

O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses

Patrícia Perrone Campos Mello

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Visiting Scholar no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Assessora do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de desenvolver um estudo crítico sobre o processo colegiado de decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre as contribuições do Ministro Luís Roberto Barroso para seu aprimoramento. Com esse objetivo, a seção 1 apresenta os diferentes modelos colegiados de decisão reconhecidos pela doutrina, classificando-os em: deliberativo, agregativo, *per curiam*, *seriatim*, interno e externo. A seção 2 examina o modelo decisório do STF à luz de tais categorias e indica seus principais problemas para uma Corte destinada a desempenhar o papel de produtora de precedentes vinculantes. As seções 3 e 4 tratam de dois importantes avanços no processo colegiado de decisão do Supremo: (i) a aprovação de teses que sintetizam a *ratio decidendi* de seus julgados, em especial nas ações que geram precedentes vinculantes; e (ii) o debate sobre o alcance que se pode dar a tais teses, à luz de conceitos da teoria dos precedentes, como *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção. Ambas as inovações representam importantes aportes do Ministro Luís Roberto Barroso, como se demonstra no trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes vinculantes. Modelo deliberativo. Modelo agregativo. *Per curiam*. *Seriatim*. *Ratio decidendi*.

ABSTRACT: This paper develops a critical study on the decision-making process of the Brazilian Supreme Court, as well as on the contributions of Justice Luís Roberto Barroso to its improvement. With this purpose, section 1 presents different collegiate decision models recognized by the

doctrine, such as: the deliberative, aggregative, *per curiam*, *seriatim*, internal and external models. Section 2 examines STF's decision-making model in the light of these categories and outlines its main problems, especially for a Court expected to produce binding precedents. Sections 3 and 4 deal with two important developments in the Supreme Court's decision-making process: (i) the approval of summaries ("teses") that synthesize the ratio decidendi of its rulings and produce binding effects; and (ii) the debate and definition about the scope that can be given to such summaries, in the light of a theory of precedents, considering the concepts of: ratio decidendi, obiter dictum and distinguishing. Both innovations represent important contributions offered by Justice Luís Robert Barroso.

KEYWORDS: Binding precedents. Deliberative model. Aggregative model. *Per curiam*. *Seriatim*. *Ratio decidendi*.

PALAVRAS INICIAIS: O MINISTRO E O PROFESSOR

Em 1999, um livro – *Interpretação e aplicação das normas constitucionais* – me levou definitivamente para o direito constitucional. O livro representava a construção de um espaço em que o direito e a arte se combinavam: um lugar de encontro entre o texto da Constituição e a construção de significados que atendessem às necessidades da comunidade que a Constituição regulava. Seu autor –Luís Roberto Barroso – já era, então, um professor muito querido na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Era, ainda, um procurador do Estado destacado, que chefiava o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio e que atuava no que havia de mais relevante para o Estado.

Alguns anos mais tarde, a advocacia no STF fez com que se mudasse para Brasília, mas não o afastou da UERJ. Lembro-me ainda, como aluna do programa de doutorado, das suas chegadas na faculdade, nas sextas-feiras de manhã, sempre puxando uma mala, na qual trazia leituras, computador, caderno de notas (amarelo), canetas marca-texto e um relógio (com o qual cronometrava rigorosamente as apresentações dos alunos nas aulas). Parecia ter uma vida atribuladíssima. Morava em outra cidade. No entanto, estava sempre na faculdade. A sua atuação como professor, como procurador e como advogado no STF inspirou muitas trajetórias e levou muitos jovens à UERJ e ao direito constitucional.

Quando veio a sua indicação para o Supremo Tribunal Federal, a cena parecia se repetir. A primeira entrevista a que assisti, após o anúncio do seu nome, foi curiosamente gravada no aeroporto. A primeira imagem da matéria trazia o professor e futuro Ministro puxando a mesma mala. Pensei: – “Está indo ou vindo de alguma aula”. Creio mesmo que estava. Está sempre. Ainda hoje, Ministro do Supremo, toda quinta-feira, ao final das sessões plenárias, embarca para o Rio de Janeiro. Toda sexta-feira, pela manhã, dá aulas na UERJ. Também dá aulas no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faz palestras por todo o país e no exterior.

Esse é o meu retrato de Luís Roberto Barroso. Ele é, antes de tudo, um grande professor. O professor fez o procurador, construiu o advogado, criou o ministro; e coloca, no dia a dia, a sua formação a serviço da vida prática e das instituições concretas – para pensar o Judiciário, para estudar e testar soluções que possam aprimorar o direito constitucional, para refletir sobre o Brasil.

Mais uma palavra: a despeito da vida atribuladíssima e de dias muito duros, é amigo, leve, engraçado e sempre tem uma palavra positiva. Sou muito grata por esse convívio. É um grande líder, uma pessoa extremamente educada e disciplinada, sabe o que cada assessor pode render, sabe construir suas equipes e extrair, de forma saudável, o que cada um pode oferecer de melhor. Tem um olhar para cada assessor, acompanha o que se passa em nossas vidas, é alguém a quem se pode recorrer. Embora ocupe uma posição de muito poder, não perdeu a sensibilidade, nem o olhar para outro. É, de verdade e acima de tudo, um ser humano extraordinário, e creio que essa é a razão do seu maior sucesso.

