cazorla do Espírito Santo. *O procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre deliberação e decisão na corte brasileira*. 2015. 195 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2015, p. 179.

necessário que todos os julgadores estejam alinhados quanto à questão controvertida, de modo que seja possível identificar os consensos e os dissensos. Essa tarefa deve ser resolvida em etapa anterior à sessão de julgamento do mérito, preferencialmente quando do reconhecimento da repercussão geral.

Essa, aliás, é a regra prescrita no art. 1.037, I, do CPC, que determina que a decisão de afetação dos recursos repetitivos indique “*com precisão a questão a ser submetida a julgamento*”. No caso da repercussão geral, em que já há a análise, pelo Plenário Virtual, da existência de questão constitucional e de repercussão geral do tema, os ministros deveriam indicar, precisamente, os dispositivos constitucionais a serem examinados.

É por isso que cada causa de pedir deve ser examinada e votada de modo separado, assim como as questões preliminares e outras matérias autônomas como modulação de efeitos. Somente se especificamente enfrentadas as normas constitucionais em discussão tidas por violadas – cujo apontamento é necessário no recurso extraordinário – será possível congregiar os votos individuais e assentar a opinião da corte.

Nesse cenário, uma vez bem estabelecidas as questões em julgamento e colhidos os votos para cada uma delas de forma individual,³⁸⁰ será possível extrair a opinião da corte, a ser fixada na tese e replicada na ementa.

O momento do estabelecimento da tese, portanto, deve ser aproveitado para que o colegiado, capitaneado pelo Presidente, firme a posição vencedora e delibere sobre o fundamento consensual majoritário, sempre identificando com precisão as normas constitucionais que basearam aquela orientação.

Vale notar, por fim, a previsão contida no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) que pode servir de inspiração para o RISTF nos casos submetidos à repercussão geral. A norma contida no art. 104-A, inserida pela Emenda Regimental 24, de 2016, assim estabelece:

Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:
I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos

³⁸⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 392.

no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;

II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado;

III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

§ 1º Para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa.

§ 2º O Presidente do órgão julgador, identificando que o(s) fundamento(s) determinante(s) para o julgamento da causa não possui(em) a adesão da maioria dos votos dos Ministros, convocará, na mesma sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição do(s) fundamento(s) determinante(s).

A regra busca evitar a formação de decisões plurais nos incidentes de assunção de competência e nos recursos repetitivos,³⁸¹ tornando obrigatória a definição dos fundamentos determinantes do julgado e a transmissão da opinião institucional da Corte de uma forma mais coerente.³⁸²

O RISTJ estimulou, ainda, a elaboração do Projeto de Lei do Senado Federal 4.311, de 2021,³⁸³ que, entre as alterações propostas, sugere a inclusão do § 4º do art. 1.038 do CPC, com a seguinte redação:

Art. 1.038. (...)

§ 4º Identificando que um ou mais fundamentos determinantes para o julgamento do recurso não possuem a adesão da maioria dos votos, o presidente do órgão julgador convocará, na mesma sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição dos fundamentos determinantes.

Ou seja, embora não seja necessária nenhuma alteração normativa para que o STF passe a se atentar para a definição clara da posição vencedora e a indicação do fundamento consensual majoritário, sempre identificando com precisão as normas constitucionais que basearam a orientação prevalecente, a introdução regimental ou legal desse procedimento pode servir de incentivo para a prática.

4.3.2. O estabelecimento da opinião da corte no plenário virtual

³⁸¹ MAZZOLA, Marcelo; VALE, Luís Manoel Borges do. Contagem de votos: divergências quantitativa/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais. *Revista de Processo*, v. 317, jul./2021, p. 14.

³⁸² PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 773.

³⁸³ Na justificção do projeto de lei, o estudo empreendido por Marcelo Mazzola e Luís Manoel Borges do Vale foi nominalmente citado como fundamento (MAZZOLA; VALE, op. cit.).

O ministro Luiz Fux, durante a sua presidência no Supremo Tribunal Federal, repetiu por diversas vezes que um dos objetivos do seu mandato era transformar a corte na primeira 100% digital do mundo.³⁸⁴

De fato, muito já foi feito até aqui e o STF se destaca no desenvolvimento de adaptações nos procedimentos em decorrência da adoção de tecnologias.³⁸⁵ Além do Plenário Virtual, instituído ainda em 2007, citem-se os exemplos da TV Justiça, que passou a transmitir ao vivo as sessões plenárias a partir de 2002, impactando quantitativa e qualitativamente a atuação dos ministros³⁸⁶, e do Victor, ferramenta de inteligência artificial capaz de executar a identificação de temas mais recorrentes de repercussão geral, implantado em 2019.³⁸⁷ Todo esse processo foi acelerado, a partir de 2020, com a pandemia da Covid-19, com a ampliação máxima das sessões virtuais para julgamento de todos os processos de competência da Corte. E, em 2023, com a evolução da inteligência artificial, a ministra Rosa Weber, presidente da Corte, por meio da Resolução 800/2023, lançou o robô VitórlA, cujo objetivo é agrupar os processos por similaridade de temas, para identificação de novas controvérsias.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022, p. 13. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf.

³⁸⁵ Sobre o tema da tecnologia num sistema judiciário sobrecarregado, Vitorelli e Bortolai apontam o risco de que “a junção de um sistema de precedentes com ferramentas tecnológicas pode acarretar um viés cognitivo que induza os juízes a tomar decisões de improcedência dos pedidos apresentados repetitivamente à justiça. Isso porque os tribunais, ao implementarem ferramentas tecnológicas capazes de identificar quais são os casos mais numerosos e, ao serem capazes de produzir uma decisão obrigatória, válida para todos esses casos, podem ser levados, ainda que inconscientemente, a um raciocínio quantitativo, de gestão de acervo”. E, nesse sentido, considerando que “a percepção do juiz é sensibilizada de tal forma para esses problemas estruturais quantitativos que parece razoável supor que, confrontado com um caso capaz de gerar milhares de processos, o julgador poderia ser levado a dar mais valor aos elementos que indicam a improcedência do pedido, a qual é capaz de reduzir o potencial para novas demandas” (VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. (In)devido processo: precedentes e tecnologia em um sistema judiciário sobrecarregado. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 26, n. 1, jan-abr/2021, p. 383). Essa hipótese foi confirmada pelos autores, cuja conclusão foi sintetizada da seguinte forma: “as evidências indicam que, em sistemas processuais sobrecarregados, a introdução de recursos tecnológicos e de precedentes obrigatórios tende a fomentar, pela via de vieses cognitivos (isto é, inconscientemente), decisões judiciais de improcedência, as quais passam a funcionar como instrumento de controle da demanda judicial” (Ibid., p. 383).

³⁸⁶ FONTE, Felipe de Melo. Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁸⁷ SALOMÃO, Luís Felipe (Coord). *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Centro de inovação, administração e pesquisa do judiciário. Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 27. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf.

Especificamente, os julgamentos virtuais foram implementados no Supremo Tribunal Federal ainda em 2007. Por meio da Emenda Regimental 21/2007, o Tribunal passou a autorizar que o Relator submeta, por meio eletrônico – o chamado Plenário Virtual –, aos demais ministros, a sua manifestação sobre a existência ou não de repercussão geral. Os demais ministros devem se manifestar sobre o tema, também por meio eletrônico, no prazo de 20 dias (esse prazo foi reduzido, pela Emenda Regimental 58/2022, para seis dias).

A partir de 2010, a Emenda Regimental 42 deu um passo adiante para permitir que o julgamento de mérito das questões com repercussão geral também possa ser realizado por meio eletrônico, “*nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte*”.

A previsão de julgamento virtual foi incluída no art. 945 do CPC de 2015.³⁸⁸ De acordo com o *caput* e seus parágrafos, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderia ser realizado, a critério do relator, por meio eletrônico. Se as partes discordassem da sessão virtual, independentemente de motivação para tal, a sessão seria realizada de forma presencial. Caso os integrantes do órgão julgador divergissem durante o julgamento eletrônico, a causa seria apreciada em sessão presencial.

Todavia, a Lei 13.256/2016, que promoveu alterações no procedimento, especialmente da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, revogou o mencionado dispositivo.

Voltando ao STF, em 2016, por meio da Emenda Regimental 51 e da Resolução 587, foi autorizado que, a critério do Relator, o julgamento de agravos internos e de embargos de declaração seja realizado em ambiente eletrônico. Nasceu, nesse momento, a Sessão Virtual. Essa ampliação dos julgamentos virtuais, inclusive,

³⁸⁸ “Art. 945. A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º O relator cientificará as partes, pelo Diário da Justiça, de que o julgamento se fará por meio eletrônico. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 2º Qualquer das partes poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar memoriais ou discordância do julgamento por meio eletrônico. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 3º A discordância não necessita de motivação, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º Caso surja alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico, este ficará imediatamente suspenso, devendo a causa ser apreciada em sessão presencial. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)”.

gerou crise entre os ministros da Corte, tendo o ministro Marco Aurélio renunciado à presidência da Comissão de Regimento Interno.³⁸⁹

A referida resolução previa que a sessão se iniciaria às sextas-feiras, data em que o Relator deveria inserir a ementa, o relatório e o voto. Os demais ministros teriam até sete dias corridos para manifestação.

Já em 2019, a Emenda Regimental 52 estendeu a possibilidade de julgamento eletrônico – até então somente prevista para agravos internos e embargos de declaração – para outras hipóteses: medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias, recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF e demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do tribunal.

O formato das sessões também foi atualizado pela Resolução 642/2019, a qual revogou a citada Resolução 587/2016.

A pandemia da Covid-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em março de 2020, deu mais um impulso para o avanço dos julgamentos virtuais. No Supremo Tribunal Federal, as atividades e as previsões normativas foram rapidamente revisadas. Por meio da Emenda Regimental 53/2020 e da Resolução STF 672/2020, ambas do fim de março de 2020, os formatos das sessões de julgamento foram atualizados.

Pela segunda norma citada no parágrafo anterior, o Tribunal permitiu que as sessões de julgamento presenciais fossem realizadas por videoconferência. Já no primeiro ato, foi autorizado que todos os processos de competência do Tribunal sejam julgados em ambiente eletrônico a critério do Relator (a Sessão Virtual). Com a nova regra, julgamentos de mérito de repercussão geral e de ações de controle concentrado, mesmo em se tratando de matérias sem jurisprudência dominante no âmbito do STF, passaram a poder ocorrer por meio do sistema virtual.

Relativamente às Sessões Virtuais, os procedimentos também foram atualizados. A Resolução 642/2019 sofreu seguidas alterações, sempre no intuito de

³⁸⁹ “Marco Aurélio renuncia à presidência da Comissão de Regimento Interno do STF”. Portal Jota, 23/06/2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/jotinhas/marco-aurelio-renuncia-presidencia-da-comissao-de-regimento-stf-23062016>>. Acesso em 03/03/2023.

aperfeiçoar o procedimento, seja para conferir maior transparência, seja para viabilizar a participação dos advogados.

Em resumo, pelas regras atuais, o julgamento funciona da seguinte forma: (i) os processos são incluídos em pauta diretamente pelo Relator (isto é, independe do Presidente do Tribunal, que define a pauta para as sessões presenciais); (ii) os julgamentos se iniciam, como regra, numa sexta-feira, ocasião em que o Relator disponibiliza a ementa, o relatório e o voto; e (iii) os demais Ministros possuem até seis dias úteis para se manifestar.

Ainda de acordo as regras aplicáveis, os ministros possuem as seguintes opções de voto no sistema: (a) acompanho o Relator; (b) acompanho o Relator com ressalva de entendimento; (c) divirjo do Relator; ou (d) acompanho a divergência. Em quaisquer dos casos, podem apresentar voto escrito, devendo fazê-lo, obrigatoriamente, quando acompanharem o Relator com ressalvas ou apresentarem divergência.

Todos os votos inseridos são, atualmente, disponibilizados no sítio eletrônico durante a sessão de julgamento. Essa foi uma das alterações promovidas para garantir maior transparência na sessão, pois, até a Resolução 675, de 22 de abril de 2020, apenas a conclusão dos votos era disponibilizada na forma de resumo de julgamento.

Ademais, os votos são computados na ordem cronológica das manifestações, o que difere dos julgamentos presenciais, cuja ordem de votação é estabelecida no Regimento Interno, sempre na ordem inversa de antiguidade. Isto é, no plenário presencial/videoconferência, após o Relator sempre vota o ministro mais recente da Corte, salvo em caso de antecipação de voto. Essa premissa não é seguida nas sessões virtuais.

O ministro que não se manifestar no prazo de até seis dias úteis terá a sua não participação registrada na ata do julgamento. Sobre essa questão, também houve relevante alteração, uma vez que, até a Resolução 690, de 01 de julho de 2020, a não manifestação do ministro no prazo era interpretada como se tivesse acompanhado o Relator.

Além disso, qualquer magistrado pode pedir o destaque do processo para julgamento presencial. As partes também podem requerer o destaque até 48 horas antes do julgamento, mas, nessa hipótese, a retirada depende de deferimento do

Relator. Havendo o destaque para julgamento presencial, o julgamento será incluído em nova pauta e será reiniciado.

A partir da Resolução 669, de 19 de março de 2020, é possível à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e aos demais habilitados a encaminharem as respectivas sustentações orais (por áudio ou vídeo) até 48 antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual, as quais são automaticamente disponibilizadas na sessão de julgamento. Aos advogados também é permitida, desde a Resolução 675/2020, a realização de esclarecimentos exclusivamente sobre matérias de fato, pelo mesmo sistema de peticionamento eletrônico, os quais serão automaticamente disponibilizados no sistema de votação dos ministros.

Do ponto de vista quantitativo, pode-se afirmar que a extensão das Sessões Virtuais para qualquer processo ou recurso permitiu a redução do estoque de temas de repercussão geral.

Desde que o Supremo Tribunal Federal passou a controlar os temas de repercussão geral em números e até abril de 2023, já foram examinadas 1.249 matérias. Desse total, 831 temas tiveram a repercussão geral reconhecida, enquanto 405 foram negados; 3 temas estavam (em abril de 2023) em análise e 10 foram cancelados. Dos 831 temas, 666 matérias já foram julgadas, estando pendentes de exame, pelo Plenário, 165 processos.

Porém, até 2020, o número de temas pendentes era bastante superior. De 2008 até 2019, o STF analisou, em média, 34 temas por ano. Por outro lado, apenas em 2020, foram examinados 135 temas. Em 2021 e 2022, foram analisados 64 e 42 processos, respectivamente.

O motivo de tamanha diferença consiste exatamente na abertura, realizada pela Emenda Regimental 53/2020, para que qualquer processo – inclusive o mérito de temas de repercussão geral – seja julgado pela sistemática das sessões virtuais.³⁹⁰

De fato, dos 135 temas analisados em 2020, 118 foram julgados em sessão virtual e apenas 17 em plenário presencial/videoconferência. Dito de outra forma, aproximadamente 87% dos julgamentos de mérito de repercussão geral ocorreram em sessões virtuais. A votação dos 135 temas permite a retomada de ao menos

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022, p. 32. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf.

148.255 processos, número de feitos que se encontram, segundo o painel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),³⁹¹ sobrestados em razão da repercussão geral.³⁹²

Já em 2021, pode-se perceber uma redução no número de processos analisados. Durante todo o ano, como dito, foram decididos 64 temas de repercussão geral. Desse total, 55 foram objeto de julgamento virtual e apenas 9 foram deliberados em sessão presencial/videoconferência. Em termos percentuais, quase 85% dos julgamentos ocorreram virtualmente. Os 64 temas analisados autorizam que ao menos 81.574 processos sejam levantados do sobrestamento, segundo o painel atualizado do CNJ.³⁹³

Por fim, em 2022, foram 42 julgamentos de repercussão geral, sendo 31 examinados em sessão virtuais e apenas 9 em sessões presenciais. Percentualmente, 74% dos casos foram examinados em sessão presencial. Considerando o painel atualizado do CNJ, 105.824 processos podem ser retomados para a aplicação da tese de repercussão geral.³⁹⁴

Ou seja, as sessões virtuais possibilitaram que o STF examinasse um número muito maior de processos quando comparado com a média dos anos anteriores. Essa abertura consistiu, sem dúvidas, num eficiente método para a redução do estoque de julgamentos pendentes.

O julgamento de temas de repercussão geral pendentes é medida que serve ao propósito do próprio instituto: permitir a definição de controvérsias jurídicas pela mais alta corte do país, atribuindo-lhe eficácia vinculante, nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil, e, assim, autorizando a aplicação dos efeitos que são próprios.³⁹⁵

³⁹¹

Disponível

em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=STF. Acesso em 30/09/2021.

³⁹² O Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios agrega e consolida os diversos temas submetidos ao julgamento segundo o rito das demandas repetitivas nos Tribunais estaduais, federais e Tribunais superiores, em conformidade com o que dispõe o art. 979 do Código de Processo Civil.

³⁹³

Disponível

em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=STF. Acesso em 11/01/2022.

³⁹⁴

Disponível

em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=STF. Acesso em 14 de abril de 2023.

³⁹⁵ Ao longo do Código de Processo Civil, treze dispositivos preveem situações específicas envolvendo súmulas, jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos. Os treze dispositivos são: 12, §

Sua utilização para a definição de temas de repercussão geral, se por um lado é inevitável, não é imune a críticas.

A primeira delas, prontamente verificável, é a de que a realização de sessões virtuais de julgamento mitiga – para não dizer extirpa – a figura da colegialidade.³⁹⁶ O julgamento virtual afasta o objetivo maior do órgão colegiado enquanto estrutura colegial ou deliberativa.³⁹⁷ Não há, na sessão ocorrida eletronicamente, a atividade interativa e cooperativa dos julgadores, que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, dispostos a mudá-las, com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.

Não se está a afirmar que a deliberação deve ocorrer em absolutamente todos os julgamentos que se realizarem em órgãos colegiados. No entanto, é importante que a possibilidade de deliberação esteja presente. Essa previsão existe na regulamentação do STF – caso em que algum ministro se oponha ao julgamento virtual –, mas é bastante reduzida nessa sistemática.³⁹⁸

2º, II; 311, II; 332, I, II, III e IV; 489, § 1º, V e VI; 496, § 4º; 521, IV; 921, IV e V; 955, parágrafo único, I e II; 988, IV; 1.022, parágrafo único, I; 1.030, I, 'b'; 1.035, § 3º, I; 1.035, § 7º. Cite-se, por exemplo, a possibilidade de que o juiz conceda tutela de evidência (espécie de tutela provisória que independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo) quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Outra situação relevante é a que permite ao juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória e independentemente de citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou Incidente de Assunção de Competência (IAC) e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Além disso, o CPC prevê a possibilidade de o relator, no tribunal, negar ou dar provimento a recurso, de forma monocrática, fundado em entendimento assentado em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, em acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos e em julgamento de IRDR ou de IAC.

³⁹⁶ VALADARES, André Garcia Leão Reis. O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 178; SOKAL, Guilherme Jales. O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. São Paulo: Método, 2012, p. 310. SOKAL, aliás, defende a inconstitucionalidade formal da previsão de julgamentos virtuais na pendência de lei federal que autorize essa hipótese. Tratando do CPC de 1973, o autor observa que “tal opção política por um procedimento diverso do que consta atualmente dos arts. 555, §§ 2º e 3º, e 556, caput, do Código de Processo, que impõem o debate e a prolação dos votos em sessão, tem de ser veiculada através de lei federal em sentido formal, única capaz de afastar a força cogente das disposições gerais sobre o procedimento nos recursos previstos no CPC, constantes do capítulo ‘Da ordem dos Processos no Tribunal’. Enquanto não houver, assim, o afastamento das regras do Código que impõem o debate e a votação em sessão presencial, não poderão os Regimentos Internos ou as Resoluções criar regras procedimentais específicas com conteúdo distinto, eis que, como visto no Capítulo 2, a competência normativa dos Tribunais tem de observar as regras de natureza geral editadas pela União com amparo no art. 24, XI, da Constituição Federal”. Com a previsão do art. 937 e com a revogação do art. 945, ambos do CPC de 2015, as considerações de SOKAL permanecem válidas.

³⁹⁷ VALADARES, op. cit., p. 71.

³⁹⁸ GODOY e ARAÚJO apontam que ao longo de 2020, o número de destaques nas sessões virtuais, para que o julgamento seja reiniciado em sessão física, foi bastante reduzido. No mês de abril de 2020,

Com efeito, nesses casos, há, de forma bastante clara, a mera agregação de votos. Munidos do voto do relator, os demais julgadores simplesmente aderem a ele ou divergem dele, sem que haja propriamente qualquer tipo de deliberação. Nas palavras de GODOY e ARAÚJO, a simples contabilização de voto no estilo “sim” ou “não”.³⁹⁹ Ou, na interpretação de ADAMY, “o *Plenário Virtual é vitória da adição sobre a deliberação*”.⁴⁰⁰

GODOY, com razão, questiona a limitação das opções de voto no sistema.⁴⁰¹ No seu entender, o sistema de votação poderia ir bem mais além:

O Plenário Virtual poderia, por exemplo, entregar mais do que muitas decisões em pouco tempo. Ele poderia também reduzir o solismo que tem caracterizado o STF nos últimos anos. Apresentamos, inclusive, alguns usos possíveis para tanto. A criação de espaço no Plenário Virtual para apresentação de questões ou contra-argumentos; de janela específica que reúna e liste os argumentos consensuais ou majoritários e separe argumentos singulares ou que sejam minoritários; criação de enquetes provisórias para facilitar a definição do que é consensual, majoritário ou minoritário, foram algumas sugestões.⁴⁰²

E, de fato, um dos pontos a ser aprimorado nas sessões virtuais é justamente as opções de voto, a fim de que seja possível extrair, com maior clareza, os detalhes dos votos disponibilizados, especialmente a respeito da fundamentação e de questões autônomas.

A segunda crítica se relaciona com o fato de que a sessão de julgamento seria o único momento no procedimento recursal em que as partes têm contato com os julgadores. Mesmo que atualmente se preveja a possibilidade de que as partes apresentem sustentação oral ou apartes gravados, a sessão de julgamento presencial

todos os pedidos de destaque feitos por advogados ou foram indeferidos (26 pedidos) ou sequer foram apreciados (11 pedidos); em um único processo, houve pedido de destaque formulado por um ministro. Em maio e junho, foram 23 pedidos de destaques feitos por advogados e nenhum acolhido; o número de destaques dos ministros foi maior: 13 no total. No segundo semestre de 2020, foram indeferidos 22 pedidos de destaques feitos por advogados; por outro lado, foram 27 pedidos de destaques formulados por ministros. (GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, 2022, p. 287-290).

³⁹⁹ GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, 2022, p. 278.

⁴⁰⁰ ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária – déficit deliberativo e violações constitucionais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, São Paulo: IDBT, 2020, p. 526.

⁴⁰¹ As opções, como já se mencionou, são as seguintes: (a) acompanho o Relator; (b) acompanho o Relator com ressalva de entendimento; (c) divirjo do Relator; ou (d) acompanho a divergência.

⁴⁰² GODOY, Miguel Gualano de. STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 26.

comporta a manifestação mais direta, seja para a formulação de requerimentos, seja para oferecer esclarecimentos fáticos que porventura sejam necessários à resolução do caso concreto.

É possível sustentar, assim, que a efetiva influência das partes sobre a formação do convencimento dos julgadores seja impactada.⁴⁰³ SOKAL defende que a sustentação oral é “*mecanismo a incrementar o direito de influência das partes sobre a formação do convencimento dos julgadores do órgão colegiado, sem que exclua, em qualquer caso, as alegações por escrito*”.⁴⁰⁴ MARTINS argumenta ser da “*essência do princípio do contraditório e da ampla defesa permitir que a parte possa expor oralmente na sessão de julgamento*” não só para o devido destaque de aspectos fáticos e jurídicos, mas também para corrigir ou complementar o relatório lido pelo relator e bem estabelecer a matéria em debate.⁴⁰⁵ ADAMY afirma que, com o Plenário Virtual, “*reduziu-se de tal forma a atuação dos defensores e advogados que a deliberação externa, aquela realizada com agentes que não fazem parte do órgão decisor, foi anulada por completo ou de forma drástica*”.⁴⁰⁶

Sobre esse ponto, pode ser interessante que, havendo interesse das partes, a sustentação oral em recursos submetidos à repercussão geral ocorra necessariamente em sessão presencial, ainda que o feito seja incluído posteriormente em sessão virtual.

De fato, do ponto de vista do contraditório e da deliberação, é interessante que todos os julgadores, inclusive o relator, ouvissem a sustentação oral antes de firmar sua convicção. Isto é, a proposta seria a de que, tal como ocorre na Suprema Corte americana, houvesse uma sessão específica para a defesa oral das partes, antes da elaboração de uma minuta de voto pelo relator.⁴⁰⁷

Essa possibilidade, além de permitir que a sustentação oral possa influenciar, de fato, o voto elaborado pelo próprio relator, colocaria todos os julgadores

⁴⁰³ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 109.

⁴⁰⁴ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 259.

⁴⁰⁵ MARTINS, Sandro Gilbert. *Sustentação oral*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. v. 11. São Paulo: RT, 2007, p. 412.

⁴⁰⁶ ADAMY, Pedro. *Plenário virtual em matéria tributária – déficit deliberativo e violações constitucionais*. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, São Paulo: IDBT, 2020, p. 528.

⁴⁰⁷ Para viabilizar um sistema como esse, seria importante que a parte indicasse no recurso, na petição inicial originária ou até algum momento processual estabelecido o seu interesse em realizar sustentação oral. Apenas nesses casos haveria duas sessões de julgamento. Os casos em que as partes dispensassem a sustentação oral seriam julgados diretamente na sessão de julgamento.

em pé de igualdade quanto à matéria controvertida para a decisão na sessão julgamento. Além disso, garante que os ministros de fato assistam à defesa oral, o que, infelizmente, não está assegurado com a apresentação de vídeo previamente gravado.

A prática de duas sessões distintas, aliás, foi tratada na já mencionada pesquisa de SILVA, baseada em entrevistas com ministros e ex-ministros do STF:⁴⁰⁸

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

Por fim, ainda sobre a sustentação oral nas sessões virtuais, merecem ser mencionadas as tentativas de sua regulamentação na legislação. A Lei 14.365/2022 introduzia na Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) dois dispositivos sobre a matéria. O art. 7º, inciso IX-A, prescrevia o direito do advogado de “*sustentar oralmente, durante as sessões de julgamento, as razões de qualquer recurso ou processo presencial ou telepresencial em tempo real e concomitante ao julgamento*”. Já o § 2º-A do mesmo art. 7º estipulava que, “*incluídos no plenário virtual o julgamento dos recursos e das ações originárias, sempre que a parte requerer a sustentação oral em tempo real ao julgamento, o processo será remetido para a sessão presencial ou telepresencial*”.

Ambos os dispositivos, porém, foram vetados pelo Presidente da República, sob a seguinte justificativa:

A proposição legislativa estabelece que o processo seria remetido para a sessão presencial ou telepresencial, se incluído no plenário virtual o julgamento dos recursos e das ações originárias, sempre que a parte requeresse a sustentação oral em tempo real ao julgamento.

Entretanto, a despeito da boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, pois vislumbra-se risco à celeridade no trâmite dos processos judiciais, uma vez que se opõe ao avanço recente de novas modalidades síncronas e assíncronas de prestação do serviço jurisdicional, que apresentaram incremento de eficiência, celeridade e digitalização do Poder Judiciário.

Cumprir registrar que a sistemática de julgamento virtual não traz prejuízo às partes nem ao devido processo legal e à ampla defesa, mas sim à celeridade ao julgamento. Existem, inclusive, exemplos práticos que estabelecem que

⁴⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015, p. 195.

os representantes das partes e os demais habilitados nos autos podem encaminhar as suas sustentações orais por meio eletrônico após a publicação da pauta em até quarenta e oito horas antes de iniciado o julgamento virtual.

O veto foi mantido pelo Congresso Nacional. Contudo, a matéria não está definitivamente resolvida. Em junho de 2023, o Deputado Paulo Abi-ackel apresentou na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara o parecer, com emenda, pela aprovação do Projeto de Lei 3.388/2020, que pretende inserir o § 5º do art. 937 do CPC, prescrevendo a regra de que *“a sustentação oral, quando requerida e nas ações e recursos em que for cabível, deverá ser realizada preferencialmente de forma presencial, sendo vedada realização virtual de julgamento que não permita a participação, em tempo real, do advogado”*.

A terceira crítica advém como consequência das duas anteriores e consiste no acórdão resultante da sessão virtual. Tendo em vista que o julgamento ocorre a partir da mera agregação de votos (sejam eles apenas registrados, sejam eles escritos e disponibilizados) e sem uma necessária responsividade à participação das partes ou aos próprios votos já disponibilizados, o acórdão resultante das sessões virtuais é, na sua essência, pobre.

Não se está a dizer, com essa percepção, que o conteúdo dos votos seja incompleto ou sem fundamento. Está-se, sim, a afirmar que o acórdão se restringe à simples congregação de votos que poderiam ser decisões monocráticas, já que proferidos sem a reunião e o efetivo debate entre os ministros.

Dessa forma, por todos esses motivos, há de haver uma preocupação ainda maior com os acórdãos resultantes de sessões virtuais, sobretudo se a intenção é extrair desse julgamento um acórdão no modelo de opinião da corte. E, nesse sentido, parece necessário que o aprimoramento ocorra, inicialmente, no sistema de votação.

