



RDDPC

Revista de Direito Público
Contemporâneo

ISSN 2594-813X

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 05 | Volume nº 01 | Edição Nº 02 | Julho/Dezembro 2021
Año nº 05 | Volumen nº 01 | Edición Nº 02 | Julio/Diciembre 2021

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Co-Editor | Coeditor:

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Sra. Camila Pontes da Silva.

Sr. Eric Santos de Andrade.

Sr. Jonathan Mariano.

Sra. Gabriela Vasconcellos.

Sra. Natalia Costa Polastri Lima.

Diagramação | Diagramación:

Sr. Daniel Pires Lacerda



UFRRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO



IEC
INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Revista de Direito Público Contemporâneo Revista de Derecho Público Contemporáneo Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural e do Estado do Rio de Janeiro, UFRRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

SENTENÇA CONSTITUCIONAL ANENCÉFALA

Francisco Lisboa Rodrigues¹

Data de submissão: 12/01/2021

Data de aprovação: 09/02/2021

RESUMO: Observa-se no exercício de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Tribunal Constitucional, que nem todas as decisões representam a posição institucional, A confusa metodologia, os critérios de interpretação e a multiplicidade de fundamentos tornaram-se lugar comum nas decisões colegiadas. O resultado é a crescente dificuldade na identificação da ratio decidendi, especialmente nas decisões com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes. Utilizando de metodologia baseada em inventário bibliográfico, defende-se que decisões com tais características são “anencéfalas” na medida em que não contribuem para a segurança jurídica, nem deverão ser utilizadas como precedentes, pois carecem de fundamentação adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Sentença constitucional. Fundamentação. Anencefalia.

ABSTRACT: It is observed in the Federal Supreme Court exercise of jurisdiction, in the quality of Constitutional Court, that not all decisions represent the institutional position. The confusing methodology, the criteria of interpretation and the multiplicity of grounds have become commonplace in collegial decisions, The result is the increasing difficulty in identifying the ratio decidendi, especially in decisions with erga omnes and binding effects. Using methodology based on bibliographic inventory, it is argued that decisions with such characteristics are “anencephalic” in so far as they do not contribute to legal certainty, nor should they be used as precedents, because they lack adequate rationale.

KEYWORDS: Federal Supreme Court. Constitutional ruling. Rationale. Anencephaly.

¹ Procurador do Município de Fortaleza. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, Professor de Direito Constitucional da FATENE.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, consagra a exigência de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade. Na mesma linha, o artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil, de 2015, estabelece como elementos essenciais da sentença os fundamentos.

A presença de fundamentos nas decisões judiciais possui função variada, destacando-se a de tornar públicas as razões de decidir e possibilitar as partes o manejo de possível recurso contra a decisão, assim como esta figurar como parâmetro para decisões futuras. Fundamentar, portanto, difere de motivar, significa dar razões que visam a tornar lúcidas a racionalidade das opções interpretativas, viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer substrato necessário para formação de precedentes. Para Nelson Nery Junior fundamentar significa o magistrado apresentar razões de fato e de direito que o levaram a um dado convencimento, pelo que revela uma implicação substancial e não meramente formal². Impende ressaltar, todavia, a despreocupação do autor em distinguir motivação de fundamentação.

O reconhecimento da ambivalência entre os termos motivo e fundamento na doutrina brasileira, ao menos como prevalecente, direciona a pesquisa a se preocupar com a correlação entre demanda e sentença (ou acórdão). No Art. 93, inciso IX, da Constituição da República brasileira, é dito: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ressaltando a ideia de fundamento. Algo semelhante ocorre no mesmo Art. 93, inciso X: as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, colocando o intérprete no emaranhado linguístico dos significados.

Identificado o problema da nomenclatura (motivação ou fundamentação), surge uma variante desta imprecisão que é o fato da decisão³, quando colegiada, não apresentar os mesmos fundamentos, apesar de ser idêntica na parte

² NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

³ Para os fins aqui pretendidos não serão observadas as distinções rígidas entre decisão, sentença, decisão interlocutória, tutelas de urgência e acórdão. Justifica-se tal opção pelo fato de se deter com maior vagar nas decisões do Supremo Tribunal Federal e, ali, nos acórdãos.

dispositiva. E não se trata de decisão por maioria, simplesmente, mas de decisão carente de fundamento(s) institucional(ais), cada julgador lançou mão de critérios próprios que convergirem para uma mesma solução. A esta decisão denomino de anencéfala. O quadro exposto exige que se responda às seguintes indagações: uma decisão com múltiplos fundamentos, embora convergentes, possui força vinculante? Está em consonância com o princípio da segurança jurídica? Possibilita a extração da posição institucional da Corte sobre um dado caso concreto?