A questão-problema que é objeto deste artigo não é de surpreender, foi alvo de muitos debates em sala de aula, de estudos e de propostas que ganharam o espaço público, por meio da sua voz, e que acabaram modificando o jeito de decidir do Supremo Tribunal Federal. Essa é a marca registrada desses anos do Ministro à frente do Tribunal: a inquietação quanto ao que precisa ser aprimorado, o recurso à academia para formular propostas de mudança e o esforço de empurrar uma agenda transformadora. Há certamente muito a ser feito, mas já contabilizamos alguns ganhos, como será possível constatar a seguir.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 ampliou substancialmente a abrangência do controle concentrado da constitucionalidade. Em primeiro lugar, estabeleceu um amplo rol de legitimados ativos para provocar essa modalidade de controle (na Constituição anterior, tal legitimidade se limitava ao Procurador-Geral da República)¹. Previu igualmente novos instrumentos para deflagrá-lo, dispondo sobre: a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental². A Emenda Constitucional n. 3/1993 criou, ainda, a ação declaratória da constitucionalidade. Por fim, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 regulamentaram o processo e o julgamento das ações diretas. Por determinação constitucional, as decisões proferidas no âmbito dessas ações produzem precedentes vinculantes e gerais para todos os demais órgãos do Judiciário e para a administração pública³. As decisões produzidas em controle concentrado constituem, portanto, há muito, um mecanismo que confere ao STF a possibilidade de firmar o significado da Constituição com efeitos obrigatórios e gerais.

O controle difuso da constitucionalidade, a seu turno, foi originalmente disciplinado pela Constituição como um mecanismo destinado a levar ao Supremo Tribunal Federal, por meio da interposição do recurso extraordinário, a revisão do julgamento de casos concretos. Não tinha propriamente a finalidade de gerar precedentes a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias⁴. Voltava-se precipuamente à satisfação dos interesses subjetivos das partes. Todavia, a reforma promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 passou a exigir a presença de repercussão geral para que tal recurso fosse admitido. Promoveu, assim, uma espécie de “objetivação” do controle difuso. Com a alteração, a admissibi-

1 De acordo com o art. 103 da Constituição de 1988, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

2 A arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) só teve seus contornos definidos com a edição da Lei 9.882/1999, que regulamentou o instituto. O art. 102, §1º, CF/1988 previa apenas que a ADPF seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e remetia a regulamentação do instituto à lei.

3 V. CF/1988, art. 102, §2º.

4 Muito embora, por uma questão de coerência sistêmica, os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, dessem ter sido observados por todas as demais instâncias, independentemente de qualquer previsão legal.

lidade do recurso extraordinário passou a depender da demonstração da importância da questão nele debatida do ponto de vista coletivo, por tratar de uma questão política, jurídica, econômica ou social relevante para a comunidade⁵. O interesse subjetivo da parte foi remetido a segundo plano.

A Lei 11.418/2006, que regulamentou a repercussão geral, ainda introduziu no sistema o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, contribuindo para reforçar a ideia de que, também nos julgamentos em sede difusa, a interpretação firmada pelo Supremo deveria ser observada por todo o Judiciário. Estava subjacente à sistemática de julgamento dos recursos repetitivos a ideia de que, diante de uma multiplicidade de recursos sobre o mesmo tema, caberia ao STF decidir a questão jurídica e, às demais instâncias, replicar nos casos idênticos a solução conferida pelo Supremo. Assim, com essas inovações, o STF passava a ter por missão, também no recurso extraordinário, a fixação de precedentes que deveriam ser observados pelas demais instâncias⁶.

A despeito disso, durante a vigência do CPC/1973 (e mesmo depois de alterado pela Lei 11.418/2006), o Tribunal manteve o entendimento de que o desrespeito às teses firmadas em sede de repercussão geral não possibilitava a propositura de reclamação diretamente perante o Supremo, para a cassação das decisões divergentes⁷. Ao decidir desse modo, a Corte privou os precedentes firmados em sede difusa de um mecanismo essencial para assegurar a sua efetividade⁸. Foi preciso aguardar até a Lei 13.105/2015, que editou o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), para que esse panorama se alterasse e para que se estabelecesse expressamente, por lei, o cabimento de reclamação para assegurar a aplicação da interpretação firmada pelo STF pelas demais instâncias⁹. A despeito disso,

5 CPC/1973: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

6 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

7 STF, Pleno, Rcl 7569, rel. min. Ellen Gracie, *DJe*, 11.12.2009; Rcl 10.973, rel. min. Ellen Gracie, *DJe*, 06.06.2011; Segunda Turma, Rcl 17036 AgR, rel. min. Teori Zavascki, *DJe*, 27.04.2016; Segunda Turma, Rcl 16245 AgR-ED, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe*, 01.09.2015; Segunda Turma, Rcl 17914 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe*, 04.09.2014.

8 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

9 CPC/2015, art. 988.

com a Emenda 45/2004 e com a Lei 11.418/2006 (que a regulamentou), o STF passou a ter por função precípua não mais a solução de casos concretos, mas a produção de precedentes que deveriam orientar as decisões do Judiciário em matéria constitucional.

É certo que essa função, em alguma medida, já era exercida pelo Supremo, no âmbito do controle concentrado da constitucionalidade. Entretanto, essa modalidade de controle nunca foi responsável por mais de 3% do acervo anual de processos da Corte. Os recursos extraordinários e agravos contra despacho denegatório dos recursos extraordinários, ao contrário, representavam mais de 80% do acervo do Tribunal. Portanto, alterar o critério de admissibilidade desses recursos e a função a ser desempenhada pelo Tribunal quando de seu julgamento significava alterar de maneira profunda o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Ocorre justamente que, embora a função e a finalidade da atuação do STF tenham se alterado substancialmente desde a promulgação da Constituição de 1988, o modelo colegiado de decisão da Corte permanecera idêntico. Mesmo depois das alterações narradas acima, os onze ministros do Tribunal continuaram a se reunir, nas sessões plenárias, para apreciar os casos levados a julgamento, e a colher votos apenas acerca do dispositivo da decisão. Nos julgamentos de recursos extraordinários, os votos eram computados apenas para decidir qual parte tinha razão. Cada ministro continuava apresentando, contudo, os seus próprios fundamentos acerca das razões que justificavam a sua posição. Não havia preocupação em votar ou em explicitar a tese que servia de base para o desfecho do caso. Embora a função essencial do STF tivesse passado a ser a produção de precedentes sobre matéria constitucional, o procedimento colegiado adotado pela Corte permanecia focado no interesse subjetivo da parte. O processo e a missão da Corte estavam, portanto, descasados.