Em linha com o que defendido por GODOY,⁴⁰⁹ para que seja possível congregar uma opinião majoritária da Corte, é necessário que estejam claros os pontos consensuais ou majoritários e aqueles que, embora tenham colaborado para o resultado proclamado, não encontraram amparo pela maioria dos ministros.

⁴⁰⁹ GODOY, Miguel Gualano de. STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 26.

Nesse sentido, não basta que o sistema de votação ofereça aos ministros apenas as opções de acompanhar o relator (com ou sem ressalvas), de divergir ou de acompanhar a divergência. É necessário que cada questão controvertida (causa de pedir, preliminares, questão de ordem, etc.) seja apreciada individualmente no sistema virtual, permitindo que os julgadores se manifestem de forma clara sobre cada qual. Por exemplo, é preciso que o sistema permita que o julgador que fique vencido numa questão (como uma preliminar), seja instado a se manifestar sobre o mérito. Ou, se vencido no mérito, seja instado a se manifestar sobre a eventual modulação proposta pelo voto prevalecente.

Mesmo em relação ao mérito, se há causas de pedir diversas – ou seja, se há a defesa, por parte do recorrente, de violação a mais de um dispositivo da Constituição, por exemplo –, o sistema deve permitir a votação segregada.

Vale observar que o Plenário Virtual de repercussão geral, aquele em que os ministros se manifestam sobre a existência ou não repercussão geral da matéria constitucional controvertida, já assegura aos ministros a possibilidade de votação por quesitos. Nesse sistema virtual, os ministros apresentam seus votos em três pontos: (i) a existência de questão constitucional; (ii) a existência de repercussão geral; e (iii) a reafirmação de jurisprudência.

E, portanto, sendo o sistema de votação aprimorado neste sentido, será possível compreender os fundamentos que receberam apoio majoritário, o que permitirá, de igual forma, formar a opinião da corte que será apresentada no acórdão e os votos que serão considerados concorrentes ou dissidentes.

Esse sistema facilitará, inclusive, a fixação das teses de repercussão geral, as quais devem, como já dito, necessariamente identificar a violação à constituição acolhida pelo colegiado.

Voltando ao exemplo do RE 599.316/SC, se o sistema virtual tivesse possibilitado que os ministros se manifestassem de forma segregada acerca das inconstitucionalidades alegadas – “não cumulatividade”, “isonomia” e “direito adquirido, da irretroatividade e da segurança jurídica” –, dois problemas teriam sido sanados: em primeiro lugar, todos os ministros teriam se posicionado sobre todas as questões constitucionais envolvidas; em segundo lugar, teria sido possível contabilizar os votos a partir dessas questões, o que viabilizaria não apenas a definição escoreta sobre a inconstitucionalidade ou não da lei federal examinada, mas também a

identificação da interpretação do colegiado sobre os princípios constitucionais em análise.

Se, porém, não for possível, a partir do sistema virtual de votação, extrair a opinião da corte, a solução é suspender a sessão para que, em plenário presencial, o colegiado se reúna para definir os fundamentos acolhidos pela maioria. Aliás, não é incomum, no formato atual das sessões virtuais, que a proclamação do resultado de julgamento seja postergada para sessão presencial futura, ante a necessidade de se debater, por exemplo, a definição da corrente vencedora ou o quórum de modulação de efeitos.⁴¹⁰

A partir do estabelecimento da opinião da corte, seja em sessão presencial, em sessão virtual, parte-se para a etapa seguinte e final: a confecção da opinião da corte.

4.3.3. A confecção da opinião da corte

Em linha com os tópicos anteriores, percebe-se a estreita correlação entre a fase decisional e a pós decisional. KLAFKE, inclusive, defende que a fase pós decisional contempla todos os vícios e virtudes da fase decisional, por ser a ela subsidiária.⁴¹¹

Sem dúvida, o processo decisório encontra uma centralidade na sessão de julgamento. E, por essa razão, há uma necessária convergência entre o que ocorre na sessão de julgamento e a decisão final escrita e publicada.

Atualmente no âmbito do STF, o acórdão é estruturado com o objetivo de narrar, em observância à cronologia, os atos praticados na sessão.⁴¹² O documento é composto, basicamente, pela folha de rosto (contendo a ementa e a ata do resultado do julgamento), o relatório, o voto do relator, seguido dos demais votos disponibilizados ou transcritos (se a manifestação tiver sido oral) na ordem de sua

⁴¹⁰ Apenas a título de exemplo, o julgamento da ADI 4.395, ocorrido em sessão virtual, foi suspenso para a proclamação do resultado em sessão presencial, após a coexistência de quatro linhas de votos e, assim, a necessidade de se estabelecer a corrente vencedora. Da mesma forma, o julgamento dos Embargos de Declaração na ADI 4.411, também ocorrido em sessão virtual, foi suspenso para a proclamação do resultado em sessão presencial, em razão de haver três correntes sobre o pedido de modulação dos efeitos da decisão.

⁴¹¹ KLAFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 267.

⁴¹² Ibid., p. 172.

apresentação, a transcrição das discussões e intervenções pontuais de advogados (se houver) e o extrato da ata, com o detalhamento da sessão ou das sucessivas sessões, se for o caso.

Nota-se, assim, a pretensão de que o acórdão reflita, em nome da publicidade e da transparência, o que de fato aconteceu no julgamento e como a decisão se formou.

A proposta de modelo de opinião da corte altera, em certa medida, essa intenção. O acórdão não se prestaria, como objetivo imediato, a expor a narrativa cronológica da sessão de julgamento, mas teria o propósito de formalizar a opinião majoritária que se construiu no colegiado.

E essa mudança exige duas adequações na fase pós-decisional: a primeira se refere à estrutura do acórdão; a segunda consiste na necessária aprovação, pela corrente majoritária, da opinião da corte a ser publicada.

Quanto à estrutura, o acórdão deixaria de ser organizado como a sequência de eventos que se seguiu na sessão de julgamento para apresentar, após a ementa, a ata do resultado e o relatório, a opinião da corte consistente no entendimento adotado pela maioria do colegiado, contendo a assinatura de todos os ministros da corrente vencedora. Na sequência, seriam apresentados os votos concorrentes e, sucessivamente, os votos dissidentes.⁴¹³ Esse é também a ordem em que o acórdão é apresentado na Suprema Corte norte-americana, como se vê do Anexo C.

Essa ordenação dos votos facilita a compreensão e a sistematização do que foi efetivamente decidido, dando a natural relevância à opinião da corte. Atribuir ordem ao documento sana, assim, a dificuldade de compreensão que pode ocorrer na apresentação cronológica dos votos e na leitura das notas taquigráficas que são juntadas entre um e outro.

A organização do acórdão dessa forma (opinião da corte, votos concorrentes e votos dissidentes) não impede que as notas taquigráficas relativas aos debates façam parte do documento. No entanto, para maior clareza, o ideal é que as notas taquigráficas sejam disponibilizadas como anexo.⁴¹⁴ Sua publicação continua

⁴¹³ KLAFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 308.

⁴¹⁴ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 401.

sendo interessante para conferir transparência aos debates, sem, porém, ter força vinculante ou decisória. Até porque, vale lembrar que a transcrição das notas taquigráficas, embora relevantes para a transparência e para a publicidade de como se passou a sessão, perdeu parte de sua importância com a possibilidade de acesso à transmissão da sessão de julgamento do Plenário no YouTube.⁴¹⁵

A segunda adequação sugerida compreende a necessária aprovação, pela corrente majoritária, da opinião da corte a ser publicada.

No âmbito da Suprema Corte norte-americana, em que o modelo de opinião da corte é também adotado, o acórdão deve ser aprovado pelos *Justices* antes de sua disponibilização. Lá, como já se detalhou, há dois tipos de sessão: uma é destinada a ouvir os argumentos orais das partes (“*hearing sessions*” ou “*oral arguments*”) e é aberta ao público e à imprensa (embora a sessão não seja – e não possa ser – filmada; as sessões são retratadas por desenhos e por gravação de som); outra é realizada apenas com os juízes para deliberação do caso (“*conference*”) e é secreta.

Em regra, por duas semanas seguidas, as reuniões para sustentação oral são realizadas de segunda a quarta-feira de manhã; na quarta à tarde e na sexta-feira, ocorrem as sessões secretas para deliberação sobre os casos ouvidos. Nas duas semanas que se seguem, os *Justices* elaboram os votos pelos quais estão responsáveis, cujas minutas são disponibilizadas para os demais membros da corte, e as dissidências. Além disso, preparam-se para as sessões de sustentação oral.

Quando as minutas de votos estão “aprovadas”, após a sua disponibilização aos demais juízes, o caso é levado a sessão secreta numa sexta-feira para que haja o encerramento da votação. Na próxima sessão de sustentações orais, há uma breve exposição do julgamento, com a disponibilização da decisão para o público.⁴¹⁶

⁴¹⁵ KLAFFKE sugere, inclusive, que o acórdão fizesse referência ao vídeo do julgamento, com a indicação dos momentos em que os votos orais, os apartes e manifestações individuais dos ministros aparecem na transmissão (KLAFFKE, Guilherme Forma. *Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 310).

⁴¹⁶ REHNQUIST, William H. The supreme court’s conference. In: O’BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016. O antigo “Chief Justice” William H. Rehnquist faz uma detalhada explicação acerca do funcionamento da Suprema Corte Americana: “*Beginning the first week of October in each year, we commence a new Term; we begin the Term by having three days of oral arguments before the full bench, sitting in the public Court Room in the Supreme Court building in Washington*” (...) *As soon as we come off the bench Wednesday afternoon around three o’clock, we go into ‘conference’ in a room adjoining the chambers of the Chief Justice. The Conference is attended only by members of the Court, (...). The Chief Justice begins the*

Naturalmente, há uma relevante distinção entre o STF e a Suprema Corte norte-americana: nessa última, a deliberação do colegiado ocorre às portas fechadas e o público não tem conhecimento da discussão havida entre os membros julgadores.

discussion of each case with a summary of the facts, his analysis of the law, and an announcement of his proposed vote (that is, whether to affirm, reverse, modify, etc.). The discussion then passes to the senior Associate Justice, who does likewise. It then goes on down the line to junior Associate Justice. When the discussion of one case is conclude, the discussion of the next one is immediately taken up, until all the argued cases on the agenda for that particular Conference have been disposed of. (...) At the beginning of the week following the two-week sessions of oral arguments, the Chief Justice circulates to the other members of the Court an Assignment List, in which he assigns for the writing of a Court opinion all of the cases in which he voted with the Conference majority. Where the Chief Justice was in the minority, the senior Associate Justice voting with the majority assigns the case. (...) During the Recess following the two weeks of oral argument, a part of the time of the Justices and the law clerks and secretaries is devoted to preparation of the opinions which are to be written for the Court, preparation of dissenting opinions, and study of opinions circulated by other Justices. But a large amount of time during each Recess must likewise be spent in preparation for the next round of oral arguments, as well as preparation for the continued weekly Conferences dealing with petitions for certiorari and appeals. (...) As the opinions in the cases heard early in the Term are written, circulated, and obtain a majority within the Court, and whatever dissenting views respecting them are likewise circulated, the Friday Conference will decide that such a case is ready to 'come down'. This means that immediately after we go on the bench at ten o'clock in the morning for a day of oral argument, the Justice who has written the opinion will briefly summarize the holding of the case and the Clerk of the Court will make copies of the Court opinion and dissenting opinions available to the public. Before this particular moment, all of the drafting, changing, circularizing within the Court are regarded as absolutely confidential; the minute the opinion is handed down, it is available to the public and subscribers to a publication such as Law Week may obtain its full text in a matter of days." Tradução livre: "Começando na primeira semana de outubro de cada ano, iniciamos um novo período; começamos o período tendo três dias de argumentos orais perante o plenário, sentados na Sala de Julgamentos públicos no prédio da Suprema Corte em Washington (...) Assim que saímos do plenário na tarde de quarta-feira, por volta das três horas, entramos em 'conferência' em uma sala adjacente aos gabinetes do Chefe de Justiça. A conferência é frequentada apenas pelos membros da Corte (...) O Chefe de Justiça inicia a discussão de cada caso com um resumo dos fatos, sua análise da lei e um anúncio de seu voto proposto (ou seja, se deve confirmar, reverter, modificar, etc.). A discussão passa então para o Juiz Associado mais antigo, que faz o mesmo. Em seguida, segue para o Juiz Associado júnior. Quando a discussão de um caso é concluída, a discussão do próximo é imediatamente retomada, até que todos os casos argumentados na pauta dessa Conferência específica tenham sido resolvidos (...) No início da semana seguinte às sessões de dois semanas de argumentos orais, o Chefe de Justiça distribui aos outros membros da Corte uma Lista de Atribuições, na qual ele atribui a redação da opinião da Corte a todos os casos em que ele votou com a maioria da Conferência. Quando o Chefe de Justiça estava em minoria, o Juiz Associado sênior que votou com a maioria atribui o caso (...) Durante o recesso após as duas semanas de argumentos orais, parte do tempo dos Juizes, dos auxiliares de Justiça e dos secretários é dedicada à preparação das opiniões que serão escritas para a Corte, preparação de opiniões dissidentes e estudo de opiniões circuladas por outros Juizes. Mas uma grande quantidade de tempo durante cada recesso também deve ser gasta na preparação para a próxima rodada de argumentos orais, bem como na preparação para as Conferências semanais contínuas que tratam de petições de certiorari e apelações (...) À medida que as opiniões nos casos ouvidos no início do período são escritas, circuladas e obtêm maioria dentro da Corte, e quaisquer visões dissidentes a respeito delas também são circuladas, a Conferência de sexta-feira decidirá que tal caso está pronto para ser 'divulgado'. Isso significa que imediatamente após subirmos ao plenário às dez horas da manhã para um dia de argumento oral, o Juiz que redigiu a opinião resumirá brevemente a decisão do caso e o Secretário da Corte disponibilizará cópias da opinião da Corte e das opiniões dissidentes ao público. Antes desse momento específico, todo o processo de redação, alteração e circulação dentro da Corte é considerado absolutamente confidencial; no momento em que a opinião é divulgada, ela fica disponível ao público e assinantes de uma publicação como a Law Week podem obter seu texto completo em questão de dias".

Tanto é assim que causou grande alvoroço o vazamento da minuta de opinião da corte, em fevereiro de 2022, redigida pelo *Justice* Samuel Alito no caso *Dobbs v. Jackson Women`s Health Organization*, que antecipou a notícia da revogação do caso *Roe v. Wade* e a restrição do entendimento até então vigente sobre o direito ao aborto. Embora o *Chief Justice* John Roberts tenha reconhecido a autenticidade do documento, mas afirmou que não se tratava da decisão final da corte ou a posição de qualquer membro sobre a questão, a publicação do acórdão como a opinião da corte meses depois confirmou a substantiva semelhança entre a minuta e a decisão final,⁴¹⁷ bem como o compartilhamento do voto escrito para os demais juízes meses antes da deliberação final. Aliás, em comunicado disponibilizado pela Suprema Corte norte-americana como resposta ao vazamento, atestou-se que os *Justices* circulam minutas de votos internamente como rotina e como parte essencial do trabalho deliberativo confidencial da corte.⁴¹⁸

Já no contexto brasileiro, a publicidade do julgamento reforça, ainda mais, a mencionada centralidade da sessão.⁴¹⁹ De fato, é nesse momento que os ministros formam o colegiado e deliberam sobre o resultado a ser proclamado pelo Presidente, tornando definitiva, naquela rodada, a tomada de decisão (diz-se naquela rodada, pois a decisão é passível de alterações posteriores em razão de recursos). A publicidade, portanto, gera a expectativa e estabelece o compromisso para as partes e para o público de que aquele resultado foi alcançado pelas razões expostas durante a sessão.⁴²⁰

Isso significa dizer que as questões suscitadas na sessão de julgamento são, de certa forma, vinculantes aos ministros. O voto poderá ser mais bem detalhado, mas não poderá ser reescrito para indicar um fundamento ou um resultado completamente novo e diferente.⁴²¹

⁴¹⁷ “*Lengthier opinions and shrinking cohesion: indications for the future of the Supreme Court*”, SCOTUS Blog, 28 de julho de 2022. Disponível em: <<https://www.scotusblog.com/2022/07/lengthier-opinions-and-shrinking-cohesion-indications-for-the-future-of-the-supreme-court/>>. Acesso em 20 de março de 2023.

⁴¹⁸ “Press release, 05/03/22”, Supreme Court Website, 05 de março de 2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22>. Acesso em 20 de março de 2023.

⁴¹⁹ KLAFFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 181.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 199.

⁴²¹ Essa situação foi vivenciada pelo STF e gerou forte insatisfação dos ministros dos ministros da corte. CARVALHO narra que, num julgamento de *habeas corpus* para um oficial da Aeronáutica flagrado com

KLAFKE aponta que a centralidade da sessão de julgamento, inclusive em relação à fase pós-decisional, gera uma segunda consequência: a de reduzir a relevância da fase de redação dos acórdãos, “*porque esgotam, de certa forma, a finalidade do registro escrito da decisão*”, tendo em vista que “*as partes e o público tomam ciência do teor dos votos e das manifestações dos ministros na sessão, conhecem as correntes vencedora e vencida e sabem o resultado do julgamento naquele momento*”.⁴²²

A afirmativa é apenas parcialmente verdadeira. De fato, as partes e o público conhecem, durante o julgamento, as posições dos ministros e o resultado proclamado. Há, realmente, ministros que leem a integralidade dos seus votos já previamente escritos durante a sessão, os quais comporão o acórdão a ser publicado.

E, além disso, embora o art. 1.040 do CPC condicione a negativa de seguimento do recurso ou a remessa dos autos para o juízo de retratação à publicação do acórdão paradigma, é entendimento já pacificado no STF o de que a aplicação da tese de repercussão geral pelos juízes e tribunais independem do trânsito em julgado ou mesmo da publicação do acórdão.⁴²³

33 quilos de cocaína no avião da Força Aérea Brasileira (FAB), o ministro Marco Aurélio concedeu a ordem por considerar ilegal a prisão preventiva, por excesso de prazo, assegurando ao acusado o direito de aguardar o julgamento em liberdade. O julgamento se encerrou por unanimidade na 2ª Turma. Todavia, ao formalizar o acórdão, o ministro Marco Aurélio acrescentou mais uma expressão no dispositivo do seu voto: “*na hipótese de condenação, a imutabilidade do ato processual formalizado*”. Esse acréscimo significaria que, mesmo em caso de condenação, o réu deveria permanecer em liberdade.

Sobreveio a condenação do paciente e o magistrado de primeira instância determinou a prisão do réu. Em novo habeas corpus ao STF, o paciente se fiou na expressão acrescida no voto do ministro Marco Aurélio para pedir a sua liberdade.

Marco Aurélio, relator por prevenção, concedeu a liminar no *habeas corpus* e reafirmou a sua posição anterior, inclusive o trecho acrescido. Quando o feito foi para a pauta da 2ª Turma, o ministro Nelson Jobim questionou o teor da decisão anterior e acusou o relator de ter incluído a expressão final sem a concordância do colegiado. A ministra Ellen Gracie pediu vista dos autos e concluiu, após analisar a sessão de julgamento do primeiro habeas corpus, que, por um lapso do voto condutor, o trecho havia sido inserido indevidamente. Somente após duas sessões o ministro Marco Aurélio admitiu a discrepância e, reconsiderando o seu voto, reconheceu que o acréscimo ao acórdão não fora deliberado pela Turma.

Segundo CARVALHO, essa situação gerou grave crise entre os ministros, tendo Nelson Jobim, Carlos Velloso e Ellen Gracie, integrantes da 2ª Turma à época, planejado para levar Marco Aurélio ao impeachment no Senado (CARVALHO, Luiz Maklouf. Data vênica, o Supremo: como funciona e o que acontece no STF. *Revista Piauí*, n. 47, agosto de 2010. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/data-venia-o-supremo/>>. Acesso em 18 de maio de 2023).

⁴²² KLAFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 199.

⁴²³ Citem-se explicativamente o AgR no ARE 673.256 (1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, sessão de 08/10/2013) e os EDcl no AgR no RE 1.035.126 (2ª Turma, relator Min. Dias Toffoli, sessão de 09/09/2017).

No entanto, por vezes, os ministros apenas sintetizam sua posição e indicam a existência de voto escrito a ser anexado ao acórdão. Noutros casos, há debates que serão transcritos pela taquigrafia. E, por fim, pode ocorrer de algum ministro manifestar sua concordância com o relator ou outro colega apenas se um ajuste for feito no voto originalmente apresentado.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da ADI 4.029. A ata da sessão de julgamento demonstra que, em 07/03/2012, proclamou-se o resultado no sentido de que “o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente”. No entanto, o voto do ministro relator, Luiz Fux, que foi juntado ao acórdão conclui no sentido de “julgar a presente Ação Direta improcedente, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional...”.

A divergência entre o resultado proclamado na ata e o voto apresentado pelo relator é identificada e justificada na leitura dos debates ocorridos no dia seguinte, 08/03/2012, em razão de questão de ordem levantada pelo relator. Nessa oportunidade, o ministro indica que acolheria a proposta formulada pelo ministro Cezar Peluso em seu voto. E, como consequência dos debates e da adequação do voto do relator, o tribunal chegou à conclusão de que o dispositivo – então proclamado como parcial procedência – deveria ser alterado para o juízo de improcedência. O ministro Fux, então, afirmou: “*Senhor Presidente, pode proclamar [a improcedência] e eu vou redigir*”.

Disso se extrai que o voto do relator constante do acórdão foi adaptado posteriormente para estar de acordo com o que decidido na sessão. Ou seja, apesar de o acórdão poder gerar a compreensão de que o voto do Relator foi, desde sempre, pela improcedência da ação, esse resultado somente foi construído na sessão de julgamento do dia seguinte,⁴²⁴ em razão de deliberação ocorrida em questão de ordem.

⁴²⁴ KLAFFE, Guilherme Forma. Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 302.

Mais do que isso, embora as sessões de julgamento sejam transmitidas ao vivo e disponibilizadas no YouTube, o acórdão é o documento final que formalizará os fundamentos e a decisão. Daí porque se entende que a publicidade das sessões, embora possibilite a identificação de como cada julgador votou, não retira a relevância do documento escrito resultante da deliberação colegiada.

Até porque, no decorrer da sessão, em razão da ordem de votação ou dos apartes, os fundamentos determinantes para a tomada da decisão não estarão necessariamente claros e inteligíveis.

Portanto, mesmo que, em razão da publicidade do julgamento, já seja conhecido como se formou a decisão, o acórdão permanece tendo a sua relevância para o sistema jurídico, tendo em vista ser ele o documento oficial de formalização da tomada de decisão colegiada.

Diante desse cenário, o ponto central da fase pós-decisional é a confecção do acórdão, que, como se viu, deve respeitar o decidido na sessão de julgamento (fase decisional).

Assim, estabelecida a corrente vencedora na forma dos tópicos anteriores, caberá ao relator ou, se vencido este, ao autor do primeiro voto vencedor a confecção do acórdão no formato de opinião da corte.

A elaboração da opinião da corte deve fomentar um trabalho mais colaborativo entre os ministros. Há ao menos duas formas de a cooperação ocorrer.

Como primeira opção, pode haver a atuação conjunta dos gabinetes,⁴²⁵ de forma interna, por meio de troca de votos. Essa cooperação já existe informalmente⁴²⁶ e chegou a ser proposta formalmente pelo ministro Roberto Barroso, mas não houve discussão pelos ministros.⁴²⁷

⁴²⁵ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 380.

⁴²⁶ NUNES, Lílian Cazorla do Espírito Santo. *O procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre deliberação e decisão na corte brasileira*. 2015. 195 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2015, p. 167; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 347; KLAFKE, Guilherme Forma. *Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*. 2019. 349f. Doutorado — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 152.

⁴²⁷ “Em sua primeira sessão plenária no Supremo Tribunal Federal, o ministro Roberto Barroso propôs uma mudança para dar racionalidade e poupar tempo nos julgamentos da corte. O ministro se dispôs

A troca de votos entre gabinetes, procedimento que hoje existe na fase pré-decisional, pode também ocorrer na fase pós-decisional, justamente para possibilitar a revisão ou aprovação da opinião da corte a ser publicada. Isto é, uma vez decidido o resultado do julgamento, o redator do acórdão disponibilizaria o voto contendo o entendimento prevalecente aos demais ministros componentes da corrente vencedora para adaptações ou complementações a serem aprovadas.

Foi justamente a partir de uma cooperação entre os julgadores, pela primeira vez na história dos tribunais brasileiros, houve a apresentação de um voto conjunto no STF, proferido pelos ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes no referendo da medida cautelar na ADI 7222.

Essa ação foi proposta pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNSaúde) contra a Lei 14.434/2022, que instituiu o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. O relator, ministro Roberto Barroso, deferiu monocraticamente a medida cautelar requerida, para suspender os seus efeitos até a avaliação dos impactos esperados sobre a situação financeira de Estados e Municípios; a empregabilidade; e a qualidade dos serviços de saúde. Após manifestação das partes, o relator revogou parcialmente a cautelar anterior, restabelecendo os efeitos da Lei 14.434/2022, com exceção da expressão “*acordos, contratos e convenções coletivas*”.

O feito, então, foi levado ao colegiado para referendo da cautelar concedida monocraticamente. Na sessão virtual de 19/05/2023 a 26/05/2023, o relator apresentou o seu voto pelo referendo da decisão que revogou parcialmente a medida cautelar e o ministro Edson Fachin manifestou divergência, para revogar integralmente a decisão cautelar originalmente deferida. Nessa sessão, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

a encaminhar as conclusões de seus votos nos processos em que é relator aos colegas, para que todos tenham conhecimento antecipado de como irá decidir a matéria discutida.

Na prática, o sistema faria com que os ministros que concordam com a tese do relator não tivessem de investir tempo para elaborar seus votos sobre o tema. A proposta ajuda inclusive aqueles que pretendem divergir, já que podem contrapor as razões do relator com mais propriedade. A proposta foi feita ao fim do voto de Barroso em Mandado de Segurança (MS 28.160) que contestava decreto presidencial que desapropriou, para fins de reforma agrária, um imóvel rural na cidade de Chorozinho, no Ceará. Os ministros mantiveram a desapropriação”. In: “Barroso propõe racionalidade aos julgamentos no STF”. Os Constitucionalistas, 03/08/2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/barroso-propoe-racionalidade-aos-julgamentos-no-stf>>. Acesso em 15 de maio de 2023.

A ação retornou para a pauta de sessão virtual de 16/06/2023 a 23/06/2023, ocasião em que, como dito, pela primeira vez,⁴²⁸ foi apresentado voto conjunto de dois ministros. O voto conjunto dos ministros Roberto Barroso (relator) e Gilmar Mendes (vistor) foi indicado como de “*ratificação, explicitação e complementação ao voto do relator*”, tendo sido apresentadas os seguintes fundamentos para a sua prolação:

4. Após a suspensão do julgamento e diante da complexidade da questão em pauta, sua relevância para a categoria envolvida e o impacto sobre Estados, Municípios, entidades privadas e sobre a sociedade em geral, os Ministros que subscrevem o presente voto convergiram no sentido de referendar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, com a seguinte complementação conjunta:

(i) eventual insuficiência da “assistência financeira complementar” aos entes subnacionais instaura o dever da União de providenciar crédito suplementar, cuja fonte de abertura serão recursos provenientes do cancelamento, total ou parcial, de dotações tais como aquelas destinadas ao pagamento de emendas parlamentares individuais ao projeto de lei orçamentária destinadas a ações e serviços públicos de saúde (art. 166, § 9º, da CF) ou direcionadas às demais emendas parlamentares (inclusive de Relator-Geral do Orçamento). Não sendo tomada tal providência, não será exigível o pagamento por parte de Estados e Municípios e suas instrumentalidades;

(ii) uma vez disponibilizados os recursos financeiros suficientes, o pagamento do piso salarial deve ser proporcional nos casos de carga horária inferior a 8 (oito) horas por dia ou 44 (quarenta e quatro) horas semanais (iii) quanto aos efeitos da presente decisão em relação aos profissionais celetistas em geral (art. 15-A da Lei nº 7.498/1986), a implementação do piso salarial nacional deverá ser precedida de negociação coletiva entre as partes, como exigência procedimental imprescindível, levando em conta a preocupação com demissões em massa ou prejuízos para os serviços de saúde. Não havendo acordo, incidirá a Lei nº 14.434/2022, desde que decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação da ata deste julgamento desta decisão.

5. Os Ministros signatários do presente voto manifestam, ainda, o entendimento de que ocorre uma inconstitucionalização progressiva da fixação de pisos salariais nacionais. Em casos precedentes, envolvendo professores e agentes de saúde, tendo em vista, inclusive, o aporte de recursos pela União Federal, o Tribunal atuou de maneira deferente ao poder de conformação legislativa do Congresso Nacional. Porém, é importante deixar consignado que a generalização de pisos salariais nacionais coloca em risco grave o princípio federativo, que assegura a autonomia política, administrativa e financeira dos entes subnacionais (CF, arts. 1º, caput, 18, 25, 30 e 60 § 4º), e a livre-iniciativa, princípio fundamental e estruturante da ordem econômica (CF, arts. 1º, IV e 170, caput). Por isso mesmo, outras iniciativas nessa direção passarão a ser vistas como potencialmente incompatíveis com a Constituição.

E o texto termina com a inédita expressão: “*É o voto conjunto*”.

⁴²⁸ “*Ministros Barroso e Gilmar Mendes apresentam voto conjunto sobre piso de enfermagem*”. Portal STF, 16/06/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509072&ori=1>>. Acesso em 17/06/2023.