Apesar de não se considerar preciosismo distinguir fundamentação de motivação, não será este o foco do trabalho. Ademais, sobre a natureza e a estrutura das sentenças, locus epistêmico do debate, seria necessário um espaço maior. Para os fins aqui perseguidos, motivação será entendida como expressão das causas de uma decisão judicial, isto é, uma justificação da sentença judicial. A sentença estará motivada quando devidamente justificada⁴.

A via metodológica eleita é baseada em inventário bibliográfico, exploratório e dedutivo, com o fito de demonstrar que decisões anencéfalas não são padrões institucionais da Corte, muito menos capaz de oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados que não conhece os fundamentos (*ratio decidendi*) do julgado, mas um emaranhado de ideias convergentes ou não e construídas com base em metodologia dispersa. O referencial teórico eleito está entrado nas lições de Michele Taruffo, embora sejam referidos outros autores, inclusive com ideias divergentes ou não.

Na primeira parte do trabalho, breves notas serão apresentadas sobre as previsões (infra)constitucionais sobre o dever de fundamentar, com abordagem perfunctória acerca dos motivos da decisão; no segundo item, a preocupação recairá sobre teorias que buscam explicar os mecanismos da fundamentação no momento do ato mesmo de decidir; na terceira parte, será destacado o dever de fundamentação no Supremo Tribunal Federal e, por fim, será destacada a presença de sentença constitucional anencéfala nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

⁴ Sobre o estado do debate, ver por todos: TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello - México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

A existência de tais decisões revela flagrante atentado contra a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas.

1. DA PREVISÃO (INFRA)CONSTITUCIONAL DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO/MOTIVAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O art. 489, do Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, dispõe que são elementos essenciais da sentença i) o relatório, ii) os fundamentos e iii) o dispositivo. O mesmo dispositivo legal, em seu § 1º, indica critérios objetivos segundo os quais a decisão judicial não se considera fundamentada⁵. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Luiz Arenhat e Daniel Mitidiero⁶, alertam para o senso comum que aceita ser a decisão fundamentada quando o juiz analisou as provas contidas nos autos, especialmente as produzidas pela parte vencedora. Na verdade, o juiz também deverá expor as razões pelas quais os argumentos da parte vencida não lhe convenceram. A compreensão do dispositivo processual indicado somente poderá ser no sentido de que a motivação da sentença esteja em consonância com os novos contornos do princípio do contraditório. A análise de toda argumentação trazida para o processo pelas partes é inafastável.

⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil - São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2016. p. 455.

O mesmo acontece quando o juiz não oportunizou às partes o devido debate sobre pontos essenciais da decisão. É o caso da declaração incidental de inconstitucionalidade, dita *ex officio*, sem anterior conhecimento das razões das partes sobre o tema, no que se conhece como decisão surpresa⁷. Caso decida desta forma, o juiz lançou juízo sobre situação existente, unicamente, em suas convicções, afastando-se do modelo processual em vigor. Uma motivação, portanto, sobre fatos não construídos dialeticamente no processo. O dever de fundamentação, no sistema constitucional brasileiro, é um direito/garantia fundamental enquanto manifestação do *due process of law*, não sendo relevante tratar-se de decisão de mérito ou interlocutória. A noção de Estado de Direito como garantidor dos direitos subjetivos do cidadão (Estados Unidos), significando que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos devem servir aos direitos individuais⁸. Não é aleatório lembrar que o poder político, exercido pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário, sempre foi alvo de críticas quanto à possível arbitrariedade cometida por aqueles que o exercem. O protagonismo cada dia mais evidente do Judiciário a partir da Segunda Grande Guerra tem ocasionado uma avalanche de teorias e escritos visando a limitação da atividade interpretativa do Judiciário. O dever de fundamentação é um desses limites⁹.

As Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXVI, n. 7.^o, rezavam expressamente o dever do juiz de motivar suas decisões, o que foi seguido pelo art. 232, do Regulamento 737, de 1850¹⁰. Disposições semelhantes foram repetidas nos Códigos Processuais de 1939 (art. 118, parágrafo único c/c art. 280, II) e de 1973 (art. 458, II).

A nível constitucional, o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988¹¹, determina o dever de fundamentação das decisões, sob pena de

⁷ Por força do art. 10, do Código de Processo Civil, nenhum juiz poderá decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual as partes não tenham se manifestado, ainda nos casos de matéria que deveria conhecer de ofício. Há, portanto, expressa proibição de decisões- surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório, como decorrência do devido processo legal, é garantia constitucional que não pode ser afastada.

