

JULGAMENTO COLEGIADO E A TRANSPARÊNCIA NA DELIBERAÇÃO DO STF: APORTES DO DIREITO COMPARADO

APPELLATE ADJUDICATION AND THE TRANSPARENCY OF DELIBERATION IN THE STF: A
COMPARATIVE APPROACH

Revista de Processo Comparado | vol. 2/2015 | p. 57 - 82 | Jul - Dez / 2015

DTR\2016\39

Bruno Marzullo Zaroni

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado do PPGD/UFPR. Visiting Scholar na Columbia University. Professor da Universidade Positivo. Advogado. brunozaroni@yahoo.com

Área do Direito: Processual

Resumo: O presente artigo analisa o regime da transparência na deliberação judicial, dando ênfase ao julgamento colegiado no STF. Ademais, traça-se um comparativo entre o modelo de publicidade do julgamento colegiado vigente no Brasil e modelos presentes no direito estrangeiro, bem como seus respectivos prós e contras.

Palavras-chave: Julgamento colegiado - Processo decisório - Deliberação judicial - Sigilo - Transparência.

Abstract: The article examines the transparency of judicial deliberation in the context of appellate adjudication, emphasizing the decision making process of the Supreme Court of Brazil. The chief purpose of the article is to compare the model of publicity adopted by the Supreme Court with other models extant in other legal systems.

Keywords: Appellate adjudication - Decision-making process - Judicial deliberation - Secrecy - Transparency.

Sumário:

1 Introdução - 2 A dinâmica decisória do STF - 3 O paradoxo da deliberação pública - 4 Reflexões finais - 5 Referências

1 Introdução

Um aspecto crucial no âmbito do julgamento colegiado de muitas Cortes estrangeiras, e que aqui se pretende examinar à luz do procedimento decisório do STF, diz respeito ao regime de transparência da deliberação judicial. Embora, tal como aqui, os atos processuais sejam regidos pelo princípio da publicidade, tal postulado é excepcionado em muitas Cortes estrangeiras quando o colegiado entra em reclusão para deliberar. Logo, o debate interno do colegiado é feito à margem do acompanhamento público.

Em certa medida, seja pela tradição, seja por razões institucionais, a existência de uma fase de deliberação sigilosa do colegiado não é vista com desconfiança em tais Cortes, já que não abrange todas as etapas do julgamento em si, mas apenas a fase de discussão para a concepção colegiada da decisão. Invariavelmente, na sequência, o resultado desta deliberação será comunicado à sociedade por meio de uma decisão devidamente motivada.¹ Logo, ainda que não se dê ciência ao público da discussão havida intramuros, o produto final da deliberação e seus fundamentos são oficialmente divulgados.²

Para além disso, outra justificativa para o sigilo da deliberação judicial decorre da dinâmica que esta assume no âmbito de cada arranjo institucional.

Ora, é importante registrar que muitas Cortes estrangeiras - destacando-se as europeias e a Suprema Corte dos Estados Unidos - reservam distintos momentos de seu procedimento decisório para a deliberação intrainstitucional.

A título de exemplo, no modelo continental europeu, em que pese a previsão de uma sessão de deliberação ao cabo do procedimento decisório, parte significativa da interação discursiva acontece, em verdade, de forma antecipada e fragmentada desde a designação do relator. Este, a partir daí, irá

interagir com o colegiado e com determinados personagens presentes em cada arranjo institucional em particular, a fim de elaborar uma proposta de decisão que, ao final, seja apta a ser aceita pelo colegiado.³

Portanto, a deliberação nem sempre é reservada a um momento pontual do processo decisório, mas pode se manifestar, formal e informalmente, em distintas ocasiões, encontrando na sessão de deliberação apenas o seu arremate.

Em outros casos, como sucede no âmbito do processo decisório da Suprema Corte norte-americana, a dinâmica é inversa: a deliberação tem como ponto de partida o encontro formal do colegiado na *conference* - no qual se debate e se toma uma decisão ainda provisória sobre o caso -, mas se desenrola verdadeira e substancialmente por uma extensa fase de redação e intercâmbio de votos entre os *Justices*.

O exemplo norte-americano é bastante emblemático para a compreensão do sigilo da deliberação judicial. Mesmo com a confidencialidade da *conference*, a Suprema Corte é reputada um dos entes estatais mais transparentes dos Estados Unidos. Suas decisões originam-se de processos públicos, as partes têm a oportunidade de dirigir-se aos *Justices* formalmente por petições (*briefs*) e por ocasião da sessão de sustentação oral,⁴ sendo vedadas quaisquer interações com a Corte destituídas de oficialidade e de publicidade. Ao cabo desse procedimento, as decisões, acompanhadas de sua fundamentação, são anunciadas oralmente pelos *Justices* e depois publicadas.⁵

Nesse contexto, prevalece a ideia de que pouco adiantaria dar publicidade aos debates havidos na *conference*, se a deliberação ali sucedida é abreviada e marcada pela provisoriedade. O desenvolvimento e conclusão da deliberação principiada neste encontro formal do colegiado dar-se-á, em verdade, na fase subsequente de deliberação por escrito,⁶ que pode inclusive redundar na alteração do que fora preliminarmente decidido. É o que a doutrina norte-americana denomina de "*fluidez da escolha judicial*".⁷

Dando conta disso, relata o antigo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *William Rehnquist*, que a preparação e o compartilhamento da *opinion* entre o colegiado, seguida da circulação de memorandos contendo sugestões e críticas ao texto - que pode vir a ser modificado diversas vezes -, além dos eventuais dissensos que possam surgir, envolve um procedimento complexo, que pode consumir meses de trabalho.⁸ Seria operacionalmente impossível e de questionável proveito outorgar publicidade a uma dinâmica deliberativa de tamanha fluidez e complexidade.⁹

Logo, tanto no modelo europeu quanto no norte-americano, a deliberação intrainstitucional não é instantânea, de sorte tal a ser captada prontamente por um observador externo. Ela flui por diferentes meios (oral e escrito) de forma continuada, até que, ao cabo deste processo, se condensa numa decisão deliberativa escrita apta a ser publicada.

Ademais, no que diz respeito especificamente ao modelo de deliberação das Cortes europeias, outra justificativa para o regime de confidencialidade da reunião do colegiado decorre do fato de que a maioria das Cortes adota o modelo de decisão *per curiam*.¹⁰ Vale dizer, as decisões são proferidas em nome Corte, enquanto instituição, de forma unânime e anônima. Vale registrar que o anonimato decorre do fato de que, conquanto haja um juiz responsável pela redação do texto, tal informação não é exposta ao público. Por força da colegialidade, a autoria da decisão é da Corte.¹¹

Simultaneamente, a decisão é dita unânime, porque não se permite, como regra, a divulgação dos desacordos porventura existentes no interior da Corte. Se houve embates intramuros e, ao cabo disso, o julgamento resultou numa fragmentação do colegiado, tal circunstância não é divulgada.