O presente artigo apresenta algumas propostas formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso para ajustar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal à sua nova missão. Com esse propósito, o trabalho examinará: (i) os diferentes modelos colegiados de decisão reconhecidos pela doutrina e a sua influência sobre a implementação de um sistema efe-

10 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I relatório supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1/20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20M%C3%BAltiplo%20Supremo.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

tivo de precedentes vinculantes (item 1); (ii) as características do modelo colegiado de decisão adotado pelo Supremo Tribunal Federal, à luz dos mencionados modelos (item 2); (iii) as propostas para o aprimoramento do processo decisório do STF formuladas pelo Ministro (itens 3 e 4), consistentes: (a) na introdução do mecanismo de votação das teses que serviram de base à decisão, ao final de cada julgamento, e (b) na utilização de elementos da teoria dos precedentes para a delimitação de tais teses.

1. OS DIFERENTES MODELOS COLEGIADOS DE DECISÃO

A doutrina classifica os modelos colegiados de decisão a partir de diferentes critérios. No que respeita à forma de alcançar a decisão colegiada, alude-se aos modelos deliberativo e agregativo. No que se refere à possibilidade de acompanhamento do processo decisório pelo público, fala-se nos modelos interno e externo de decisão. Finalmente, quanto à forma de expressar a decisão, faz-se menção aos formatos *per curiam* e *seriatim*. Esses modelos não necessariamente existem em sua concepção pura na realidade. Trata-se, em verdade, de modelos estilizados, cuja principal função é possibilitar uma melhor compreensão dos processos reais de decisão e das implicações da adoção de determinados desenhos institucionais sobre as decisões proferidas pelas cortes¹¹.

Segundo o esquema acima, *uma corte pode decidir os casos que lhe são submetidos por um processo predominantemente deliberativo ou agregativo*. Há deliberação quando os diversos membros de um colegiado constroem conjuntamente uma decisão, em um processo que pressupõe a disposição de tais membros para argumentar, para defender seus pontos de vista, mas também para ouvir entendimentos divergentes, para enfrentá-los e para eventualmente se deixar convencer a adotar entendimentos diversos dos seus. Acredita-se que as decisões que são fruto de deliberação tendem a ser mais moderadas, em razão do confronto entre diferentes visões do

11 KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 358. 2013. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358>. Acesso em: 5 dez. 2017; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005, p. 284 e ss.; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan.1993; FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. *Texas Law Review*, n. 82, p. 1671, jun. 2004; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 39-84.; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nós bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-147 e 171-184.

problema submetido ao tribunal e de um esforço de acomodação das preocupações que elas suscitam¹².

Quando os casos são decididos por agregação, há menor interação e acomodação de entendimentos entre os membros do colegiado. Em lugar de se construir conjuntamente uma decisão, o desfecho do caso é decidido pelo somatório dos votos dos julgadores em um ou em outro sentido. As decisões proferidas por agregação tendem a ser, por isso, menos moderadas. Podem mesmo gerar polarização de entendimentos, quer por conta da baixa interação entre membros que pensam diferentemente, quer por conta de um baixo esforço de acomodar diferentes perspectivas de um mesmo problema.

No que respeita à possibilidade de que terceiros acompanhem o processo decisório, o modelo colegiado de decisão pode ser *interno ou externo*. Quando for interno, o debate, o julgamento e a produção da decisão ocorrerão exclusivamente na presença dos membros da corte. Não serão acompanhados por terceiros. Acredita-se que o processo decisório interno favorece a deliberação, a troca de argumentos e a mudança e acomodação de entendimentos. No contexto interno, os membros de um colegiado têm por interlocutores exclusivamente os seus colegas. Preocupam-se em ouvir e eventualmente em convencer apenas os demais magistrados. Mostram-se mais abertos às perspectivas dos demais. Sentem-se mais à vontade para mudar de posição. Têm menos preocupação com sua própria performance ou com criar uma imagem positiva para um público mais amplo.

Quando o processo decisório é externo, parte dele é aberto ao público e, portanto, se passa na presença de uma audiência. Os interlocutores dos magistrados deixam de ser apenas os demais colegas e passam a ser também aqueles presentes na sala de sessão ou, ainda, o grupo mais amplo de pessoas a quem os presentes poderão reportar as suas impressões sobre o julgamento. Há, por isso, uma tendência a que o foco da comunicação dos membros do colegiado migre da interação interna para o público que os assiste¹³. O juiz tende a se preocupar mais com seu próprio desempenho e com a construção de uma imagem positiva a respeito de si e da

12 SUNSTEIN, Cass R. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 110, p. 71, 2000; SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 171-184;

13 BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008. p. 50 e ss; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-147 e 171-184.

sua atuação¹⁴. Esse tipo de preocupação pode dificultar a deliberação, o diálogo, as mudanças e acomodações de posição. Por isso, acredita-se que os julgamentos externos podem desfavorecer uma postura deliberativa e induzir a adoção de modelos agregativos de decisão¹⁵. São, contudo, uma forma de conferir maior visibilidade aos julgamentos de uma corte e de possibilitar que o público saiba como votam e se portam cada qual dos seus membros. Nessa medida, os modelos externos de decisão favorecem o exercício do controle social sobre a corte¹⁶.

No que respeita à forma de expressar a decisão, os modelos colegiados são classificados como “per curiam” ou “seriatim”. A decisão *per curiam* se consubstancia em um arrazoado único, que expressa o entendimento da corte como instituição. Nas cortes que adotam esse modelo é rara a apresentação de um voto vencido¹⁷. O tribunal fala por uma voz única. Em razão dessa característica, as teses e os entendimentos adotados como fundamento para decidir tendem a ser mais facilmente identificáveis. Trata-se, por essa razão, de uma forma de expressar a decisão que permite o desempenho eficaz do papel de Corte de Precedentes. A clareza dos posicionamentos adotados oferece uma orientação segura aos juízos vinculados.