Não há nenhuma regulamentação institucional sobre a elaboração conjunta de votos. Tratou-se, assim, de mera atuação paralela entre os ministros e seus gabinetes. O ineditismo da medida pode ser, agora, um motivador para que novos votos conjuntos sejam formulados.

Vale mencionar que a cooperação, por meio da apresentação de voto conjunto, é prática comum na Suprema Corte britânica. Por exemplo, no recente caso *London Borough of Merton Council (Appellant) v Nuffield Health (Respondent)*, cuja decisão é de 07 de junho de 2023, *Lord Briggs* e *Lord Sales* proferiram voto conjunto, que foi seguido pelos demais julgadores participantes.⁴²⁹

Outra opção é a institucionalização de um procedimento específico para a aprovação da opinião da corte.⁴³⁰ Pode haver, por exemplo, o estabelecimento de prazos para que os gabinetes dos ministros que compõem a corrente majoritária revisem a versão redigida pelo relator. Atualmente, o RISTF já estipula prazos para que os gabinetes dos ministros liberem o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão⁴³¹ e para que o relator elabore o acórdão e a ementa.⁴³² Nada impede, portanto, que seja estabelecido um novo prazo que fomente a interação entre os gabinetes para a liberação da opinião da corte.

Alternativamente, pode-se inserir, no curso processo decisório, uma etapa posterior a do julgamento para a revisão e a aprovação da minuta do acórdão em plenário virtual sem acesso do público externo.⁴³³ Nesse caso, em linha com o que

⁴²⁹ Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2021-0144-judgment.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2023.

⁴³⁰ A previsão contida no art. 65 da Lei 28/1982, que prevê a organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional português, vai nessa linha e pode servir de inspiração:

“Artigo 65.º

Formação da decisão

1 - Concluso o processo ao relator, é por este elaborado, no prazo de 40 dias, um projeto de acórdão, de harmonia com a orientação fixada pelo Tribunal.

2 - A secretaria distribui por todos os juízes cópias do projeto referido no número anterior e conclui o processo ao Presidente, com a entrega da cópia que lhe é destinada, para inscrição em tabela na sessão do Tribunal que se realize decorridos 15 dias, pelo menos, sobre a distribuição das cópias.

3 - Quando ponderosas razões o justifiquem, pode o Presidente, ouvido o Tribunal, encurtar até metade os prazos referidos nos números anteriores.

4 - Havendo solicitação fundamentada do requerente nesse sentido e acordo do órgão autor da norma, o Presidente, ouvido o Tribunal, decidirá sobre a atribuição de prioridade à apreciação e decisão do processo.”

⁴³¹ Art. 96. (...) § 2º Os gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento.

⁴³² Art. 96. (...) § 4º A Secretaria das Sessões encaminhará os autos ao Relator sorteado ou ao Relator para o acórdão, para elaboração deste e da ementa no prazo de dez dias.

⁴³³ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 397.

sugerido por KOATZ, no prazo assinalado, o sistema virtual deveria permitir a inserção de emendas, substitutivos e destaques sobre pontos específicos.⁴³⁴ E, nesses casos, novas rodadas virtuais podem ser agendadas até se chegar ao documento final.

Não se pode descartar, naturalmente, que a adição de prazos ou de um novo procedimento interno de interação entre os ministros atrase a publicação do acórdão, considerando a data da sessão de julgamento. No entanto, em se tratando de acórdãos de mérito de repercussão geral, pelos efeitos que lhe são atribuídos, eventual demora será compensada pela maior clareza do acórdão.

Nesse sentido, ainda que, como já observado, a publicidade da sessão de julgamento no Brasil já antecipe e vincule os ministros do STF à decisão proclamada, a elaboração da opinião da corte pode se dar de modo cooperativo e colaborativo, informalmente – envolvendo a troca de minutas entre gabinetes ou a elaboração de votos conjuntos – ou institucionalmente – abrangendo a inclusão de um sistema de revisão/aprovação da opinião da corte em sessão virtual interna.

⁴³⁴ Ibid., p. 397.

5. CONCLUSÕES

Ao final deste trabalho, é preciso sintetizar as conclusões alcançadas, a fim de assentar as reflexões sobre o tema em análise.

No capítulo 1, o problema foi apresentado: viu-se que, já há um tempo, os jurisdicionados, a academia e, inclusive, alguns ministros do STF demonstram preocupação quanto à impossibilidade de se reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. E, nesse sentido, se a legislação processual brasileira, sobretudo por meio dos artigos 926 e 927 do CPC, quer enfatizar o entendimento adotado pelos tribunais como forma de garantir uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, é preciso que estejam claras as razões de decidir do órgão colegiado tomador da decisão.

Neste capítulo, também se notou a inexistência de norma que defina exatamente o formato como o acórdão deve ser formalizado e que, tradicionalmente no Brasil, a decisão final colegiada é estruturada pela disponibilização sequencial dos votos proferidos pelos julgadores (formato *seriatim*). Todavia, esse formato permite que cada ministro explicita sua interpretação acerca da questão controvertida, ocasionando, por vezes, a dificuldade de extração da fundamentação adotada para uma determinada decisão.

Viu-se, ainda, que a dificuldade de reconstrução lógica de decisão colegiada advinda do modelo *seriatim* é reforçada, no STF, pela mitigação da colegialidade caracterizada como as “onze ilhas”. O diagnóstico das “onze ilhas” compreende a falta de disposição dos ministros de atuarem coletivamente, resultando no desempenho não cooperativo e individualista dos julgadores. Essa percepção é, ainda, robustecida pelo que cunhou de “ministrocracia”, consistente no exercício, pelos ministros de forma isolada, de competências colegiadas. A ministrocracia é realizada, ao menos, de três formas: a antecipação de posições na imprensa, o controle individual da agenda (a liberação do processo, pelo relator, para julgamento; a inclusão do processo em pauta pelo presidente ou pelo próprio relator; e pelo pedido de vistas) e a prolação de decisões monocráticas que, por vezes, não são submetidas ao colegiado antes de exaurirem os seus efeitos ou alterar significativamente a situação controvertida.

Também no capítulo 1, foram apontadas algumas críticas comumente feitas ao acórdão do STF: a demora na publicação das decisões, a composição dos

documentos, a redação das ementas, o tamanho dos acórdãos e o estilo material do texto.

Estabelecido o problema, no capítulo 2 foram desenvolvidos os pressupostos a partir dos quais o trabalho foi gerido: o estabelecimento da função do Supremo Tribunal Federal a partir do texto constitucional, da legislação processual e, especialmente, da interpretação do próprio tribunal acerca de sua competência.

Nesse capítulo, foram descritos quatro modelos distintos que descrevem a atuação de uma corte de vértice e acabam por estabelecer sua função a partir do processo decisório: (i) "*Rulemaker Court*", (ii) "*Adjudication Court*", (iii) "*Reluctant Court*" e (iv) "*Experimental Court*". Os dois primeiros modelos pressupõem que o tribunal contribui para o desenvolvimento do direito constitucional ao fundamentar suas decisões e estabelecer a interpretação das normas jurídicas. A "*Rulemaker Court*" decide casos específicos, mas também anuncia regras gerais destinadas a orientar casos futuros. Já a "*Adjudication Court*" foca na resolução do caso concreto, sem buscar estabelecer regras gerais.

A "*Rulemaker Court*" é considerada efetiva ao fornecer orientação e clareza jurídica pelo fato de suas decisões conterem uma fundamentação detalhada. Essa abordagem também promove a uniformidade do direito, pois as cortes inferiores conhecem antecipadamente o entendimento da Suprema Corte. No entanto, é importante que a "*Rulemaker Court*" tome decisões após buscar informações detalhadas, deliberação cuidadosa e consideração das implicações das decisões.

Por outro lado, a "*Adjudication Court*" se baseia na resolução do caso concreto, refinando o raciocínio judicial ao longo de vários casos. Essa abordagem permite a persistência da incerteza e da falta de uniformidade por um tempo, pois o foco é resolver litígios específicos com fatos limitados. Diferentemente da "*Rulemaker Court*", a "*Adjudication Court*" não busca estabelecer regras gerais.

Os dois últimos modelos, "*Reluctant Court*" e "*Experimental Court*", partem da premissa de que a Suprema Corte não tem o papel de oferecer orientação na definição do direito constitucional. A "*Reluctant Court*" decide poucos casos e evita estabelecer regras mais amplas, sendo cautelosa e hesitante em suas decisões. Esse modelo é relutante em exercer autoridade sobre debates políticos/constitucionais e falha em fornecer clareza e certeza em relação ao conteúdo das normas constitucionais. Já a "*Experimental Court*" busca resolver muitos casos, mas com uma

abordagem mais ampla e detalhada, semelhante à "*Rulemaker Court*", o que pode gerar a proliferação de decisões desencontradas e de curta visão.

Essa exposição teve a intenção de demonstrar que esses modelos podem coexistir e a adoção de um ou outro pode depender do papel institucional a ser assumido pela Corte no contexto vigente.

E, nessa linha de raciocínio, demonstrou-se como o *writ of certiorari* impactou significativamente na função da Suprema Corte norte-americana. Atualmente, a maior parte dos casos analisados pela Corte decorre dessa concessão, que confere à Corte o poder de decidir sua própria agenda. Desde o *Circuit Courts of Appeals Act* de 1891, o acesso à Suprema Corte passou a ser mais restrito. As reformas subsequentes, como as de 1925, enfatizaram a discricionariedade da Corte e permitiram que ela selecionasse apenas os casos considerados de maior importância. Assim, o *writ of certiorari* se tornou essencial na definição do papel da Suprema Corte e na determinação do que é considerado relevante no âmbito do direito.

Portanto, a concessão do *writ of certiorari* pela Suprema Corte norte-americana é um processo de discricionariedade judicial que lhe confere o poder de escolher quais casos serão julgados. Ao longo dos anos, as restrições ao acesso à Corte foram aumentando, resultando em uma agenda controlada pela própria Corte.

Percebeu-se, então, que o poder de definir a sua agenda por meio do *writ of certiorari* garantiu à Corte a função primordial de orientar os tribunais inferiores e de estabelecer e unificar a interpretação da Constituição.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também passou por diversas reformulações ao longo do tempo que impactaram seu papel como Corte. Houve alterações na competência do tribunal, expandindo ou reduzindo sua abrangência, bem como mudanças institucionais, como o número de ministros, visando a concepção de sua função. Como afirmou BALEEIRO, "*a história do Supremo confunde-se um pouco com a própria história do Brasil republicano*". O Supremo Tribunal de Justiça, antecessor do atual STF, tinha competência limitada, mas, com a Constituição de 1891, influenciada pela doutrina constitucional norte-americana, o STF foi estabelecido como guardião da Constituição e da ordem federativa, assumindo, assim, maior relevância como poder.

Durante a Ditadura Militar, o Judiciário passou por uma ampla reforma. A Emenda Constitucional de 1965 introduziu o controle abstrato de normas perante o

STF. No entanto, as mudanças na estrutura da Corte diminuíram seu peso político, com o objetivo de favorecer os interesses do Poder Executivo. A Constituição de 1988 remodelou novamente o papel do STF, criando o Superior Tribunal de Justiça para lidar com questões do direito federal infraconstitucional e ampliando o controle concentrado de constitucionalidade. A partir de então, diversos atores ganharam legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade.

Diante da sobrecarga enfrentada pelo sistema judiciário, a Constituição de 1988 demandou reformas no processo brasileiro, e uma das vertentes reformistas buscou valorizar os precedentes judiciais, tanto na jurisdição constitucional quanto na jurisdição geral. Inicialmente, as mudanças ocorreram por meio de alterações na legislação processual, como a Lei 9.756/1998, que introduziu a influência da jurisprudência dominante dos tribunais no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, foi com a Emenda Constitucional 45/2004 que ocorreu uma ampla reforma do Judiciário, introduzindo a Súmula Vinculante e o requisito da repercussão geral das questões constitucionais no STF.

A Constituição de 1988, portanto, fortaleceu o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando os meios processuais e a legitimidade para sua propositura. Mas o controle difuso também recebeu atenção da Corte Suprema, sobretudo a partir do reconhecimento da importância da repercussão geral na definição do direito constitucional.

Buscou-se, assim, compreender a interpretação conferida pelo STF ao instituto da repercussão geral. É que, como se viu, a função do Tribunal é estabelecida não apenas pela Constituição e pela legislação, mas também pela interpretação que a própria corte interpreta os institutos que lhe são submetidos.

Ainda no capítulo 2, portanto, demonstrou-se, sob três prismas, como o STF vem moldando sua interpretação sobre o alcance do controle difuso de constitucionalidade, especialmente nos casos submetidos à repercussão geral: (i) o da reinterpretação do art. 52, X, da Constituição, iniciado no julgamento da Reclamação 4.335, tangenciado nas ações de controle concentrado que discutiram a proibição da produção e do uso de amianto e no Tema 885 de repercussão geral, mas sem um posicionamento expresso e definitivo até o momento; (ii) o da modulação dos efeitos de decisões proferidas em controle difuso; e (iii) o dos efeitos da decisão do STF em controle difuso sobre a coisa julgada de trato tributário continuado (Tema 885 de repercussão geral).

A ênfase no Tema 885 de repercussão geral é necessária: em julgamento concluído em fevereiro de 2023, o STF assentou o inequívoco reconhecimento de que a decisão proferida pela sistemática da repercussão geral contém caráter expansivo e possui relevância especial para a definição do direito; a orientação estabelecida sob esse rito é tão potente a ponto de interromper automaticamente os efeitos de uma coisa julgada favorável a outro contribuinte.

Esse entendimento reforçou a preocupação de que, se ao tribunal são conferidos amplos poderes – a ponto de que sua decisão, pela via da repercussão geral, interrompa automaticamente os efeitos futuros de coisas julgadas contrárias ao posicionamento fixado –, o jurisdicionado deve, ao menos, ter mais clareza sobre o que, de fato, a Corte decidiu.

Uma vez alicerçados os pressupostos, o capítulo 3 cuidou dos fundamentos para uma nova proposta de formatação de acórdãos de mérito de repercussão geral. Inicialmente, definiu-se a colegialidade como diretriz, já que é este o elemento caracterizador do acórdão.

Adiante, foram apresentados, como exemplos, tipos de decisões colegiadas adotados em Cortes de vértice estrangeiras.

As cortes britânicas adotam a prática de corte *seriatim*, na qual cada juiz apresenta individualmente sua decisão sobre o caso, seguido pelos votos dos demais juízes. Embora cada juiz expresse sua opinião, a corte anuncia o resultado majoritário como a decisão colegiada, sem estabelecer as razões por trás dessa decisão conjunta. Essa tradição não foi significativamente alterada pelas reformas realizadas no Judiciário britânico, como a criação da Suprema Corte em 2009, mantendo a apresentação sequencial dos votos na formação da decisão colegiada. Esse formato pode incentivar a tomada de decisões individuais em vez de buscar um consenso entre os julgadores.

Viu-se que, embora o formato *seriatim* torne o processo decisório mais transparente, ele também pode incentivar a tomada de decisões individuais em vez de buscar um consenso entre os julgadores, o que pode impactar a fundamentação e interpretação jurídica da decisão.

Já o modelo *per curiam* é utilizado na Corte de Cassação francesa, a mais alta corte no direito francês. Nessa prática, a decisão colegiada é expressa numa opinião única, não assinada e anônima, representando a conclusão alcançada pela maioria formada pelo órgão julgador. A decisão *per curiam* apresenta uma única

fundamentação jurídica que reflete as razões de decidir do colegiado, sendo essencial que o redator do acórdão se desvincule de sua convicção pessoal para elaborar a decisão escrita. O estilo dos julgamentos da Corte de Cassação é caracterizado pela concisão, raciocínio lógico e dedutivo, além da unicidade de voz, embora haja críticas à insuficiência da motivação efetivamente apresentada aos destinatários da decisão judicial.

No caso francês, além dos acórdãos, existem documentos internos da Corte de Cassação, como os projetos de acórdãos, conclusões do Advogado Geral e relatórios do Magistrado Relator, que revelam debates jurídicos mais amplos e destacam lacunas e ambiguidades do Código. Esses documentos representam o retrato extraoficial da corte, enquanto os acórdãos refletem o retrato oficial.

Por fim, nos Estados Unidos, o debate entre os modelos *seriatim* e *per curiam* gerou controvérsia ao longo do tempo. A Suprema Corte norte-americana passou por três grandes períodos em sua história. Até 1801, seguindo a tradição inglesa, a Corte adotava o modelo *seriatim*, sem regras definidas para formalizar as decisões escritas. No entanto, quando o *Chief Justice* John Marshall assumiu a presidência da Corte, ele estabeleceu a formalização da decisão por meio do modelo *per curiam*. Marshall pretendia fortalecer o papel político da Suprema Corte, conferindo maior legitimidade e certeza às suas decisões.

Atualmente, o sistema norte-americano pratica a formalização do entendimento majoritário (isto é, de opinião da corte), expressando a posição acolhida pela maioria dos juízes da Corte, juntamente com suas razões. No entanto, os juízes que concordam com o resultado, mas discordam da fundamentação, podem apresentar votos concorrentes, e os votos divergentes da corrente minoritária também são disponibilizados, contribuindo para a clareza e interpretação do entendimento majoritário. Assim, o estilo majoritário do tribunal norte-americano se situa entre os dois extremos do modelo *seriatim* e *per curiam*.

Ainda como fundamentos para uma nova proposta, foram discutidas as formas de contagem de votos para a definição do julgamento. Destacou-se a existência de dois protocolos de votação em órgãos colegiados, cuja escolha determina o resultado do julgamento. Um deles é o procedimento "caso a caso" ("*case-by-case*"), em que o resultado é determinado pela contagem dos votos sobre a procedência ou não da pretensão. O outro é o procedimento "questão a questão"

("issue-by-issue"), no qual os votos são colhidos separadamente para cada causa de pedir ou questão em discussão.

Viu-se que a escolha entre esses protocolos de votação deve ser feita com cautela, levando em consideração a estrutura complexa do objeto em discussão. O procedimento adequado depende da existência de múltiplas causas de pedir ou pedidos distintos: nesse contexto, o órgão colegiado deve colher separadamente os votos quanto a cada uma das causas de pedir, o que não significa, todavia, que a votação deve ser cindida em tantas etapas quanto sejam as questões (de fato ou de direito) que devem ser examinadas para se reconhecer ou negar cada uma das causas de pedir.

O capítulo 3 encerra com uma terceira discussão sobre a formatação do acórdão: a disponibilização ou não dos votos concorrentes e divergentes. A publicação dos votos concorrentes e divergentes possui vantagens e desvantagens. Entre as vantagens, destaca-se a transparência do processo decisório, garantindo que as razões por trás das opiniões divergentes sejam conhecidas, o que permite um controle da atuação jurisdicional e uma melhor compreensão das fundamentações. Além disso, a publicação dos votos contribui para a independência do julgador, demonstrando que ele pode divergir livremente e levando em consideração todas as vozes envolvidas no processo decisório. Por fim, a evolução do direito também é beneficiada, pois os votos dissidentes podem influenciar futuras decisões e contribuir para o diálogo interinstitucional. Por outro lado, as desvantagens incluem possíveis impactos na confiança e credibilidade do Poder Judiciário, a redução da certeza do direito devido à natureza controversa das decisões não unânimes e a gestão do tempo e volume de processos, uma vez que a elaboração e publicação dos votos demandaria recursos adicionais e poderia incentivar a litigância.

O contexto brasileiro recomenda a opção pela publicação dos votos concorrentes e dissidentes. Primeiro, porque as sessões são públicas e transmitidas ao vivo pela TV Justiça, o que torna facilmente identificável a ausência de consenso entre os membros julgadores. Segundo, porque os votos dissidentes fomentam a continuidade do debate e contribuem para o diálogo interinstitucional.

Como consequência do problema, dos pressupostos e dos fundamentos apresentados nos tópicos anteriores, o capítulo 4 detalhou uma nova proposta de formatação de acórdãos nos recursos submetidos à sistemática de repercussão geral.

De início, foi sugerida a adoção do modelo de opinião da corte – ou majoritário – como alternativa ao formato *seriatim*. Nesse ponto, concluiu-se que o modelo *per curiam*, que expressa numa opinião única, não assinada e anônima, a conclusão alcançada pela maioria, encontra dificuldades no sistema brasileiro, em que a sessão de julgamento se dá de forma pública e com transmissão ao vivo na TV Justiça. É dizer, não faz sentido o acórdão ser exposto como uma única voz do tribunal se é possível identificar claramente a posição de cada ministro e, sobretudo, a existência ou não de divergência entre os julgadores.

E, no mesmo sentido, concluiu-se que a publicidade da sessão de julgamento torna mais adequada a adoção do modelo majoritário ou de opinião da corte, já que condensa a opinião acolhida pela maioria dos ministros num só voto, permitindo, por outro lado, a disponibilização de votos concorrentes e dissidentes.

Além disso, o modelo majoritário está de acordo com a lógica por trás da repercussão geral, que pressupõe o estabelecimento de uma tese de julgamento pelo colegiado, com reflexos vinculantes para juízes e tribunais. Por essa razão, identificar, num só texto, a opinião majoritária da corte facilita a compreensão do decidido pelo STF e permite, como consequência, a mais correta aplicação da interpretação da questão constitucional decidida.

E, por fim, assentou-se, como tese proposta, que o modelo majoritário ou de opinião da corte atende de forma mais satisfatória uma das funções da fase pós-decisional do julgamento colegiado: o de manter aberta a possibilidade de novas rodadas deliberativas no futuro.

Na sequência, foi feito um exame da legislação e do regimento interno do STF, a fim de que sejam verificados os eventuais ajustes normativos necessários. Nessa etapa, viu-se que o CPC exige que o acórdão contenha o relatório, os fundamentos, o dispositivo (definido com a proclamação do resultado do julgamento pelo presidente do colegiado, após a colheita dos votos dos julgadores), bem como a ementa e a publicação do voto vencido. Mas não estipula a sua estrutura.

Também o RISTF dispõe sobre o que deve conter no acórdão (relatório, votos escritos e apartes do julgamento), mas não detalha a forma como tais elementos devem ser confeccionados ou apresentados. Notou-se, assim, que nem a lei nem o regimento interno do STF disciplinam, explicitamente, o modelo *seriatim* tradicionalmente adotado em nossos tribunais, havendo, dessa forma, uma abertura para repensar a forma como o acórdão deva ser publicado.

Nesse cenário, passou-se aos aspectos práticos, atinentes a ajustes necessários na fase decisional, seja nas sessões presenciais, seja nas sessões virtuais.

Nas sessões presenciais, percebeu-se a necessidade de que a corte estabeleça bem os limites objetivos da demanda e dos pontos de julgamento, preferencialmente quando do reconhecimento da repercussão geral. Além disso, apontou-se a necessidade de que cada causa de pedir seja examinada e votada de modo separado, assim como as questões preliminares e outras matérias autônomas como modulação de efeitos. Somente se especificamente enfrentadas as normas constitucionais em discussão tidas por violadas – cujo apontamento é necessário no recurso extraordinário – será possível congregando os votos individuais e assentando a opinião da corte. Por fim, sugeriu-se que o momento do estabelecimento da tese seja aproveitado para que o colegiado, capitaneado pelo Presidente, firme a posição vencedora e delibere sobre o fundamento consensual majoritário, sempre identificando com precisão as normas constitucionais que basearam aquela orientação.

Nas sessões virtuais, como primeiro ponto, foi apontada a necessidade de aprimoramento do sistema virtual de votação (que muito já evoluiu nos últimos três anos): deve ser desenvolvido o mecanismo de opções de voto, a fim de que seja possível extrair, com maior clareza, os detalhes dos votos disponibilizados, especialmente a respeito da fundamentação e de questões autônomas. Como segunda sugestão, indicou-se a conveniência de que, havendo interesse das partes, a sustentação oral em recursos submetidos à repercussão geral ocorra necessariamente em sessão presencial, ainda que o feito seja incluído posteriormente em sessão virtual. Por fim, como terceira recomendação, é importante que estejam claros os pontos consensuais ou majoritários e aqueles que, embora tenham colaborado para o resultado proclamado, não encontraram amparo pela maioria dos ministros. Se, porém, não for possível, a partir do sistema virtual de votação, extrair a opinião da corte, a solução é suspender a sessão para que, em plenário presencial, o colegiado se reúna para definir os fundamentos acolhidos pela maioria.

Sugeridos os ajustes para a fase decisional, passou-se, então, a tratar da confecção da opinião da corte, que compreende efetivamente a fase pós-decisional. Nessa etapa, destacou-se a necessária convergência entre o que ocorre na sessão de julgamento e a decisão final escrita e publicada. Assim, estabelecida a corrente

vencedora na forma dos tópicos anteriores, caberá ao relator ou, se vencido este, ao autor do primeiro voto vencedor a confecção do acórdão no formato de opinião da corte.

Estruturalmente, o acórdão deixaria de ser organizado como uma sequência de eventos da sessão de julgamento e passaria a apresentar, após a ementa e a ata do resultado, a opinião da corte baseada no entendimento da maioria do colegiado. Os votos concorrentes e dissidentes são apresentados em seguida. Essa mudança na estrutura facilitaria a compreensão e sistematização do que foi decidido, atribuindo maior relevância à opinião da corte. As notas taquigráficas, contendo os apartes e as discussões orais, seriam disponibilizadas como anexo.

Além disso, sugeriu-se a necessária aprovação, pela corrente majoritária, da opinião da corte a ser publicada. Isto é, a elaboração da opinião da corte deve fomentar um trabalho mais colaborativo entre os ministros. Foram apontadas ao menos duas formas de essa cooperação ocorrer. Como primeira opção, pode haver a atuação conjunta dos gabinetes, de forma interna, por meio de troca de votos ou mesmo por meio da elaboração de votos conjuntos, como recentemente se viu com ineditismo no STF. Esse procedimento que hoje existe na fase pré-decisional, pode também ocorrer na fase pós-decisional, justamente para possibilitar a revisão ou aprovação da opinião da corte a ser publicada.

Outra opção é a institucionalização de um procedimento específico para a aprovação da opinião da corte, a qual pode ser realizada por meio do estabelecimento de prazos para que os gabinetes dos ministros que compõem a corrente majoritária revisem a versão redigida pelo relator ou pela inserção, no curso processo decisório, uma etapa posterior a do julgamento para a revisão e a aprovação da minuta do acórdão em plenário virtual sem acesso do público externo.

São por essas razões que se compreende que este trabalho tem um objetivo prático: partindo da compreensão atualmente vigente no Supremo Tribunal Federal acerca da função do tribunal e da força que é atribuída à sistemática da repercussão geral, busca-se debater o aprimoramento de como a Corte comunica suas decisões.

Nesse sentido, o aperfeiçoamento que se sugere – por meio de uma nova formatação para os acórdãos de mérito de repercussão geral, com a adoção do modelo de opinião da corte – tem como objetivo suscitar a reflexão para que se

forneça solução ao problema de como identificar mais claramente a fundamentação adotada pelo tribunal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária – déficit deliberativo e violações constitucionais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, São Paulo: IDBT, 2020.

ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000.

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015.

BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting precedents – a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, v. 58, n. 231, jul./set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BICKEL, Alexander. The Supreme Court 1960 term - Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961.

BORGES, Adriano Souto. *Cortes constitucionais e democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil*.

2016. 167 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BRASIL. Mensagem n. 19, de 1965 (C.N). *Diário Oficial do Congresso Nacional*, Poder Legislativo, Brasília/DF, 05 de novembro de 1965, Seção I, p. 9295/9298.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/codi/anexo/Pesquisa_Plenario_Virtual.pdf>.

Acesso em 23 de janeiro de 2023.

BRENNAN, William J. In defense of dissents. *The Hastings Law Journal*, v. 37, 1985, p. 430.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?*. 2017. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. Data vênua, o Supremo: como funciona e o que acontece no STF. *Revista Piauí*, n. 47, agosto de 2010. Disponível em:

<<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/data-venia-o-supremo/>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. Supremo Tribunal Federal: entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 3, n. 2, Jul-Dez/2016.

EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The lottery docket. *Michigan Law Review*, v. 116, n. 5, 2018.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Aberto Martins; CHAVES, Vitor Pinto. *III Relatório Supremo em números: o supremo e o tempo*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FARIA, José Eduardo. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. *Colóquio Internacional – Direito e Justiça no Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 24 de março de 2023.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; LOPES, Marina Jacob; LANGENEGGER, Natalia. Ementas como reflexo do acórdão?. In: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (org.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014.

FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do plenário. *Revista Direito e Praxis*, v. 12, n. 2, 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. *STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, 2022.

HARRISON, John. Role of the legislative and executive branches in interpreting the Constitution. *Cornell Law Review*, v. 73, n. 2, 1988.

HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges' s Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, 2000.

HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: a theory of dissent. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper nº 363*, 2007.

KLAFKE, Guilherme Forma. *Continuidade e mudança no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*. 2019. 349f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

KLAFKE, Guilherme Forma. Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas. *FGV Direito SP Research Paper Series No. 132*, 2015.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Deliberação e procedimento no STF: discutindo a relação*. 2015. 442 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Journal of Institutional Studies*, v. 1, n. 1, 2015.

KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, 1993.

KORNHAUSER, Lewis. A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, 1986.

KOZEL, Randy J.; POJANOWSKI, Jeffrey. Discretionary dockets. *Constitutional Commentary*, v. 31, 2016.

LASSER, Mitchel de S.O.l'E. Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the French legal system. *Yale Law Journal*. V. 104, n. 6, 1995.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 145, 1981.

LEIMAN, Joan Maisel. The rule of four. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 7, 1957.

LYNCH, Andrew. Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul (orgs). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelas: Byulant, 1978.

MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford, Claredon, 1987.

MACEDO, Luana Vargas. Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011. *Revista da PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, v. 1, n. 2, 2011.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 140, out./dez. 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. *Duke Law Journal*, v. 56, 2006.

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

MAZZOLA, Marcelo; VALE, Luís Manoel Borges do. Contagem de votos: divergências quantitativa/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais. *Revista de Processo*, v. 317, jul./2021.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Saraiva: São Paulo, 2011.

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

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle constitucional: um caso clássico de mutação constitucional. *Direito Público*, v. 1, n. 4, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NARECHANIA, Tejas. N. Certiorari in important cases. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 4, 2022.

Note "From consensus to collegiality: the origins of the 'respectful' dissent". *Harvard Law Review*, n. 124, 2011.

NUNES, Dierle Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RDPPro*, ano 23, n. 92, 2015.

NUNES, Lílian Cazorla do Espírito Santo. *O procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre deliberação e decisão na corte brasileira*. 2015. 195 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2015.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 36, n. 105, 2021.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci; STERN, Rafael Bassi; NOLI, Ana Fernanda. Processo decisório do Supremo Tribunal Federal na transição democrática brasileira (1978-1988). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 9, 2022.
- PALMER, Barbara. The “Bermuda Triangle?”: the cert pool and its influence over the Supreme Court’s agenda. *Constitutional Commentary*, v. 18, n. 1, 2001.
- PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos. Uma justificativa a partir do universalismo*. 2013. 179 f., Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 228 f., Tese (Doutorado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em números: quem decide no Supremo?: tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.
- POSENATO, Naiara. A reforma do estilo das decisões judiciais da *Cour de Cassation*. *Revista de Processo*. vol. 336, ano 48, São Paulo: Ed. RT, fevereiro de 2023.
- PROVINE, Doris Marie. *Case selection in the United States Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- RAY, Laura. K. The road to Bush v. Gore: the history of the Supreme Court’s use of the *per curiam* opinion. *Nebraska Law Review*, v. 79, issue 3, 2000.
- REHNQUIST, William H. The supreme court’s conference. In: O’BRIEN, David M. (org). *Judges on judging – views from the bench*. Washington D.C.: SAGE CQ Press, 2016.
- RUDDEN, Bernard. Courts and codes in England, France and Soviet Russia. *Tulane Law Review*. V. 48, 1974.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

- SHAPIRO, Carolyn. The limits of the Olympian Court: common law judging versus error correction in the Supreme Court. *Washington and Lee Law Review*, v. 63, n. 1, 2006.
- SILVA, Jeferson Mariano. Mapeando o Supremo. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 1, nº 1, 2015.
- SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021
- SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002.
- SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012.
- STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996, p. 2257.
- STRECK, Lenio Luiz. A colegialidade e o julgamento do HC preventivo 152.752. In: TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Mota. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Emenda Regimental nº 24, de 28 de setembro de 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105283/Emr_24_2016_PRE.pdf>. Acesso em 12 de abril de 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL021-2007.PDF>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 42, de 02 de dezembro de 2010. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental042-2010.pdf>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 51, de 22 de julho de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL051-2016.PDF>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 52, de 14 de junho de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL052-2019.PDF>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL053-2020.PDF>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 54, de 01 de julho de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL054-2020.PDF>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 58, de 19 de janeiro de 2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental058-2022.pdf>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2023.

THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General. *George Mason Law Review*, v. 16, n. 2, 2009.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. (Org.). *Interpreting precedents – a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

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

VALE, André Rufino do. A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade. In: TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, out./dez. 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4., n. 2, 2008.

VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014.

VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. (In)devido processo: precedentes e tecnologia em um sistema judiciário sobrecarregado. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 26, n. 1, jan-abr/2021.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, 2009.

WELLS, Michael. French and american judicial opinions. *Yale Journal of International Law*, v.19, 1994.

WILBERFORCE, Lord. La chambre des lords. In: La cour judiciaire suprême: une enquête comparative. *Revue Internationale de Droit Compare*, 30-1, p. 85-96, 1978.

ANEXO A – Exemplo de acórdão da Suprema Corte britânica

Hilary Term
[2021] UKSC 8
On appeal from: [2018] EWCA Civ 1641

JUDGMENT

**Royal Mencap Society (Respondent) v Tomlinson-
Blake (Appellant)
Shannon (Appellant) v Rampersad and another
(T/A Clifton House Residential Home)
(Respondents)**

before

**Lord Kerr
Lord Wilson
Lord Carnwath
Lady Arden
Lord Kitchin**

JUDGMENT GIVEN ON

19 March 2021

Heard on 12 and 13 February 2020

Appellant
(Tomlinson-Blake)
Sean Jones QC
Andrew Edge
Leo Davidson
(Instructed by UNISON
Legal Services (London))

Appellant
(Shannon)
Caspar Glyn QC
Chesca Lord
(Instructed by Thomas
Mansfield Solicitors)

Respondent
(Royal Mencap Society)
David Reade QC
Niran de Silva QC
Georgina Leadbetter
(Instructed by Simons
Muirhead & Burton
(London))

Respondents
(Rampersad and Rampersad)
Judy Stone
Christopher Parkin
(Instructed by Morrison &
Foerster LLP (London))

Intervener
(Local Government Association)
Anne Redston
(Instructed by the Local
Government Association Legal
Department)

1. Following the hearing of these appeals, Lord Kerr of Tonaghmore, who had presided over it, sadly died while in the course of preparing a judgment upon them. In those circumstances the court made a direction under section 43(2) of the Constitutional Reform Act 2005 that the court was still duly constituted in the proceedings by the remaining four justices. The direction was made in the light of the consent of the parties and of compliance with the other requirements of subsection (3).

LADY ARDEN:

Overview

2. No one would doubt the importance in society today of carers and wardens who help to look after those who through age or infirmity cannot look after themselves. Parliament has in some cases imposed statutory duties on public authorities to provide carers. Carers are among those who may have to work sleep-in shifts, ie shifts when they have to be at or near their place of work but during which they may, with the permission of their employer, sleep for some or all of that time. Such workers who may sleep during their shift hours (whom I will call “sleep-in workers”) may be among the low paid, and hence the key question with which these appeals are concerned: how is the number of hours in their case to be calculated for the purposes of the National Minimum Wage (or “NMW”)?

3. In my judgment for the detailed reasons given below, the answer to this question turns in the case of Mrs Claire Tomlinson-Blake on the meaning of regulation 32 of the National Minimum Wage Regulations 2015 (“the 2015 regulations”), which came into force on 6 April 2015 and apply to the whole of the United Kingdom. In her case, on the facts as found by the employment tribunal, the effect of the relevant regulations, in particular regulation 32 applying to “time work”, is that the number of hours she worked excluded the hours when she was permitted to sleep unless she was awake for the purpose of working.

4. In the case of Mr John Shannon, a night care assistant, the regulations, being in his case those applying to “salaried hours” work, within the preceding National Minimum Wage Regulations 1999 (“the 1999 regulations”), have the same effect. In those circumstances I would dismiss both these appeals.

5. In determining the meaning of the regulations, the Court may take into account documents which show the mischief to which the regulations were directed. In this case we were taken to the reports of the Low Pay Commission (or “LPC”), which, as first recognised in *Walton v Independent Living Organisation Ltd* [2003]

EWCA Civ 199; [2003] ICR 688 are particularly relevant where they contain recommendations which have been accepted by the government, and so I start by giving a brief description of the NMW and explaining the role of the LPC in relation to the NMW.

The National Minimum Wage and the role of the Low Pay Commission

6. Most people will be familiar with the existence of the NMW. It was introduced by the National Minimum Wage Act 1998 (“the NMWA 1998”). It is a single hourly rate (with a lower rate or rates for certain workers) fixed by a government minister following a report from the LPC. When the President of the Board of Trade, the Rt Hon Margaret Beckett MP, made a statement in the House of Commons on 18 June 1998 accepting the recommendations of the First Report of the LPC, she stated that setting the NMW at the levels then announced would help some “2m workers escape from poverty pay, without adverse effects on jobs or inflation. That will include 1.4m women; more than 1.3m part-time workers; some 200,000 young people; about 110,000 homeworkers; approximately 175,000 lone parents who work; and some 130,000 ethnic minority workers.” (Hansard (HC Debates), 18 June 1998, vol 314, col 508). Those figures will no doubt have changed since 1998, but the NMW remains a measure of considerable importance to millions of workers in the United Kingdom and part of the infrastructure of our democratic society.

7. A crucial question for an employer to whom the NMWA 1998 applies is whether the remuneration he is paying to his workers is at least equal to the NMW because, if it is not, he is liable to pay arrears and to financial and criminal penalties. In order to ascertain whether an employer is paying the NMW, there has to be a calculation of the worker’s hourly pay, and so there are detailed rules as to what payments or benefits may be taken into account and what deductions may be made. The number of hours is calculated by rules which differ according to whether the work is salaried hours work, time work, output work or unmeasured work. To determine the correct classification, it is necessary to look at the way the worker is paid. If the employer pays the worker a salary calculated on an annual basis for an ascertainable number of hours, it is salaried hours work (for the full meaning of salaried hours work, see regulation 4 of the 1999 regulations and regulation 21 of the 2015 regulations); if he pays the worker by reference to a set number of hours, and not by way of salary, it is time work (for the full meaning of time work, see regulation 3 of the 1999 regulations and regulation 30 of the 2015 regulations, set out in para 17 below); if he pays the worker by reference to the unspecified hours that he works, it is unmeasured work (for the full meaning of unmeasured work, see regulation 6 of the 1999 regulations and regulation 44 of the 2015 regulations); if he pays the worker by reference to piecework, it is output work (for the full meaning of output work, see regulation 5 of the 1999 regulations and regulation 36 of the 2015 regulations).

8. The provisions that regulate the calculations of the hours which a worker works for the purposes of the NMW are separate from those that apply for the purposes of the Working Time Regulations 1998, which have not formed any part of the argument in this case. In the case of the NMW, there are exceptions to the hours that may be counted. In the case of time work and salaried hours work, there is a “home” exception. A worker, if not actually working but who is available for work, may not count time when he is available if he is at home. For the same two types of work, there is also the “sleep in” provision now contained in, respectively, regulation 32 and regulation 27 of the 2015 regulations, which is at the heart of these appeals, to which I will come when I consider the legislative history of the regulations. The facts of Mrs Tomlinson-Blake’s case illustrate how these provisions work. I summarise the facts of her case and those of Mr Shannon in the next section of this judgment.

9. The current, statutory LPC was established pursuant to section 8 of the NMWA 1998. It has an authoritative and influential role in the setting of the NMW, which is done periodically. Its membership is drawn from both sides of industry and those with relevant knowledge and experience (NMWA 1998, Schedule 1). The reports of the LPC disclose the depth of investigation and consultation which it undertakes in discharging its statutory responsibilities. The Secretary of State can refer matters to it for its consideration at any time in accordance with section 6 of the NMWA 1998, and, if its recommendations are required to be implemented by new regulations, the Secretary of State must inform Parliament if those recommendations are not accepted and why (section 5(4) of the NMWA 1998 as applied by section 6(3) of that Act). That means, as I see it, that if the Secretary of State accepts certain recommendations, the court should approach the regulations on the basis of the presumption that they do in fact implement the LPC’s recommendations.

10. Significantly, the pre-legislative LPC (under the chairmanship of Professor Sir George Bain) was asked to recommend the initial level for the NMW, and the method by which rates of NMW should be calculated, and that was done in the first report of the LPC, to which I refer below. The government largely accepted the recommendations in that report. Accordingly, that report is an important aid to the interpretation of the 1999 regulations, which deal with the calculation of the NMW. These have been amended in respects which are generally not material to these appeals and were then consolidated in the 2015 regulations. The explanatory note to the 2015 regulations states that those regulations “remake [the 1999 regulations] and consolidate the amendments made to those Regulations” and the explanatory memorandum prepared by the sponsoring department (the Department for Business, Innovation and Skills) for Parliament also stated that they did “not introduce substantive changes to the rules”.

Legislative history of the Regulations

11. The NMWA 1998 is a framework Act, setting out the details of the NMW for which primary legislation was required. Under section 5(2), before making the 1999 regulations, the Secretary of State had to refer to the LPC certain matters including “(c) what method or methods should be used for determining under section 2 above the hourly rate at which a person is to be regarded as remunerated for the purposes of this Act”.

12. The first report of the LPC was presented to Parliament in June 1998 (*The National Minimum Wage - First Report of the Low Pay Commission* (Cm 3976)). It contained a specific recommendation relevant to sleep-in shifts: see paras 4.33 and 4.34. The LPC recommended as the starting point for defining working time all time which a worker had to spend at his employer’s place of work, even if no work was available. This would not include time which a worker had to spend at some other place on standby or on call. A special rule was needed for those required to be on call and to sleep at their employer’s premises, and no distinction was drawn between types of work. The LPC recommended that:

“For hours when workers are paid to sleep on the premises, we recommend that workers and employers should agree their allowance, as they do now. But workers should be entitled to the National Minimum Wage for all times when they are awake and required to be available for work.” (para 4.34)

13. That recommendation was clearly intended to apply to all workers who were paid to sleep on the premises. When the President of the Board of Trade presented the First Report to the House of Commons, she explained the principal recommendations and recorded the government’s acceptance of (among other things) its other recommendations:

“The remaining Low Pay Commission recommendations deal with such technical matters as the composition and reference period for calculating the minimum wage, the handling of benefits in kind and its application to homeworkers and pieceworkers. We fully and carefully considered those recommendations and accept them in principle, subject to consultation on the practicalities and detail of their implementation when formulating the regulations implementing the national minimum wage.” (Hansard (HC Debates), 18 June 1998, vol 314, cols 508-509)

14. We can therefore take it that the objectives of the provisions of the 1999 regulations designed to deal with the calculation of hours for sleep-in work are those identified by the LPC, namely that work should normally include time for which a worker was required to be available for work at the place of work. However, (by implication) that would not apply if the worker was not at the place of work but at home (the home exception). It would also expressly not apply to workers who were required to be on call and to sleep at their employers' premises. Employers should continue to agree an allowance with them for such work. (That allowance would, as I understand it from the LPC's Second Report referred to below, fall outside the calculation to verify that the NMW was paid.) The wording of the recommendation was clearly geared to residential homes and hostels but the 1999 regulations when drafted were wide enough to include domiciliary care.

15. In relation to time work, regulation 15(1) of the 1999 regulations when originally enacted legislated for the basic rule, the home exception and the sleep-in shift in a single provision:

“15(1) In addition to time when a worker is working, time work includes time when a worker is available at or near a place of work, other than his home, for the purpose of doing time work and is required to be available for such work except that, in relation to a worker who by arrangement sleeps at or near a place of work, time during the hours he is permitted to sleep shall only be treated as being time work when the worker is awake for the purpose of working.”

16. Regulation 15 of the 1999 regulations was then amended by regulation 6 of the National Minimum Wage Regulations 1999 (Amendment) Regulations 2000, which were presented to Parliament on 25 July 2000 and came into force on 1 October 2000. (The Second Report of the LPC, dated February 2000, to which I refer at paras 48 to 50 below, had not recommended any legislative change). These amendments narrowed the home exception (paragraph (1)) and the sleep-in provision (paragraph (1A)). The facts of the appeals do not engage the home exception. As to the latter, the new provision required suitable facilities for sleeping to be provided for the worker and removed the words “in addition to time when a worker is working” as no doubt some workers might only work sleep-in shifts:

“Amendments to the principal regulations

...

6. For paragraphs (1) to (3) of regulation 15 of the principal regulations (provisions in relation to time work) substitute -

‘(1) Subject to paragraph (1A), time work includes time when a worker is available at or near a place of work for the purpose of doing time work and is required to be available for such work except where -

(a) the worker’s home is at or near the place of work; and

(b) the time is time the worker is entitled to spend at home.

(1A) In relation to a worker who by arrangement sleeps at or near a place of work and is provided with suitable facilities for sleeping, time during the hours he is permitted to use those facilities for the purpose of sleeping shall only be treated as being time work when the worker is awake for the purpose of working.’”

17. The 1999 regulations were revoked by the 2015 regulations and the relevant regulations applying to time work are now regulations 30 and 32 of the 2015 regulations. Regulation 30 deals with the meaning of time work and regulation 32 with the rules governing the situation where the worker is available for work:

“30. The meaning of time work

Time work is work, other than salaried hours work, in respect of which a worker is entitled under their contract to be paid -

(a) by reference to the time worked by the worker;

(b) by reference to a measure of output in a period of time where the worker is required to work for the whole of that period; or

(c) for work that would fall within sub-paragraph (b) but for the worker having an entitlement to be paid by reference to the period of time alone when the output does not exceed a particular level.

...

32. Time work where worker is available at or near a place of work

(1) Time work includes hours when a worker is available, and required to be available, at or near a place of work for the purposes of working unless the worker is at home.

(2) In paragraph (1), hours when a worker is ‘available’ only includes hours when the worker is awake for the purposes of working, even if a worker by arrangement sleeps at or near a place of work and the employer provides suitable facilities for sleeping.”

Summary of the facts of each case

18. In each case the issue was how the hours of the sleep-in shift should be calculated for the purposes of the NMW.

19. Mrs Tomlinson-Blake is a highly qualified care support worker. She was employed by the Royal Mencap Society (“Mencap”) from 5 January 2004 to 5 February 2017. By a contract dated 11 March 2004, she was employed as part of a team providing 24-hour care to two vulnerable adults at their own home. Mencap had a contract with East Riding Yorkshire Council, the local authority which was responsible for their care, to provide staff to enable the local authority to fulfil its statutory obligations in respect of their care. Mrs Tomlinson-Blake provided day care, for which she was salaried, and that work is salaried hours work for the purposes of the regulations. She also did a sleep-in shift for specified hours, which is time work within the meaning of the regulations. She was permitted to sleep during this period but was required to remain at the home of the two vulnerable adults for whom she cared throughout her sleep-in shift but she had no duties to perform during the night shift except (as she puts it) to “keep a listening ear out” even while asleep. She had to attend to any emergency, if there was one. According to the evidence, she had been disturbed only about six times in the period of 16 months preceding the hearing in the employment tribunal. She was paid an

allowance of £22.35 plus one hour's pay of £6.70 (the amount of the NMW from 1 October 2015) in recognition of "the reasonable expectation" of the amount of work she would have to do during her sleep-in shift, making a total payment for each sleep-in shift of £29.05. Any additional time would be paid at the normal rates of pay. Mrs Tomlinson-Blake's case was that each of the hours of the sleep-in shift should be included in the calculation of her entitlement to the NMW. Her case turns on the 2015 regulations.

20. Mr Shannon was an on-call night care assistant at a registered residential care home. From about 1993, he was provided with free accommodation at the home with all utilities provided free of charge, together with a payment of £50 per week, which rose to £90. It was a condition of his employment that he was in that accommodation from 10 pm to 7 am but he was permitted to sleep during that period. The night care worker on duty could call on him for assistance in those hours. Mr Shannon contended that he should have been paid the NMW for all the night-time hours that he was required to be "on call". In practice he was very rarely called upon to assist the night care worker. With effect from 1 January 2014, he was dismissed and he brought the proceedings among other reasons to recover arrears of salary, which, by reason of his alleged entitlement to the NMW, he contended amounted to almost £240,000. Mr Shannon relied on the 1999 regulations as the 2015 regulations were not in force at the time of his dismissal.

The approach of the EAT and of the Court of Appeal

21. Mrs Tomlinson-Blake brought these proceedings to recover arrears of wages which she contended were due to her on the basis that she was entitled to be paid the NMW for each hour of her sleep-in shift. The employment tribunal (Employment Judge Burton) determined that preliminary issue in her favour, holding that during the sleep-in shift she was performing time work whether she was awake or not. On appeal to the Employment Appeal Tribunal ("EAT") Simler P held that it was appropriate to proceed in two stages. The first stage involves asking whether the worker was in fact "working" because in that event there was no need to consider the sleep-in provision. To determine whether the worker was working simply by being present, a multifactorial test had to be applied. No single factor would be determinative, but the presence of a regulatory requirement was a factor and a person might be working even though she was only required to be present. She was satisfied that Mrs Tomlinson-Blake was working throughout the entire shift as she was constantly on call. On that basis it was not necessary to engage the second stage, which was to consider the sleep-in exception.

22. In Mr Shannon's proceedings, it was agreed that he was doing salaried hours work. Therefore regulation 16 of the 1999 regulations (as amended by regulation 7

of the 2000 Regulations) applied. This provision was similar to regulation 15 as so amended. Regulation 16(1) and (1A) provided:

“(1) Subject to paragraph (1A), time when a worker is available at or near a place of work for the purpose of doing salaried hours work and is required to be available for such work shall be treated as being working hours for the purpose of and to the extent mentioned in regulation 22(3)(d) and (4)(b) except where - (a) the worker’s home is at or near the place or work; and (b) the time is time the worker is entitled to spend at home.

(1A) In relation to a worker who by arrangement sleeps at or near a place of work and is provided with suitable facilities for sleeping, time during the hours he is permitted to use those facilities for the purpose of sleeping shall only be treated as being salaried hours work when the worker is awake for the purpose of working.”

23. The employment tribunal (Employment Judge Zuke and lay members) found as a fact that Mr Shannon was not working throughout his shift. He simply provided support to the night care worker if required to do so. Therefore regulation 16 of the 1999 regulations as amended applied. Mr Shannon’s claim failed because his accommodation constituted his “home”. The employment tribunal also found that registered homes were regulated by the Care Quality Commission and that they were under a responsibility to ensure that staffing levels were appropriate “to meet the needs of the service users” (para 8).

24. Mr Shannon appealed to the EAT where Judge Peter Clark dismissed his appeal. He held that regulation 16 of the 1999 regulations as amended applied and that Mr Shannon could not claim the NMW because of the home and sleep-in exceptions.

25. On a further appeal in both cases (heard contemporaneously), the Court of Appeal (Sir Ernest Ryder SPT and Underhill and Singh LJJ) allowed the appeal in relation to Mrs Tomlinson-Blake and dismissed it in relation to Mr Shannon: [2019] ICR 241. Underhill LJ gave the leading judgment. The other members of the Court agreed.

Reasoning of the Court of Appeal

26. Underhill LJ explained that it was common ground that the recommendations in the First Report of the LPC were an aid to the interpretation of the regulations (para 10). I have endeavoured to explain that, because of the statutory scheme of the NMWA 1998, the position goes somewhat further than that because the government is bound to implement those recommendations unless it provides reasons to Parliament for not doing so, which had not happened in the case of the recommendation on sleep-in shifts in the First Report.

27. On the issue of statutory interpretation, Underhill LJ first analysed the regulations apart from authority (starting at para 32). At para 43 he concluded with respect to sleep-in shifts and regulation 15(1) of the 1999 regulations, that “logically” the sleep-in provision only applied in cases where the worker was available for work rather than working. But he made it clear in the same paragraph, as is clearly right, that it would not be a natural use of language to describe someone as working when they are positively expected to be asleep.

28. Underhill LJ then examined the authorities, starting with *British Nursing Association v Inland Revenue* [2002] EWCA Civ 494; [2003] ICR 19. That case concerned a call centre and the workers, when not answering the telephone, were only required to hold themselves ready to take calls when the telephone rang. The employment tribunal had made a finding, which Buxton LJ, with whose unreserved judgment Peter Gibson LJ and Neuberger J agreed, considered that it was entitled to make, that the workers were working on the night shift even though the work was intermittent and they were permitted to sleep. The employment tribunal made that finding at the same time as holding that under regulation 15(1) of the 1999 regulations time work only included work when the employee was awake: see per Buxton LJ at paras 7 and 8. These determinations are on their face conflicting but the EAT and (excepting two sentences at the end of para 18 of Buxton LJ’s judgment) the Court of Appeal proceeded on the basis that their finding was that the employees were working throughout the night shift, and I will proceed on the same basis. It may be that their determination that time work only included time awake was simply a restatement or paraphrase of regulation 15(1). The parties agreed that the employees were performing time work and that the governing provision was regulation 15(1) (as originally enacted) (per Buxton LJ at para 16). The employees were remunerated for the night shift by an allowance.

29. Buxton LJ pointed out that regulation 15(1) did not apply in any event because the employees were at home and not at a place of work: the only possible relevance of regulation 15(1) in his view was the distinction it drew between work in a workplace and activities in the employee’s home. Buxton LJ concluded that that distinction was irrelevant to the case in any event as the employees were doing what

they did in the day and so in his judgment they had to be working. The fact that calls were infrequent between 11 pm and 5.30 am was not regarded by the Court of Appeal as relevant.

30. On the basis that the employees had been found to be working, Buxton LJ expressly declined to decide anything as to the proper application of regulation 15(1) in that situation (para 16). The Court of Appeal therefore considered regulation 15(1) against the background of the decisions of the tribunals: in particular, the First Report of the LPC was not cited to it. Crucially that Report would have made it clear to the EAT and the Court of Appeal that, contrary to their assumption, it was not the intention of the legislature that the employees should be unremunerated when they were on sleep-in shifts. Their intention was that employees on sleep-in shifts should be remunerated in a different way (the agreed allowance), as indeed they were in the *British Nursing* case. Underhill LJ considered that *British Nursing* established only the very limited proposition that a worker who was entitled to sleep could, dependent on the facts, also be working as opposed to merely being available for work (para 57).

31. Nonetheless, Underhill LJ held that he had “no problem with either [the] reasoning or [the] outcome [of this decision]” (para 49). Accordingly, later in his judgment he accepted, in line with *British Nursing*, that there might be some cases where the sleep-in worker could be held to be working (para 88) (and so outside the sleep-in provisions, with the result that all their hours fell into the NMW calculation); but that in the light of the arguments before the Court of Appeal he considered it inappropriate for the Court of Appeal to give guidance as to when that might be the case (paras 88 and 89). In short, while the Court of Appeal could not on these appeals overrule *British Nursing*, it did circumscribe it within narrow limits. Just to be precise, the question under regulation 15 is not whether the worker is expected to sleep but whether there is an arrangement under which he may sleep at or near his employer’s premises. This Court is not similarly bound by *British Nursing*, and I will return later to the question whether it should be overruled (see paras 56 to 61 below).

32. Underhill LJ also examined some of the numerous decisions about sleep-in shift work for NMW purposes. These included the important decision of the EAT (Elias P, Mrs C Baelz and Mr D Evans) in *Burrow Down Support Services Ltd v Rossiter* [2008] ICR 1172, concerning a “night sleeper” who was present at a care home overnight to ensure security. He could sleep save when his duties required him to be awake. He had to spend 15 minutes reporting at the beginning and end of his shift and to assist serving breakfasts to residents, but there was no evidence that he was in fact disturbed during the night. The EAT in that case upheld the decision of the employment tribunal that he was working for the entire shift. Underhill LJ concluded that this case had been wrongly decided and was inconsistent with the regulations (para 77). The Court of Appeal overruled it.

33. In summary, Underhill LJ concluded that sleep-in workers, who were available for work, fell within regulation 15(1) (regulation 32(2) of the 2015 regulations) and so their hours only counted for NMW purposes insofar as they were awake for the purposes of working (para 86). However, in recognition of the earlier decision of the Court of Appeal in *British Nursing*, he acknowledged that there could be cases where workers were more than simply available for work on their shift. If they were actually working during their shift, “notwithstanding that the work is of a character that only generates specific tasks intermittently (and permits them to sleep in between)” (para 90), in his judgment regulation 15(1) would not apply and all the hours of the shift would be included in the calculation for NMW purposes.

34. Applying the law to the facts of the two appeals, the Court of Appeal held that the EAT had been wrong in Mrs Tomlinson-Blake’s case as it had relied on *Burrow Down* (para 93ff). It was moreover not enough that Mrs Tomlinson-Blake had to have a “listening ear” (even while asleep) to conclude that she was working throughout her night shift. Underhill LJ rejected the argument that she could at this stage be treated as performing “unmeasured work”. In the case of Mr Shannon, Underhill LJ considered that his case had been rightly decided by the tribunals (para 98ff). Either the home exception applied, or he was not working except on those very few occasions when he was called upon to assist during the night. Underhill LJ rejected an application to introduce a new ground sought to be argued on Mr Shannon’s behalf that the applicable regulation was regulation 21 of the 1999 regulations (regulation 22 of the 2015 regulations) as having been raised too late and without notice to the respondent. Mr Caspar Glyn QC sought to raise the same point again in this Court, but I would also reject his application. It is a completely new point, namely that the nine hours each night for which he was required to be present in the accommodation constituted his “basic hours” of work with the result that the availability provisions were not engaged. It would be inappropriate for this Court to hear such a point when the Court of Appeal has properly declined to consider it and this Court does not have its concluded views. It may in addition involve new questions of fact, for example as to Mr Shannon’s basic hours, as to which there are no findings.

Analysis

(1) Approach to statutory interpretation

(a) The meaning of “work”

35. These appeals raise questions of statutory interpretation, and, in my judgment, I should not approach them with any preconception as to what should entitle the worker to a wage. It is clearly not the position that, simply because at a

particular time an employee is subject to the employer's instructions, he is necessarily entitled to a wage. There are many situations when a worker has to act for the benefit of his employer which do not count for time work purposes, for example when he travels between home and work. Nor does the legislation proceed on the basis that the worker must be paid a living wage. Nor in my judgment is the NMW dependent on the extent to which the work produces value for the employer or enables the employer to say that he has fulfilled his duty to someone else: that would make the NMW depend on the terms of a contract between private parties.