Logo, a confidencialidade da deliberação tem por escopo justamente ocultar o dissenso no colegiado e exprimir certeza no que diz respeito à interpretação do direito.¹² Em grande medida, tal aspecto se explica pelo fato de que o juiz da *civil law* é tradicionalmente visto como um técnico isento, que deve aparentar exercitar despretensiosamente uma operação mecânica de subsunção da lei aos fatos, como se tratasse de uma questão de mera lógica dedutiva.¹³

Ao se negar ao público a possibilidade de conhecer aspectos da deliberação interna que, se expostos, revelariam o papel criativo da jurisdição e o caráter argumentativo do direito, procura-se,

dentro de tal arranjo deliberativo, mediante a prolação de decisões - ainda que artificialmente - unânimes, aparentar uma submissão da Corte ao texto supostamente unívoco da lei.¹⁴ Nesse cenário, o segredo da deliberação é relevante, já que seria "incongruente proporcionar o espetáculo de uma justiça que hesita, pesa os prós e contras, tergiversa e se contradiz".¹⁵

Em que pese ser esta conjuntura predominante na maioria dos países continentais europeus, pouco a pouco algumas Cortes, influenciadas especialmente pelo estilo norte-americano, passaram a conceber que dissidências venham a ser publicadas.¹⁶ O que se constata, porém, é que, mesmo nestas Cortes, por conta da arraigada cultura colegial de estímulo ao consenso, os votos dissidentes são usados de forma bastante moderada, sendo geralmente reservados aos casos de maior projeção político-constitucional, nos quais divergentes perspectivas são mais propensas a aflorar.¹⁷

Considerando que uma das justificativas para a confidencialidade da deliberação do colegiado é justamente a proibição de exposição do dissenso, alguém poderia indagar sobre o fato de que, mesmo em Cortes que tradicionalmente permitem a prolação de votos individuais, tem sido mantida a deliberação secreta.

De acordo com o que comprovam as experiências norte-americana¹⁸ e inglesa,¹⁹ ainda que os votos dissidentes e concorrentes sejam aspectos do modo colegiado de decidir na *common law*, a existência de uma etapa de deliberação secreta é considerada vital, já que permite o franco debate e a disposição para sopesar criteriosamente os argumentos ventilados pelas partes, num contínuo processo de reflexão e discussão colegiada. Consoante pondera Lewis Powell Jr., antigo *Justice* da Suprema Corte norte-americana, a confidencialidade da deliberação "assegura que iremos examinar cuidadosamente a solidez de nossos argumentos", bem como "aprimora a qualidade da deliberação."²⁰ William Rehnquist, ao seu turno, acrescenta que a existência deste momento específico e reservado "força cada membro da Corte a se preparar para a sessão de deliberação."²¹

Contrariamente ao que acontece nestas Cortes, tem-se no Brasil um quadro completamente diferente, especialmente porque os arts. 5.º, LX, e 93, IX, da CF impõem a publicidade dos atos processuais e dos julgamentos. No STF, em particular, além de públicas, as sessões de julgamento são televisionadas e disponibilizadas na internet. Além da TV Justiça, o STF dispõe da Rádio Justiça e possui páginas institucionais nas plataformas *Youtube* e *Twitter*.²²

Parcela da doutrina brasileira reputa que os julgamentos do STF, abertos ao público e televisionados, representam um claro sinal de transparência e de *accountability* da Corte;²³ outros, porém, mais céticos, chamam a atenção para os efeitos nocivos da deliberação num contexto de ampla publicidade.²⁴ Cabe aqui avançar um pouco mais neste debate.

2 A dinâmica decisória do STF

Antes de mais nada, o primeiro questionamento a ser feito é se o que sucede no STF²⁵ pode ser efetivamente reputado um encontro deliberativo, nos moldes aspirados pelas teorias que endossam a deliberação como procedimento ideal para a tomada de decisão em grupo.²⁶

Tal observação tem relevância tendo em vista que uma das críticas atualmente dirigidas ao STF é no sentido de que o que transcorre em suas sessões de julgamento é, a rigor, a leitura sequencial de votos previamente concebidos pelos Ministros, seguindo um padrão *seriatim*. Melhor explicando: ao se tomar o conceito de deliberação, como sendo um debate reflexivo visando a tomada de decisão, que se inicia com a identificação do problema, passando para o levantamento de possíveis soluções e para a escolha ponderada da melhor alternativa -, não é difícil concluir que as sessões de julgamento do STF, via de regra, não refletem uma manifestação deliberativa propriamente dita.²⁷

Ora, deliberar é um meio para se chegar a um fim: a tomada de decisão coletiva, tal como sucede no âmbito de uma Corte que decide de forma colegiada. Delibera-se para, daí então, decidir.

No STF, porém, a sessão de julgamento já é o ato final desse trajeto, paradoxalmente alcançado sem que se tenha deliberado de antemão, uma vez que, ao se chegar a sessão de julgamento, os votos dos Ministros geralmente já se encontram prontos.

Com isso, não se quer dizer que inexista qualquer interação entre os julgadores, tampouco se defende que a deliberação judicial seja conflitante com o ideal da publicidade. Apenas se enfatiza aqui a advertência de que pode haver um "mito da transparência" no STF a ser repensado. Como

ponderam utor>Virgílio Afonso da Silva e utor>Conrado Hübner Mendes, pouco adianta a transmissão de seus julgamentos, se o STF lança mão de um procedimento que dificulta a compreensão de suas decisões, em grande medida pela tônica agregativa dos julgamentos - em detrimento da deliberativa - e pelo menosprezo por soluções que revelem um entendimento institucional. Desse modo, dizem os autores que:

"(...) se nos perguntarmos o que o STF pensa sobre várias das questões constitucionais relevantes, dificilmente alguém saberá responder com precisão, a despeito da quantidade de decisões disponíveis na internet e de julgamentos transmitidos pela televisão. Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional".²⁸

Dentro dessa reflexão, para se entender melhor o processo decisório do STF, é importante reiterar uma observação de caráter procedimental que tem expressivo impacto na deliberação da Corte. Nos modelos de deliberação judicial continental europeu e norte-americano, constata-se que o momento alocado para a congregação deliberativa do colegiado é procedimentalmente anterior e segmentado das demais etapas do julgamento. Veja-se o exemplo da Suprema Corte estadunidense, no qual a deliberação colegiada apenas sucede depois que todos os julgadores estudaram o caso e que se concluiu a fase de sustentação oral. Até então, não se inicia a redação da decisão colegiada, que pressupõe o encerramento da deliberação do colegiado.²⁹

Assim, o rito deliberativo das Cortes europeias e anglo-americanas discrepa substancialmente da dinâmica decisória do STF (e dos demais tribunais nacionais, de um modo geral), que estabelece uma sessão única de julgamento, composta pela fusão da sustentação oral,³⁰ da exposição dos votos, do julgamento pela agregação do resultado de cada voto, seguido da imediata proclamação do resultado.³¹

Na dinâmica nacional, como os votos já foram preparados de antemão, o que é público no STF é a exposição da solução pré-concebida pelo relator e, eventualmente, pelos demais Ministros, seguida do somatório dos votos e, ao fim, da proclamação do julgamento. Do ponto de vista conceitual, não há genuinamente interação deliberativa em torno da melhor solução a ser outorgada a certo caso, mas uma fase de agregação das posições individuais que se passa a portas abertas e é televisionada.³²

Por isso o interesse em se pensar nos fatores institucionais e procedimentais que possam contribuir para o aprimoramento do processo decisório do STF. É de grande mérito, nessa toada, a reflexão tanto sobre o momento procedimental mais apropriado para a deliberação judicial, quanto sobre os efeitos que a ampla exposição pode ter sobre ela.

O presente artigo se importa especificamente com o segundo problema e, nessa ordem de reflexão, passa a ser oportuno sopesar as vantagens e desvantagens de que a deliberação judicial seja aberta ao público.

3 O paradoxo da deliberação pública

Para avançar neste trajeto, algumas discussões havidas no âmbito da teoria deliberativa podem ser de grande utilidade no campo da deliberação judicial.³³ Em particular, alguns teóricos defensores da deliberação como instrumento para tomada de decisões de interesse público passaram a indagar se a publicidade é sempre benéfica para a deliberação e, para além disso, se a deliberação e o sigilo poderiam conviver em determinadas arenas decisórias.

Primeiramente, é preciso observar que, embora grande parte dos teóricos da democracia deliberativa sustente que a deliberação deva ser dotada de transparência e publicidade - já que isso proporcionaria a incorporação do público no processo decisório, permitiria o controle das justificativas da decisão e serviria a contenção do arbítrio -,³⁴ gradativamente alguns passaram a reconhecer que, em certas searas, a deliberação é mais adequada quando sucede a portas fechadas.³⁵

utor>Simone Chambers, por exemplo, questiona justamente os prós e contras de se isolar os deliberadores dos efeitos prejudiciais causados pela publicidade excessiva, em detrimento de se dar ampla abertura à deliberação (cujo objetivo é assegurar máxima transparência e amplo controle

social).