Nos modelos de decisão em série (*seriatim*), ao contrário, cada membro do colegiado produz o seu próprio voto e, ao proferi-lo, fala por si e não em nome da corte¹⁸. Nessas condições, a identificação da tese que serviu de base ao julgamento passa a depender do exame detido da fundamentação de todos os votos e da identificação de um eventual entendimento comum, que tenha sido chancelado pela maioria. Há menos clareza e mais margem para imprecisões na definição do alcance do precedente produzido pela corte. A dificuldade de compreensão do entendimento adotado pela maioria pode frustrar o desempenho da função de Corte de

14 GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Nova Iorque: Double Day, 1959, p. 238 e ss.

15 MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-147 e 171-184.

16 Sobre a relação entre “portas fechadas” e decisões “suspeitas” no imaginário social brasileiro, v. SELIGMAN, Felipe Barroso: criatividade judicial em um mundo complexo. *Jota*, 19.11.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/barroso-criatividade-judicial-em-um-mundo-complexo-19112017>>. Acesso em: 9 jan. 2018. Para percepção semelhante no direito estrangeiro, ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova Iorque: Cambridge University, 2007. p. 406-409.

17 KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova Iorque: Oxford University, 2006. p. 161-214.

18 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 100 e ss.

Precedentes. Afinal, as instâncias inferiores só podem aplicar um entendimento se compreenderem, com precisão, seu alcance.

Na realidade concreta, como já observado, os modelos acima não necessariamente aparecem em sua versão pura e diversas combinações são possíveis. A título de ilustração, o modelo de decisão adotado pela Suprema Corte norte-americana combina características de diversos dos modelos descritos. O processo decisório da Suprema Corte tem início em uma reunião *interna*, a portas fechadas, de que participam apenas seus nove *justices*. Nessa reunião, há uma definição preliminar do entendimento da maioria acerca de como o caso deve ser decidido. A redação do entendimento majoritário é assinada a um juiz que integre tal maioria. O desafio do redator é ser o mais fiel possível ao entendimento dela e redigir um voto capaz de manter a adesão dos demais membros e de conquistar novas adesões, ampliando o quórum de decisão¹⁹.

Nessa linha, o redator da decisão produz uma primeira minuta e a circula entre os membros da corte. Segue-se, geralmente, uma troca de memorandos por meio dos quais alguns *justices* sugerem mudanças e outros, eventualmente, condicionam a sua adesão a ajustes e a abrandamentos na minuta. Ao final, a maioria tende a se aglutinar em torno do voto majoritário, e a dissidência, em torno de um voto vencido. São possíveis, ainda, concorrências simples e qualificadas. As simples somam-se ao entendimento da maioria, mas são consequência da opção do *justice* por produzir um voto próprio. As qualificadas geralmente ocorrem quando um membro da corte diverge sobre o desfecho do caso ou sobre os fundamentos que o justificam²⁰.

O modelo decisório da Suprema Corte norte-americana tem, portanto, características do modelo agregativo. A decisão final é produto do somatório de votos dos seus membros e não propriamente de uma construção comum, mediante a interação e a troca de argumentos e pontos de vista entre os juízes²¹. Entretanto, a circulação de minutas e de memorandos amplia, em alguma medida, a interação entre seus integrantes e per-

19 EPSTEIN, Lee; KIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005.

20 HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stephanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, v. 31, p. 215, 2003.

21 Ao menos é como a própria academia norte-americana qualifica o processo decisório da Suprema Corte. Nesse sentido: FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005.

mite acomodações de entendimentos e mudanças de posição. O processo de decisão é essencialmente interno, tanto no que respeita à reunião entre os membros do colegiado, quanto no que respeita à troca de minutas e de memorandos. Entretanto, cada juiz pode produzir um voto próprio e dar publicidade à sua divergência.

Embora a Suprema Corte admita a produção de votos em série, na prática, há uma tendência à votação em blocos – reunindo os membros que adeririam ao entendimento majoritário e ao entendimento vencido – ainda que votos concorrentes também possam ser apresentados. A produção de um voto majoritário faz com que, a despeito dos votos individuais e em série, haja um arrazoado que expresse o entendimento da maioria. A maioria tende, portanto, a falar por meio de uma única voz, a despeito de se tratar de um modelo predominantemente agregativo e de votação em série. A produção de um arrazoado único, que expressa a opinião da maioria, favorece a compreensão dos precedentes firmados pela corte *porque as razões de decidir de tal maioria são consolidadas e explicitadas em tal documento*. Fica claro, portanto, que o desenho institucional das cortes e o modelo colegiado de decisão que adotam podem interferir substancialmente sobre a efetividade de seus precedentes.

2. O MODELO COLEGIADO DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal adota um modelo de decisão agregativo, externo e em série. O conteúdo das decisões proferidas pelo Tribunal é definido pela aglutinação das manifestações de voto de seus ministros. As decisões não são construídas conjuntamente pelos membros da corte, por meio do diálogo, da troca de argumentos e de pontos de vista. Ao contrário, há pouca interação entre os seus membros, e pouca margem para a argumentação, o convencimento e a acomodação de entendimentos²².

22 SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013; e O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (Org.). *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, p. 337-361, 2011; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 out. 2012

Geralmente, os ministros chegam às sessões plenárias com votos individuais prontos, a respeito dos casos que serão julgados. Como não sabem como o relator ou os demais ministros votarão, não podem simplesmente optar por aderir ao entendimento com o qual estão de acordo. Assim, mesmo quando há concordância entre os ministros, onze votos são produzidos, ainda que para manifestar entendimento idêntico. A despeito do enorme volume de processos em curso no Tribunal, seus ministros ainda atuam como juízos singulares. Falam apenas por si. E redigem votos como se fossem os relatores de todos os casos relevantes em que se manifestam, ainda que, frise-se, tão somente para concordar com a maioria²³.