36. The objectives of the NMW as a social and economic measure are no doubt complex. It clearly helps to redress the law of supply and demand where there may be market failure, and the worker is not able to obtain basic recompense for his labour, but there are no doubt other policy objectives which it serves.

(b) The statutory question concerns the calculation of hours

37. It follows that not all activity which restricts the worker's ability to act as he pleases is work for the purposes of the NMW but that does not mean that it may not be work for some other purpose. However that may be, the statutory question in these appeals is not primarily whether he is working but: how are his hours of work to be determined for NMW purposes?

38. That this is the correct question is confirmed by the fact that regulation 32 appears in Part 5, Chapter 3 of the 2015 regulations and that the heading to Part 5 is "Hours Worked for the Purposes of the National Minimum Wage". Chapter 1 is headed "Determining the Hours of Work". It starts with regulation 17, which provides that the hours of work in the pay reference period are the hours worked or *treated* as worked by the worker as determined in that period "... (b) for time work, in accordance with Chapter 3".

(c) Rules signal that they may produce counterfactual results

39. The use of the word "treated" in regulation 17 of the 2015 regulations is a signal that a counterfactual situation may arise. It underscores that the rules enacted by the regulations may not accord with reality and that there will be occasions when hours are not treated as hours worked for the purpose of the regulations even though a different number of hours might have been determined to be worked in the absence of that provision.

(d) *Finding the purpose in the recommendations of the LPC*

40. The recommendation made by the LPC in its First Report, set out in para 12 above, was that sleep-in workers should receive an allowance and not the NMW unless they were awake for the purposes of working. The LPC drew no distinction between workers who are working and those who are available for work and, as I see it, it did not contemplate that a person in the position of a sleeper-in could be said to be actually working if he was permitted to sleep. The LPC's recommendation was accepted by the government, and so it is right to proceed on the basis that the purpose of the sleep-in provision in the 1999 regulations for sleep-in workers was to implement that recommendation. There is no evidence of any other relevant purpose.

41. In the 1999 regulations as originally enacted, implementation was achieved for the purposes of time work by making sleepers-in an exception to the usual rule that availability for work required by the employer was to be treated as work. This was arguably not correct as the provision was not an exception to availability for work because it created a situation in which the sleep-in worker was not to be treated as performing time work. This may explain the subtle changes made in 2000. In the case of time work the amended regulation 15(1) retained the general rule that availability for work was to be treated as work and inserted a new regulation 15(1A), to which regulation 15(1) was made subject. This provided that sleep-in workers were not to be treated as performing time work unless they were awake for the purposes of working.

42. However, in the successor regulations of 2015, regulation 32(2) provides in relation to time work that only hours spent awake for the purposes of working are hours when the worker is "available", and this is so even if the employer has arranged for him to sleep. This provision may apply to a wider group than the sleep-in workers in these appeals since it appears to contemplate workers who sleep at or near a place of work but who do not have suitable sleeping facilities provided for them. Be that as it may, it seems to me that, having regard to the purpose of regulation 32(2), which like its predecessors is to implement the LPC recommendation about sleep-in shifts, the contemplation of the regulations in relation to time work is that a sleep-in worker cannot actually be working for NMW purposes if the arrangement is that he is to be present and sleep on the premises during his hours of work subject only to emergency calls. Accordingly, regulation 32(2) should be treated as applying to all such workers doing time work.

(e) *Reading phrases and rules as a whole*

43. The fact that there are separate regulations or regulations with separate paragraphs does not mean that those regulations or paragraphs do not have to be read as a whole: they must be read together so that the rules produce a harmonious whole. Likewise, the expression “awake for the purpose of working” is a single phrase. The word “awake” is not to be read on its own.

(2) *The meaning of the sleep-in provision*

44. In my judgment, applying the approach explained above, the special rule for sleep-in workers (regulation 32(2) of the 2015 regulations/regulation 15(1) or, later, regulation 15(1A) of the 1999 regulations) is quite clear. The basic proposition is that they are not doing time work for the purposes of the NMW if they are not awake. However, the regulations go further than that and state that not only are they not doing time work if they are asleep: they are also not doing time work unless they are awake for the purposes of working. So, it is necessary to look at the arrangements between the employer and the worker to see what the worker is required to do when not asleep but within the hours of the sleep-in shift.

45. If the employer has given the worker the hours in question as time to sleep and the only requirement on the worker is to respond to emergency calls, the worker’s time in those hours is not included in the NMW calculation for time work unless the worker actually answers an emergency call. In that event the time he spends answering the call is included. In this aspect of the result, I agree with the illuminating analysis of the Court of Appeal. It follows that, however many times the sleep-in worker is (contrary to expectation) woken to answer emergency calls, the whole of his shift is not included for NMW purposes. Only the period for which he is actually awake for the purposes of working is included.

46. As I have explained above, the LPC in its First Report plainly did not consider that a sleep-in worker who was sleeping could be said to be working. In my judgment, the drafter of the 1999 regulations (at least as originally enacted) and the 2015 regulations took the same view because the sleep-in provision appears in the context of availability for work and not in the context of defining, in Mrs Tomlinson-Blake’s case, when she was working.

47. The drafter removes the possibility of a sleep-in worker claiming to be available for work simply because he can be woken up and asked to work. To be available for work a person must be both awake and awake for the purposes of working and not simply awake for his own purposes. That means that the hours that

he is permitted to sleep do not form part of the calculation of his hours for NMW purposes (unless he is woken for work reasons).

48. Because regulation 32(1) provides for time work to include being available for work, the expression “for the purposes of working” in regulation 32(2) includes time when he is available for work, but the worker must be awake for that purpose. In this connection, the worker must have some duties to perform, such as helping with distributing breakfast to the residents of a home if requested by the day staff or waiting for a call to assist. My conclusion on this point is reinforced by the extracts from the Second Report (February 2000) (Cm 4571) of the LPC, which was not put before the Court of Appeal and to which our attention was drawn by Ms Anne Redston on behalf of the Local Government Association, which intervened in Mrs Tomlinson-Blake’s appeal (by way of written submissions) with the permission of the court, and in particular to para 5.40, where the LPC stated:

“5.40 In our first report we said that ‘for hours when workers are paid to sleep on the premises, we recommend that workers should agree their allowance, as they do now. But workers should be entitled to the National Minimum Wage for all times when they are awake and required to be available for work’. We based our original recommendation on evidence that most workers required to do a ‘sleepover’ are paid an allowance for the inconvenience (similar to an on-call allowance). These allowances cannot count towards the National Minimum Wage calculation. If workers are contractually required to sleep on the employer’s premises, as opposed to choosing to do so, then that, including any payment made as compensation, is a matter for both parties to the employment contract.”

49. The next paragraph in that Report stated that the government should produce guidance on the appropriate allowances to avoid abuse:

“5.41 Although it is not our role to determine the various pay allowances and supplements which employers agree with their employees, we are concerned that there is scope for employer abuse of the ‘sleepover’ practice. We recommend that the Government should produce specific guidance to emphasise the difference between ‘sleepovers’, where the assumption must be that the worker would not normally be wakened and where an allowance is usual practice, and ‘on-call’ and ‘standby’ arrangements, where a worker is required to be at the workplace outside of normal working hours with the

expectation that he or she will be required to work, for which the National Minimum Wage is payable.”

50. The LPC therefore did not consider it necessary to make any recommendation as to legislative change to the 1999 regulations to meet the potential abuse to which it referred. Nor did it alter the recommendation on sleep-in shifts made in its First Report, which is set out in para 12 above. It simply recommended that the Secretary of State give guidance. The position remained the same in the Fourth Report of the LPC (Cm 5768), which it issued in March 2003 following further investigations. In this Report, the LPC referred again to “sleepovers”, where a person stays overnight in say a care home and is not expected to be woken except in an emergency. It confirmed the recommendation in the First Report and that it still reflected the right approach (paras 3.55-3.56). The LPC reiterated the distinction it had previously drawn between such situations and on-call or standby arrangements where “a worker is required to be at the workplace outside of normal working hours with the expectation that he or she will be required to work” (para 3.56). The LPC again called for the government to issue guidance (para 3.59).

(3) *Previous cases*

51. It will be apparent that several previous cases, such as *British Nursing*, have held that workers who were or might have been on night shifts are performing work (as opposed to being available to work) throughout the shift and that they are therefore outside the special rules in regulations 15(1) (later 15(1A)) of the 1999 regulations and 32(2) of the 2015 regulations.

52. Underhill LJ considered that it was logically possible for a sleep-in worker to work even though asleep but that it would not be a natural use of language to say that a person who was expected to sleep during a night shift was working throughout his shift (para 43). He went further later in his judgment when he held that to say a person was working during a night shift when he was also sleeping was inconsistent with the regulations (para 77). It was on this basis that he concluded that *Burrow Down* could not stand.

53. As to logic, Oliver Wendell Holmes, the distinguished jurist, famously observed in the context of the common law that:

“The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their

fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics." (*The Common Law* (1881), p 1)

54. Holmes was only stating the position in relation to the common law, where judges have authority to declare the common law, and it is debatable whether he was intending to exclude the role of logic altogether. In any event, statutory interpretation is different from the process of ascertaining the common law because the courts must give effect to the will of Parliament. Logic is no doubt a good guide to that, but the intention is also to be ascertained from the admissible context, and in this instance the context is relevantly provided by the recommendations of the LPC.

55. I agree with the interpretation given by Underhill LJ in para 77, namely that it was inconsistent with the regulations to say that a person was working during a night shift when he was positively expected to be asleep throughout all or most of the relevant period. This holding represents the culmination of his reasoning process and his interpretation in para 43 of his judgment in terms of logic and grammar alone (which I have summarised in para 52 of this judgment) marks merely a preliminary stage in his reasoning process. This interpretation gives weight to the recommendation on sleep-in shifts in the First Report of the LPC, set out at para 12 above.

56. In consequence, I too, like the Court of Appeal, would overrule *Burrow Down* (see para 32 above). In addition, I would overrule *British Nursing*. I have summarised the decision in that case in paras 28 to 30 above. The fundamental feature of the case is that the employment tribunal held that the employees were working, and not merely available for work, throughout their nightshifts even during the periods when they were expected to be sleeping and calls which they had to answer were infrequent. In their concurring judgments on this appeal, Lord Carnwath, with whom Lord Wilson agrees, and Lord Kitchin all consider that it was not open to the employment tribunal to make such a finding and therefore the Court of Appeal was in error in accepting it. I agree. What is less clear, however, is how an appellate tribunal should have dealt with the case, given that regulation 15 contained the home exception. We had little assistance on this in submissions. Lord Carnwath and Lord Wilson do not think it appropriate to be drawn into this area. Lord Kitchin takes the view that the employment tribunal could not rely on regulation 3 (meaning of time work) and conclude that the employees were working throughout the night shift simply because they fell within an exception to regulation 15. I agree. The EAT seems to have thought that if the employees had to be available to take any calls during the night, they would be working as opposed to available for work (para 23), but, as these appeals show, that cannot be the test.

57. Respecting as I do the position taken by my colleagues, it seems to me that I should explain why I conclude that the Court of Appeal was not entitled to uphold the finding of the employment tribunal even in a case where regulation 15 did not apply. As it seems to me, neither the EAT nor the Court of Appeal recognised that the 1999 regulations drew a basic distinction between working and being available for work. The latter is the subject of regulation 15 and it is in this sense, I suggest, that the parties agreed that regulation 15 was the governing provision. If the worker was only available for work, his activity was distinct from working and, as Lord Kitchin holds, he could not also be within regulation 3. I agree. The two concepts are clear and do not overlap, though they may not always admit of easy application on the facts. It should be noted here that, as indicated in the passages from the LPC's Second Report and Fourth Report set out at paras 49 and 50 above, an employee can be employed to be available for work and be permitted to sleep and yet not be a sleep-in worker for the purposes of regulation 15(1). The arrangements covered by regulation 15 are only those where the principal purpose and objective of the arrangement is that the employee will sleep at or near the place of work, and responding to any disturbance during the time allocated for sleep must be subsidiary to that purpose or objective. I agree with the points made by Underhill LJ at paras 40 and 56 of his judgment that not every worker who is permitted to take a nap between tasks is a sleep-in worker, and that a person may, depending on the facts, be working, as opposed to being merely available for work, even if his work is only intermittent. These points may have particular resonance during a situation such as may arise in a pandemic, when employees are required to work at home when they can.

58. The question whether the employee was working or merely available for work therefore had to be addressed in *British Nursing* irrespective of whether the home exception in regulation 15(1) applied. (On that exception, the Inland Revenue ("the Revenue") put forward an ambitious argument on interpretation, which failed. It is not clear what other arguments the Revenue put forward.) It would be anomalous if the regulations had the effect that the employee who was required to be available for work at home (but not actually working there) could be treated as working during the time they were expected to sleep while the sleep-in worker away from home was only entitled to have the time actually spent working taken into the calculation for NMW purposes. There is no reason why the regulations should put the employee who is at home in that preferential position, and it is therefore reasonable to assume that this was not the intention of the legislator.

59. The better view in my judgment is that the effect of the home exception in regulation 15(1) is that such an employee, ie an employee who is expected to sleep during his shift at home, and only to be woken infrequently, is not working but only available for work. The further effect of the home exception is that he is outside the extended meaning of work in regulation 15 and so, for his time to be included in the calculation for NMW purposes, he has to show that he is actually working. He can

do this when he is actually performing duties as part of his employment. That puts him in the same position as the sleep-in worker who has to be available away from home. The case of the worker who would be a sleep-in worker but for the fact that by arrangement he sleeps at home has therefore not been omitted from the regulations as this analysis flows from the regulations when the basic distinction between working and being available for work is taken into account. It is significant, not happenstance, that the sleep-in provision and the home exception in regulation 15(1) are attached to availability for work, and not to working.

60. The further error of the Court of Appeal was therefore, as I see it, its failure to consider whether the anomaly to which I have just referred threw light on the meaning of the regulations, and to come to the right conclusion on interpretation. The Court of Appeal failed to ensure that the right questions had been addressed to determine whether during their sleeping hours the employees were actually working or were only available for work. I do not accept the argument which attracted the Court of Appeal that because they were clearly working during the day performing the same task as they did at night meant that they had to be treated as working at night (see per Buxton LJ at para 12). That is to apply logic at the expense of the different circumstances that prevailed during the night shift. The conclusions which I have expressed in paras 56 to 60 would apply even if regulation 3 and the amended regulation 15(1A) of the 1999 regulations, or regulations 30 and 32 of the 2015 regulations, had been in force in place of regulations 3 and 15 of the 1999 regulations.

61. It is important that tribunals should appreciate the range of distinctions that fall to be made and make appropriate findings. The function of making these distinctions has been left to the tribunals; the LPC's Fourth Report (para 3.58) explains that arrangements can vary considerably on their facts and that it would have been difficult for the regulations to capture the diversity of individual cases. Because of these matters, I do not share Underhill LJ's lack of concern about the reasoning or indeed the outcome in *British Nursing*, and it has been influential in the development of the law. Accordingly, it seems to me that the case should no longer be regarded as authority. I should make it clear that I consider that the lack of understanding of the effect of the LPC's recommendation on sleep-in shifts may have contributed to the way in which the eminent judges decided these cases.

62. It follows that I would also overrule the decision of the First Division of the Inner House of the Court of Session (Lord President Cullen, Lord Osborne and Lord Wheatley) in *Scottbridge Construction Ltd v Wright* [2003] IRLR 21, which was persuasive authority only for the Court of Appeal. In that case too, the sleeper-in was held to be working and outside regulation 15(1) of the 1999 regulations. The worker was a night watchman on an overnight shift, and it was found that it was very rare when he was not able to sleep. He was required to deal with the telephone at any time and security alarms. There was no detailed consideration of the work

carried out by the night watchman. The eminent judges of the Inner House applied the decision of the Court of Appeal in *British Nursing*. They too were not provided with the First Report of the LPC. They held that working included being on call, and that therefore regulation 15(1) did not apply. Underhill LJ considered that this decision was not of great persuasive weight because the recommendations of the LPC had not been cited (para 80). He also expressed the view that a night watchman might not fall within the words of regulation 15(1) (para 79). That is a question of fact, but on the bare facts of *Scottbridge* it is difficult to see why a watchman, given suitable facilities for sleeping as required by regulation 32(2) of the 2015 regulations, should not be within that paragraph in the same way that a sleep-in worker in a care setting would be.

63. I have referred in para 5 above to *Walton*, which concerns unmeasured work by a carer providing 24-hour care for three days. The Court of Appeal in that case (Aldous LJ, Jacob J and myself) took the view that time spent asleep was not unmeasured work for the purposes of the NMW and that the whole shift was therefore not to be taken into the calculation for NMW purposes. The court reached this result even though, for unmeasured work, the 1999 regulations did not contain a provision comparable to the sleep-in provision in regulation 15(1) of the 1999 regulations applying to time work, but the provisions applicable to unmeasured work made a clear distinction between working on the one hand and being available for work on the other. Aldous LJ, who gave the first judgment, held that the employment tribunal was entitled to find as it did that the carer in that case was paid not by reference to the time she worked but by reference to her performance of certain tasks. In my judgment, I was assisted to reach my decision by the recommendations in paras 4.33 and 4.34 of the First Report of the LPC (see para 12 above), and I distinguished *British Nursing* and *Scottbridge*. Underhill LJ at para 87 of his judgment in the present appeals considered that it was helpful that the same result as he held applied to time work and salaried hours work applied also to unmeasured work, and I agree. It also avoids the possibility that the regulations infringe the prohibition in section 2(8) of the NMWA 1998 against regulations which treat the same circumstances differently in relation to different sectors of employment, to which counsel drew attention.

64. In addition, it follows that the reasoning in *Walton* is reinforced by the judgments in this case.

Submissions in relation to the present appeals and their resolution

65. In my judgment, the Court of Appeal was correct for the reasons they gave in allowing the appeal in Mrs Tomlinson-Blake's case and in dismissing it in relation to Mr Shannon.

66. In his eloquent submissions, Mr Sean Jones QC, for Mrs Tomlinson-Blake, urges us to follow the approach of *Simler P* in the EAT and adopt the sequential approach of first deciding whether Mrs Tomlinson-Blake was doing “work” or whether she was simply available for work. He contends that, on the facts as found by the employment tribunal, she was working and not simply available for work for the purposes of regulation 32 of the 2015 regulations. I reject that submission for the reasons given above. That process would considerably reduce the sphere of operation of the sleep-in provision contrary to the apparent intention of the LPC. Moreover, there is no provision in the regulations for the position to change according to the frequency of the calls on the sleep-in worker, as Mr Jones submits.

67. Mr Jones urges on us that we should take into account the fact that, by performing her sleep-in shift, Mrs Tomlinson-Blake enabled Mencap to perform its contractual obligations to the local authority which in turn was thereby able to discharge its statutory obligations. I would be prepared to accept that there would have been regulatory or other duties on the employer in the context of care provision to continue care provision overnight. In addition, Mr Jones’ argument is supported by an example given in a document entitled *National Minimum Wage - Calculating the Minimum Wage* issued by the Department for Business, Innovation and Skills in February 2015 (see p 31) as follows:

“A person works in a care home and is required to work overnight shifts where they sleep on the premises. The person’s employer is required by statute to have someone on premises for health and safety purposes. The person would be disciplined if they left the premises at any stage during the night. It is likely that the person would be considered to be ‘working’ for the whole of the overnight shift even when they are sleeping.”

68. However, this document is not an aid to interpretation of the regulations (the 2015 regulations had not then been laid before Parliament), and merely reflects the opinion of the Department at that time. No doubt that opinion was based on the cases which had then been decided. Accordingly, I do not consider that that document assists the Court on these appeals.

69. Moreover, as I have explained, there is nothing in the regulations which would indicate that statutory requirements placed on the employer were a relevant consideration in calculating the hours of work for the purposes of the NMW. I should also add that it cannot be relevant as a matter of principle that an employer has imposed obligations on a worker unless they are reflected in the practical running of the arrangements between the employer and the worker.

70. Mr Jones submits that even when asleep Mrs Tomlinson-Blake had to have a “listening ear” but like the Court of Appeal I do not consider that having a listening ear leads to the conclusion that she was working for NMW purposes. A worker must travel from home to the employer’s place of business, but it does not automatically follow that the travelling time falls within the calculation of hours for the purposes of the NMW.

71. Mr Jones also submits that the multifactorial test adumbrated by *Simler P* should be reinstated to determine whether a worker was working by simply being present, but there is no call to do so under my interpretation of the regulations. That test would introduce a considerable amount of uncertainty into the NMW rights of the sleep-in worker, a point emphasised by Mr David Reade QC on behalf of Mencap and by Ms Anne Redston on behalf of the intervener. That would be undesirable and not in the interests of either party to the arrangement.

72. In *Shannon*, Mr Glyn emphasises the point made also by Mr Jones that the fact that the worker was enabling the employer to perform a regulatory duty should be a factor weighing in favour of the worker performing work and not just being available for work. Mr Glyn also argues strongly that Mr Shannon was working by merely being present. As already explained, I do not accept these submissions.

73. The sleep-in worker who is merely present is treated as not working for the purpose of calculating the hours which are to be taken into account for NMW purposes and the fact that he was required to be present during specified hours was insufficient to lead to the conclusion that he was working. I consider that the reasons for dismissing this appeal given by the tribunals and the Court of Appeal were correct.

Conclusion

74. The arguments in this case were completed before the first coronavirus lockdown, which has introduced stay-home measures for many workers. We have therefore had no argument as to any effect of those measures on the calculation of the NMW. I wish to make that clear.

75. I also wish to thank Judy Stone and Christopher Parkin, who appeared for Mr and Mrs Rampersad pro bono. This not only assisted the Court but is also in the best traditions of the legal profession and its record of voluntary service to the community.

76. I wish also in a very few words to pay the fullest tribute to the late Lord Kerr of Tonaghmore, who passed away on 1 December 2020. He was a Justice of this Court for over ten years and he presided over these appeals at the hearing, demonstrating in his lively exchanges with counsel his intellectual leadership, commitment to the cause of justice, warmth of personality, empathy, enormous courtesy and deep humanity. His passing is a great loss to this Court and to many. It is extremely sad that he had not completed his last leading judgment, of which these appeals were to be the subject, before his final illness. I have written my judgment in its place and the task of preparing and issuing judgments in this case has inevitably been delayed. The Court much regrets the inconvenience to all the parties for their having to wait so long for this judgment.

77. For the reasons given above, I would dismiss these appeals.

LORD CARNWATH: (with whom Lord Wilson agrees)

78. I agree that these appeals should be dismissed for the reasons given by Lady Arden. I would, however, prefer respectfully to reserve my position with respect to some of her comments on the decision of the Court of Appeal in *British Nursing* (paras 56-61), while agreeing with her, as explained below, that the decision should no longer be regarded as authoritative.

79. The difficulty with that case started with the way in which it was presented to the employment tribunal, where the parties had agreed that the governing provision was regulation 15(1) (in its original 1999 form: para 15 above). At first sight this appears difficult to reconcile with the words of the regulation: “other than his home”. Although the decision of the tribunal itself is not before us, the nature of the argument can be inferred from the judgment of the EAT in the following passage:

“27. We have then gone on to consider, in any event, whether the time work includes time when a worker is available at a place of work for the purpose of doing time work, if in the event we are wrong in our interpretation on the first matter. The respondents have left open, as it were, for us to consider *the argument that in any event the Regulations do not exclude workers at home from that additional provision but only those that are near a place of work.*

28. It seems to us that the Regulations are designed specifically to exclude home workers from work additional to actual working. The phrase in the Regulations is:

‘... time work includes time when a worker is available at or near a place of work, other than his home, for the purpose of doing time work.’

One need not, it seems to us, go beyond a literal interpretation of those Regulations. The phrase ‘at or near’ is a self-contained phrase which qualifies a place of work and no distinction is drawn in the Regulations, therefore, between their provisions as they effect the place of work or being near a place of work.

29. Furthermore, where provision is made for ‘other than his home’, that is separated from the proceeding clause by a comma and qualifies the whole of it. Furthermore, it is immediately preceded by the words ‘a place of work’ and therefore is qualifying a place of work. The Regulations have, therefore, in mind a place of work other than the home and the fact that the phrase ‘at or near’ precedes a place of work, it seems to us, prevents any logical grammatical construction distinguishing the provisions ‘other than his home’, between being ‘at’ or ‘near’ such a place of work.

30. It is quite clear to us that the purpose of those Regulations is to exclude home work from those notional types of work that are in addition to actual working. One can understand the reasoning behind that; home work is a difficult area to fit into these Regulations, particularly when one is trying to say what is notional and what is not. Accordingly it has been excluded from notional work and only included in actual work. It is the definition of what is actual work on the facts of this case that has been the major exercise.” (Emphasis added)

It appears from that passage that, on the Revenue’s interpretation of the original wording, the home exclusion only applied to homes near a place of work. Although this interpretation was in due course rejected at all levels, the parties’ agreement on the application of regulation 15(1) seems to have affected the way the tribunal looked at the facts, and in consequence the way their findings were taken into account at the higher levels.

80. I note that by the time that the case was heard by the employment tribunal (September 2000), the proposed amendment had been presented to Parliament (25 July 2000: see para 16 above), although it did not come into effect until 1 October 2000. Although we do not know the reasons for the amendment, it may have arisen from the apparent uncertainty disclosed by the emergence of the British Nursing dispute.

81. Whatever the merits of the Revenue's argument, whether under the old or the new version of rule 15, it was laid to rest by the above passage in the EAT's judgment, in particular para 30, later endorsed by Buxton LJ in the Court of Appeal. The resulting exclusion of all home-working, wherever the home, from the availability for work provision, was confirmed by the recast 2015 regulations, regulation 32 (para 17 above).

82. Unfortunately, as I have said, the parties' mistaken agreement as to the application of regulation 15(1) to home-working meant that the case started off on the wrong basis. The conflicting issues were not, with respect, satisfactorily resolved in the single unreserved judgment of Buxton LJ in the Court of Appeal. The treatment of home-working is not before us, but it may well become important in other cases, particularly arising out of the period of the Covid-19 lockdown. In those circumstances, I would agree with Lady Arden in holding that the decision and reasoning of the Court of Appeal should no longer be regarded as authoritative. I would do so on the simple ground that the Court of Appeal (following the employment tribunal) could not properly have held that the employees were working for the whole of the period of their shifts; and that it is not in my view necessary, in the context of the present appeals, to address the potentially difficult issues arising out of the treatment of any particular activities, or lack of activities, within that period. I would reserve further comment for a case where the same or similar issues arise for actual decision.

LORD KITCHIN:

83. I agree that these appeals must be dismissed for the reasons given by Lady Arden. She would also overrule the decision of the Court of Appeal in *British Nursing*. I agree that this decision is unsatisfactory and, in my view, it should no longer be treated as authoritative. I will explain my reasons for reaching that conclusion in a moment. But first, I must say a few words about the relationship between regulations 3 and 15(1) of the National Minimum Wage Regulations 1999 in their original form ("the 1999 Regulations"), the applicable regulations in *British Nursing*.

84. Regulation 3(a) of the 1999 Regulations reads:

“In these Regulations ‘time work’ means - (a) work that is paid for under a worker’s contract by reference to the time for which a worker works and is not salaried hours work ...”

85. Regulation 15(1) of the 1999 Regulations extends the scope of this definition in particular circumstances. It provides that time work includes time when a worker is, and is required to be, available at or near her place of work, other than her home, for the purpose of doing time work. But there is an exception for a worker who by arrangement sleeps at or near her place of work. In such a case, time when the worker is permitted to sleep is only to be treated as time work when she is, and is required to be, awake for the purpose of working. Underhill LJ, in para 43 of his judgment below, observed that the self-evident intention of this exception (and its successors) was to deal with the position of the “sleep-in worker”, that is to say a worker who is contractually obliged to spend the night at or near her workplace on the basis that she is expected to sleep for all or most of the period but may be woken if required to undertake some specific activity. I agree and when I refer to a “sleep-in worker” or use a related term, that is what I mean, as did Underhill LJ, as he explained at para 6 of his judgment.

86. In some cases it may be thought helpful to consider the application of regulations 3 and 15(1) of the 1999 Regulations sequentially and to ask first, whether the worker was actually doing time work at the relevant time; and, if she was not, to ask secondly, whether she was, and was required to be, available at or near her place of work, other than her home, for the purposes of doing time work. If the answer to the second limb is “yes” then, subject to the exception for sleep-in workers, the time for which she was available for work also counts as time work.

87. That does not mean to say that regulations 3 and 15 of the 1999 Regulations can be interpreted separately from one another, however. In particular, in the case of a sleep-in worker, as I have defined her, the application of the exception in regulation 15(1) cannot be avoided by arguing that she was performing time work when she was permitted to sleep and was sleeping. The drafter regarded a sleep-in worker as being available for work rather than actually working, but the time in the hours she was permitted to sleep is only treated as time work when she was, and was required to be, awake for the purpose of working. Any doubt as the correctness of this approach is dispelled by para 4.34 of the First Report of the Low Pay Commission (“the LPC”), set out at para 12 above, and by paras 5.40 and 5.41 of the LPC’s Second Report, set out at paras 48 and 49 above.

88. The position is made still clearer by regulation 15(1A) of the 1999 Regulations (as amended by regulation 6 of the National Minimum Wage Regulations 1999 (Amendment) Regulations 2000) which came into effect on 1 October 2000. Now, in relation to a sleep-in worker who is provided with suitable

facilities for sleeping, time in the hours she is permitted to sleep is only treated as time work when she is, and is required to be, awake for the purpose of working. Once again, the operation of this provision cannot be avoided by arguing that such a sleep-in worker is performing time work when she is sleeping with the permission of and by arrangement with the employer. That would be to strip regulation 3 from the context in which it appears and to disregard the evident intention of the drafter in framing regulation 15(1) and (1A) in the terms and, in particular, subject to the limitations that they did.