Conquanto concorde com a visão predominante de que a transparência da deliberação carregue notórias vantagens, utor>Chambers preocupa-se com as situações particulares em que o efeito poder ser inverso. Mais precisamente, a autora preocupa-se com surgimento, no debate público, do que denomina de "razões plebiscitárias" (*plebiscitory reasons*), isto é, argumentos pobremente arguidos, superficiais ou manipulativos, bem como aqueles artificialmente forjados para encobrir as verdadeiras razões de determinada decisão.³⁶

O "debate plebiscitário" refere-se à demagogia, à desinformação, à retórica inflamada, à bajulação, ao uso manipulativo da palavra para agradar a audiência, ao invés de oferecer os melhores argumentos.

Embora a análise de utor>Chambers seja voltada à deliberação na esfera pública em geral, o risco do aparecimento de "razões plebiscitárias" pode surgir também no âmbito da deliberação judicial. Ora, parece evidente a justaposição da noção de "razões plebiscitárias" com importante reflexão desenvolvida sobre o padrão de racionalidade decisória que marca a cultura jurídica brasileira. Afinal de contas, como bem expõe utor>José Rodrigo Rodriguez, o modelo de racionalidade jurídica no Brasil muitas vezes origina "zonas de autarquia",³⁷ isto é, espaços institucionais onde as decisões, embora aparentemente fundamentadas, encobrem, na realidade, opções arbitrárias e personalistas do julgador, que, precisamente por isso, não podem ser reconstruídas racionalmente pelos jurisdicionados.

Demais disso, a "zona de autarquia" conecta-se com a jurisdição personalista e opinativa; vale dizer, com aquela cujas decisões refletem essencialmente as razões pelas quais o juiz formou sua opinião e não uma linha de argumentação destinada a demonstrar a busca racional da melhor solução para o caso. Esse fator tem a capacidade de "retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público."³⁸

Por isso mesmo é que utor>Rodriguez levanta a hipótese de que o modo de argumentar do STF - opinativo, fundado em argumentos de autoridade e de caráter agregativo - pode ter certa conexão com o fato de que os debates entre os membros do colegiado são abertos ao público e travados perante uma audiência:

"A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático."³⁹

Essa mesma problemática, a bem da verdade, fora há muito apontada por utor>Barbosa Moreira, quando da análise dos "fatores extrajurídicos" no julgamento colegiado:

"Agrava-se o perigo em se tratando de processo concernente a assunto de grande relevância política (no sentido estrito da palavra), ou propício a suscitar emoções fortes, que se expressam em juízos apaixonados; ainda maior se torna quando o julgamento se realiza na presença de repórteres e - sobretudo! - de câmeras de televisão; atingirá o ápice, bem se compreende, se inundarem o recinto, ou de qualquer sorte estiverem em condições de acompanhar de perto os trabalhos, interessados diretos ou indiretos, dos quais haja motivos para temer manifestações de aprovação ou de desaprovação, quando não intervenções mais enérgicas. Em tais circunstâncias, não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse."⁴⁰

Ainda nessa mesma linha, utor>Marcelo Neves entende que "a transmissão ao vivo dessas sessões, na forma atual, serve menos à transparência do que à espetacularização":

"A prática institucional de votos longuíssimos lidos perante as câmeras televisivas sobrecarrega temporalmente um órgão já exposto a uma extrema pressão temporal. Não se trata de uma sessão de trabalho produtiva e eficiente, mas antes de uma boa diversão para o público."⁴¹

De fato, a publicidade extrema no STF, ao invés de estimular a interação discursiva e a depuração dos melhores argumentos, pode fazer com que os julgadores passem "a aproveitar o 'momentum'

televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada." Fazendo dos julgadores celebridades, há o risco que se produza "a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial. O tribunal vende uma e entrega o outro."⁴²

Portanto, sob esse enfoque teórico, a exacerbada publicidade da sessão de julgamento agravaria uma racionalidade argumentativa personalista e, por conseguinte, traria mais prejuízos do que benefícios à dinâmica decisória.⁴³

Mas o aspecto contraproducente da deliberação a portas abertas pode não se limitar a esse risco.

Estudos demonstram que a publicidade, em certos contextos, pode, paradoxalmente, enfraquecer a qualidade da deliberação, já que, de um lado, pode reduzir a disposição dos participantes em aceitar argumentos contrários e, especialmente, porque, depois de exteriorizada publicamente determinada posição, o deliberador torna-se menos propenso a reconhecer a debilidade de seu ponto de vista quando confrontado com melhores argumentos.⁴⁴

A hipótese parece ser confirmada pelo depoimento do ex-presidente do STF, Ministro utor>Cezar Peluso, que se posiciona contrariamente à transmissão televisiva das sessões de julgamento:

"Provocado em certas circunstâncias reagem com a naturalidade da sua personalidade. E# incontrolável. Isto cria atritos, respostas, provocações, manifestações que dão ao público a impressão de que os juízes do Supremo são um conjunto de pessoas que gostam de estar brigando toda hora. Isso não e# bom. Se eu faço a mesma coisa num ambiente fechado, ha# outras vantagens. Eu sou capaz de ponderar o seu ponto de vista e chegar a# conclusão que o senhor tem razão e dizer: "Não, o senhor tem razão, e# isso mesmo. O que o senhor disse tem razão". Mas em público, se o senhor disser para mim que eu estou errado, eu vou inventar coisa, vou defender meu ponto de vista, eu não vou em público dizer para todo mundo: "Não, olha, eu reconheço que eu estou errado. Realmente me enganei. V. Exa. tem toda razão". Não faz isso, não faz. E se fizer é exceção. Por quê? Porque é natural, o ser humano é assim mesmo, ninguém pode modificar as pessoas. Não é o fato de ser ministro do Supremo que tira dos seus membros a condição de pessoa humana. Nós somos sujeitos a essas coisas, todos. Então não ha# exceção nenhuma. Porque existem essas divergências que podiam ser aparadas, resolvidas, conciliadas numa reunião fechada."⁴⁵

Acrescenta-se a isso que, num contexto de ampla publicidade, é reduzida a possibilidade de se testar argumentos ainda não plenamente amadurecidos ao submetê-los mais despreocupadamente ao debate colegiado. Conforme pondera utor>Virgílio Afonso da Silva,⁴⁶ sem a publicidade, os juízes podem sentir-se mais à vontade para ventilar espontaneamente argumentos para a discussão colegiada, ainda que não estejam totalmente convencidos de sua solidez e adequação ao caso.⁴⁷

Por sua vez, se o encontro deliberativo é transmitido para ampla audiência (seja por meio de canais de televisão ou pela internet), é muito mais provável que os juízes apenas manifestem argumentos em relações aos quais estejam plenamente convencidos e prontos para defender acaso venham a ser desafiados por seus pares.⁴⁸

A reflexão de utor>Virgílio Afonso da Silva a respeito do STF é mais do que oportuna, já que é realmente difícil supor que Ministros da mais alta Corte do país - cuja legitimidade está associada ao seu "notável saber jurídico" (art. 101 da Constituição Federal) e que se importam com a sua reputação pública - estejam dispostos a demonstrar incerteza e hesitação na apresentação de sua posição frente às câmeras. Como a deliberação verdadeira - que pode se beneficiar de um procedimento de livre experimentação de ideias e soluções (*brainstorm*) - implica a possibilidade de que argumentos sejam reputados menos adequados (e, assim, rejeitados), é presumível que os magistrados não queiram constranger-se publicamente em virtude da refutação de suas posições.⁴⁹