O Brasil adota o modelo externo de decisão judicial por expressa determinação constitucional. De acordo com o art. 93, IX, da Constituição de 1988 todos os julgamentos devem ser públicos, previsão que vem sendo interpretada como determinante de que as sessões de julgamentos sejam abertas ao público em geral. O Supremo Tribunal Federal adota, contudo, um tipo extremado de modelo externo. É que o pleno do Tribunal – órgão que reúne todos os seus ministros e que é responsável pelos julgamentos mais relevantes – tem as suas sessões televisionadas, ao vivo, e transmitidas, via satélite, em canal exclusivo para todo o país. Como não poderia deixar de ser, o televisionamento do pleno deu uma outra dimensão aos julgamentos do STF.

Em primeiro lugar, o televisionamento permitiu o acompanhamento quase que simultâneo de tudo quanto se passa nas sessões plenárias do Supremo e gerou uma espécie de espetacularização dos seus julgamentos²⁴. A imprensa transmite em tempo real o que ocorre ali; critica os votos; avalia o desempenho de cada ministro; repercute os embates entre eles. Nessas circunstâncias, os interlocutores dos julgadores deixam de ser apenas os demais membros do colegiado e passam a ser toda a potencial audiência que os assiste. E a imprensa ganha relevo por produzir uma “primeira opinião” sobre a performance de cada membro do colegiado, o que influencia fortemente a percepção do público a seu respeito.

23 A exceção, quanto ao ponto, é o processo de julgamento de casos “em lista”, espécie de julgamentos em lotes, em que, como regra, os ministros apenas acompanham os entendimentos do relator. Entretanto, os casos julgados com base nesse procedimento geralmente envolvem a reiteração de jurisprudência.

24 MELLO, Patricia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 360-371.

É natural, portanto, que os ministros tendam a se preocupar com os impactos que seu comportamento pode gerar sobre a sua própria imagem ou com a avaliação que será produzida a seu respeito pela imprensa. Eventuais mudanças de entendimentos ou acomodações de julgamentos podem ser mal compreendidas e constituir um risco que precisa ser evitado. O modelo externo de decisão – sobretudo tal como praticado no Supremo Tribunal Federal – pode ser, por isso, fortemente limitador da efetiva troca de pontos de vista entre os julgadores ou da viabilização de uma corte deliberativa.

A despeito de tais aspectos, acredita-se que o televisionamento das sessões plenárias constitui uma medida importante a ser preservada. O televisionamento conferiu grande visibilidade à Corte e à atuação de seus ministros. Se, por um lado, essa visibilidade é responsável por alguns incentivos institucionais que não são desejáveis, por outro lado aproximou o Tribunal da população, possibilitou que o cidadão comum compreendesse o que se passa ali e, sobretudo, permite o exercício de algum controle social sobre um Tribunal que tem sido chamado a julgar as matérias mais relevantes para o país, dentre elas questões atinentes à corrupção e à punição de altas autoridades, à tutela do funcionamento do processo democrático e à proteção de direitos fundamentais.

Por fim, o Supremo expressa as suas decisões segundo o modelo *seriatim*. Os acórdãos do Tribunal se compõem pelos votos individuais escritos de cada ministro, por seus votos orais e, ainda, pela transcrição dos debates travados entre eles. Em casos relevantes, as decisões somam centenas de páginas. Até bem pouco tempo, tais decisões dispunham expressamente apenas sobre o dispositivo do julgado, mas não sobre os fundamentos adotados pela maioria. Sem a explicitação de tais fundamentos, a efetividade de uma decisão como precedente vinculante dependia do exame de todos os votos da maioria, em busca de um entendimento ou de uma tese comum, que sustentasse a decisão e que servisse de orientação para a solução de casos futuros. Obviamente, esse modo de proceder frustrava a normatividade dos precedentes proferidos pela Corte.

3. A INTRODUÇÃO DA VOTAÇÃO DAS TESES

Uma mudança importante no modo de operar do Supremo Tribunal Federal foi introduzida entre 2013 e 2014: a votação das teses que

serviram de base para as suas decisões. Em lugar de se procurar interferir sobre o modelo agregativo de decisão ou sobre a produção de votos em série, defendeu-se uma alteração relativamente simples no modo de decidir do Tribunal. Cada ministro continuaria a votar individualmente e a deduzir os fundamentos do seu entendimento, conforme o procedimento já consolidado. Ao final do julgamento, e uma vez definido o seu desfecho, a Corte deveria determinar, em conjunto, a tese que servia de base ao julgamento proferido pela maioria. Esse pequeno ajuste do modo de decidir do Supremo permitiria ao menos que se explicitasse o entendimento que serviu de base à decisão, ou seja, permitiria que se esclarecesse a razão de decidir da Corte. A tese seria, portanto, uma síntese da interpretação definida pelo STF, aplicável a casos futuros idênticos.

Essa providência tornou mais claros os precedentes do Tribunal. Facilitou a sua observância pelos juízos vinculados. Favoreceu a sua compreensão pelos jurisdicionados em geral. Pelas mesmas razões, tornou mais evidente a inobservância de tais precedentes. Deixou de ser necessário examinar em detalhe acórdãos de centenas de páginas proferidos pela Corte para buscar os argumentos comuns invocados na fundamentação dos votos de cada integrante da maioria, de modo a inferir o entendimento do STF. Em lugar disso, o próprio STF passou a oferecer uma síntese de tal entendimento, por meio da explicitação da tese do julgamento.

Obviamente, a formulação da tese não reduz a importância de compreender os fatos do caso, os elementos levados em consideração para a sua formulação ou os argumentos tecidos por cada ministro. Esses elementos são fundamentais para exercer um juízo crítico sobre a própria tese do tribunal e poderão se prestar, no futuro, à distinção de um novo caso que não guarde exatamente as mesmas características do caso anterior. A própria apreensão da tese, com maior profundidade, pressupõe uma compreensão mais detalhada do julgado em que foi afirmada. Portanto, a formulação da tese não neutraliza todos os problemas associados à adoção de um modelo de votação em série extremo (como é aquele adotado pelo Supremo) para fins de implementação de um sistema de precedentes vinculantes. Entretanto, a explicitação da tese tem, ao menos, a virtude apresentar uma síntese que expressa a compreensão da Corte sobre a decisão que proferiu e, portanto, de fornecer um ponto de partida que facilite aos juízes e aos jurisdicionados em geral acessar as razões dos julgados.