89. As Lady Arden has explained, the substance of regulations 3 and 15 of the 1999 Regulations, as amended in 2000, later found expression in, respectively, regulations 30 and 32 of the National Minimum Wage Regulations 2015. The explanatory memorandum to this later instrument makes clear that it does not introduce any substantive change to the relevant regulations, however. That is enough to dispose of Mrs Tomlinson-Blake's appeal to this court. When performing a night shift, she slept-in by arrangement at her place of work and was provided with suitable facilities for doing so. She was expected to intervene when necessary but the need to do so was infrequent. The Court of Appeal was right to hold that, as a sleep-in worker, Mrs Tomlinson-Blake was only carrying out time work when she was required to be awake for the purpose of working. So too, Mr Shammon's appeal must be dismissed. He was a salaried hours worker who was required to be on-call at night to assist a night care worker when necessary. He was provided with accommodation and was very rarely asked to assist. Regulation 16(1) and (1A) of the 1999 Regulations, as amended in 2000, applied to him, and he was only carrying out salaried hours work when he was actually called on.

90. I can now return to *British Nursing*. This concerned employees who worked the night shift from home and it illustrates a further respect in which a failure to read regulations 3 and 15 together and to interpret them in a holistic way can lead a tribunal into error. I will describe the nature of that error and consider its bearing on the outcome of the proceedings after summarising the relevant facts and the findings of the tribunals and the Court of Appeal.

91. The Association ("the BNA") operated an emergency "bank nurse" booking service. It was a 24-hour service. During the day-time it was operated by employees working from the BNA's premises. But at night-time, broadly from 8 pm to 9 am, it was operated by employees working from home. It was a seamless service, that is to say a client did not know the location of the person who was answering the telephone. Employees were paid for each shift. The overarching question was whether the employees operating the night shift were paid an amount that satisfied the national minimum wage requirements. That in turn depended on when they were doing time work. The Inland Revenue ("the Revenue") contended that night shift employees were doing time work when awake and awaiting telephone calls or

answering them. The BNA argued that night shift employees were only engaged in time work when actually answering the telephone.

92. The agreed statement of facts recorded that night shift employees were required to be available to answer telephone calls throughout the shift, and to do so within four rings or apologise for keeping the callers waiting. Subject to this, employees were able to spend part of the shift asleep or doing other activities. The busiest times were the three hours at the beginning and the three hours at the end of the shift. Calls were received infrequently in the period from about 11.30 pm to 5.30 am and it was no doubt during this quieter time that employees could sleep.

93. The employment tribunal (“the ET”) found in para 37 of its extended reasons that night shift employees were working for the whole of the shift (a finding quoted by the Court of Appeal at para 8). However, in an attempt to recognise an agreement between the parties that regulation 15 of the 1999 Regulations was the governing provision, the ET held that “in accordance with regulation 15(1)” the employees were engaged in time work when they were awake and awaiting calls, but not when they were asleep.

94. The BNA appealed to the EAT, contending, once again, that the night shift employees were only engaged in time work when actually answering the telephone. There was no cross-appeal by the Revenue. The EAT reasoned that the opening words of regulation 15 made clear that the starting point was to decide when a worker was actually working and then to see if there were other periods of time when the worker was available for doing time work and which were to be included as time work by application of the regulation. In that latter regard the EAT explained that, in the case of home workers, this possibility was excluded by the terms of the regulation. The EAT therefore saw the key question as being whether the night shift employees were performing time work for the whole of the shift. The EAT considered various aspects of the employees’ duties and held, at para 25, that the ET had been entitled to conclude, on the facts it had found, that the employees were indeed working for the whole shift. Those employees were working when holding themselves ready to answer telephone calls and not just when they were actually answering them. The BNA’s appeal was therefore dismissed.

95. On further appeal to the Court of Appeal, the BNA repeated their argument that the night shift employees were only doing time work when they were answering telephone calls and that the tribunals had fallen into error in finding otherwise. The Court of Appeal rejected that argument. Buxton LJ, giving the leading judgment, held that it was open to the ET and the EAT to find that the employees were working throughout the night shift; that regulation 15 was therefore irrelevant (because it was dealing with availability for work); but that the history of the proceedings made it impossible to escape from the limitation imposed by the ET that workers should not

be paid for the hours they were permitted to sleep. The BNA's further appeal was therefore dismissed.

96. In my view the ET, the EAT and the Court of Appeal in *British Nursing* fell into error. In finding that the night shift employees were working for the whole shift, the ET and the EAT lost sight of the need to interpret regulation 3 and regulation 15 together; and the Court of Appeal failed to recognise that error. As Underhill LJ observed at para 43 of his judgment and I agree, it would not be a natural use of language, in a context which distinguishes between actually working and being available for work, to describe someone as working when she is positively expected to be asleep (and, I would add, may well be asleep) throughout all or most of the relevant period. That observation, made in the context of Underhill LJ's consideration of a sleep-in worker, is in my view equally applicable to a home worker.

97. Further, it is of direct relevance to the employees working the night shift in *British Nursing*, at least for the hours of the shift from about 11.30 pm to 5.30 am when calls were received infrequently and, it may be inferred, those employees were permitted and expected to sleep and would not necessarily have expected to be woken. Indeed, this much appears to have been recognised by Buxton LJ at para 17 of his judgment.

98. It was, perhaps, with these difficulties in mind that the ET in *British Nursing* attempted to retreat to the shelter of regulation 15 and found that the night shift employees were engaged in time work at times when they were awake and awaiting calls at home, but not when they were asleep. Again, however, this finding is not sustainable for in so far as these employees were then available for work (rather than actually working), as the finding implies, the time would not count as time work because they were at home, as the EAT correctly recognised at paras 28-30 of its judgment.

99. This does not mean to say that a person cannot be performing time work within the meaning of regulation 3 just because the tasks she is required to undertake are intermittent, however. As Underhill LJ explained at para 56 of his judgment and I agree, there are no doubt many kinds of work which can be and are performed from home and in which tasks only come up intermittently but where a person is still performing time work in the periods between those tasks. It is possible, though I express no view on the point and there is no satisfactory finding, that the busier periods of the night shift in *British Nursing* fell into this category. Moreover, I also agree with Underhill LJ that if an employee is actually working for the relevant period then, notwithstanding that the work may only generate tasks intermittently, it makes no difference whether she is doing so at home or at work. Nor is a finding that a person is actually working necessarily inconsistent with that worker making a

cup of tea or even having a nap between tasks, as Underhill LJ recognised at para 40 of his judgment. It would not inevitably follow that, for the relevant period, the worker is expected to sleep and not to perform any substantive activities.

100. Unfortunately, these matters received no proper consideration by the Court of Appeal in *British Nursing* and I, in agreement with Lady Arden, do not share Underhill LJ's lack of concern about its outcome. In my opinion and for the reasons I have given, the decision of the Court of Appeal in *British Nursing* should no longer be regarded as authoritative.

ANEXO B – Exemplo de acórdão da Corte de Cassação francesa

16 février 2018

Cour de cassation

Pourvoi n° 16-14.292

Assemblée plénière

Publié au Bulletin – Publié au Rapport

ECLI:FR:CCASS:2018:PL00636

Titre

- propriété littéraire et artistique
- droits voisins du droit d'auteur
- droits des artistes-interprètes
- contrat conclu pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle
- définition
- cas
- contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur
- effets
- détermination

Sommaire

Aux termes de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète

Texte de la décision

Entête

COUR DE CASSATION LM

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Audience publique du 16 février 2018

Rejet

Mme FLISE, président doyen

faisant fonction de premier président

Pourvoi N°16-14.292-Assemblée plénière
ARRÊT N° 050 F+D+K+I
Pourvoi n° R 16-14.292

16 février 2018

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (Spedidam), société civile à capital variable, dont le siège est [...],

contre l'arrêt rendu le 16 février 2016 par la cour d'appel de Lyon (1re chambre civile B), dans le litige l'opposant à l'Institut national de l'audiovisuel (INA), établissement public à caractère industriel et commercial, dont le siège est [...],

défendeur à la cassation ;

La Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (Spedidam) s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 1) en date du 18 janvier 2012 ;

Cet arrêt a été cassé partiellement le 29 mai 2013 par la première chambre civile de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Lyon, qui, saisie de la même affaire, a statué par arrêt du 16 février 2016 ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon, la première chambre civile a, par arrêt du 5 juillet 2017, décidé le renvoi devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (Spedidam) ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de l'Institut national de l'audiovisuel (INA) ;

Des observations complémentaires ont été déposées par la SCP Waquet, Farge et Hazan ;

Le rapport écrit de M. Sémériva, conseiller, et l'avis écrit de M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, ont été mis à disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 2 février 2018, où étaient présents : Mme Flise, président doyen faisant fonction de premier président, Mme Batut, M. Frouin, Mme Mouillard, MM. Chauvin,

Pourvoi N°16-14.292-Assemblée plénière, 16 février 2018
 Souillard présidents, M. Pretot, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Sémériva, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, MM. Pers, Jardel, Huglo, Savatier, Mme Teiller, M. Germain, Mmes Provost-Lopin, Farthouat, Gelbard-Le Dauphin, Auroy, conseillers, M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, Mme Morin, directeur de greffe adjoint ;

Sur le rapport de M. Sémériva, conseiller, assisté de Mme Meric, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, l'avis de M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Moyens

Sur le premier moyen :

Exposé du litige

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 12 février 2016), rendu sur renvoi après cassation (1^{re} Civ., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-16.583), que, reprochant à l'Institut national de l'audiovisuel (l'INA) d'avoir commercialisé sous forme de vidéogramme l'enregistrement de l'interprétation de l'oeuvre de Molière intitulée "Le Bourgeois gentilhomme" diffusée en 1968 par l'Office de radiodiffusion-télévision française (l'ORTF), sans l'autorisation des artistes-interprètes de la partie musicale de ce programme, la Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (la Spedidam) a sollicité, sur le fondement de l'article L. 212-3 du code de la propriété intellectuelle, réparation tant du préjudice personnel de chacun des artistes-interprètes que du préjudice collectif de la profession ;

Moyens

Attendu que la Spedidam fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes alors, selon le moyen, que selon l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète ; que ne constitue pas un contrat conclu pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle le contrat relatif à l'enregistrement par des musiciens d'une oeuvre musicale en vue de la composition de la bande sonore d'une oeuvre diffusée à la télévision ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Motivation

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète ;

Et attendu que l'arrêt relève que la feuille de présence signée par les musiciens-interprètes indiquait que l'enregistrement était destiné à être utilisé pour la bande sonore de l'oeuvre audiovisuelle désignée dans la rubrique "titre de la production" par la mention "Le Bourgeois gentilhomme", que l'oeuvre était réalisée par le "service de production dramatique" de l'ORTF en vue d'une diffusion à la télévision et que ces musiciens étaient informés que la fixation de leur prestation était destinée à la réalisation de cette oeuvre audiovisuelle ; que la cour d'appel en a

Pourvoi N°16-14.292-Assemblée plénière
 exactement de ce que cette feuille de présence constituait un contrat conclu avec le producteur entrant dans les
 16 février 2018
 prévisions de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, de sorte que l'INA n'avait pas à solliciter une nouvelle autorisation pour l'exploitation de cette oeuvre sous une forme nouvelle ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le second moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Dispositif

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé le seize février deux mille dix-huit par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

MOYENS ANNEXES :

Moyens produits par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour la Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (Spedidam)

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir, par confirmation du jugement entrepris, débouté la Spedidam de l'intégralité de ses prétentions ;

Aux motifs que l'article L. 212-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que « sont soumises à autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ; cette autorisation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par les dispositions des articles L. 762-1 et L. 762-2 du code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 212-6 du présent code » ; que l'article L. 212-4 prévoit que « la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète. Ce contrat fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'oeuvre » ; qu'il découle de ces textes que la signature d'un contrat entre un artiste-interprète et un producteur ne vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète que s'il a été conclu pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle ; qu'en l'espèce, chacun des musiciens a signé, pour l'enregistrement de sa prestation, une feuille de présence sur un formulaire type établi à l'en-tête de l'ORTF, comportant deux parties ; que la première partie, signée par chaque artiste-interprète, précise le nom du réalisateur, le titre de l'oeuvre pour laquelle la prestation de l'artiste-interprète est enregistrée, les modalités de réalisation de la prestation (jour, heure, nature de la prestation : « séquence enregistrement »), le montant de la rémunération et la destination de l'oeuvre (sous la rubrique Direction : « TV ») ; que cette première partie renvoie, en caractère gras et très apparents, aux conditions générales d'engagement se trouvant au verso que celles-ci qui constituent la seconde partie du document, prévoient, en leur article 11, que l'engagement ainsi signé constitue un contrat de travail à durée et objet déterminés ; que la feuille de présence ainsi signée par les musiciens constitue bien un contrat conclu entre eux et l'ORTF, peu important qu'elle ne comporte pas la signature d'un représentant de l'ORTF, dès lors que le contrat est rédigé sur papier à en-tête de l'ORTF et que c'est l'INA, venant aux droits de l'ORTF, qui se prévaut de ce contrat ; que la feuille de présence indique que l'enregistrement musical est

Pourvoi N°16-14.292-Assemblée plénière 16 février 2018
destinée à être utilisée pour la bande son de l'oeuvre audiovisuelle désignée dans la rubrique « titre de la production » par la mention « Le Bourgeois gentilhomme » et que l'oeuvre est réalisée par l'ORTF « service de production dramatique » en vue d'une diffusion à la télévision, ainsi qu'il est précisé dans la rubrique « direction » ; qu'il découle de ces éléments que l'ORTF, en sa qualité de producteur de l'oeuvre audiovisuelle « Le Bourgeois gentilhomme » destinée à être diffusée à la télévision, a engagé les musiciens pour la réalisation de cette oeuvre audiovisuelle par l'interprétation de la partie musicale ; que l'accompagnement musical est partie intégrante de l'oeuvre audiovisuelle, puisque son enregistrement a été effectué pour sonoriser les séquences animées d'images et constituer la bande son de l'oeuvre audiovisuelle ; qu'en signant la feuille de présence, les musiciens étaient parfaitement informés que la fixation de leur prestation était destinée à la réalisation de l'oeuvre audiovisuelle « Le Bourgeois gentilhomme » et que leur accompagnement musical n'était aucunement séparable de cette oeuvre ; que les feuilles de présence signées par les artistes dramatiques participant à l'oeuvre audiovisuelle sont identiques à celles signées par les musiciens, de sorte que ces deux catégories d'artistes-interprètes ont été engagés, dans les mêmes conditions, en vue de la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle ; que l'absence d'apparition à l'image des musiciens n'est pas de nature à exclure leur participation à la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle ; que l'application de ce critère conduirait à opérer une distinction entre les artistes-interprètes selon que leur prestation est visible ou non à l'image, alors que cette distinction n'est pas justifiée par les textes ; que l'article 7 des conditions générales d'engagement figurant sur la feuille de présence prévoit que l'utilisation commerciale éventuelle des prestations prévues dans l'engagement est réservée à l'Office selon les modalités définies dans les textes en vigueur à l'ORTF ; qu'en outre, la première partie de la feuille de présence précise, dans la rubrique, « type de cession », que celle-ci est « libre de droits » ; qu'en conséquence, la feuille de présence signée par les musiciens constitue un contrat conclu entre un producteur et un artiste-interprète pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle emportant, au sens des dispositions de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, l'autorisation au bénéfice du producteur, de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète ; que l'INA n'avait donc pas à solliciter une nouvelle autorisation des artistes-interprètes pour l'exploitation de l'oeuvre audiovisuelle « Le Bourgeois gentilhomme » ; que les musiciens, qui étaient soumis au barème « libre de droits » ont déjà perçu un complément de rémunération au moment de l'enregistrement de leur prestation, en fonction des décisions de l'ORTF des 28 octobre 1963 et 21 février 1964 en vigueur au jour de la signature des contrats ; que par conséquent, le jugement qui a débouté la Spedidam de ses demandes doit être confirmé ;

ALORS QUE, selon l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète ; que ne constitue pas un contrat conclu pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle le contrat relatif à l'enregistrement par des musiciens d'une oeuvre musicale en vue de la composition de la bande sonore d'une oeuvre diffusée à la télévision ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la Spedidam de l'intégralité de ses prétentions ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 212-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que « sont soumises à autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ; cette autorisation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par les dispositions des articles L. 762-1 et L. 762-2 du code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 212-6 du présent code » ; que l'article L. 212-4 prévoit que « la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète. Ce contrat fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'oeuvre » ; qu'il découle de ces textes que la signature d'un contrat entre un artiste-interprète et un producteur ne vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète que s'il a été conclu pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle ; qu'en l'espèce, chacun des musiciens a signé, pour l'enregistrement de sa prestation, une feuille de présence sur un formulaire type établi à l'en-tête de l'ORTF, comportant deux parties ; que la première partie, signée par chaque artiste-interprète, précise le nom du réalisateur, le titre de l'oeuvre pour laquelle la prestation de l'artiste-interprète est enregistrée, les modalités de réalisation de la prestation (jour, heure, nature de la prestation : « séquence enregistrement »), le montant de la rémunération, et la destination de l'oeuvre (sous la rubrique Direction : « TV ») ; que

Pourvoi N°16-14.292-Assemblée plénière
 cette première partie renvoie, en caractère gras et très apparents, aux conditions générales d'engagement se trouvant
 au verso que celles-ci qui constituent la seconde partie du document, prévoient, en leur article 11, que l'engagement
 ainsi signé constitue un contrat de travail à durée et objet déterminés ; que la feuille de présence ainsi signée par les
 musiciens constitue bien un contrat conclu entre eux et l'ORTF, peu important qu'elle ne comporte pas la signature d'un
 représentant de l'ORTF, dès lors que le contrat est rédigé sur papier à en-tête de l'ORTF et que c'est l'INA, venant aux
 droits de l'ORTF, qui se prévaut de ce contrat ; que la feuille de présence indique que l'enregistrement musical est
 destiné à être utilisé pour la bande son de l'oeuvre audiovisuelle désignée dans la rubrique « titre de la production » par
 la mention « Le Bourgeois gentilhomme » et que l'oeuvre est réalisée par l'ORTF « service de production dramatique » en
 vue d'une diffusion à la télévision, ainsi qu'il est précisé dans la rubrique « direction » ; qu'il découle de ces éléments que
 l'ORTF, en sa qualité de producteur de l'oeuvre audiovisuelle « Le Bourgeois gentilhomme » destinée à être diffusée à la
 télévision a engagé les musiciens pour la réalisation de cette oeuvre audiovisuelle par l'interprétation de la partie
 musicale ; que l'accompagnement musical est partie intégrante de l'oeuvre audiovisuelle, puisque son enregistrement a
 été effectué pour sonoriser les séquences animées d'images et constituer la bande son de l'oeuvre audiovisuelle ; qu'en
 signant la feuille de présence, les musiciens étaient parfaitement informés que le fixation de leur prestation était
 destinée à la réalisation de l'oeuvre audiovisuelle « Le Bourgeois gentilhomme » et que leur accompagnement musical
 n'était aucunement séparable de cette oeuvre ; que les feuilles de présence signées par les artistes dramatiques
 participant à l'oeuvre audiovisuelle sont identiques à celles signées par les musiciens, de sorte que ces deux catégories
 d'artistes-interprètes ont été engagés, dans les mêmes conditions, en vue de la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle ;
 que l'absence d'apparition à l'image des musiciens n'est pas de nature à exclure leur participation à la réalisation d'une
 oeuvre audiovisuelle ; que l'application de ce critère conduirait à opérer une distinction entre les artistes-interprètes
 selon que leur prestation est visible ou non à l'image, alors que cette distinction n'est pas justifiée par les textes ; que
 l'article 7 des conditions générales d'engagement figurant sur la feuille de présence prévoit que l'utilisation commerciale
 éventuelle des prestations prévues dans l'engagement est réservée à l'Office selon les modalités définies dans les textes
 en vigueur à l'ORTF ; qu'en outre, la première partie de la feuille de présence précise, dans la rubrique, « type de cession
 », que celle-ci est « libre de droits » ; qu'en conséquence, la feuille de présence signée par les musiciens constitue un
 contrat conclu entre un producteur et un artiste-interprète pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle emportant, au
 sens des dispositions de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, l'autorisation au bénéfice du producteur,
 de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète ; que l'INA n'avait donc pas à solliciter
 une nouvelle autorisation des artistes-interprètes pour l'exploitation de l'oeuvre audiovisuelle « Le Bourgeois
 gentilhomme » ; que les musiciens, qui étaient soumis au barème « libre de droits » ont déjà perçu un complément de
 rémunération au moment de l'enregistrement de leur prestation, en fonction des décisions de l'ORTF des 28 octobre
 1963 et 21 février 1964 en vigueur au jour de la signature des contrats ; que, par conséquent, le jugement qui a débouté
 la Spedidam de ses demandes doit être confirmé ;

ALORS QUE les juges ne peuvent rejeter les demandes dont ils sont saisis sans analyser, même sommairement, les
 éléments sur lesquels ils se fondent ; qu'en l'espèce, en retenant, pour rejeter la demande indemnitaire portée par la
 Spedidam au titre de l'absence de versement aux musiciens d'une rémunération complémentaire pour l'exploitation de
 leur prestation sous la forme nouvelle d'un vidéogramme du commerce, qu'ils avaient déjà perçu un complément de
 rémunération au moment de l'enregistrement de leur prestation, en fonction des décisions de l'ORTF des 28 octobre
 1963 et 21 février 1964 en vigueur au jour de la signature des contrats, sans analyser, même sommairement, ces
 décisions, la cour d'appel a violé les articles 455 du code de procédure civile et 6, § 1, de la convention de sauvegarde des
 droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

ALORS QUE le contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle
 fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de son interprétation ou de l'oeuvre reproduisant son
 interprétation ; qu'en l'espèce, en retenant, pour rejeter la demande d'indemnisation du préjudice des musiciens
 résultant de l'absence de versement d'une rémunération complémentaire pour l'exploitation de leur prestation sous la
 forme d'un vidéogramme du commerce, qu'ils étaient soumis au barème « libre de droits » et qu'ils avaient déjà perçu un
 complément de rémunération au moment de l'enregistrement de leur prestation, sans constater que l'attestation de
 présence qu'ils avaient signée avait bien fixé une rémunération distincte pour ce mode d'exploitation, la cour d'appel a
 privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle.

Pourvoi N°16-14.292-Assemblée plénière
Decision attaquée

16 février 2018

Cour d'appel de Lyon 1ère chambre civile b
16 février 2016 (n°13/06290)

[VOIR LA DÉCISION](#)**Textes appliqués**

Article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle.

Rapprochements de jurisprudence

1re Civ., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-16.583, Bull. 2013, I, n° 113 (cassation partielle).

ANEXO C – Exemplo de acórdão da Suprema Corte norte-americana

(Slip Opinion)

OCTOBER TERM, 2022

1

Syllabus

NOTE: Where it is feasible, a syllabus (headnote) will be released, as is being done in connection with this case, at the time the opinion is issued. The syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader. See *United States v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 U. S. 321, 337.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Syllabus

LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR CHIPPEWA INDIANS ET AL. v. COUGHLIN

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR
THE FIRST CIRCUIT

No. 22–227. Argued April 24, 2023—Decided June 15, 2023

Petitioner Lac du Flambeau Band of Lake Superior Chippewa Indians (the Band) is a federally recognized Indian tribe. One of the Band's businesses, Lendgreen, extended respondent Brian Coughlin a payday loan. Shortly after receiving the loan, Coughlin filed for Chapter 13 bankruptcy, triggering an automatic stay under the Bankruptcy Code against further collection efforts by his creditors. But Lendgreen allegedly continued attempting to collect Coughlin's debt. Coughlin filed a motion in Bankruptcy Court to enforce the automatic stay and recover damages. The Bankruptcy Court dismissed the suit on tribal sovereign immunity grounds. The First Circuit reversed, concluding that the Code "unequivocally strips tribes of their immunity." 33 F. 4th 600, 603.

Held: The Bankruptcy Code unambiguously abrogates the sovereign immunity of all governments, including federally recognized Indian tribes. Pp. 3–16.

(a) Two provisions of the Bankruptcy Code lie at the heart of this case. The first, 11 U. S. C. §106(a), expressly abrogates the sovereign immunity of "governmental unit[s]" for enumerated purposes. The second, §101(27), defines "governmental unit" as "United States; State; Commonwealth; District; Territory; municipality; foreign state; department, agency, or instrumentality of the United States . . . , a State, a Commonwealth, a District, a Territory, a municipality, or a foreign state; or other foreign or domestic government." In order for these provisions to abrogate tribal sovereign immunity, Congress "must [have made] its intent . . . 'unmistakably clear in the language of the statute.'" *Financial Oversight and Management Bd. for P. R. v. Centro De Periodismo Investigativo, Inc.*, 598 U. S. ___, ___. If the statute can

2 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
Syllabus

plausibly be read to preserve sovereign immunity, Congress has not unambiguously expressed the requisite intent. *FAA v. Cooper*, 566 U. S. 284, 290. But Congress need not use any particular words to pass this clear-statement test. Pp. 3–4.

(b) The Bankruptcy Code unequivocally abrogates the sovereign immunity of any and every government with the power to assert such immunity. Because federally recognized tribes unquestionably fit that description, the Code's abrogation provision plainly applies to them as well. Pp. 4–16.

(1) Several features of the statute's text and structure point the way. To start, the definition of "governmental unit" exudes comprehensiveness. It begins with a long list of governments, varying in location, nature, and size. It then proceeds to capture subdivisions and components of every government in that list. And it concludes with a broad catchall phrase, sweeping in "other foreign or domestic government[s]." §101(27). Moreover, the catchall phrase's pairing of extremes—*i.e.*, "foreign or domestic"—appearing at the end of an extensive list unambiguously indicates Congress's intent to cover all governments in §101(27)'s definition. The abrogation provision in §106(a) in turn applies to *every* "governmental unit" in §101(27). It does not cherry-pick certain types of governments from that capacious list. Pp. 4–6.

(2) Other provisions of the Bankruptcy Code reinforce §106(a) and §101(27)'s plain text. To facilitate an "orderly and centralized" debt-resolution process, 1 Collier on Bankruptcy ¶1.01 (16th ed. 2023), the Code includes a number of requirements, like the automatic stay provision, that generally apply to *all* creditors. These basic requirements can be enforced against all kinds of creditors, whether the creditor is a governmental unit or not. At the same time, the Code contains limited exceptions to avoid impeding the functioning of governmental entities when they act as creditors. See, *e.g.*, §362(b)(4). Reading the statute to carve out certain governments from the definition of "governmental unit"—as petitioners would have the Court do—risks upending the policy choices that the Code embodies. And there is no indication that Congress meant to categorically exclude certain governments from these provisions' enforcement mechanisms and exceptions. Pp. 6–8.

(3) Federally recognized tribes are indisputably governments. They exercise uniquely governmental functions, and both Congress and this Court have repeatedly characterized them as governments. Accordingly, because the Bankruptcy Code unequivocally abrogates the sovereign immunity of all governments, and tribes undoubtedly count as governments, the Code unmistakably abrogates tribal sovereign immunity. Pp. 8–9.

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

3

Syllabus

(c) Petitioners fail to sow doubt into these clear statutory provisions. Pp. 10–15.

(1) Petitioners insist that neither §101(27) nor §106(a) mentions tribes by name. But Congress need not use any particular words to make its abrogation intent clear. *Cooper*, 566 U. S., at 291. And the fact that Congress has referenced tribes specifically in other statutes abrogating tribal sovereign immunity does not foreclose it from using different language to accomplish that same goal in other statutory contexts. Pp. 10–11.

(2) Petitioners also contend that the catchall phrase “other foreign or domestic government” can plausibly be read to include only entities that are purely foreign “or” purely domestic. In petitioners’ view, the catchall phrase would thus exclude tribes or other governments that have foreign *and* domestic features. But Congress has expressly instructed that the word “or,” as used in the Code, “is not exclusive.” §102(5). In any event, petitioners do not explain why the Bankruptcy Code would draw such a line in the sand.

Finally, petitioners suggest that Congress has historically treated various types of governments differently for purposes of bankruptcy law, relying on provisions preceding the Bankruptcy Code’s enactment. Yet petitioners fail to demonstrate that the Code—which comprehensively revised bankruptcy practice—carried forward any such differential treatment. Pp. 11–15.

33 F. 4th 600, affirmed.

JACKSON, J., delivered the opinion of the Court, in which ROBERTS, C. J., and ALITO, SOTOMAYOR, KAGAN, KAVANAUGH, and BARRETT, JJ., joined. THOMAS, J., filed an opinion concurring in the judgment. GORSUCH, J., filed a dissenting opinion.

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

1

Opinion of the Court

NOTICE: This opinion is subject to formal revision before publication in the United States Reports. Readers are requested to notify the Reporter of Decisions, Supreme Court of the United States, Washington, D. C. 20543, pio@supremecourt.gov, of any typographical or other formal errors.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 22–227

LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
CHIPPEWA INDIANS, ET AL., PETITIONERS *v.*
BRIAN W. COUGHLIN

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF
APPEALS FOR THE FIRST CIRCUIT

[June 15, 2023]

JUSTICE JACKSON delivered the opinion of the Court.