Este mesmo aspecto é defendido pelo antecedente *Chief Justice* da Suprema Corte, utor>William Rehnquist, ao afirmar que a deliberação em sigilo possibilita o intercâmbio de perspectivas que seria inibido pela publicidade e pelo constante receio de ridicularização provocado pela exposição de opiniões em público.⁵⁰ Em sentido semelhante vem a opinião do ex-Presidente do STF, Ministro utor>Cezar Peluso:

"Como uma coisa que em relação às sessões, do meu ponto de vista, atrapalha muito, muito. Por uma razão muito simples ligada a# condição humana. Uma coisa e# nós estarmos conversando aqui,

trocando ideias; outra coisa é o senhor dar uma entrevista para a Rede Globo. O senhor não é capaz de falar para a Rede Globo do mesmo modo aquilo que o senhor é capaz de falar numa conversa aqui. Por quê? Porque o ser humano é assim mesmo, ele tem as suas censuras, ele sente a pressão da exposição pública da sua figura - porque é disso que se trata no fundo - e se retrai inconscientemente; isso é normal. Então o que acontece com as sessões do Supremo?⁵¹

No Brasil é isso que o senhor conhece. A discussão em público impede ajustes de ponto de vista, impede. O senhor é capaz de citar algum... Eu não me lembro de nenhum caso específico em que o ministro do Supremo, diante de uma argumentação feita em público, disse em relação ao outro, "V. Exa. tem toda razão, eu estou enganado". Não vi. Se houve, não registrei. Se o senhor sabe, pode me contar. Isso seria possível numa reunião privada, particular, onde se conversa entre si. "Ah, mas o povo precisa saber (...)" O povo precisa saber qual é a opinião da corte. E a opinião de quem diverge, ele escreve: "Não concordo com a opinião da maioria por isso, isso", escreve, está lá no voto dele, vencido, por escrito. Assim acontece nos Estados Unidos. Então eu acho que a exposição ao público inibe algumas posições que poderiam ser tomadas e que beneficiariam a imagem da corte e fortaleceriam a eficácia pública das suas decisões. Mas uma coisa eu preciso dizer para o senhor, é irreversível, não há quem mude a transmissão do Supremo. Não há no país quem mude a transmissão, não há.⁵²

Com tais considerações, parece claro que a transparência da deliberação judicial não pode ser vista de forma absoluta. O âmbito judicial, e, particularmente, o campo de atuação das Cortes Supremas, traz à tona aspectos positivos e negativos da publicidade da deliberação, demonstrando a necessidade de submeter tal ideal a um exame mais crítico, de modo que se possam sopesar os ganhos e as perdas que esta proporciona à atividade judicante.

A rigor, na perspectiva da teoria deliberativa, a presença dos atributos da deliberação em todas as fases de um procedimento decisório é um ideal a ser perseguido. Todavia, é utópico esperar que os participantes de um encontro deliberativo exibam continuamente todas as virtudes éticas da deliberação, quer ela ocorra em sigilo ou diante de uma audiência.⁵³ Embora, no plano ideal, todos os magistrados integrantes de uma Corte Suprema deveriam incorporar os fundamentos éticos da colegialidade, no mundo real, isso é pouco provável,⁵⁴ conforme certificam os testemunhos de juízes de Cortes Supremas, bem como pesquisas em outros âmbitos decisórios.⁵⁵

O que se constata é que, em certos domínios, a publicidade, ao inibir que os deliberadores alterem seu ponto de vista quanto confrontados com melhores argumentos, acaba por enfraquecer o ideal racional e reflexivo da deliberação e, por conseguinte, por menosprezar seus benefícios epistemológicos, comunitários e educativos.⁵⁶

Com efeito, conforme explica utor>Robert Goodin,⁵⁷ não se pode realisticamente ter a expectativa de que os variados atributos da deliberação estejam presentes em todas as etapas do processo decisório.⁵⁸

Na deliberação judicial a portas abertas (ou transmitida por meio de canais de televisão e pela internet), ganha-se no que diz respeito à transparência, mas perde-se algo em relação à profundidade da argumentação (com o risco de que as "razões plebiscitárias" e os argumentos de autoridade ganhem espaço) e na disposição dos julgadores para deliberar efetivamente.

Por sua vez, com a deliberação reservada, pode-se estimular a qualidade na deliberação, mas perder-se algo no que diz respeito à plena transparência. Com efeito, depara-se aqui com o paradoxo da deliberação apontado por utor>Dryzek e utor>Chambers, já que, nas palavras desta última, "há algo em ir a público, em abrir a deliberação para uma ampla audiência e para os meios de comunicação em massa, que tem um efeito deletério sobre a deliberação."⁵⁹

Se isso é verdade, a questão aqui envolve saber quando é interessante, para a boa qualidade deliberação, manter a discussão longe do público.

Mais uma vez, algumas contribuições da teoria deliberativa são de grande valia para o exame da deliberação judicial. Particularmente, utor>Robert Goodin chama a atenção para o fato de que, embora não seja possível realisticamente esperar que as virtudes deliberativas estejam constantemente presentes em todas as etapas do processo decisório, ao menos devemos esperar, numa democracia, que as diversas virtudes deliberativas façam-se visíveis ao longo das diferentes

fases do processo.

Na perspectiva de utor>Robert Goodin, tal assunção seria ideal para preservar a virtude da publicidade concomitantemente com as demais virtudes. Assim, para a qualidade da deliberação não seria absolutamente necessário que todas as fases do processo de tomada de decisão fossem abertas ao público. Seu principal argumento é o de que um procedimento deliberativo organizado, com a presença das virtudes deliberativas em diferentes etapas, conduziria a uma deliberação satisfatória.⁶⁰

Daí porque, mesmo numa perspectiva deliberativa, pode-se tolerar que, em nome da qualidade da deliberação, algumas etapas do processo de tomada de decisões venham a transcorrer à margem do público. utor>John Dryzek, pensando em exemplos tal como o das Cortes Constitucionais, aponta para o difícil paradoxo que constata ao se notar que a deliberação efetiva pode beneficiar-se de alguns momentos de sigilo (na medida em que permite que os deliberadores possam interagir e debater a questão a ser resolvida, sem ser imediatamente alvo de críticas do público). Por isso, na perspectiva de utor>Dryzek, é plausível que a publicidade possa ser ocasionalmente mitigada em dada fase do procedimento decisório, desde que protraída para outra.⁶¹

Portanto, à luz dessa reflexão teórica, é possível pensar nas diferentes fases do procedimento decisório perante as Cortes Superiores e avaliar em quais fases a deliberação pode se beneficiar de certa dose de confidencialidade.⁶²

Adotando a classificação das tarefas deliberativas de uma Corte Suprema proposta por utor>Conrado Hübner Mendes,⁶³ parece claro que as etapas pré-decisional e pós-decisional não podem ser furtadas da adequada publicidade, ao passo que a fase decisional pode permitir que a transparência quanto ao procedimento intramuros seja mitigada em nome da maior transparência quanto aos fundamentos da decisão.

No que diz respeito à primeira destas tarefas (pré-decisional), trata-se justamente da fase em que a Corte interage com seus interlocutores, no intuito de coletar o máximo de argumentos possíveis, ao mesmo tempo que os desafia para que os argumentos sejam aprimorados e refinados. É ainda nesta fase que, não apenas as partes, mas também a sociedade, mediante as audiências públicas e a participação dos *amici curiae*, podem publicamente deliberar com a Corte.