Do mesmo modo, a formulação da tese não resolve os problemas associados à falta de deliberação ou de interação entre os ministros. Como se procurou demonstrar acima, o modelo colegiado de decisão por deliberação pressupõe que os ministros estejam abertos a diferentes pontos de vista e que se engajem verdadeiramente em uma atividade de construção de uma decisão comum. A deliberação significa pressupor que o saber de cada ministro pode contribuir para construção de uma solução que é qualitativamente superior ao mero agregado de opiniões individuais. No atual modelo, contudo, o processo agregativo de tomada de decisão persiste.

No entanto, ao final de cada julgamento, a necessidade de produzir uma tese tem o aspecto positivo de impor algum nível de interação entre os membros do colegiado. Trata-se de uma interação bastante limitada, uma vez que o desfecho do caso já foi definido. A contribuição que pode oferecer não pode ser comparada aos benefícios de ter onze ministros engajados em uma atuação verdadeiramente deliberativa. Entretanto, permite a construção conjunta, ao menos, da tese que serve de base ao julgado. Impõe, nessa medida estreita, que os ministros acessem os fundamentos dos integrantes da maioria (ainda que não concordem com eles); que interajam a partir do voto apresentado por cada membro da Corte no pleno; e que construam conjuntamente ao menos esse conteúdo mínimo.

A votação da tese adotada pela maioria do STF era defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso desde 2010, ainda na condição de advogado atuante perante a Corte e de professor²⁵. Os primeiros julgados em que o Supremo Tribunal Federal formulou teses explicitamente datam de 2013, ano de ingresso do Ministro no Tribunal²⁶. A providência encontrava, contudo, resistência entre alguns ministros²⁷, que acabou superada por um argumento literal: o art. 543-A, §7º, do CPC/1973 previa que *a súmula da decisão sobre a repercussão geral "constaria de ata, que deveria ser publicada no Diário Oficial e valer como acórdão*. A partir desse dispositivo, defendeu-se que a tese firmada em repercussão geral deveria ser explicitada no

25 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

26 STF, Pleno, RE 627.815, rel. Min. Rosa Weber, j. 23.05.2013, *DJe*, 01.10.2013; ARE 728.188, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.12.2013, *DJe*, 12.08.2014.

27 Entre todos, destaca-se o Ministro Marco Aurélio, abertamente desfavorável à objetivação do controle difuso. V., a título ilustrativo, suas manifestações em: STF, Pleno, RE 596.962, rel. Dias Toffoli, *DJe*, 30.10.2014.

juízo e constar da respectiva ata, providência essencial para que as teses firmadas pela Corte produzissem efeitos vinculantes. Por volta do segundo semestre de 2014, a ideia de explicitar e votar a tese começou a se consolidar no processo decisório da Corte, como ilustra o diálogo travado entre os Ministros Toffoli, Lewandowski e Marco Aurélio Mello, após oposição do último à fixação da tese²⁸:

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Mas eu penso que, como uma Corte constitucional - e com os instrumentos que a Emenda Constitucional nº 45 nos trouxe -, nós temos que fazer esse balizamento [definir a tese], dando maior eficiência, mais eficácia à prestação jurisdicional. Portanto, pedindo vênua ao Ministro Marco Aurélio, eu mantenho meu voto no sentido de estabelecer essas diretrizes, que são fundadas na jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E a impressão que tenho é que Vossa Excelência não criou nada de novo, extraiu do seu voto as consequências que acaba de explicitar, e que servirão, em sendo uma repercussão geral, de balizas para as Cortes brasileiras.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Para não ficarem os fundamentos ao longo do voto e, depois, em razão da repercussão geral, não se saber o que pinçar. **Então, explícito as diretrizes de maneira objetiva, acatando a sugestão do Ministro Roberto Barroso.**” (Grifou-se)

Ainda no final de 2014, a definição da tese e a sua inclusão em ata foram regularmente incorporadas como etapas finais do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral, pelo então presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski. Em 09.12.2015, promoveu-se, ainda, em sessão administrativa, a aprovação retroativa das teses de repercussões gerais julgadas até aquela data e ainda não explicitadas em ata, sob a

28 STF, Pleno, RE 596.962, rel. Dias Toffoli, j. 21.08.2014, *DJe*, 30.10.2014. Na sequência dessa decisão: STF, Pleno, RE 596.663, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 24.09.2014, *DJe*, 26.11.2014; RE 568.645, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.09.2014, *DJe*, 13.11.2014; ARE 660.010, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.2014, *DJe*, 19.02.2015; RE 600.003, rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 25.02.2015, *DJe*, 15.05.2015.

invocação do mencionado art. 543-A, §7º, do CPC/1973²⁹. Atualmente, a definição da tese, por votação de todos os membros do colegiado (e não apenas daqueles que integraram a maioria), é a praxe adotada em todos os julgamentos de recursos com repercussão geral³⁰.

A votação da tese passou a ser adotada igualmente no controle concentrado de constitucionalidade, em que igualmente se começou a explicitar a razão de decidir dos julgados³¹. A providência foi incorporada, ainda, ao julgamento de outras classes processuais, cujos julgados são desprovidos de efeitos vinculantes e gerais³². Nesses últimos casos, a inovação não é menos importante. Tem o valor de explicitar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Produz eficácia persuasiva sobre outros julgados. Gera um ônus argumentativo para as partes e para os julgadores que pretendam decidir de modo contrário. Favorece uma cultura de atenção aos precedentes produzidos pelo Supremo.