⁸ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O estado de direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

⁹ O protagonismo do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, foi magistralmente exposto na seguinte obra: SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹⁰ ALMEIDA, Cândido Mendes de. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. São Paulo: Instituto Philomathico, 1870, v. I, p. 669.

¹¹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios:

nulidade. Assim, a fundamentação emerge como direito/garantia constitucional do jurisdicionado, tanto os que participam efetivamente da relação processual, quanto os terceiros interessados e, ainda, a comunidade jurídica como um todo. As perspectivas sob as quais pode-se observar o instituto são múltiplas, destacando-se sua dupla função: a) função endoprocessual, que permite as partes, terceiros e juízes de hierarquia superior o conhecimento das razões de convencimento do magistrado e, b) função exoprocessual, a permitir o controle da decisão pelo povo que é o titular o poder político numa democracia¹².

Portanto, fundamentar uma decisão é, racionalmente, expor os motivos que conduziram o julgador no momento de proferir o decisum, indicar os aspectos fáticos e jurídicos que o guiaram para a tomada de certa decisão dentre outras ocasionalmente possíveis. Todavia, o magistrado deve “seguir” um caminho, um itinerário lógico para estabelecer sua posição, seu convencimento. Entrementes, este caminho também deve ser claro na decisão para que todos compreendam o(s) “porquê(s)” aquela decisão foi de uma forma e não de outra. É o que será visitado, sinteticamente, no próximo tópico.

2. DAS TEORIAS RELACIONADAS AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

Ao fundamentar uma decisão, o autor do texto veiculará, mesmo implicitamente, a metodologia empregada para alcançar a racionalidade e consistência de seus argumentos. Não basta, portanto, dizer que “este é meu convencimento”, necessário se faz esclarecer conexões entre os aspectos fáticos e suas repercussões jurídicas que foram objeto de discussão no processo.

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

¹² Para Michele Taruffo, (La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975, p. 407) “, i destinatari della motivazione no siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del quisque de populo. La connotazione política di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica ‘privatistica’ del controllo esercitato dalle parti e l’ottica ‘burocratica’ del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica ‘democratica’ del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata”.

Tais conexões serão aptas ao resultado que pretendem (demonstração dos motivos) quando da adoção de metodologias adequadas de interpretação. Daí a importância de se conhecer, embora rapidamente, algumas das principais teorias sobre o tema. Para o atendimento do objetivo aqui perseguido, serão destacados o silogismo, a tópica e a nova retórica.

2.1 Teoria do silogismo judicial

O silogismo se apresenta como forma interpretativa que contém três proposições: duas são premissas e uma a conclusão¹³. Trata-se de “método” interpretativo com extrema afinidade ao período de supremacia da lei escrita, pouco importando as variações linguísticas ocorrentes. Apesar da lógica e racionalidade, o silogismo sofre as mais variadas e severas críticas, especialmente quando se trata de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Nestes casos, as premissas já são, por si só, objeto de interpretação e postas em confronto com os fatos. A lógica dedutiva impõe o raciocínio segundo o qual a decisão judicial é a consequência das premissas manejadas sem possibilidade de alteração caso sejam mantidas as interpretações das premissas. Consequentemente, a força normativa dos fatos, capaz de modificar o sentido e o alcance de um texto constitucional, dependerá do intérprete para sua operacionalização e presença numa sentença constitucional.

Resta evidente, no silogismo, a consideração quanto a premissas verdadeiras que possibilitam uma conclusão consistente e correspondente à realidade dos fatos (ou à interpretação da realidade dos fatos, sua reconstrução).

2.2 A Tópica

¹³ Llamaremos teoría del silogismo judicial a la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica. A tenor de la misma la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. (in ITURRALDE, Victoria. Sobre el silogismo judicial. Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, p. 239-272. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ descarga/articulo/142201.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

Tomados por empréstimo de Aristóteles, os topoi são conceitos e proposições básicas do pensamento jurídico que não são formalmente rigorosos nem podem ser representados por axiomas lógicos, antes são fórmulas variáveis no tempo e no espaço e de reconhecida força persuasiva¹⁴.

Em sua obra, Theodor Viehweg se refere aos juristas romanos, que trabalhavam sem nenhuma sistematicidade. Para ele, a jurisprudência deve construir-se mediante pensamento problemático e a tópica seria o instrumento mais adequado. Com Viehweg, a argumentação é resgatada desde a Antiguidade Clássica e reintroduzida como ferramenta do direito com a finalidade de se atingir a melhor decisão¹⁵.