Como a Corte depende de seus interlocutores, tanto no que diz respeito à formulação da demanda, quanto em relação aos fatos e argumentos que embasarão o processo decisório, não haveria como conceber o sigilo desta fase. A extensa publicidade de tal etapa é que oportuniza a abertura da Corte para o mais amplo conjunto de ideias possíveis. Daí porque a formulação de utor>Mendes no sentido de que a virtude ética que se espera da Corte nesta etapa é a "respeitosa curiosidade" em relação aos argumentos de seus interlocutores.⁶⁴

Neste contexto, merece especial atenção não só as audiências públicas, mas a fase de sustentação oral, na qual a Corte, demonstrando estar ciente daquilo que foi até então apresentado por escrito pelos seus interlocutores, tem a oportunidade de colher novos argumentos e desafiar os já ventilados.⁶⁵ Tal ato integra a etapa pré-decisional e seguramente deve ser levada a efeito sob o regime de ampla publicidade. Por isso mesmo é essencial pensar na reestruturação e valorização da sustentação oral, de sorte a torná-la um momento de efetiva e transparente deliberação entre a Corte e seus interlocutores.⁶⁶ Para além disso, evita-se a sua disfuncionalidade e sua transmutação em audiências unilaterais de entrega de memorial.

De nada adianta, aliás, defender a ampla publicidade do procedimento decisório (com a transmissão dos julgamentos por diferentes plataformas) e, concomitantemente, ser complacente com a existência de audiências carentes de oficialidade, nas quais as partes unilateralmente discutem o caso com cada julgador privativamente.

Sem dúvida alguma, por meio de uma fase oral efetiva, a Corte outorga transparência ao procedimento de tomada de decisão e faz propagar os benefícios psicológicos e educativos da deliberação, notadamente no âmbito da interpretação constitucional.⁶⁷

Evidência maior da necessidade de transparência nesta fase reside no fato de que, mesmo em Cortes Supremas que operam segundo o regime do sigilo da deliberação, a fase de sustentação oral (*oral hearing*) transcorre a portas abertas.⁶⁸ Veja-se que, em Cortes Supremas nas quais há

transmissão televisada dos julgamentos, tal como acontece no Canadá, é a fase de sustentação oral que se expõe. Concluída tal etapa, o colegiado entra em reclusão para deliberar a portas fechadas. Nos Estados Unidos, embora as gravações e as transcrições dos *oral hearings* sejam disponibilizadas ao público,⁶⁹ setores da sociedade têm posto em discussão a necessidade da implantação de um sistema de teletransmissão das arguições orais feitas perante a Suprema Corte, mas não a transmissão da deliberação intramuros (a *conference*).⁷⁰

Referidos exemplos evidenciam a expectativa de transparência no processo decisório, sem, contudo, sugerir a interferência na deliberação interna do colegiado.

Daí porque, na imensa maioria das Cortes, a fase decisória - isto é, a etapa de interação colegiada - é procedimentalmente segmentada da fase pré-decisória e, mais precisamente, da sustentação oral. É na fase decisória que a Corte poderá, à luz de todas as informações e argumentos colhidos na etapa anterior, identificar o problema em jogo, isolar o conjunto de soluções aptas a tratar do problema, ponderar as vantagens e desvantagens de cada uma, para, daí então, tomar a decisão.

Se tal missão, por atribuição constitucional, compete exclusivamente ao colegiado, a interferência dos interlocutores e da sociedade nesta ocasião parece ser de menor importância. Ademais, em face das reconhecidas desvantagens que podem comprometer a qualidade da deliberação, é razoável que tal etapa possa se desdobrar à margem da exposição pública, quando puder comprometer a profundidade do debate.

Alguém poderia criticar tal postura, sob o argumento de que uma fase decisória confidencial significaria a supressão da publicidade do processo judicial.⁷¹ No entanto, como expõe utor>Jane Mansbridge, distintas categorias de transparência podem entrar em jogo em diferentes momentos. Algumas vezes, a transparência pode dizer respeito ao processo de tomada de decisão (*transparency in process*), ao passo que, em outros, a transparência relaciona-se aos fundamentos da decisão (*transparency in rationale*).⁷²

É curioso notar que não se questiona a transparência dos julgamentos monocráticos. Não se protesta, por exemplo, quando o juiz deixa de proferir a sentença imediata e oralmente ao fim da audiência (art. 366 do CPC), optando, ao invés disso, por elaborá-la isoladamente em gabinete. Tampouco se exige que a dinâmica interna do gabinete seja revelada passo a passo em nome da publicidade. Conclusos os autos para sentença, não se espera que a fase intrínseca de elaboração da decisão seja marcada pela transparência, uma vez que se trata de um ato processual em relação ao qual as partes não podem mais contribuir com o juízo.⁷³ A transparência judicial virá agora sob a forma de uma decisão satisfatoriamente fundamentada (*in rationale*), na forma do art. 489 do CPC.

No que diz respeito ao julgamento colegiado, quando a transparência do procedimento puder comprometer os propósitos maiores da deliberação, é admissível, em tese, que aquela ceda espaço temporariamente para que floresçam os benefícios da deliberação colegiada.

Porém, a transparência não será suprimida. Em muitas Cortes que adotam tal modelo, apenas há a sua mitigação momentânea, que será diferida para a fase posterior, na qual sobressairá a transparência em relação aos fundamentos da decisão colegiada. É o que explica utor>Mansbridge, a partir do procedimento decisório da Suprema Corte dos Estados Unidos:

"Quando a transparência tem tais custos, nós devemos favorecer não a extrema *transparência no processo* (por exemplo, fazer todas as reuniões dos comitês públicas), mas em vez disso a *transparência nos argumentos* - nos procedimentos, informações, razões e fatos em que se baseiam as razões. No Supremo Tribunal dos Estados Unidos, as deliberações e as negociações são secretas, mas os fatos e as razões em que se baseiam as decisões são públicas."⁷⁴

Logo, na fase pós-decisória, a transparência é recobrada. O objetivo de tal fase é a elaboração da decisão escrita, entendida como aquela que "traduz os compromissos éticos da deliberação para o texto da decisão", que é bem fundamentada e compreensível para todos, já que carrega "o ônus de ser responsiva e inteligível para o público em geral."⁷⁵

Embora a redação da decisão judicial seja levada a efeito por meio do trabalho interno da Corte - portanto, ainda num âmbito de confidencialidade -, seu produto será obviamente publicizado, já que visa precipuamente comunicar a sociedade a respeito do resultado da deliberação colegiada e da interpretação dada ao direito. Como explica utor>Conrado utor>Hübner Mendes, tal decisão irá

demonstrar o que interação colegiada foi apta a produzir, bem como o conjunto de argumentos que foram devidamente ponderados. Afloram aqui os benefícios comunitário, psicológico e educativo da deliberação.⁷⁶

4 Reflexões finais

Disso tudo, resta claro que publicidade é certamente um importante atributo da deliberação, mas, como a experiência estrangeira demonstra, nem sempre tem ela a mesma proeminência nas distintas etapas do julgamento colegiado. Qualquer reflexão sobre o custo-benefício da transparência da deliberação judicial deve ser criteriosamente contextualizada à luz dos seus demais atributos e potenciais benefícios.

Dentro desta discussão, parece que o ponto fulcral da transparência no julgamento colegiado reside na sua abertura e na sua fase final; vale dizer, na etapa em que a sociedade encontra canais para alimentar o debate colegiado, bem como naquela em que se compreendem os argumentos do STF atividade de interpretação constitucional. É crucial que os interlocutores da Corte possam perceber sua efetiva participação no processo de tomada de decisão (o que se dá na fase pré-decisional).

Isso não significa, necessariamente, que todas as etapas do processo decisório devam ser submetidas à publicidade extrema. Pode ser conveniente que, dentro das etapas que compõem o julgamento colegiado, uma ocasião seja alocada para a deliberação interna dos julgadores, de modo a permitir o debate de maior qualidade e profundidade.