Por fim, a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) também favoreceu a estabilização da explicitação das teses firmadas pelo STF. O novo Código atribuiu expressamente efeitos vinculantes e gerais às teses proferidas no controle concentrado da constitucionalidade, nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e nos incidentes de assunção de competência. E determinou que o desrespeito a tais teses ensejaria reclamação diretamente para o tribunal que a proferiu, que poderia cassar a decisão divergente. Nessas circunstâncias, a efetividade do sistema de precedentes vinculantes idealizado pelo CPC/2015 pressupõe uma clara definição das teses firmadas pelos tribunais³³ e delas depende.

4. O ENCONTRO COM A TEORIA DOS PRECEDENTES

Um segundo passo de extrema importância para a consolidação do Supremo Tribunal Federal como uma Corte de Precedentes em matéria

29 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacao.AtasSessoesAdministrativas&pagina=atasSessoesAdministrativas>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

30 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TRG>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

31 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TCC>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

32 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TOP>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

33 CPC/2015, art. 988, caput e §§ 4º e 5º. No caso de reclamação contra decisões divergentes de teses afirmadas em repercussão geral, o novo CPC condiciona o cabimento da reclamação à exaustão das instâncias ordinárias pela parte prejudicada.

constitucional foi a discussão sobre a metodologia a ser adotada na definição do conteúdo da tese e, portanto, do precedente vinculante. A discussão foi travada, originalmente, no RE 669.069, de relatoria do Ministro Teori Zavascki³⁴. No caso, a União pretendia se ressarcir por danos gerados a um veículo federal, em razão de um acidente de trânsito, e o particular arguiria a prescrição da pretensão. Em sua defesa, a União afirmou que a ação de reparação de danos ao erário seria imprescritível, com base no art. 37, §5º, CF/1988³⁵. Em segundo grau, o tribunal rejeitou a tese da imprescritibilidade, e a União interpôs recurso extraordinário para o Supremo, ao qual se conferiu repercussão geral.

Durante o julgamento, havia uma convergência entre os ministros no sentido de que, *no caso específico*, não havia que se falar em imprescritibilidade. A União argumentava que as ações de ressarcimento em favor do erário eram, de modo geral, imprescritíveis. O recorrido, a seu turno, defendia a prescritibilidade da ação, voltada ao mero ressarcimento dos danos decorrentes de uma colisão de veículos e, portanto, de um mero ilícito civil. Para o recorrido, era irrelevante se outras ações de ressarcimento, passíveis de propositura pela União, seriam prescritíveis ou não. Por essa razão, centrava sua defesa nas ações para reparação de colisões de veículos. Para a União, importava a (im)prescritibilidade tanto da ação para reparação de danos decorrentes de ilícitos civis especificamente quanto das ações para reparação de todo e qualquer dano perpetrado em desfavor do poder público, *inclusive para danos decorrentes de atos de improbidade administrativa*.

No momento da definição da tese, o relator propôs que se afirmasse a prescritibilidade da ação para reparação da colisão de veículos, mas a imprescritibilidade da ação para a reparação de danos ao erário em decorrência de atos de improbidade administrativa. Estabeleceu-se, então, um debate no pleno. Era possível afirmar tal entendimento inclusive no que respeita a atos de improbidade, com força vinculante, a partir do caso concreto que se apreciava? Os fatos relevantes do caso concreto referiam-se à colisão entre um veículo da União e um veículo de um particular. Não havia ato de improbidade. A moldura fática do caso não gerava uma discussão jurídica tão ampla. Nessa linha, o Ministro Barroso observou:

34 STF, Pleno, RE 669.069, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.02.2016, *DJe*, 28.04.2016.

35 CF/1988. art. 37, § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

“O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO— [...]. Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidi a demanda posta. Portanto, acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescritibilidade se impõe, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica.

Sua Excelência, no entanto, foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque **a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo.** Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. **E eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos.** [...]” (Grifou-se)

De fato, a questão jurídica posta pelo caso aludia à (im)prescritibilidade de uma ação para ressarcimento de danos decorrentes de um ilícito civil. O réu debateu exclusivamente a prescritibilidade deste tipo de ação. O ilícito por improbidade administrativa não estava em causa e era-lhe indiferente. Assim, não havia parte interessada em defender a prescritibilidade das ações de reparação de atos de improbidade. Os argumentos em desfavor da imprescritibilidade dessas ações não foram deduzidos. Eventual decisão da Corte sobre esse ponto específico se produziria, portanto, sem o estabelecimento de um contraditório mínimo a respeito do assunto, sem a reunião de um nível seguro de informação a seu respeito e, em virtude dos efeitos gerais atribuídos às teses proferidas em repercussão geral, seria de observância obrigatória em casos de terceiros, que tampouco teriam a oportunidade de defender entendimento diverso.

O RE 669.069 se converteu, por isso, em um *leading case* sobre a definição do alcance das teses produzidas pelo STF e permitiu que algu-

mas reflexões fossem desenvolvidas, à luz dos elementos da teoria dos precedentes³⁶. Em primeiro lugar, como restou decidido, a tese emergente do julgamento, ou seja, a sua *ratio decidendi*, deve corresponder ao entendimento firmado pela maioria da Corte como uma premissa necessária para solucionar o caso concreto³⁷. Os precedentes vinculantes são produto do exercício da jurisdição e, portanto, se sujeitam aos mesmos limites desse exercício. As decisões proferidas não podem versar sobre causas que não foram propostas (princípio da inércia da jurisdição), não podem cuidar de causa de pedir ou de pedido diverso daquele debatido (princípio da congruência), precisam assegurar às partes a possibilidade de deduzir todos os argumentos da forma mais ampla possível (princípio contraditório e ampla defesa) e decidir com nível informacional adequado à demanda proposta e aos argumentos deduzidos (princípio devido processo legal). Justamente em virtude disso, *a tese que vinculará novos casos só pode ser aquela que serviu de premissa para a decisão do caso concreto*.