The Bankruptcy Code expressly abrogates the sovereign immunity of “governmental unit[s]” for specified purposes. 11 U. S. C. §106(a). The question presented in this case is whether that express abrogation extends to federally recognized Indian tribes. Under our precedents, we will not find an abrogation of tribal sovereign immunity unless Congress has conveyed its intent to abrogate in unequivocal terms. That is a high bar. But for the reasons explained below, we find it has been satisfied here.

I

Petitioner Lac du Flambeau Band of Lake Superior Chippewa Indians (the Band) is a federally recognized Tribe that wholly owns several business entities. In 2019, one of the Band’s businesses, Lendgreen, allowed respondent Brian Coughlin to borrow \$1,100 in the form of a high-interest, short-term loan. But Coughlin filed for Chapter 13 bankruptcy before he fully repaid the loan.

Under the Bankruptcy Code, Coughlin’s filing of the bankruptcy petition triggered an automatic stay against

further collection efforts by creditors, including Lendgreen. See §362(a). Yet, according to Coughlin, Lendgreen continued its efforts to collect on his debt, even after it was reminded of the pending bankruptcy petition. Coughlin alleges that Lendgreen was so aggressive in its efforts to contact him and collect the money that he suffered substantial emotional distress, and at one point, even attempted to take his own life.

Coughlin eventually filed a motion in Bankruptcy Court, seeking to have the stay enforced against Lendgreen, its parent corporations, and the Band (collectively, petitioners). Coughlin also sought damages for emotional distress, along with costs and attorney’s fees. See §362(k) (providing a damages award to individuals injured by willful violations of the automatic stay).

Petitioners moved to dismiss. They argued that the Bankruptcy Court lacked subject-matter jurisdiction over Coughlin’s enforcement proceeding, as the Band and its subsidiaries enjoyed tribal sovereign immunity from suit.¹ The Bankruptcy Court agreed; it held that the suit had to be dismissed because the Bankruptcy Code did not clearly express Congress’s intent to abrogate tribal sovereign immunity.

In a divided opinion, the Court of Appeals for the First Circuit reversed, concluding that the Bankruptcy Code “un- equivocally strips tribes of their immunity.” *In re Coughlin*, 33 F. 4th 600, 603–604 (2022). In so holding, the First Circuit deepened a split among the Courts of Appeals on this question. Compare *Krystal Energy Co. v. Navajo Nation*, 357 F. 3d 1055, 1061 (CA9 2004) (holding that the Bankruptcy Code abrogates tribal sovereign immunity), with *In re Greektown Holdings, LLC*, 917 F. 3d 451, 460–461 (CA6

¹It is undisputed in this case, and we assume herein, that the Band’s subsidiaries are arms of the Tribe and enjoy the Band’s sovereign immunity. *In re Coughlin*, 33 F. 4th 600, 604, n. 1 (CA1 2022); *In re Coughlin*, 622 B. R. 491, 493 (Bkrcty. Ct. Mass. 2020).

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

3

Opinion of the Court

2019) (concluding the reverse). We granted certiorari to address the lower courts' inconsistent holdings. 598 U. S. ____ (2023).

II

A

Two provisions of the Bankruptcy Code lie at the crux of this case. The first—11 U. S. C. §106(a)—abrogates the sovereign immunity of “governmental unit[s].” It provides: “Notwithstanding an assertion of sovereign immunity, sovereign immunity is abrogated as to a governmental unit to the extent set forth in this section.” Section 106(a) goes on to enumerate a list of Code provisions to which the abrogation applies, including the provision governing automatic stays.

The second relevant provision is §101(27). That provision defines “governmental unit” for purposes of the Code. It states that that term

“means United States; State; Commonwealth; District; Territory; municipality; foreign state; department, agency, or instrumentality of the United States (but not a United States trustee while serving as a trustee in a case under this title), a State, a Commonwealth, a District, a Territory, a municipality, or a foreign state; or other foreign or domestic government.”

The central question before us is whether the abrogation provision in §106(a) and the definition of “governmental unit” in §101(27), taken together, unambiguously abrogate the sovereign immunity of federally recognized tribes.

B

To “abrogate sovereign immunity,” Congress “must make its intent . . . unmistakably clear in the language of the statute.” *Financial Oversight and Management Bd. for P. R. v. Centro De Periodismo Investigativo, Inc.*, 598 U. S. ____, __ (2023) (slip op., at 6). This well-settled rule applies

to federally recognized tribes no less than other defendants with sovereign immunity. *Ibid.* We have held that tribes possess the “common-law immunity from suit traditionally enjoyed by sovereign powers.” *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U. S. 49, 58 (1978). Our cases have thus repeatedly emphasized that tribal sovereign immunity, absent a clear statement of congressional intent to the contrary, is the “baseline position.” *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U. S. 782, 790 (2014).

This clear-statement rule is a demanding standard. If “there is a plausible interpretation of the statute” that preserves sovereign immunity, Congress has not unambiguously expressed the requisite intent. *FAA v. Cooper*, 566 U. S. 284, 290 (2012); accord, *United States v. Nordic Village, Inc.*, 503 U. S. 30, 37 (1992).

The rule is not a magic-words requirement, however. To abrogate sovereign immunity unambiguously, “Congress need not state its intent in any particular way.” *Cooper*, 566 U. S., at 291. Nor need Congress “make its clear statement in a single [statutory] section.” *Kimel v. Florida Bd. of Regents*, 528 U. S. 62, 76 (2000). The clear-statement question is simply whether, upon applying “traditional” tools of statutory interpretation, Congress’s abrogation of tribal sovereign immunity is “clearly discernable” from the statute itself. *Cooper*, 566 U. S., at 291.

III

We conclude that the Bankruptcy Code unequivocally abrogates the sovereign immunity of any and every government that possesses the power to assert such immunity. Federally recognized tribes undeniably fit that description; therefore, the Code’s abrogation provision plainly applies to them as well.

Opinion of the Court

A

Several features of the provisions' text and structure compel this conclusion.

As an initial matter, the definition of "governmental unit" exudes comprehensiveness from beginning to end. Congress has rattled off a long list of governments that vary in geographic location, size, and nature. §101(27) (including municipalities, districts, Territories, Commonwealths, States, the United States, and foreign states). The provision then proceeds to capture subdivisions and components of every government within that list. *Ibid.* (accounting for any "department, agency, or instrumentality of the United States . . . , a State, a Commonwealth, a District, a Territory, a municipality, or a foreign state"). And it concludes with a broad catchall phrase, sweeping in "other foreign or domestic government[s]." *Ibid.*

When faced with analogously structured provisions in other contexts, we have noted their all-encompassing scope. See, e.g., *Taylor v. United States*, 579 U. S. 301, 305–306 (2016) (characterizing as "unmistakably broad" a criminal statute defining "commerce" to include a list of specific instances in which the Federal Government would have jurisdiction, followed by a broad residual phrase); see also *Marietta Memorial Hospital Employee Health Benefit Plan v. DaVita Inc.*, 596 U. S. ___, ___, n. 1 (2022) (slip op., at 4, n. 1) (similar). We find the strikingly broad scope of §101(27)'s definition of "governmental unit" to be significant in this context as well.

The catchall phrase Congress used in §101(27) is also notable in and of itself. Few phrases in the English language express all-inclusiveness more than the pairing of two extremes. "Rain or shine" is a classic example: If an event is scheduled to occur rain or shine, it will take place whatever the weather that day might be. Same with the phrase "near and far": If people are traveling from near and far, they are coming from all over the map, regardless of the particular

distance from point A to point B.

The pairing of “foreign” with “domestic” is of a piece with those other common expressions. For instance, if someone asks you to identify car manufacturers, “foreign or domestic,” your task is to name any and all manufacturers that come to mind, without particular regard to where exactly the cars are made or the location of the companies’ headquarters. Similarly, at the start of each Congress, a cadre of newly elected officials “solemnly swear” to “support and defend the Constitution of the United States against all enemies, foreign and domestic.” 5 U. S. C. §3331. That oath—which each Member of Congress who enacted the Bankruptcy Code took—indisputably pertains to enemies anywhere in the world. Accordingly, we find that, by coupling foreign and domestic together, and placing the pair at the end of an extensive list, Congress unmistakably intended to cover all governments in §101(27)’s definition, whatever their location, nature, or type.

It is also significant that the abrogation of sovereign immunity in §106(a) plainly applies to all “governmental unit[s]” as defined by §101(27). Congress did not cherry-pick *certain* governments from §101(27)’s capacious list and only abrogate immunity with respect to those it had so selected. Nor did Congress suggest that, for purposes of §106(a)’s abrogation of sovereign immunity, some *types* of governments should be treated differently than others. Instead, Congress categorically abrogated the sovereign immunity of *any* governmental unit that might attempt to assert it.

B

Other aspects of the Bankruptcy Code reinforce what §106(a)’s and §101(27)’s plain text conveys.

Through various provisions, the Bankruptcy Code offers debtors a fresh start by discharging and restructuring their debts in an “orderly and centralized” fashion. See, *e.g.*, 1

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

7

Opinion of the Court

Collier on Bankruptcy ¶1.01 (16th ed. 2023); *Lamar, Archer & Cofrin, LLP v. Appling*, 584 U. S. ___, ___ (2018) (slip op., at 4). The automatic-stay requirement, for example, keeps creditors from “dismember[ing]” the estate while the bankruptcy case proceeds. *Chicago v. Fulton*, 592 U. S. ___, ___ (2021) (slip op., at 2); 11 U. S. C. §362. The Code’s discharge provision enjoins creditors from trying to collect debts that have been discharged in a bankruptcy case. §524(a). And its plan-confirmation provisions, as relevant here, “bind . . . each creditor” to whatever repayment plan the bankruptcy court approves, “whether or not the claim of such creditor is provided for by the plan, and whether or not such creditor has objected to, has accepted, or has rejected the plan.” §1327(a); see also, *e.g.*, §§1141(a), 1227(a).

These protections sweep broadly, by their own terms. To facilitate the Code’s “orderly and centralized” debt-resolution process, Collier on Bankruptcy ¶1.01, these provisions’ basic requirements generally apply to *all* creditors.² Courts can also enforce these requirements against any kind of noncompliant creditor—whether or not the creditor is a “governmental unit”—by virtue of §106(a)’s abrogation of sovereign immunity. §§106(a)(1)–(3).

At the same time, so as to avoid impeding the functioning of governmental entities when they act as creditors, the Code contains a number of limited exceptions. For instance, the automatic-stay requirement does not preclude “governmental unit[s]” from enforcing their “police and regulatory power[s]” in certain proceedings, §362(b)(4), or from

² 11 U. S. C. §362(a) (the filing of a bankruptcy petition “operates as a stay, applicable to *all* entities” (emphasis added)); §362(b) (providing limited exceptions to the automatic-stay provision, none of which categorically exclude a certain type of creditor for all purposes); §524(a)(2) (the discharge of a debt “operates as an injunction against the commencement or continuation of an action . . . to collect, recover or offset *any* [discharged] debt as a personal liability of the debtor” (emphasis added)); §1327(a) (“The provisions of a confirmed plan bind the debtor and *each* creditor” (emphasis added)).

pursuing specific tax-related activities, §§362(b)(9), (18), (26). The Code additionally exempts from discharge certain debts for a “fine, penalty, or forfeiture” owed to a “governmental unit.” §523(a)(7).

Reading the statute to carve out a subset of governments from the definition of “governmental unit,” as petitioners’ view of the statute would require, risks upending the policy choices that the Code embodies in this regard. That is, despite the fact that the Code generally subjects all creditors (including governmental units) to certain overarching requirements, under petitioners’ reading, some government creditors would be immune from key enforcement proceedings while others would face penalties for their noncompliance. And while the Code is finely tuned to accommodate essential governmental functions (like tax administration and regulation) as a general matter, petitioners would have us find that certain governments are excluded from those provisions’ reach, notwithstanding the fact that they engage in tax and regulatory activities too. There is no indication that Congress meant to categorically exclude certain governments from these provisions’ enforcement mechanisms and exceptions, let alone in such an anomalous manner. Cf. *Law v. Siegel*, 571 U. S. 415, 424 (2014) (declining to read into the Code an exception Congress did not include in its “meticulous” and “carefully calibrated” scheme).

C

Our conclusion that all government creditors are subject to abrogation under §106(a) brings one remaining question to the fore—whether federally recognized tribes qualify as governments. Petitioners do not seriously dispute that federally recognized tribes are governments, and for good reason. Federally recognized tribes exercise uniquely governmental functions: “They have power to make their own substantive law in internal matters, and to enforce that law in their own forums.” *Santa Clara Pueblo*, 436 U. S., at 55–

Opinion of the Court

56 (citations omitted). They can also “tax activities on the reservation.” *Plains Commerce Bank v. Long Family Land & Cattle Co.*, 554 U. S. 316, 327 (2008).

It is thus no surprise that Congress has repeatedly characterized tribes as governments.³ And this Court has long recognized tribes’ governmental status as well. See, e.g., *Bay Mills*, 572 U. S., at 788–789; *Santa Clara Pueblo*, 436 U. S., at 57–58. We have done so generally and also in the specific context of tribal sovereign immunity. Tribal sovereign immunity, “we have explained, is ‘a necessary corollary to Indian sovereignty and self-governance.’” *Bay Mills*, 572 U. S., at 788; see also *id.*, at 789 (discussing immunity as an example of tribes’ “governmental powers and attributes”).

Putting the pieces together, our analysis of the question whether the Code abrogates the sovereign immunity of federally recognized tribes is remarkably straightforward. The Code unequivocally abrogates the sovereign immunity of all governments, categorically. Tribes are indisputably governments. Therefore, §106(a) unmistakably abrogates their sovereign immunity too.⁴

³ See, e.g., Indian Self-Determination and Education Assistance Act, §104(a)(1), 88 Stat. 2207 (referring to “the strengthening or improvement of tribal government”); Tribal Self-Governance Act of 1994, §§202(2), (5)(A), 108 Stat. 4271 (“recogniz[ing] a special government-to-government relationship with Indian tribes,” and “transferring control to tribal governments . . . over funding and decisionmaking for Federal programs”); Compact of Self-Governance Between the Duckwater Shoshone Tribe and the United States of America, Art. I, §2(c) (1995) (explaining that the Compact would allow the Tribe to “take its rightful place in the family of governments in the federal constitutional system,” and “reorganize tribal government programs and services”).

⁴ Given this holding, we need not decide whether tribes qualify as purely “domestic” governments. Compare Brief for Petitioners 33 (insisting tribes are not clearly domestic governments), and *post*, at 5–11 (GORSUCH, J., dissenting) (similar), with Brief for Respondent 40–41 (contending that they are). See also *infra*, at 12–14.

IV

Petitioners raise two main arguments in an attempt to sow doubt into these clear statutory provisions. Neither creates the ambiguity petitioners seek.

A

For their opening salvo, petitioners try to make hay out of the simple fact that neither §101(27) nor §106(a) mentions Indian tribes by name. Had Congress wanted to abrogate tribal sovereign immunity, petitioners claim, the most natural and obvious way to have expressed that intent would have been to reference Indian tribes specifically, rather than smuggle them into a broadly worded catchall phrase.

But, as explained at the outset, *supra*, at 4, the clear-statement rule is not a magic-words requirement. Thus, Congress did not have to include a specific reference to federally recognized tribes in order to make clear that it intended for tribes to be covered by the abrogation provision. As long as Congress speaks unequivocally, it passes the clear-statement test—regardless of whether it articulated its intent in the *most* straightforward way. *Cooper*, 566 U. S., at 291.

Trying a different tack, petitioners point to historical practice. In statute after statute, they say, Congress has specifically mentioned Indian tribes when abrogating their sovereign immunity. And in no case has this Court ever found an abrogation of tribal sovereign immunity where the statute did not reference Indian tribes explicitly. See Brief for Petitioners 24–26.

These statistics sound quite noteworthy at first glance. But they do not move the needle in this case. For one thing, none of petitioners' cited examples involved a statutory provision that was worded analogously to, and structured like,

Opinion of the Court

the ones at issue here.⁵ Moreover, the universe of cases in which we have addressed federal statutes abrogating tribal sovereign immunity is exceedingly slim.⁶

In any event, the fact that Congress has referenced tribes specifically in some statutes abrogating tribal sovereign immunity does not foreclose it from using different language to accomplish that same goal in other statutory contexts. Even petitioners appear to concede this basic point. They agree that Congress could have used a phrase like “every government” or “any government with sovereign immunity” to express unambiguously the requisite intent to abrogate the sovereign immunity of tribes. *Id.*, at 27 (internal quotation marks omitted). For the reasons discussed above, we believe Congress did just that.

B

Petitioners further contend that even if the relevant provisions could theoretically cover tribes, the statute can plausibly be read in a way that preserves their immunity.

⁵ Petitioners rely, for instance, on the Resource Conservation and Recovery Act of 1976, which authorizes a “person” to “commence a civil action.” 42 U. S. C. §6972(a). “Person” is defined under that statute to include a “municipality,” which is in turn defined to encompass “a city, town, borough, county, parish, district, or other public body created by or pursuant to State law . . . or an Indian tribe or authorized tribal organization.” §§6903(13), (15); see also Brief for Petitioners 25 (citing similar provisions). The fact that Congress mentioned Indian tribes specifically when including them in the category of a “person” or “municipality” says little about Congress’s purported need to name Indian tribes when referring to them as a “governmental unit” or “other foreign or domestic government.”

⁶ The parties’ briefing identifies only two cases. See *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U. S. 782, 791 (2014) (recognizing partial abrogation); *United States v. United States Fidelity & Guaranty Co.*, 309 U. S. 506, 513 (1940).

1

According to petitioners, the catchall phrase “other foreign or domestic government” might simply capture entities created through “interstate compacts,” which cannot neatly be characterized as a State or an instrumentality of a State under §101(27)’s enumerated list. *Id.*, at 40–41 (internal quotation marks omitted). Interpreted in that fashion, petitioners maintain, the catchall phrase would exclude governmental entities that are not purely foreign or purely domestic—like tribes or the International Monetary Fund (IMF). Tr. of Oral Arg. 8–9.

If this interpretation of the statute sounds far-fetched, that is because it is. To find petitioners’ construction plausible, we would have to interpret “other foreign or domestic government” to impose a rigid division between foreign governments on the one hand and domestic governments on the other, leaving out any governmental entity that may have both foreign and domestic characteristics (like tribes or the IMF). But Congress has expressly instructed that the word “or,” as used in the Code, “is not exclusive.” 11 U. S. C. §102(5). As a result, we have serious doubts that Congress meant for §101(27) to elicit the laser focus on “or” that petitioners’ reading of “foreign or domestic” would entail.⁷

⁷ Our dissenting colleague puts forth two hypotheticals that supposedly cast doubt on this conclusion. See *post*, at 13–14 (opinion of GORSUCH, J.). The first involves choosing a pet that is “small or a dog,” while the second concerns an offer to have “chocolate or vanilla” ice cream. *Ibid.* But these hypotheticals are not remotely analogous to “foreign or domestic.” For one thing, the terms “foreign” and “domestic” are two poles on a spectrum. See *supra*, at 5–6. Neither “small” and “dog” nor “chocolate” and “vanilla” fit that bill. For another, whereas the pairing of “foreign” and “domestic” often covers the waterfront, see *supra*, at 6, the dissent’s hypothetical pairings do not have that same effect. And unlike animals (which need not be small or doglike) or ice creams (which need not be chocolate or vanilla), every government *must* be foreign or domestic to some degree; the question is just where on the spectrum it

Opinion of the Court

The dissent’s own arguments undermine any suggestion that Congress adopted such a siloed view. For instance, the dissent repeatedly paints tribes as occupying a hybrid position between foreign and domestic, *post*, at 6, 8–9 (opinion of GORSUCH, J.), and posits that Territories historically share this hybrid status as well, *post*, at 10 (describing Territories as tribes’ “close comparator”). Yet, as the dissent readily acknowledges, Congress expressly included Territories within §101(27)’s definition of “governmental unit.” If, on the dissent’s own account, Territories are “neither foreign nor domestic,” *ibid.*—and fall within §101(27)’s purview nevertheless—it is hard to see how §101(27)’s catchall phrase would simultaneously exclude other entities that share that same feature. §101(27) (“governmental unit” means United States; State; . . . Territory; . . . foreign state; or *other* foreign or domestic government” (emphasis added)).

In any case, neither petitioners nor the dissent explain why the Code would draw such a line in the sand. None of the carefully calibrated exceptions noted in Part III–B, *supra*, for governmental units performing regulatory and tax-related functions turn on whether a government is purely foreign or domestic. Likewise, it is hard to see why the Code would subject purely foreign or domestic governments to enforcement proceedings while at the same time immunizing government creditors that have both foreign and domestic attributes. Considering that the one thing *every* entity in §101(27)’s enumerated list has in common is its governmental nature—and that is the same characteristic that matters when the Code addresses “governmental unit[s]”

falls. See *post*, at 6 (observing that the Constitution “appear[s] to ‘place Indian [T]ribes in an intermediate category between foreign and domestic states’”); *post*, at 8 (tribes occupy a “‘hybrid position’ between ‘foreign and domestic states’”).

14 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
CHIPPEWA INDIANS *v.* COUGHLIN

from one provision to the next⁸—we are highly skeptical that Congress distinguished *between* governments in the way petitioners suggest.

2

Undaunted, petitioners note that Congress has historically treated various types of governments differently for purposes of bankruptcy law. Tr. of Oral Arg. 14–15; Reply Brief 21. They assert that, in the decades leading up to the Bankruptcy Code’s enactment, bankruptcy law afforded certain benefits to “the United States or any State or any subdivision thereof,” leaving out entities that did not fall into one of those enumerated categories. Reply Brief 21 (quoting §64(a)(4), 52 Stat. 874).

Even if petitioners’ understanding of this history is correct, they have failed to demonstrate that the Code carried forward any such differential treatment. Congress ushered in “a new, unprecedented era in bankruptcy practice” when it enacted the Code in 1978. 1 W. Norton, *Bankruptcy Law and Practice* §1:9, p. 1-17 (3d ed. 2023); *Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U. S. 50, 52–53 (1982) (plurality opinion) (describing the Code as “a comprehensive revision of the bankruptcy laws”). Both §101(27)’s definition of “governmental unit” and §106(a)’s abrogation of sovereign immunity were some of the many changes Congress made. The prior statute did not provide a general definition for governmental entities, much less in-

⁸For example, the Code defines “domestic support obligation” to include debts “owed to or recoverable by” spouses as well as “governmental unit[s].” §101(14A). And the term “person” covers an “individual, partnership, and corporation,” as well as a “governmental unit that . . . acquires an asset from a person . . . as a result of the operation of a loan guarantee agreement” or “as receiver or liquidating agent of a person.” §101(41). The main feature that sets “governmental unit[s]” apart from other entities mentioned in these definitions is their governmental nature.

Opinion of the Court

clude any provision expressly abrogating governments' sovereign immunity. Instead, it set forth a general definition for "States," which encompassed Territories, possessions, and the District of Columbia. 52 Stat. 842. Then, in each provision where governmental entities were relevant, Congress specified the particular governmental entities to which that provision pertained. See, *e.g.*, §17(1), *id.*, at 851 (exempting from discharge debts "due as a tax levied by the United States, or any State, county, district, or municipality"); *id.*, at 874 (providing priority status to "the United States or any State or any subdivision thereof").

Section 101(27)'s definition of "governmental unit" has an undeniably broader reach than the statutory provisions that preceded it. Section 101(27)'s definition includes, for instance, foreign countries and instrumentalities, when such entities had generally been previously absent. And the expansive definition of "governmental unit" in §101(27) applies throughout the Bankruptcy Code. In addition, for those who find legislative history useful, the Senate and House Reports that accompanied the Code indicate that "governmental unit" was intended to be defined "in the broadest sense." S. Rep. No. 95-989, p. 24 (1978); H. R. Rep. No. 95-595, p. 311 (1977). When Congress later added §106(a)'s abrogation provision, it was *that* comprehensive definition of governmental unit that Congress used to specify the scope of the abrogation's sweep.

Thus, however Congress may have treated governmental entities in bankruptcy law prior to 1978, it had clearly altered its view about the scope of coverage relative to governments by the time it enacted §101(27) and §106(a). Those provisions unequivocally extend to *all* governments, for the reasons already discussed, and we decline to read ambiguity into the statute where none exists.

* * *

We find that the First Circuit correctly concluded that the

16 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
CHIPPEWA INDIANS *v.* COUGHLIN

Bankruptcy Code unambiguously abrogates tribal sovereign immunity. Therefore, the decision below is affirmed.

It is so ordered.

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

1

THOMAS, J., concurring in judgment

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 22–227

LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS, ET AL., PETITIONERS v.
 BRIAN W. COUGHLIN

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF
 APPEALS FOR THE FIRST CIRCUIT

[June 15, 2023]

JUSTICE THOMAS, concurring in the judgment.

As I have explained, to the extent that tribes possess sovereign immunity at all, that immunity does not extend to “suits arising out of a tribe’s commercial activities conducted beyond its territory.” *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U. S. 782, 815 (2014) (dissenting opinion). Because respondent’s stay-enforcement motion arose from petitioners’ off-reservation commercial conduct, petitioners lack sovereign immunity regardless of the Bankruptcy Code’s abrogation provision. I therefore concur in the Court’s judgment.

“Tribal immunity is a judicial doctrine that is not mandated by the Constitution, . . . developed almost by accident, was reiterated with little analysis, and does not reflect the realities of modern-day Indian tribes.” *Upper Skagit Tribe v. Lundgren*, 584 U. S. ___, ___ (2018) (THOMAS, J., dissenting) (slip op., at 12) (internal quotation marks omitted). To the extent that tribes have any sovereign immunity at all, it is a common-law immunity. *Bay Mills*, 572 U. S., at 816–817. Unlike the sovereign immunity enjoyed by the States under the Constitution, common-law immunity “is not a freestanding right that applies of its own force when a sovereign faces suit in the courts of another.” *Id.*, at 816 (in-

2 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 THOMAS, J., concurring in judgment

ternal quotation marks omitted). Rather, it “normally depends on the second sovereign’s law” as a matter of comity. *Ibid.* (internal quotation marks omitted). Because no federal law accords tribes sovereign immunity in federal court, petitioners lack immunity in this federal case.

Moreover, even if federal courts could afford immunity to tribes as a matter of comity, comity considerations would not help petitioners. “Even with respect to fully sovereign foreign nations, comity has long been discarded as a sufficient reason to grant immunity for *commercial acts*”—like those at issue here. *Id.*, at 817 (emphasis added). And, far from furthering comity principles, recognizing immunity for off-reservation commercial acts “represents a substantial affront to a different set of sovereigns—the States.” *Ibid.* When a tribe engages in off-reservation commercial activity, “it necessarily acts within the territory of a sovereign State.” *Id.*, at 818. Thus, to grant tribes a unique and unjustified immunity from both federal and state jurisdiction for commercial acts committed on a State’s territory “aggravate[s] relationships between States and tribes throughout the country.” *Id.*, at 818–819. Accordingly, any common-law immunity that petitioners possess cannot support their claim to immunity in federal court for their off-reservation commercial conduct.

The Court’s tribal immunity doctrine is also out of step with more recent decisions. In *Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt*, 587 U. S. ___ (2019), the Court recognized that the 50 States possess a unique form of immunity that applies of its own force in the courts of sister States, *id.*, at ___—(slip op., at 7–16), as well as those of the Federal Government, *id.*, at ___ (slip op., at 12) (collecting cases). This immunity stems from the Constitution itself and belongs only to the 50 States through their ratification of the Constitution or admission to the Union on an equal footing with the original States. See *Alden v. Maine*, 527 U. S. 706, 713

THOMAS, J., concurring in judgment

(1999). As a result, it is distinct from common-law immunity, which depends upon the forum court's sovereign for recognition. *Bay Mills*, 572 U. S., at 816. By treating tribal immunity like state immunity, the Court's tribal immunity case law has afforded tribes, by judicial fiat, a form of immunity that the Constitution accords to the 50 States, and only the 50 States.

Finally, this Court's tribal immunity doctrine continues to artificially exempt tribes from generally applicable laws. I warned nearly a decade ago that tribal immunity "will continue to invite problems, including *de facto* deregulation of highly regulated activities; unfairness to tort victims; and increasingly fractious relations with States and individuals alike." *Id.*, at 825. This is a case in point. In order to avoid state payday loan regulation, "payday lenders . . . often arrange to share fees or profits with tribes so they can use tribal immunity as a shield for conduct of questionable legality." *Ibid.* Petitioners here rely on tribal immunity to avoid not only state but also federal payday loan regulation. They further seek to leverage this immunity to pursue respondent on his debt while other creditors' collection efforts are stayed. Tribal immunity thus creates a pathway to circumvent vast swaths of both state and federal laws.

The consequences of the Court's erroneous tribal immunity precedents have only gotten worse over the years. See *id.*, at 814 (Scalia, J., dissenting) ("I am now convinced that [*Kiowa Tribe of Okla. v. Manufacturing Technologies, Inc.*, 523 U. S. 751 (1998)] was wrongly decided; that, in the intervening 16 years, its error has grown more glaringly obvious; and that *stare decisis* does not recommend its retention"); *id.*, at 831 (Ginsburg, J., dissenting) ("[T]his Court's declaration of an immunity thus absolute was and remains exorbitant"). Further, the doctrine simply cannot be reconciled with the Court's precedents affirming "that the States have legislative jurisdiction over the off-reservation con-

4 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 THOMAS, J., concurring in judgment

duct of Indian tribes, and even over some on-reservation activities." *Kiowa*, 523 U. S., at 762 (Stevens, J., dissenting) (describing the Court's prior cases). Rather than accepting the flawed premise of tribal immunity and deciding the abrogation question beyond the looking glass, the Court should simply abandon its judicially created tribal sovereign immunity doctrine.