Esta perspectiva, adotada em muitas Cortes estrangeiras, não sugere, vale registrar, que sejam suprimidos ou obstruídos espaços para que os interlocutores da Corte (as partes, os *amici curiae* e a sociedade, de um modo geral) possam subsidiar o colegiado com argumentos, perspectivas e informações enriquecedoras do debate. O que se põe em discussão é a conveniência de que o trabalho do colegiado - para compreensão, ponderação e discussão do material existente - possa ficar imune à pressão externa, à tentativa de satisfazer a audiência a qualquer custo ou ao desejo individual de autopromoção.

Afinal de contas, como bem observam utor>Virgílio Afonso da Silva e utor>Conrado utor>Hübner Mendes, a verdadeira transparência que se espera de uma Corte Constitucional não consiste na transmissão dos seus julgamentos, mas num procedimento decisório que toma em consideração os argumentos de seus interlocutores, que leva a efeito uma argumentação transparente, dotada de racionalidade, que possa ser desafiada pelo debate colegiado e que, em última análise, produz uma decisão institucional deliberativa (e não meramente agregativa) que revele real transparência nos fundamentos da Corte.⁷⁷

Dito isso e à guisa de conclusão, uma indagação a ser respondida é a seguinte: caso inexistissem os óbices normativos dos arts. 5.o, LX, e 93, IX, da CF - que asseveram a necessidade de que os julgamentos sejam públicos - e que se pudesse, por conseguinte, designar um momento procedimental de reclusão sigilosa da Corte para a deliberação dos julgadores, seria possível afirmar que os problemas concernentes ao julgamento colegiado no âmbito do STF estariam resolvidos? Mais precisamente, passaria a Corte, a partir de tal mudança, a invariavelmente apresentar um desempenho deliberativo substancialmente aprimorado, de modo a transmitir mais claramente o entendimento institucional (e não um agregado de posições individuais)?

Ousamos desconfiar de uma resposta positiva simplista, sem maiores ponderações. Entendemos ser difícil atribuir a responsabilidade pelo déficit deliberativo da Corte exclusivamente à extrema publicidade da sessão de julgamento.

Ao que tudo indica, a principal problemática hoje presente é a ausência de uma adequada deliberação antes da tomada de decisão colegiada e da redação do texto que reflita o entendimento institucional, que poder explicada por outros fatores, de ordem cultural, procedimental e institucional. Seguramente, a publicidade exacerbada do julgamento no STF pode revelar um agravante do problema - ou seja, um inibidor da franca deliberação -, mas certamente não é seu exclusivo fator explicativo. Logo, ainda que se possa especular sobre seu impacto na deliberação e na qualidade da decisão, a questão permanecerá inconclusa enquanto outras variáveis não puderem ser testadas, tal como a mudança que se daria com a criação de uma sessão específica de deliberação que seja prévia à tomada de decisão, bem como a segregação do debate colegiado, que será seguida de uma

fase de redação dos votos (majoritário, dissidentes e concorrentes), à semelhança do se vê na experiência estrangeira.

5 Referências

utor>BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, in: *Temas de direito processual (Sexta série)*, São Paulo: Saraiva, 1997.

utor>BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, 2009.

utor>CHAMBERS, Simone, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, *Journal of Political Philosophy*, v. 12, n. 4, 2004.

utor>COHEN, Joshua, Deliberation and democratic legitimacy, in: PETTIT, Philip; HAMLIN, Alan (Orgs.), *The good polity: normative analysis of the State*, Oxford: Basil Blackwell, 1989.

utor>COOPER, Phillip J.; BALL, Howard. *The United States Supreme Court: from the inside out*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996.

utor>DRYZEK, John S., *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*, New York: Oxford University Press, 2000.

_____. *Democratization as Deliberative Capacity Building*, *Comparative Political Studies*, v. 42, n. 11, 2009.

utor>FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, v. 82, 2003.

utor>FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Rodrigues; ALMEIDA, utor>Fábio Ferraz de. *História Oral do Supremo [1988-2013]: Cezar Peluso*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, 2015.

utor>GARAPON, Antoine, *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

utor>GASTIL, John. *By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections*. Berkeley: University of California Press, 2000.

utor>GOODIN, Robert E., Sequencing deliberative moments, *Acta Politica*, v. 40, n. 2, p. 182-196, 2005.

utor>HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

utor>HOWARD, J. Woodford, *On the Fluidity of Judicial Choice*, *The American Political Science Review*, v. 62, n. 1, 1968.

utor>KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012.

utor>LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E, *Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

utor>LEFLAR, Robert A., *The multi-judge decisional process*, *Maryland Law Review*, v. 42, 1983.

utor>MACCOUN, Robert J., Psychological constraints on transparency in legal and government decision making, *Swiss Political Review*, v. 12, n. 3, 2006.

utor>MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J., Strategic Policy Considerations and Voting Fluidity on the Burger Court, *The American Political Science Review*, v. 90, n. 3, 1996.

utor>MANSBRIDGE, Jane, A "selection model" of political representation, *Journal of Political Philosophy*, v. 17, n. 4, 2009.

utor>MENDES, Conrado Hübner, *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

utor>MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da, Entre a transparência e o populismo judicial, *Folha de São Paulo*, 2009. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm]. Acesso em: 27.12.2013.

utor>NEVES, Marcelo, A "desrazão" sem diálogo com a "razão": teses provocatórias sobre o STF, 2009. Disponível em: [www.osconstitucionalistas.com.br/a-desrazao-sem-dialogo-com-a-razao-teses-provocatorias-sobre-o-stf]. Acesso em: 11.10.2014.

utor>PATERSON, Alan, *Final judgment: the last law lords and the Supreme Court*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

utor>POWELL JR., Lewis F., *What really goes on at the Supreme Court*, in: O'BRIEN, David M. (Org.), *Judges on judging: views from the bench*, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013.

utor>REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*, New York: Vintage, 2001.

_____. The Supreme Court's Conference, in: O'BRIEN, David M. (Org.), *Judges on judging: views from the bench*, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013.

utor>RODRIGUEZ, José Rodrigo, *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

utor>SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sara C. *The Supreme Court in the American legal system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

utor>SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013.

utor>SLAUGHTER, Anne-Marie; STONE SWEET, Alec; WEILER, Joseph, *The European Court and national courts - Doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford: Hart Publishing, 1998.

utor>STASAVAGE, David; MEADE, Ellen, Two effects of transparency on the quality of deliberation, *Swiss Political Science Review*, v. 12, n. 3, 2006.

utor>TARUFFO, Michele. *Institutional factors influencing precedents*. In: utor>MACCORMICK, Neil; utor>SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Farnham: Ashgate Publishing, 1997.

utor>VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

utor>WELLS, Michael, *French and American Judicial Opinions*, *Yale Journal of International Law*, v. 19, 1994.

utor>WERMIEL, Stephen, *Using the papers of US Supreme Court Justices: a reflection*, *New York Law School Law Review*, v. 57, 2012.

1 V., sobre as diferenças entre a transparência quanto ao procedimento e quanto aos fundamentos da decisão deliberativa: utor>MANSBRIDGE, Jane, A "selection model" of political representation, *Journal of Political Philosophy*, v. 17, n. 4, p. 369-398, 2009.

2 Ao final deste procedimento, os julgadores "collegially produce the Court's final product: the majority opinion of the Court (...) a written document that explains and justifies the decision in the present case involving competing parties. Done well, the Court's opinion will be applicable to other cases as well binding on the federal district court and court of appeals judges." (utor>COOPER,

Phillip J.; BALL, Howard. *The United States Supreme Court: from the inside out*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996, p. 227)

3 Neste contexto, o protagonismo do relator é mitigado por interações deliberativas segmentadas ao longo do processo de tomada de decisão; algumas vezes, interações do relator com o colegiado (informalmente ou nas sessões preparatórias); outras, com determinado membro da Corte, tal como aquela que sucede pela intervenção do revisor (Conselho de Estado Francês), do jurisconsulto (Corte Europeia de Direitos Humanos) ou do "advocate general" (Corte Europeia de Justiça).