Qualquer conteúdo que vá além da *ratio decidendi* – como considerações sobre questões próximas, mas desnecessárias para a solução específica do conflito submetido à Corte, opiniões veiculadas em votos vencidos ou discussões não apreciadas pela maioria – constitui mero *obiter dictum*. Trata-se de consideração marginal tecida por alguns membros da Corte, que pode desempenhar função argumentativa, inspirar novas teses e sinalizar entendimentos futuros do Tribunal. Entretanto, não produz precedentes vinculantes³⁸. Esse era o caso do debate acerca da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por ato de improbidade administrativa. Decidir sobre a (im)prescritibilidade em caso de improbidade não era necessário ou lançava qualquer luz sobre a situação concreta que deflagrara o debate constitucional na hipótese: uma mera colisão de veículos.

36 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

37 ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov.1989; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988, p. 763-766. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (org). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-96; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113-174.

38 MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 120-127; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272-273.

Não se trata de questão puramente formal. Decidir, em sede de repercussão geral, questão jurídica desnecessária à solução do conflito concreto significa decidir sem nível informacional adequado e atribuir à decisão efeitos vinculantes e gerais, violando direitos fundamentais, expondo a Corte ao erro e à possível necessidade de alteração do precedente afirmado, em prejuízo à sua credibilidade e ao sistema como um todo.

Portanto, esse é o alcance possível da tese firmada em um caso. Ela corresponderá à regra ou ao princípio de direito adotado pela maioria como uma premissa para a solução da questão posta pela ação. E será aplicável a uma nova ação sempre que essa tiver fatos relevantes semelhantes e, portanto, sempre que colocar questão jurídica idêntica. Fatos relevantes distintos suscitam questão jurídica diversa e não são regidos pelo precedente. Sujeitam-se, por isso, ao que a teoria dos precedentes convencionou denominar juízo de distinção³⁹. Nessa linha, a prescritibilidade das ações de reparação por ilícito civil em face da Fazenda Pública já foi afirmada em precedente do Supremo. Todas as demais ações que se enquadrem nessa categoria devem ser decididas da mesma forma, pela prescritibilidade. Por outro lado, a tese da (im)prescritibilidade do dano decorrente de ato de improbidade administrativa ainda não foi apreciada pelo Tribunal. Não há, ainda, precedente vinculante sobre o assunto.

O debate travado no RE 669.069 expressa as potenciais dificuldades que um sistema jurídico sem tradição na operação com precedentes vinculantes enfrenta ao introduzir esse instrumento em sua prática. O direito brasileiro tem origem romano-germânica e, portanto, tem a lei (e não as decisões judiciais) por principal fonte do direito (diferentemente dos países do *common law*). De todo modo, ao final do julgamento, o STF se limitou a assentar tese a respeito das ações de ressarcimento de prejuízos gerados por ilícitos civis e, nesse sentido, corroborou a reflexão empreendida acima sobre os limites a serem observados pela Corte na formulação das suas teses.

O RE 669.060 deu início, portanto, à definição das categorias e dos limites com os quais se deve operar na definição e aplicação dos prece-

39 LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175-232.

dentes. Esclarecer e conferir visibilidade a tais categorias é tão importante quanto explicitar as teses firmadas pelo Tribunal de forma clara: é uma medida fundamental para orientar as demais instâncias e a própria Corte no trato com precedentes⁴⁰.

CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, mudanças relevantes foram inseridas no controle de constitucionalidade. Essas mudanças resultaram na atribuição ao Supremo Tribunal Federal do papel de Corte de Precedentes em matéria constitucional. Apesar da efetivação de alterações tão substanciais no sistema de controle de constitucionalidade, o processo colegiado de decisão do Tribunal permaneceu essencialmente o mesmo, e esse processo entrava em choque com a missão atribuída à Corte. O modo de deliberar do Supremo, agregativo, externo e por votação em série, prejudica a compreensão dos precedentes e pode comprometer a sua eficácia normativa. Em boa hora, uma proposta simples – de votação da tese que servia de base para cada decisão proferida pelo colegiado – minimizou tais problemas e permitiu a definição do conteúdo das decisões do STF que vincularia o julgamento de casos subsequentes semelhantes.

A assunção da função de Corte de Precedentes pelo Supremo Tribunal Federal também lhe impôs a operação com novas categorias, às quais o Tribunal não estava habituado. Os debates travados no RE 669.069 e as reflexões que eles permitiram, em torno dos conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção entre casos, são um passo importante para conferir visibilidade ao raciocínio e aos limites a serem observados na operação com precedentes vinculantes. Ambas as iniciativas representam uma contribuição importante do Ministro Barroso para o aperfeiçoamento do processo decisório do Supremo Tribunal Federal e favorecem a construção de um caminho na direção de uma Corte de Precedentes.

40 Não se ignora que a Corte tem, ainda, um importante caminho a percorrer no tema. Em alguns julgamentos, a tese aprovada pela maioria é excessivamente ampla. Em outros, há algum nível de politização na etapa de delimitação da tese, disso resultando certa incongruência entre o conteúdo que lhe é atribuído e os fundamentos efetivamente utilizados pela maioria como base para a decisão. V., nesse sentido, RE 846.854, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 01.08.2017, pendente de publicação. De todo modo, não há como negar a relevância do debate travado no RE 669.069, em que a questão começou a ser endereçada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989.

ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (org). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-96.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 39-84.

_____; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008.

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

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova Iorque: Cambridge University, 2007.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. *Texas Law Review*, n. 82, p. 1671, jun. 2004.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, [Austin], v. 84, p. 257, 2005.

GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Nova Iorque: Double Day, 1959.

GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.

HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stephanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, v. 31, p. 215, 2003.

KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova Iorque: Oxford University, 2006. p. 161-214.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 358. 2013. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358>. Acesso em: 5 dez. 2017.

_____.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993.

LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCOR-MICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

_____. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação, racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988.

SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

_____. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.

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

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006.

_____. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 110, p. 71, 2000.