O pensamento problemático se caracteriza pelo enfrentamento de situações (topoi) a partir de premissas consideradas verdadeiras pela comunidade e com a utilização de opiniões opostas, construindo-se diálogos sempre com vistas a um pensamento crítico. Assim como o silogismo, na tópica é relevante a veracidade das premissas ou, pelo menos, sua verossimilhança.

2.3 Nova Retórica

No sistema construído por Chaïm Perelman e L. Oldebrechts-Tyeca, o direito não pode ser estanque, inerte, mas dinâmico. Daí a importância do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do direito, segundo critérios aceitáveis e distantes da discricionariedade individual dos juizes. Aceitam-se decisões cujos valores considerados sejam harmônicos com o sistema jurídico em vigor, o que nos faz concluir que a teoria de Perelman L. Oldebrechts- Tyeca têm como objeto desvendar a lógica dos juízos de valor.

Visitando as teorias de Gottlob Frege e Kant, Perelman, L. Oldebrechts-Tyeca não satisfeitos com os formalismos destas concepções, trilham caminho mais seguro para distinguir entre os tipos de sociedade e de ideologias, pelo que surge a Nova Retórica. Nesse sentido, o papel desempenhado pelo argumento

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1979. p. 4.

¹⁵ Manuel Atienza (Derecho y argumentación. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

p. 45) confirma: Viehweg caracteriza la tópica como un ars inveniendi, como una técnica del pensamiento problemático em la que el centro lo ocupa la noción de topos o lugar común. Ello significa que, para él, lo que importa em la argumentación jurídica no es la ars iudicandi, esto es, la técnica consistente em infringir unas proposiciones de otras [...], sino el ars inveniendi, el descubrimiento y examen de las premisas.

é central: uma vez apresentada a argumentação, o orador busca influenciar seu auditório com vistas a que seu discurso seja adotado¹⁶.

Na trilha da nova retórica o Judiciário deverá apresentar argumentos consistentes, segundo a ordem jurídica em vigor, para que as partes processuais, a comunidade jurídica e a sociedade sejam “convencidas” quanto o acerto da decisão e da eleição dos argumentos manejados. A imparcialidade do orador na exposição de seus argumentos e na valoração dos fatos é essencial para o alcance de uma decisão justa.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, uma questão deverá ser abordada. Há quem entenda, com base no art. 97, da Constituição Cidadã (cláusula de reserva de plenário), que as decisões do Supremo Tribunal Federal são determinadas pelo somatório dos votos dos Ministros (maioria absoluta), sendo irrelevante a fundamentação desenvolvida pela Corte quando declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de leis ou atos normativos. Não seria adequado falar de unidade institucional e as decisões seriam objetivas¹⁷. Portanto, o que interessa é o resultado da decisão, a conclusão, e não os fundamentos da mesma.

O diagnóstico é perfeito, embora não possa ser aplicado à totalidade das decisões. Ademais, não me parece adequado concluir que os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam investidos em alternativas de fundamentar ou não suas decisões na busca de unidade institucional. Numa Corte de precedentes as sentenças devem conter ratio decidendi clara, de fácil percepção e leitura e isto por motivo vários. Para citar um exemplo, suficiente verificar o

¹⁶ PERELMAN, C.; OLDEBRECHTS-TYECA, L. Tratado de Argumentação Jurídica: A nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 55.

¹⁷ Parece ser este o exato entendimento de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009, p. 217. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 23 abr. 2019) ao se referir a deliberação interna e externa, e para quem “o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; [...]” a “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.”

sistema de edição de súmulas vinculantes (art. 103-A, da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006) editadas após reiteradas decisões. Ora, reiteradas decisões, para estes fins, demandam ratio decidendi perfeitamente delineada, sob pena de não se aplicar a súmula vinculante aos casos futuros que pretende disciplinar. Estaríamos sempre às voltas com *distinguishing*¹⁸.

Destarte, a formação do pensamento institucional do STF é de relevância incontestável para a pacificação e harmonia da interpretação constitucional. A partir dessa racionalidade podem os demais órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública, a comunidade jurídica e a sociedade seguir a orientação do Pretório Excelso. O sistema jurídico brasileiro, em várias oportunidades, releva a importância da fundamentação das decisões para os casos futuros. É o caso, por exemplo, das decisões em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Súmula Vinculante, Efeito Vinculante, Improcedência Liminar do Pedido, etc.