4 utor>REHNQUIST, William H., *The Supreme Court's Conference*, in: utor>O'BRIEN, utor>David M. (org.), *Judges on judging: views from the bench*, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 131.

5 utor>SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sara C. *The Supreme Court in the American legal system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 304.

6 "The written memos to the conference (MTTC's); the circulation of draft, or slip, opinions; and substantive comments written on these draft opinions by the justices are the basic communications through which the business of the Court is conducted." (utor>COOPER; BALL, *The United States Supreme Court: From the inside out*, op. cit., p. 224)

7 utor>HOWARD, J. Woodford, *On the Fluidity of Judicial Choice*, *The American Political Science Review*, v. 62, n. 1, p. 43, 1968; utor>MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, utor>Paul J., *Strategic Policy Considerations and Voting Fluidity on the Burger Court*, *The American Political Science Review*, v. 90, n. 3, p. 581, 1996

8 utor>REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, New York: Vintage, 2001, p. 263-266.

9 "The process that I have described actually may take months after a case is argued. The preparation of an opinion often requires painstaking research, drafting, and revising, and additional efforts to resolve differences among Justices to the extent this is feasible. It is this unstructured and informal process - the making of decision itself, from the first conference until it is handed down in open Court - that simply cannot take place in public." (utor>POWELL JR., Lewis F., *What really goes on at the Supreme Court*, in: utor>O'BRIEN, David M. (Org.), *Judges on judging: views from the bench*, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 128).

10 V. a respeito: utor>FEREJOHN, John; PASQUINO, utor>Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. *Texas Law Review*, v. 82, 2003, p. 1692-1693; utor>SLAUGHTER, Anne-Marie; STONE SWEET, Alec; WEILER, Joseph, *The European Court and national courts - Doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 151.

11 utor>GARAPON, Antoine, *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 161.

12 utor>GARAPON, *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, op. cit., p. 152.

13 Sobre o tema, v. utor>WELLS, Michael, *French and American Judicial Opinions*, *Yale Journal of International Law*, v. 19, p. 81, 1994, p. 92-98; utor>TARUFFO, Michele. *Institutional factors influencing precedents*. In: utor>MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert utor>S. (Orgs.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Farnham: Ashgate Publishing, 1997, p. 448-450.

14 É o que demonstra utor>Lasser, ao examinar a bifurcação da deliberação francesa: utor>LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E, *Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 299-302.

15 utor>GARAPON, *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, op. cit., p. 152.

16 Tal como acontece no Tribunal Constitucional Alemão e na Corte Constitucional da Espanha.

17 utor>VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 91; utor>KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell utor>A. *The*

Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012, p. 29.

18 "The internal deliberations of the U.S. Supreme Court were considered secret and sacrosanct for much of the nation's history. It was widely assumed and respected that the Justices required secrecy to preserve the quality and candor of their discussions of cases. Without this secrecy, the assumption went, the caliber of deliberations, and ultimately of decisionmaking, would be diminished." (utor>WERMIEL, Stephen, Using the papers of US Supreme Court Justices: a reflection, *New York Law School Law Review*, v. 57, p. 499-515, 2012, p. 500).

19 utor>PATERSON, Alan, *Final judgment: the last law lords and the Supreme Court*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 84-91.

20 utor>POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, op. cit., p. 128.

21 utor>REHNQUIST, The Supreme Court's Conference, op. cit., p. 134.

22 Tais informações encontram-se disponíveis no website do Supremo: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacaoInstitucional]. Acesso em: 27.06. 2014

23 "Todo esse processo de construção institucional do Poder judiciário foi potencializado pela TV justiça e, em particular, pelo telejulgamento das sessões do STF. A repercussão dos julgamentos desperta a cidadania e estabelece um diálogo profícuo com as demais autoridades políticas. Os ganhos em termos de transparência e legitimação das decisões têm compensado, plenamente, eventuais desgastes." (utor>BINENBOJM, Gustavo. A justiça na TV. *Folha de São Paulo*, 02.05.2009, p. 3). V. ainda: utor>BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009.

24 utor>MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da, Entre a transparência e o populismo judicial, *Folha de São Paulo*, 2009. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm]. Acesso em: 27.12.2013; utor>SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

25 E que, em grande medida, representa um padrão seguido em outros tribunais brasileiros.

26 Conforme leciona utor>Gastil, a deliberação consiste na discussão pautada na argumentação criteriosa, na consideração crítica e respeitosa das posições em jogo e, por fim, na seriedade quanto à tomada de decisão. Logo, uma deliberação efetiva abrange o exame cuidadoso de um dado problema, a identificação das imagináveis soluções, o estabelecimento de critérios de avaliação, bem como a utilização desses critérios para detectar o melhor resultado possível. (utor>GASTIL, John. *By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections*. Berkeley: University of California Press, 2000, p. 22).

27 utor>SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

28 MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. Entre a transparência e o populismo judicial, op. cit.

29 "In sum, the deliberation that began at conference continues in a variety of informal ways until the Court announces its decision in a case, often many months later." (utor>HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 203).

30 Nas hipóteses em que é cabível a sustentação, conforme art. 937 do CPC.

31 Excetuando-se obviamente as oportunidades em que o julgamento não é concluído por pedido de vista, por limitações temporais ou outro fator que conduza ao seu adiamento.

32 Como explica utor>Simone utor>Chambers, aprovar ou desaprovar a posição apresentada por outra pessoa reduz a democracia à votação, o que obviamente não se confunde com deliberação. Tomando essa ideia como referência, quando um juiz vota a favor ou contra a proposta do relator, o que se tem é mera votação e não deliberação (utor>CHAMBERS, utor>Simone, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, *Journal of Political Philosophy*, v. 12, n. 4, p. 389-410, 2004, p. 397).

33 É importante ressaltar que a discussão que a seguir se apresenta não tem origem na análise do Poder Judiciário, mas, em termos muito mais amplos, na deliberação empregada para a tomada de decisões de interesse coletivo em diferentes áreas. Outra ressalva é relevante: não se pretende aqui adentrar na discussão sobre o papel democrático do Poder Judiciário, mas, sim, em compreender como a lógica deliberativa, compreendida como uma ferramenta para a tomada de decisões em grupo, pode ser aplicada ao julgamento colegiado. O ponto central é que o procedimento orientado pela lógica deliberativa diferencia-se daquele que segue a racionalidade agregativa, segundo o qual cada membro do grupo expõe sua posição, por meio do voto, sem levar em conta a posição dos demais membros.

34 "Deliberation is reasoned in that the parties to it are required to state their reasons for advancing proposals, supporting them or criticizing them. They give reasons with the expectation that those reasons (and not, for example, their power) will settle the fate of their proposal. (...) Reasons are offered with the aim of bringing others to accept the proposal, given their disparate ends (D3) and their commitment (D2) to settling the conditions of their association through free deliberation among equals. Proposals may be rejected because they are not defended with acceptable reasons, even if they could be so defended. The deliberative conception emphasizes that collective choices should be made in a deliberative way, and not only that those choices should have a desirable fit with the preferences of citizens." (utor>COHEN, Joshua, Deliberation and democratic legitimacy, in: utor>PETTIT, Philip; HAMLIN, Alan (Orgs.), *The good polity: normative analysis of the State*, Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 22).

35 Para uma apresentação do problema, v. utor>CHAMBERS, Simone. utor>Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, op. cit., p. 389.

36 utor>CHAMBERS, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, op. cit., p. 389

37 Sobre o tema, v.: utor>RODRIGUEZ, José Rodrigo, *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

38 utor>RODRIGUEZ, *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, op. cit., p. 21.

39 utor>RODRIGUEZ, *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, op. cit., p. 63.

40 utor>BARBOSA utor>MOREIRA, utor>José Carlos, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, in: *Temas de direito processual (Sexta série)*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 158-159.