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

1

GORSUCH, J., dissenting

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 22–227

LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
CHIPPEWA INDIANS, ET AL., PETITIONERS v.
BRIAN W. COUGHLIN

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF
APPEALS FOR THE FIRST CIRCUIT

[June 15, 2023]

JUSTICE GORSUCH, dissenting.

Until today, there was “not one example in all of history where [this] Court ha[d] found that Congress intended to abrogate tribal sovereign immunity *without* expressly mentioning Indian tribes somewhere in the statute.” *In re Greektown Holdings, LLC*, 917 F. 3d 451, 460 (CA6 2019) (internal quotation marks omitted). No longer. The Court reads the phrase “other foreign or domestic government,” 11 U. S. C. §101(27), as synonymous with “any and every government,” *ante*, at 4—all for the purpose of holding that §106(a) of the Bankruptcy Code abrogates tribal sovereign immunity. It is a plausible interpretation. But plausible is not the standard our tribal immunity jurisprudence demands. Before holding that Congress has vitiated tribal immunity, the Legislature must “unequivocally express” its intent to achieve that result. *C & L Enterprises, Inc. v. Citizen Band Potawatomi Tribe of Okla.*, 532 U. S. 411, 418 (2001) (internal quotation marks omitted).

Respectfully, I do not think the language here does the trick. The phrase “other foreign or domestic government” could mean what the Court suggests: every government, everywhere. But it could also mean what it says: every “other foreign . . . government”; every “other . . . domestic government.” And properly understood, Tribes are neither

2 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

of those things. Instead, the Constitution’s text—and two centuries of history and precedent—establish that Tribes enjoy a unique status in our law. Because this reading of the statute is itself (at worst) a plausible one, I would hold that the Bankruptcy Code flunks this Court’s clear-statement rule and reverse.

I

As the Court reaffirms today, “the doctrine of tribal immunity is settled law.” *Kiowa Tribe of Okla. v. Manufacturing Technologies, Inc.*, 523 U. S. 751, 756 (1998); see *ante*, at 3–4. Nor should that fact come as a surprise. From the founding to the present, this Court has recognized the Tribes’ continued existence as “independent sovereigns.” *Haaland v. Brackeen*, 599 U. S. ___, ___ (2023) (GORSUCH, J., concurring) (slip op., at 12–18); see, e.g., *United States v. Wheeler*, 435 U. S. 313, 322 (1978); *Worcester v. Georgia*, 6 Pet. 515, 559 (1832) (Marshall, C. J., for the Court).

A “necessary corollary to [that] Indian sovereignty” is immunity from private suit. *Three Affiliated Tribes of Fort Berthold Reservation v. Wold Engineering, P. C.*, 476 U. S. 877, 890 (1986). It is, after all, “inherent in the nature of sovereignty not to be amenable to the suit of an individual *without its consent*.” The Federalist No. 81, p. 487 (C. Ros-siter ed. 1961) (A. Hamilton). That understanding, derived from both “common law sovereign immunity” and “law-of-nations sovereign immunity,” is a background principle on which the Constitution itself rests. See *Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt*, 587 U. S. ___, ___ (2019) (slip op., at 6–9) (internal quotation marks omitted) (citing authorities). And it applies to Tribes no less than foreign nations, *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U. S. 49, 58 (1978), a tradition that traces back over 170 years, see *Parks v. Ross*, 11 How. 362, 374 (1851). See also W. Wood, *It Wasn’t an Accident: The Tribal Sovereign Immunity Story*, 62 Am.

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

3

GORSUCH, J., dissenting

U. L. Rev. 1587, 1640 (2013) (Wood).

While venerable, tribal immunity—like its state and foreign counterparts—is not immutable. The federal government can abrogate it, at least as far as its fonts of power let it. See *Santa Clara Pueblo*, 436 U. S., at 58–59; cf. *Brackeen*, 599 U. S., at ____ (opinion of GORSUCH, J.) (slip op., at 31). But the choice to abrogate tribal immunity is fundamentally political in nature. It is a choice that therefore belongs to Congress, the “department which can modify [the law] at will,” and not the Judiciary, the “department which can pursue only the law as it is written.” *Brown v. United States*, 8 Cranch 110, 129 (1814) (Marshall, C. J., for the Court). Recognizing the Constitution’s division of responsibility, this Court has long left all decisions about tribal and other sorts of sovereign immunity “in Congress’s hands.” *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U. S. 782, 789 (2014).

Because “erroneous abrogation[s]” of immunity risk inter-sovereign conflicts and reprisals, this Court employs an additional interpretive guardrail—“a clear statement requirement designed to ensure that the political branches acted knowingly and intentionally” in divesting sovereigns of their legal entitlements. A. Bellia & B. Clark, *The Law of Nations as Constitutional Law*, 98 Va. L. Rev. 729, 792–793 (2012). Under this approach, we will not read a statute to abrogate immunity “if any other possible construction remains.” *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 118 (1804); see also, e.g., *Financial Oversight and Management Bd. for P. R. v. Centro De Periodismo Investigativo, Inc.*, 598 U. S. ____, ____ (2023) (slip op., at 1). That goes for Tribes just as it goes for other sovereigns; it is an “enduring principle of Indian law” that we “will not lightly assume that Congress in fact intends to undermine Indian” sovereignty absent pellucid evidence to the contrary. *Bay Mills*, 572 U. S., at 790.

All this explains the now-familiar clear-statement rule

4 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

that this Court has endorsed on countless occasions. If Congress wishes to abrogate tribal immunity, its “decision must be clear.” *Ibid.* And the Legislature must “unequivocally express” its decision in the text of a statute. *C & L Enterprises*, 532 U. S., at 418 (internal quotation marks omitted). Under that rule, “[a]ny ambiguities in the statutory language are to be construed in favor of immunity.” *FAA v. Cooper*, 566 U. S. 284, 290 (2012). Keep that hard-to-meet standard in mind. We will return to it as we make our way through the statutory text driving today’s dispute.

II

The Bankruptcy Code stipulates that, “notwithstanding an assertion of sovereign immunity, sovereign immunity is abrogated as to a governmental unit to the extent set forth in this section.” §106(a). That language, this Court has previously held, signals a clear intent to abrogate sovereign immunity. See *Central Va. Community College v. Katz*, 546 U. S. 356, 379 (2006). But as to which sovereigns? The answer to that question lies elsewhere in the Bankruptcy Code. “The term ‘governmental unit,’” it says, “means United States; State; Commonwealth; District; Territory; municipality; foreign state; department, agency, or instrumentality of the United States (but not a United States trustee while serving as a trustee in a case under this title), a State, a Commonwealth, a District, a Territory, a municipality, or a foreign state; or other foreign or domestic government.” §101(27).

That is a lot of words. For present purposes, however, only the last five matter: “other foreign or domestic government.” No one argues any of the other clauses could potentially refer to Tribes. We can further winnow down the options from there. No one thinks Tribes qualify as “foreign . . . government[s].” That leaves only two possibilities. Tribes could qualify as “‘domestic governments’”—respondent’s lead argument. Tr. of Oral Arg. 41. Or the

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

5

GORSUCH, J., dissenting

phrase “other foreign or domestic government,” read as a whole, could mean “any and every government”—respondent’s backup argument and the one the Court adopts today. *Ante*, at 4. Neither possibility is the slam dunk our familiar clear-statement rule requires. Consider each in turn.

A

Start with the “domestic government” possibility. At the time Congress adopted the provisions of the Bankruptcy Code at issue before us, the word “domestic” carried only two potentially relevant meanings. It could mean *spatially* domestic—*i.e.*, within the territorial confines of the United States. Or it could mean *politically* domestic—*i.e.*, a subpart of the United States. Contemporary definitions support each of those possibilities and only those possibilities. See, *e.g.*, Random House Dictionary of the English Language 581 (2d ed. 1987) (“of or pertaining to one’s own or a particular country as apart from other countries”); American Heritage Dictionary 416 (2d College ed. 1982) (“[o]f or pertaining to a country’s internal affairs”).

If we were to read the term only in its spatial sense, as the First Circuit did below and respondent urges us to do, it makes some sense to speak of Tribes as “domestic.” See *In re Coughlin*, 33 F. 4th 600, 606 (2022). These days, tribal jurisdiction usually falls within the United States’ territorial bounds—although that was not true for most of the Nation’s history, and became so only after the West was won. M. Fletcher, Tribal Consent, 8 Stan. J. Civ. Rights & Civ. Lib. 45, 55, n. 63 (2012). Of course, usually does not mean always. Even to this day, all three branches of government struggle to address the status of Tribes that straddle our Nation’s borders. See, *e.g.*, 8 U. S. C. §1359 (setting special immigration rules for “American Indians born in Canada”); 22 CFR §42.1(f) (2022) (similar); *Matter of Yellowquill*, 16 I. & N. Dec. 576, 577–578 (BIA 1978) (interpreting other

6 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

provisions to not apply to Canada-born “American” Indians); *Akins v. Saxbe*, 380 F. Supp. 1210, 1218–1222 (Me. 1974) (similar). Evidently, our neighbor to the north has encountered similar difficulties. See *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17 (analyzing traditional cross-border hunting rights).

Focusing only on the spatial meaning of “domestic,” however, would miss an obvious point. When it comes to the status of governments, this Court has long recognized that geography takes a backseat. Whether a government qualifies as “domestic” instead usually depends on “the political relation in which one government or country stands to another”; the term has “no relation to local, geographical, or territorial position.” *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Pet. 1, 55 (1831) (Thompson, J., dissenting); see also *id.*, at 16–20 (Marshall, C. J., for the Court). At minimum, this line of thinking leaves open a reasonable possibility that Congress in §101(27) meant the term “domestic” in its political (not geographic) sense. Accordingly, for respondent’s primary argument to succeed, he must show that the *political* relationship between Indian Tribes and the United States is such that the term “domestic government” *clearly* covers them.

That is a burden respondent cannot carry. Properly understood, Indian Tribes “occupy a unique status” that is neither politically foreign nor domestic. *National Farmers Union Ins. Cos. v. Crow Tribe*, 471 U.S. 845, 851 (1985). Significant evidence supports this understanding. Start with the text of the Constitution. Its terms appear to “place Indian [T]ribes in an intermediate category between foreign and domestic states.” Z. Price, *Dividing Sovereignty in Tribal and Territorial Criminal Jurisdiction*, 113 *Colum. L. Rev.* 657, 670 (2013) (Price). At least two provisions illustrate as much. One is the Commerce Clause, which gives Congress the power to regulate “Commerce” “with foreign Nations,” “among the several States,” and “with the Indian

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

7

GORSUCH, J., dissenting

Tribes.” Art. I, §8, cl. 3. The inclusion of that third Commerce Clause power suggests that Tribes were not reachable either by Congress’s foreign commerce power or by its domestic (interstate) commerce power. More obscure but no less probative is the Constitution’s exemption from the apportionment formula of all “Indians not taxed.” Art. I, §2, cl. 3; Amdt. 14, §2. That choice recognizes that Tribes are not fully “domestic” to the United States, and instead stand “separate from the polity.” Price 670.

These provisions, too, reflected a widely shared understanding about the sovereign status of Tribes at the founding. As Secretary of War Henry Knox put it in a letter to President Washington, the Tribes were in many ways akin to “foreign nations,” and not part “of any particular [S]tate.” Letter to G. Washington (July 7, 1789), in 3 Papers of George Washington: Presidential Series 134, 138 (D. Twohig ed. 1989). Consistent with this understanding, before 1871 the United States (and, prior to that, Great Britain) chiefly managed tribal relations by way of treaty. Entering into those treaties “admit[ted]” that the Tribes “rank among those powers who are capable of making treaties.” *Worcester*, 6 Pet., at 559. Governments do not normally deal with politically “domestic” authorities in that manner. See, e.g., *Ex parte Crow Dog*, 109 U. S. 556, 572 (1883) (linking Tribes’ “capacity to make treaties” with their unique “semi-independent” status, allowing them to control “their domestic government” (quoting *United States v. Joseph*, 94 U. S. 614, 617 (1877))); *The Cherokee Tobacco*, 11 Wall. 616, 622 (1871) (Bradley, J., dissenting) (similar).

This Court’s earliest Indian-law jurisprudence offers more evidence along the same lines. In *Cherokee Nation v. Georgia*, “three distinct views of tribal sovereignty emerged” on the question whether, “for purposes of Article III,” the Cherokee Nation was a “foreign nation.” R. Tsosie, *Tribalism, Constitutionalism, and Cultural Pluralism: Where Do Indigenous Peoples Fit Within Civil Society?*, 5

8 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

U. Pa. J. Const. L. 357, 360–361 (2003). In the lead opinion for the Court, Chief Justice Marshall emphasized that “[t]he condition of the Indians in relation to the United States is perhaps unlike that of any other two people in existence.” 5 Pet., at 16. For the limited purposes of Article III, Chief Justice Marshall rejected the view that the Tribes could, “with strict accuracy, be denominated foreign nations.” *Id.*, at 17 (emphasis added). Instead, he suggested, “[t]hey may, more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations.” *Ibid.* (emphasis added). But notably, he did not describe the Tribes as “domestic” for all purposes. To the contrary, he deliberately chose the term *nations*, stressing also that “[i]n the general, nations not owing a common allegiance are foreign to each other.” *Id.*, at 16. In that way, he said, “the relation of the Indians to the United States is marked by peculiar and cardinal distinctions which exist no where else.” *Ibid.* Read in context, the term “domestic dependent nations” is really a term of art meant to capture Tribes’ “hybrid position” between “foreign and domestic states.” Price 670.

The remaining opinions in *Cherokee Nation* underscore this message. Justice Johnson, concurring, rejected the moniker “foreign state.” 5 Pet., at 27. But he also thought it “very clear that the [C]onstitution neither speaks of” Tribes “as [S]tates or foreign states, but as just what they were, Indian [T]ribes; an anomaly unknown to the books.” *Ibid.* Justice Baldwin, also concurring, rejected the idea that Tribes were “states, foreign or domestic.” *Id.*, at 43 (emphasis added). And Justice Thompson, joined by Justice Story, dissented on the grounds that he thought the Cherokee had a chiefly “foreign character,” all things considered. *Id.*, at 55. All told, this Court split sharply as to the best way to characterize the legal status of Tribes in relation to the United States. But if there is one thing all Members of the Court could have agreed on, perhaps it would be this:

GORSUCH, J., dissenting

Neither the term “foreign government” nor the term “domestic government” adequately captures the Tribes’ unique legal and political status.

This Court’s later decisions only give further reason to doubt that Tribes are clearly “domestic government[s].” No less than this Court’s first case analyzing tribal sovereign immunity, *Parks v. Ross*, rested on the view that each Tribe remains “in many respects” (but not all) “a *foreign* and independent nation.” 11 How., at 374 (emphasis added); see Wood 1640 (describing *Parks* as “the first case of record involving tribal immunity”). That language not only weighs against treating Tribes as domestic governments. It does so in *precisely* the context at issue here—sovereign immunity. If we can assume that Congress “is aware of this Court’s relevant precedents,” the notion that the Bankruptcy Code abrogates tribal sovereign immunity is sunk. *Ysleta del Sur Pueblo v. Texas*, 596 U. S. ____, __ (2022) (slip op., at 13). That seems like an especially safe assumption here, given that Congress adopted its most recent version of §106 after this Court—twice—held that the provision failed our clear-statement rule as to other sovereigns. See *United States v. Nordic Village, Inc.*, 503 U. S. 30, 33–39 (1992); *Hoffman v. Connecticut Dept. of Income Maintenance*, 492 U. S. 96, 98–104 (1989) (plurality opinion). That the respondent in this case nowhere discussed *Parks* in his briefing (and had nothing to say about it at argument, see Tr. of Oral Arg. 43) speaks volumes.

Of course, respondent has bigger problems than just the *words* this Court has used. He must contend with the reality of this Court’s Indian-law jurisprudence, which in practice has consistently treated Tribes as a “constitutional hybrid, resembling [S]tates in certain respects and foreign nations in others.” Price 670–671; see generally G. Ablavsky, *Sovereign Metaphors in Indian Law*, 80 Mont. L. Rev. 11 (2019). For example, while Congress has certain legislative authority over tribal lands, the Tribes themselves

10 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

need not abide by the Bill of Rights or the Fourteenth Amendment. See *Oliphant v. Suquamish Tribe*, 435 U. S. 191, 194, n. 3 (1978) (citing *Talton v. Mayes*, 163 U. S. 376 (1896)). Instead, they are governed by unique regimes of civil and criminal jurisdiction involving overlapping “federal, tribal, and state authorities” unlike those employed anywhere else. *Oklahoma v. Castro-Huerta*, 597 U. S. ___, ___, and n. 3 (2022) (GORSUCH, J., dissenting) (slip op., at 15, and n. 3). And their unique character makes their brand of sovereign immunity “not congruent” with the immunity other sovereigns enjoy. *Three Affiliated Tribes*, 476 U. S., at 890.

Nor are Tribes alone in standing outside the foreign/domestic dichotomy. Take the Court’s treatment of the so-called Insular Territories. It depends entirely on the idea that those Territories are neither foreign nor domestic, but instead unique entities “foreign to the United States, in a domestic sense.” *Downes v. Bidwell*, 182 U. S. 244, 341 (1901) (White, J., concurring); see also C. Burnett & B. Marshall, *Between the Foreign and the Domestic: The Doctrine of Territorial Incorporation, Invented and Reinvented* 30, n. 3, in *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion, and the Constitution* (2001) (noting that the Court has “unanimously and expressly adopted” that view). No one could accuse me of having fondness for the Insular Cases. See *United States v. Vaello Madero*, 596 U. S. ___, ___ (2022) (GORSUCH, J., concurring) (slip op., at 1). But their existence is fatal for respondent’s theory. After all, the Insular Territories are a close comparator to Tribes and many have considered “both [T]ribes and [T]erritories [to] share the same status as “foreign to the United States, in a domestic sense.”” H. Babock, *A Possible Solution to the Problem of Diminishing Tribal Sovereignty*, 90 N. D. L. Rev. 13, 57 (2014). Tellingly, too, Congress *expressly* abrogated any immunity Territories may enjoy under the Bankruptcy Code. §101(27). Yet it did no such thing when

GORSUCH, J., dissenting

it came to the Tribes.

Respondent has no real answer to any of this. He cites some cases in which this Court reprised the “domestic dependent nations” language from *Cherokee Nation*. See Brief for Respondent 21 (citing cases). But as we have seen, that language actually stands for a view of Tribes flatly inconsistent with the “domestic government” characterization. Taking away those examples leaves respondent with thin gruel. He directs us to *United States v. Cox*, 18 How. 100, 103 (1856). But that case observed only that “Cherokee territory” counts as “domestic territory.” *Ibid.* (emphases added). The decision thus plainly used the term “domestic” only in its spatial sense. The same goes for *Blatchford v. Native Village of Noatak*, 501 U. S. 775 (1991). There, this Court recognized that Tribes are only “in some respects” “more like States than foreign sovereigns.” *Id.*, at 782. Read with this context in mind, its statement that “[t]hey are, for example, domestic,” referred only to their spatial location. *Ibid.* Confirming this point, the rest of the paragraph contrasted the Tribes’ physical “domesticity” with features of their political relationship with the United States. *Ibid.*

More fundamentally, even granting respondent these examples would not do him any good. Just think of the balancing task we would face. On one side of the scale, we would have a couple of scattered quotes (cherry-picked from over two centuries of Indian-law jurisprudence) bandying about the word “domestic” when describing certain *features* of Tribes. On the other side of the scale, we would have the text and history of the Constitution, supported by more (and better) examples of this Court’s jurisprudence fashioning rules of law treating Tribes as *sui generis*. Faced with all that countervailing authority, the best respondent could realistically hope for is that we declare §101(27) a jump ball. And under our clear-statement rule, a jump ball is as good as a possession arrow favoring the party opposing the

12 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

abrogation of sovereign immunity.

B

Taking the “domestic government” possibility off the table leaves only one other. Respondent falls back on the idea that “foreign or domestic” is really just shorthand for “every government under the Sun.” The Court relies solely on this reading, holding that §102(27) “unequivocally abrogates the sovereign immunity of any and every government that possesses the power to assert such immunity.” *Ante*, at 4. Getting to that conclusion from the statutory text requires two interpretive moves. First, the reader must treat the words “foreign or domestic” as a single, undifferentiated clause (rather than as a disjunctive grouping of descriptors). Second, the reader must take that undifferentiated clause to mean “anywhere and everywhere.” Each move is plausible; neither is “clear.” And a problem with either is game over.

Start with the first move. Respondent would have us read “foreign or domestic” as a unitary clause expressing a single, shared idea. This is what linguists might call a hendiadys—“two terms separated by a conjunction [that] work together as a single complex expression.” S. Bray, “Necessary and Proper” and “Cruel and Unusual”: Hendiadys in the Constitution, 102 Va. L. Rev. 687, 688 (2016). On occasion, English employs that sort of construct. But those occasions are the exceptions, not the rule. Nor is it clear that is what we have here. As even respondent concedes, “or” in “its ordinary use” instead indicates that “the words it connects are to ‘be given separate meanings.’” Brief for Respondent 23 (quoting *United States v. Woods*, 571 U. S. 31, 45–46 (2013)). A perfectly natural reading, then, would ask whether Tribes clearly qualify as “foreign . . . government[s]” or as “domestic government[s].” And because the answer is “no” on both scores (for the reasons already laid out above) the language flunks the clear-statement rule.

The second move has issues too. The case for treating

GORSUCH, J., dissenting

“foreign or domestic government” as synonymous with “any government anywhere” rests on the premise that the terms are “two extremes,” so that—by invoking both—Congress meant to cover every part of an all-inclusive spectrum. *Ante*, at 5. The Court analogizes to the phrase “near and far,” which it argues sometimes means “all over the map.” *Ante*, at 5–6. But the premise here is faulty and the analogy inapt. “Near” and “far” may well be “two extremes”—one would not speak of a location being *both* near *and* far at the same time, for example. When it comes to sovereigns, however, the terms “foreign” and “domestic” do not share that same quality. Rather, as we have seen, an extensive tradition supports treating certain sovereigns—Tribes among them—as *sui generis* entities falling outside the foreign/domestic dichotomy. That tradition is fatal under the clear-statement rule.

How does respondent contend with this problem? At argument, he retreated from his briefing and relied instead on a provision of the Bankruptcy Code stating that, for purposes of that Code, “or” is not exclusive.” Tr. of Oral Arg. 41 (citing §102(5)). From this, respondent reasoned, the Bankruptcy Code abrogates tribal immunity because everyone can agree at least that Tribes bear *some* qualities of both foreign *and* domestic governments.

The provision respondent cites simply does not do what he seems to think it does. In common usage, the term “or” can carry two meanings. The first is exclusive. It requires full satisfaction of one—and exactly one—listed condition. The second is inclusive. It requires full satisfaction of at least one listed condition. All §102(5) does is favor the latter meaning for purposes of the Bankruptcy Code. Sound complicated? Just look at an example. Suppose you tell your child that he can get a pet so long as it is “small or a dog.” The child can choose a small animal (like a hamster) or a large dog (like a mastiff). But can the child also choose a small dog? If the “or” is inclusive (as respondent argues

14 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
 CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
 GORSUCH, J., dissenting

it is here), the answer is “yes.” If it is exclusive, the answer is “no.” Critically, however, neither reading covers a medium-sized aardvark. Such an animal may be *somewhat* small and *somewhat* doglike, but two near misses do not add up to a hit. This is a simple point but an important one. Regardless of whether “or” is used inclusively or exclusively, *one* of the input conditions must be satisfied.

With this point in mind, respondent’s reading collapses. To see why, consider another example. Suppose you are a houseguest, and your host invites you to “help yourself to the chocolate or vanilla ice cream in the freezer.” Upon opening the freezer, you find three tubs—vanilla, chocolate, and Neapolitan. For argument’s sake, too, let’s say the last tub also has a sticky note: “Do not eat without clear permission.” Which ice cream can you take? If the host meant “or” exclusively, you may take *either* chocolate or vanilla, not both. If the host meant it inclusively, you may scoop some of each. In neither event, however, would you have permission to take the Neapolitan ice cream—especially given the cautionary note. As a unique composite, it does not clearly satisfy either of the necessary conditions. So too here. Tribes may have *some* features of both domestic and foreign governments, but they do not clearly qualify as either, and they have some features found in neither. Accordingly, §102(5) does nothing to rescue respondent’s cause.

If anything, §102(5) only sheds light on what the catchall term “other foreign or domestic government” does cover. That phrase sweeps up, as Chief Judge Barron explained in dissent below, certain “otherwise excluded, half-fish, half-fowl governmental entities like authorities or commissions that are created through interstate compacts” (“other . . . domestic government[s]”) and “the joint products of international agreements” (“other foreign . . . government[s]”). 33 F. 4th, at 615. Without the catchall, entities of these sorts could potentially fall through the cracks. Tribes, by contrast, are among the most significant entities wielding

GORSUCH, J., dissenting

sovereign immunity. They are a unique form of government—and they alone are nowhere mentioned.

The Court offers two responses. Above the line, it asks why Territories are encompassed within §101(27)'s immunity-abrogation provision if they share the same status of Tribes—neither foreign nor domestic. *Ante*, at 13. The answer, of course, is that Congress *expressly listed* Territories; it did not do the same for Tribes. Nor do I see how Congress's choice to include Territories supports the Court's suggestion that the term "other foreign or domestic government" *clearly* covers all governments. To the contrary, under the Court's interpretation of that term, the express inclusion of Territories becomes curious surplusage. And to the extent the Court thinks Congress mentioned Territories just to be doubly clear that the term "other foreign or domestic government" really does cover *all* governments—adopting a kind of belt-and-suspenders approach—isn't it odd that Congress left one of the most notable types of sovereigns (a key part of its "belt") at home?

Below the line, the Court simply asserts (without analysis or support) that "the terms 'foreign' and 'domestic' are two poles on a spectrum." *Ante*, at 12–13, n. 7. It does not grapple, however, with the many decisions of this Court discussed above that contradict that premise—and that do so in the precise context of Indian law (in general) and sovereign immunity (in particular). See *supra*, at 6–11. Nor does it grapple with the reality that, even if the terms were two poles on a spectrum, many Justices of this Court have suggested that Indian Tribes do not fall along that continuum at all and are instead "just what they [are], Indian [T]ribes." *Cherokee Nation*, 5 Pet., at 27 (Johnson, J., concurring). Others of course have disagreed. But that disagreement is no help to the Court under our clear-statement rule. It is dispositive the other way.

16 LAC DU FLAMBEAU BAND OF LAKE SUPERIOR
CHIPPEWA INDIANS v. COUGHLIN
GORSUCH, J., dissenting

III

Unable to demonstrate that the statute's terms clearly abrogate tribal immunity, respondent and the Court stress that §101(27) as a whole "exudes comprehensiveness." *Ante*, at 5. That is obviously true but not obviously helpful. Really, the express inclusion of so many other types of sovereigns in the Bankruptcy Code's abrogation provision only deepens the mystery why Tribes are nowhere mentioned. Normally, after all, when Congress includes so many items within "[an] associated group," we assume the omission of another means that it has been deliberately "exclude[d]." *Chevron U. S. A. Inc. v. Echazabal*, 536 U. S. 73, 80 (2002). Nor, for that matter, has this Court ever held that a statute's general atmospheric can satisfy the clear-statement rule when the text itself comes up short.

The Court also invokes the Bankruptcy Code's purposes. It contends that Congress designed the Code in part to "offe[r] debtors a fresh start," that its provisions were intended to "sweep broadly," and that petitioners' view of the statute could "open[d] the policy choices that the Code embodies." *Ante*, at 6–8. In a similar vein, the Court wonders what reason Congress possibly could have had for excluding Tribes from its abrogation provision. *Ibid.* These are fair questions and concerns. Some of them I share. But they, too, have no place in a case like this one. For purposes of satisfying a clear-statement rule, attempts to "construe" §106 "in light of the policies underlying the Bankruptcy Code are unavailing." *Hoffman*, 492 U. S., at 104 (plurality opinion). Perhaps Members of Congress had good reasons for failing to include Tribes in §101(27). Perhaps their decision reflected a measured political compromise. Or perhaps the issue of tribal immunity simply never came up. In all events, the result is the same. Absent some clear textual indication, there can be no abrogation.

Setting aside those policy concerns leaves the Court with a methodological one. It fears adopting my approach could

Cite as: 599 U. S. ____ (2023)

17

GORSUCH, J., dissenting

transmute our clear-statement rule into some sort of magic-words test. *Ante*, at 10. I do not see how it could. Congress could identify Tribes in any number of unmistakable ways—“Indians,” “Native Americans,” “Indigenous Peoples,” or even (as we have seen) “domestic dependent nations.” Congress has had no trouble using language like that in plenty of other statutory contexts. See, e.g., 7 U. S. C. §8310; 42 U. S. C. §8802(17); 49 U. S. C. §5121(g). Alternatively, Congress could identify Tribes by description—for instance, “any other government that operates, in whole or in part, within the territorial bounds of the United States.” See 33 F. 4th, at 622 (Barron, C. J., dissenting). Alternatively still, Congress could abrogate *all* sovereign immunity through some unequivocal statement to that effect—using, for example, the Court’s own formulation, “any and every government.” *Ante*, at 4. The only thing Congress cannot do is use “oblique or elliptical language” to “supply a clear statement.” *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. ____, ____ (2022) (GORSUCH, J., concurring) (slip op., at 13) (internal quotation marks and alterations omitted). Because that is—at best—what the Bankruptcy Code provides, I respectfully dissent.