Estranhamente, não é o que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁹. Sejam decisões tomadas à unanimidade ou por maioria, ressaltando-se os casos em que Ministros acompanham o voto do Relator ou o representativo da divergência, sem alteração de fundamentos, é rotineira a presença de decisões com dispersão de fundamentos²⁰. Portanto, extrair a ratio decidendi do julgado é trabalho quase infrutífero, a despeito da identificação da maioria decisória e do conseqüente resultado. O Judiciário brasileiro padece desse mal segregatório e individualista nos órgãos colegiados; a racionalidade decisória, o

¹⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010, p. 326-327, o *distinguishing* consiste na técnica utilizada para aferir se o precedente será ou não aplicado a determinado caso. Para tanto, deve-se identificar a sua ratio decidendi, a fim de verificar se ela foi formada a partir de fatos idênticos ou distintos dos fatos do caso em julgamento. A distinção, contudo, só pode ser realizada em relação aos fatos materialmente relevantes para o julgamento da causa. Apenas estes fatos, e não aqueles irrelevantes à resolução do caso, podem ser utilizados como fundamento para a não aplicação do precedente.

¹⁹ Já tive a oportunidade de me manifestar sobre o descumprimento da Constituição Federal pelos três poderes da União em “Todos contra a Constituição: a revolta dos poderes”, pequeno artigo publicado no site peruano El-Terno, no qual aponto o descompasso entre decisão e Constituição. Disponível em: <http://www.el-terno.com/colaboradores/Francisco-Lisboa-Rodrigues/TODOS-CONTRA-A-CONSTITUICAO-a-revolta-dos-poderes.html>.

²⁰ Para Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade, n. 48, jan./jun. 2016, p. 141, dispersão de fundamentos pode ser definido como a formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, “julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos.

padrão de fundamento não é perceptível aos olhos mais atentos. A citada dispersão ocorre, também, no âmbito dos juízos monocráticos quando decidem causas idênticas por fundamentos distintos, embora possam alcançar o mesmo resultado decisório.

Significa que, lamentavelmente, no sistema brasileiro, as opiniões são mais valiosas em relação ao posicionamento institucional dos Tribunais. Este interessa tangencialmente. Decidir, individualmente, é a regra.

Peço vênia para transcrever incisiva observação de José Rodrigo Rodriguez:²¹

O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades, devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião. O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinares, leis, casos, etc., que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstituir, claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo. Tal padrão, de fato, é desnecessário, pois a corte decide por agregação de opiniões sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação.

Como dito, quando se trata de Supremo Tribunal Federal, o dever de fundamentação das decisões assume papel ainda mais relevante. O órgão responsável pela defesa da Constituição em vigor no Brasil exerce um protagonismo indubitável no cenário nacional ao decidir temas que afetariam, em primeiro momento, as atribuições dos demais Poderes da União²².

²¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 82-83.

²² Nos marcos da Revolução Francesa, o papel do juiz era meramente passivo, proibido de interpretar a lei. Era o famoso juiz “boca da lei”. Para Danilo Zolo e Pietro Costa. O estado de direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli - São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25: “Quanto ao poder judiciário tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, tinha sido objeto de prescrições exclusivamente

Conhecido o fato de que o fortalecimento do Poder Judiciário decorre dos processos de democratização e da cultura de judicialização de conflitos presentes nas sociedades emergentes, não se apresentando como casuais dissintonias tópicas, afasta-se, pelo menos como causa única, o subjetivismo judicial. Depositar mais poderes nas mãos do Judiciário também é reconhecer que os Poderes Legislativo e Executivo são responsáveis por excessos e omissões no lidar com a coisa pública e, especialmente, na violação de direitos fundamentais. Surge, neste cenário, a concepção forte de Poder Judiciário.

O individualismo decisório, no meu sentir, recebe alavanca do art. 97, da Constituição brasileira de 1988, quando afirma que a declaração de inconstitucionalidade de ser tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial, mas não prevê o modo de se alcançar esta maioria. Padece tal normativo, que institui a cláusula de reserva de plenário, de uma insuficiência semântica ao não indicar, pelo menos, a forma de se chegar à maioria absoluta pela harmonia entre os fundamentos dos votos proferidos.

Não se nega, neste trabalho, a importância e valor dos dissents²³ para a evolução e o aperfeiçoamento do Direito. A divergência apresentada nos votos vencidos possui relevância inquestionável, inclusive como medida ponderada para evitar arbitrariedades de majorias ocasionais. Também não se afasta a liberdade de decidir do juiz. A uniformidade de fundamentos não significa a uniformidade de um certo e determinado entendimento. O que se defende é um alinhamento racional dos fundamentos constantes dos votos que formam a tese vencedora; ter-se ciência dos fundamentos manejados para a tomada de decisão; um mínimo de convergência entre os fundamentos de cada voto.