41 utor>NEVES, Marcelo, A "desrazão" sem diálogo com a "razão": teses provocatórias sobre o STF, 2009. Disponível em: [\[www.osconstitucionalistas.com.br/a-desrazao-sem-dialogo-com-a-razao-teses-provocatorias-sobre-o-stf\]](http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-desrazao-sem-dialogo-com-a-razao-teses-provocatorias-sobre-o-stf). Acesso em: 11.10.2014.

42 MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. Entre a transparência e o populismo judicial, op. cit.

43 V. a respeito: utor>MENDES, Conrado Hübner, *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 165.

44 utor>MacCoun, por exemplo, argumenta no seguinte sentido: "In collective decision making, transparency is often sought by requiring decision makers to state their views publicly (rather than privately). A basic finding in social psychology is that public commitment to a position makes people more resistant to moderating their views in light of subsequent argument." (utor>MACCOUN, Robert J., Psychological constraints on transparency in legal and government decision making, *Swiss Political Review*, v. 12, n. 3, p. 112-123, 2006, p. 116).

45 utor>FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Rodrigues; utor>ALMEIDA, Fábio Ferraz de. *História Oral do Supremo [1988-2013]: Cezar Peluso*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, 2015, p. 104.

46 utor>SILVA, Deciding without deliberating, op. cit., p. 582.

47 utor>Virgílio A. da Silva refere-se aos termos "trial and error", "tentative participation on deliberation" e "brainstorm" para significar procedimentos em que um grupo discute espontaneamente com a finalidade de produzir ideias e caminhos aptos a solver problemas. As ideias, dentro desse esquema, são submetidas de forma espontânea e sem rigorosa preocupação com sua precisão e adequação. (utor>SILVA, Deciding without deliberating, op. cit., p. 582).

48 V. a respeito utor>BARBOSA MOREIRA, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, op. cit., p. 159.

49 utor>SILVA, Deciding without deliberating, op. cit., p. 582.

50 "First, it permits a remarkably candid exchange of views among the members of the Conference. This candor undoubtedly advances the purpose of the Conference in resolving the cases before it. No one feels at all inhibited by the possibility that any of this remarks will be quoted outside of the Conference Room, or that any of his remarks will or ill conceived ideas, which all of us have at times, will be later held up to public ridicule. I think this fact is generally recognized, and it is, I believe, a consideration of some importance." (utor>REHNQUIST, The Supreme Court's Conference, op. cit., p. 134).

51 utor>FONTAINHA; SILVA; ALMEIDA; *História Oral do Supremo [1988-2013]: Cezar Peluso*, op. cit., p. 103.

52 utor>Idem, p. 105.

53 É o que pondera utor>Conrado Hübner Mendes: "A good deliberator is indifferent to personal recognition, incurious about how he will be publicly perceived. Publicity does not particularly favor that individual trait. In secret sessions, in fact, deliberative flaws would simply become invisible and protected against public scrutiny. However, in public sessions, authentic deliberation might not even happen in the first place. A measure of secrecy, as far as documented experience has shown, furnishes the proper institutional asepsis for deliberation to thrive. The institutional designer, therefore, must deal with the tension between publicity and secrecy. Some compromise between both might be profitably struck. Secrecy combined with future disclosure is, for Freund, the best way to do that." (utor>MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 165-166).

54 utor>GOODIN, Robert E., Sequencing deliberative moments, *Acta Politica*, v. 40, n. 2, p. 182-196, 2005, p. 193.

55 V., por exemplo, o estudo de utor>Meade e utor>Stasavage sobre a alteração no desempenho deliberativo dos membros de um dos comitês do *Federal Reserve*, antes e depois da alteração da política de divulgação das gravações de suas reuniões. O estudo comprova que, comunicados de que as gravações passariam a ser futuramente divulgadas ao público, os integrantes do comitê passaram a conter-se consideravelmente na manifestação de opiniões divergentes de seu Presidente e, ademais, constatou-se redução na tendência de mudança de opinião ao longo da deliberação. Por isso, os autores concluem que a ampliação da transparência, no caso examinado, gerou um impacto prejudicial na qualidade da deliberação (utor>STASAVAGE, David; MEADE, Ellen, Two effects of transparency on the quality of deliberation, *Swiss Political Science Review*, v. 12, n. 3, 2006, p. 123-133).

56 V., entre outros: utor>DRYZEK, John S., *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 1; MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 22 e ss.

57 utor>GOODIN, *Sequencing deliberative moments*, op. cit., p. 193.

58 "We often talk about the 'glare' of publicity or 'shielding' deliberators from the public. As these metaphors suggest, there is something about going public, opening up deliberation to a broad audience and mass media, that has a deleterious effect on deliberation." (utor>CHAMBERS, *Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation*, op. cit., p. 392).

59 "This fact, although not startling or new, seems to pose a rather serious problem for theories of deliberative democracy. It appears as if the ideal of public reason pushes deliberation in two opposite directions: into the public sphere to promote the public nature of public reason but out of the public sphere to safeguard the rational component of public reason." (utor>CHAMBERS, *Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation*, op. cit., p. 392)

60 utor>GOODIN, *Sequencing deliberative moments*, op. cit., p. 193-194.

61 utor>DRYZEK, John S., *Democratization as Deliberative Capacity Building*, *Comparative Political Studies*, v. 42, n. 11, p. 1379-1402, 2009, p. 1385.

62 É o que sugere Conrado utor>Hübner Mendes: "A measure of secrecy, as far as documented experience has shown, furnishes the proper institutional asepsis for deliberation to thrive. The institutional designer, therefore, must deal with the tension between publicity and secrecy. Some compromise between both might be profitably struck. Secrecy combined with future disclosure is, for Freund, the best way to do that." (utor>MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 165-166).

63 utor>MENDES, *O projeto de uma corte deliberativa*, op. cit., p. 63-64.

64 utor>MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, op. cit., p. 126-128.

65 utor>LEFLAR, Robert A., *The multi-judge decisional process*, *Maryland Law Review*, v. 42, p. 722-731, 1983, p. 724; BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, op. cit., p. 167-168.

66 A respeito dos benefícios da deliberação mais proeminentes nesta fase, v.: utor>MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, op. cit., p. 114.

67 Sobre os benefícios da deliberação, v. utor>MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, op. cit., p. 136.

68 É o exemplo das Cortes europeias estudadas, assim como o da Suprema Corte norte-americana.

69 É o que sucede, por exemplo, na Suprema Corte dos Estados Unidos, onde a fase dos "*oral arguments*" transcorre a portas abertas e as gravações do áudio de todas as sessões ocorridas a partir de 1955, com as respectivas transcrições, são disponibilizadas ao público. Cf.: [http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio.aspx]

70 Informações disponíveis em: [<http://www.openscotus.com>]. Acesso em: 11.12.2014.

71 No Brasil, em particular, além de se alegar ofensa aos arts. 5.º, LX e 93, IX, da CF, poder-se-ia dizer a proibição de retrocesso de garantias constitucionais vedariam a mitigação da publicidade.

72 utor>MANSBRIDGE, *A "selection model" of political representation*, op. cit., p. 385-386.

73 Pressupõe-se que as partes tenham tido adequadas oportunidades nas fases anteriores do procedimento para dialogar e para trazer o máximo de elementos fáticos e probatórios ao

conhecimento da Corte.

74 "When transparency has such costs, we should favor not extreme transparency in process (for example making all committee meetings public), but instead transparency in rationale - in procedures, information, reasons, and the facts on which the reasons are based. In the Supreme Court of the United States the deliberations and the negotiations are secret, but the facts and reasons on which the decisions are based are public" (utor>MANSBRIDGE, A "selection model" of political representation, op. cit., p. 386).

75 utor>MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 63-64.

76 utor>MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, op. cit., p. 136.

77 MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. Entre a transparência e o populismo judicial, op. cit.