A questão é mais grave, no entanto.

negativas: os juízes não deviam se intrometer no exercício do poder legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos”. Portanto, o Poder Judiciário deveria ser submisso ao Poder Legislativo. Semelhantemente, os Federalistas tinham o Poder Judiciário como o menos temível para a Constituição. HAMILTON; MADISON; JAY, O federalista. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 458. Formava-se, assim, a concepção fraca de Poder Judiciário.

²³ Na Suprema Corte dos Estados Unidos, os dissensos ou votos disidentes são estudados com interesse ímpar, inclusive para verificar possíveis alterações do entendimento da Suprema Corte em casos futuros. Um estudo primoroso é feito em: TUSHNET, Mark. I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008.

Além da dispersão de fundamentos, também é verificável um sincretismo metodológico acentuado. Com precisão cirúrgica, Virgílio Afonso da Silva²⁴ esclarece o estado do debate. As linhas seguintes são baseadas nas ideias do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Depois de explicar e constatar não ser possível a conciliação entre as teses de Friedrich Müller e Robert Alexy, o autor deixa evidente que na interpretação constitucional não há opção por algum método, mas são eles aplicados complementarmente, falando-se em “conjunto de métodos”. E aponta que se acrescentam as lições de Ernst-Wolfgang Böckenförde, J. J. Gomes Canotilho e Peter Häberle, principalmente, sobre interpretação constitucional²⁵ no debate sobre a metodologia eleita nas decisões judiciais.

Assim, para Virgílio Afonso, sincretismo metodológico seria, exemplificativamente, “a utilização conjunta - ou a ideia de que essa possibilidade existe - da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais.” Portanto, a utilização de parâmetros metodológicos inconciliáveis, de status epistêmicos diversos e incompatíveis.

A título de exemplos, podem ser citados os julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco) e a ADPF 132 (união estável homoafetiva). A dispersão de fundamentos e o sincretismo metodológico são claros e percebidos numa simples leitura dos votos²⁶.

Toda essa discussão desemboca no que tenho chamado de sentença constitucional anencéfala. É do que passo a tratar.

4. SENTENÇA CONSTITUCIONAL ANENCÉFALA

Considero sentença constitucional anencéfala aquela que é destituída de fundamentação institucional, ou seja, a construída a partir de fundamentos dispersos e que privilegia a visão individual de cada julgador, dificultando julgamentos futuros pelas mesmas razões relevantes. Embora a decisão possa alcançar unanimidade, neste caso não se fala de ratio decidendi convergente,

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

²⁵ As obras dos autores citados fazem parte das referências do artigo de Virgílio Afonso da Silva.

²⁶ Limitar-me-ei à citação dos julgados, não me detendo à análise de cada voto por fugir à proposta do trabalho.

semelhante ou idêntica. Cada julgador elege, isoladamente, seus fundamentos, sem a preocupação com a posição institucional da Corte. Consequências desta postura são inevitáveis: a) privilégio de decisões unilaterais (liminares) em detrimento da posição institucional, ferindo de morte o princípio da colegialidade²⁷; b) o não-conhecimento e acatamento da ratio decidendi do julgado; c) o comprometimento das decisões futuras em processos idênticos que não utilizarão os fundamentos institucionais relevantes de julgamentos anteriores (já que inexistentes).

Em Artigo publicado em 2017²⁸, tive a oportunidade de analisar decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de cumprimento de pena após decisão condenatória em segunda instância. Restou dito que “Esta tese foi firmada em substituição ao posicionamento exarado no Habeas Corpus n. 84.078-MG, de 2009, que, por sua vez, alterara o precedente exposto no Habeas Corpus n. 71.959-RS, de 1995”, fato que revelou e prestigiou a defesa incansável do Ministro Marco Aurélio quanto a inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. A decisão do STF, por maioria, permitiu a execução antecipada da pena, mas não convenceu todos os Ministros quanto a ratio decidendi, especialmente os que proferiram os votos vencidos.

Para citar um exemplo, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54/DF, proposta pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, deferiu liminar, no dia 19 de dezembro de 2018, às 14 horas, para,

reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 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

²⁷ Por princípio da colegialidade entendo que órgãos julgadores de recursos somente podem ser compostos por colegiados ou grupos de magistrados que devem apreciar o mérito das insurgências. Não se admite, portanto, que o relator decida o mérito de qualquer recurso isoladamente. O fundamento primordial é proporcionar o debate e a deliberação entre os juízes que compõem o órgão julgador sobre o tema central, de mérito.

²⁸ Trata-se do texto Presunção de inocência e execução antecipada da pena – de como o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 126.292-SP – uma mirada sobre seus fundamentos, originalmente publicado em: SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de. (org.). O Poder Judiciário em evidência: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 411-437.

daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

No presente feito, o autor pretende (o processo não teve sua apreciação pelo Pleno) a declaração de constitucionalidade o art. 283, do Código de Processo Penal em vigor, por estar em sintonia com o art. 5º, inciso LXII, da Constituição Cidadã, de 1988. O resultado prático da decisão de procedência do pedido seria, segundo o Ministro Relator, o prestígio do princípio da presunção de inocência a admitir o cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, esgotadas todas as instâncias. No provimento liminar restou assentado nos fundamentos:

A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores, despedindo-se de papel fundamental.

O quadro reforça ser imprescindível a adoção de postura fidedigna e rigorosa na conformação dos casos autorizadores da custódia antes da preclusão maior da sentença condenatória. Não se pode antecipar a culpa para além dos limites expressos na Lei Maior, quando o próprio processo criminal é afastado do controle do Supremo. Em resumo, suprime-se, simultaneamente, a garantia de recorrer, solto, às instâncias superiores e o direito de vê-la tutelada, a qualquer tempo, por este Tribunal.

Extrai-se da decisão que houve completo desrespeito ao princípio da colegialidade na medida em que contraria decisão anterior, tomada por maioria,

no HC 126.292/SP, de 2016. Ademais, o tema fora decidido, inclusive, sob o manto da repercussão geral²⁹, no ARE 964.246/SP³⁰.

No mesmo dia, nos autos do Pedido de Suspensão 1.188/DF, de autoria do Ministério Público Federal, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, às 19:30 horas, suspendeu os efeitos da decisão liminar do Ministro Marco Aurélio até apreciação da matéria de forma definitiva pelo Colegiado da Corte. Dos fundamentos, consta:

Com efeito, entendo, com a devida venia, que o acolhimento da liminar na ADC nº 54 pelo eminente Relator, ainda que por fundamentos diversos, foi de encontro ao entendimento da decisão tomada pela maioria do Tribunal Pleno no julgamento das ADC's nsº 43 e 44, que versavam matéria idêntica.

Destaco que velar pela intangibilidade dos julgados do Tribunal Pleno, ainda que pendentes de decisão definitiva, é um dos desdobramentos naturais da competência regimental da Presidência de cumprir e fazer cumprir o regimento (RSTF, art. 13, III). Logo, a decisão já tomada pela maioria dos membros da Corte deve ser prestigiada pela Presidência.

Os desacordos contidos no julgamento do HC 126.292/SP, extraídos dos votos dos Ministros que participaram da sessão, prosseguiram para além deste HC, numa absoluta rebeldia contra o princípio da colegialidade. Evidentemente que os dissensos são relevantes para a evolução jurisprudencial do Direito, para a interpretação da Constituição. Entretanto, não prestigia a segurança jurídica

²⁹ Conforme o art. 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Federal nº 11.418/2006, a demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Cabe ao relator do processo apreciar se a questão constitucional não tem relevância em relação às demais, não foi formulada de maneira adequada ou discutida de modo necessário e suficiente ou não se destaca entre as mais significativas. Decide, portanto, as que receberão julgamento pelo Plenário físico. No caso em comento, o Plenário apreciará e decidirá, mais uma vez, a possibilidade de execução da pena após decisão condenatória de segundo grau, em abril de 2019. Para Arruda Alvim (2005, p. 86), “a instituição da repercussão geral envolve a outorga de um poder político ao tribunal que haverá de apreciar as causas marcadas por importância social, econômica, institucional ou jurídica”.

³⁰ O entendimento foi expresso no Tema 925: Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

nem a estabilidade das relações jurídicas divergências levadas à categoria de “descontentamento”, “indignação” ou “revolta epistemológica”.

Na esteira do posicionamento do Ministro Marco Aurélio, encontra-se o Ministro Ricardo Lewandowski. Em várias ocasiões, como na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF, exarou seu “descontentamento” com a posição da Corte ao permitir que ocorra execução provisória da pena após decisão condenatória em segunda instância³¹.

Seguramente, a decisão no HC 126.292/DF, constitui uma sentença constitucional anencéfala no sentido aqui delineado. Não há para a sociedade nenhuma leitura sobre o posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A depender do Ministro Relator, a decisão no HC 126.292/DF será prestigiada ou não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sentença constitucional anencéfala, entendida como aquela de fundamentação dispersa, sem atenção ao pensamento institucional da Corte, é realidade no contexto dos julgados do Supremo Tribunal Federal. A dispersão de fundamentos e o sincretismo metodológico presentes nos votos dos 11 (onze) Ministros, com poucas exceções, atesta a dinâmica do procedimento decisório voltada ao privilégio das posições individuais em detrimento da colegialidade.

A presença de dissensos, votos dissidentes, é corrente numa Corte Constitucional, em órgão colegiados, entretanto, não é exagero afirmar que no Supremo Tribunal Federal temos 11 (onze) Supremos³² que decidem em

³¹ Em seu voto, deixou consignado: “Isso posto, defiro a medida cautelar de modo a preservar a presunção de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, no sentido de 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.”

³² No ano de 2017, foi publicado no site da Biblioteca Digital da Fundação Getúlio Vargas o livro “Onze Supremos – o Supremo em 2016, onde se destaca a rebeldia dos Ministros em face do posicionamento Plenário. O conjunto de ensaios é apresentado com as seguintes ponderações: “Desde 2002, qualquer um pode sintonizar nas sessões da TV Justiça e acompanhar os votos, argumentos e discussões dos ministros no plenário. Mas essa transparência é insuficiente. Há imagens públicas, há informação, mas ainda falta tradução e análise sobre o comportamento do tribunal. Quais os casos que o tribunal deveria ter decidido, mas não o fez? Quais as implicações políticas de um pedido de vista, de uma mudança de pauta, ou de uma decisão individual liminar? E, fora do tribunal, como as estratégias de diferentes atores têm moldado a pauta e as decisões do Supremo? Quais os efeitos políticos mais amplos de uma mudança aparentemente pequena

conformidade com suas “consciências”³³e distantes do princípio da colegialidade. Ao firmarem suas posições com o uso de tal dinâmica, o Supremo Tribunal Federal não constrói decisões com ratio decidendi clara, aplicável facilmente ou de identificação rápida. As repercussões negativas são imensas, desde a observância do instituto da repercussão geral até o respeito pelas decisões com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

O cenário elaborado nesse contexto promove verdadeira ofensa à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas. Os demais órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública, os operadores do Direito, a sociedade enfim, não dispõem de meios para contornar a dificuldade de identificação da ratio decidendi de um julgado do Supremo. Encontram-se reféns dos entendimentos isolados e do jogo da distribuição dos processos para ter um mínimo de antecipação, previsibilidade, quanto ao resultado a ser alcançado.

O Supremo Tribunal Federal está descumprindo uma vocação constitucionalmente prevista que é a de ser uma Corte de Precedentes, uma Corte de ápice no sistema do Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. São Paulo: Instituto Philomathico, 1870, v. I.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo - Revista dos Tribunais, 2005, p. 80-92.

ATIENZA, Manuel. Derecho y argumentación. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

no regimento interno do tribunal? Quais os outros fatores e preocupações – políticas, sociais, econômicas – estão por trás dos argumentos constitucionais feitos no Supremo Tribunal Federal?” Onze supremos: o supremo em 2016 / Organizadores: Joaquim Falcão, Diego Wernerck Arguelhes, Felipe Recondo. -- Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17959>. Acesso em: 12 out. 2018.

³³ Interessante e lúcida análise sobre o tema, encontramos em: STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Requerido: Presidente da República. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PCB. Requerido: Presidente da República. Relator para o Acórdão: Ministro Marco

Aurélio. Brasília, DF, julgado em 15 de março de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator para o Acórdão: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, julgado em 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246. Requerente: M. R. D. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator para o Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator para o Acórdão: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator para o Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Suspensão n. 1.188. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Presidente. Brasília, DF, julgado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2019.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O estado de direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELLHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). Onze supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17959>. Acesso em: 12 out. 2018.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. O federalista. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

ITURRALDE, Victoria. Sobre el silogismo judicial. Anuario de Filosofia del Derecho VIII, 1991, p. 239-272. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142201.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade, n. 48, jan./jun. 2016. p. 139-166.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PERELMAN, C.; OLDEBRECHTS-TYECA, L. Tratado de Argumentação Jurídica: A nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Presunção de inocência e execução antecipada da pena – de como o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 126.292-SP – uma mirada sobre seus fundamentos. In: SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de. (org.). O Poder Judiciário em evidência: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 411-437.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional - Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 23 abr. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto. decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975.

TUSHNET, Mark. I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1979.