

**ESTUDO HISTÓRICO-COMPARATIVO ENTRE AS SUPREMAS
CORTES DOS EUA E DO BRASIL:
PROPOSTA DE DESPERSONALIZAÇÃO DO PROCESSO
DECISÓRIO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA¹**

**A HISTORICAL-COMPARATIVE STUDY OF THE SUPREME
COURTS OF THE UNITED STATES AND BRAZIL:
A PROPOSAL TO DE-PERSONALIZE THE DECISION-MAKING
PROCESS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT**

PETER PANUTTO²

RESUMO: O presente artigo realiza estudo histórico-comparativo entre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o Supremo Tribunal Federal do Brasil, tendo como problema central a seguinte indagação: em que medida a adoção do modelo decisório da *opinion of the court* contribuiria para o fortalecimento da legitimidade autoritativa das decisões do Supremo Tribunal Federal? Para tanto, emprega-se o método histórico-comparativo, mediante análise das origens institucionais e do desenvolvimento de ambas as Cortes, de suas práticas deliberativas e das crises de legitimidade que as acometem. O marco teórico

543

¹ O presente artigo é resultado parcial do pós-doutoramento do autor no Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, sob supervisão do professor doutor Conrado Hubner Mendes, bem como do período de *visiting scholar* na *Washington University in St. Louis*, sob supervisão da professora doutora Lee Epstein.

² Professor Titular de Direito Constitucional da PUC-Campinas. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Membro do PPGD da PUC-Campinas. Foi Diretor da Faculdade de Direito da PUC-Campinas de 01 de fevereiro de 2010 a 31 de janeiro de 2018. Membro do Grupo de Pesquisa Saúde, Direitos Humanos e Vulnerabilidades (CNPq/PUC-Campinas), com atuação na Linha de Pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Membro da Diretoria do Research Committee (RC09) - Comparative Judicial Studies - da International Political Science Association (IPSA). Possui pós-doutoramento pelo Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da USP, sob supervisão do professor Conrado Hübner Mendes. Visiting Sholar na Washinton University in St. Louis, sob supervisão da professora Lee Epstein, na Northeastern University sob supervisão do professor Michael Tolley e na University of Houston, sob supervisão da professora Lydia Tiede. Advogado com atuação em Direito Público. Secretário de Justiça de Campinas - SP.



adotado é a obra *Legitimacy and the Constitution*, de Richard H. Fallon Jr. (2005), especialmente o conceito de legitimidade autoritativa, segundo o qual as decisões judiciais são legítimas na medida em que o público acredita que devem ser obedecidas, independentemente de concordância com seu conteúdo. O artigo demonstra que a aliança entre o *judicial review* e a *opinion of the court* foi determinante para a conquista da legitimidade da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na era John Marshall (1801-1835) e sustenta que o abandono da *seriatim practice* e adoção da *opinion of the court* pelo Supremo Tribunal Federal é medida necessária ao enfrentamento da crise de legitimidade de suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Suprema Corte dos Estados Unidos da América; Supremo Tribunal Federal; *seriatim practice*; *opinion of the court*; legitimidade.

ABSTRACT: This article conducts a historical-comparative study of the Supreme Court of the United States and the Brazilian Supreme Court, focusing on the following central question: To what extent would the adoption of the “opinion of the court” decision-making model contribute to strengthening the authoritative legitimacy of the Brazilian Supreme Court’s decisions?

To this end, the historical-comparative method is employed, through an analysis of the institutional origins and development of both courts, their deliberative practices, and the crises of legitimacy they face. The theoretical framework adopted is Richard H. Fallon Jr.’s book *Legitimacy and the Constitution* (2005), particularly the concept of authoritative legitimacy, according to which judicial decisions are legitimate to the extent that the public believes they must be obeyed, regardless of whether they agree with their content. The article demonstrates that the combination of judicial review and the “opinion of the court” was instrumental in establishing the legitimacy of the United States Supreme Court during the John Marshall era (1801–1835) and argues that the Brazilian Supreme Court abandonment of the “seriatim practice” and adoption of the “opinion of the court” is a necessary step toward addressing the crisis of legitimacy surrounding its decisions.

KEYWORDS: Supreme Court of the United States; Brazilian Supreme Court; *seriatim practice*; *opinion of the court*; legitimacy.

INTRODUÇÃO

Por meio do método histórico-comparativo, o presente artigo analisa momentos da trajetória institucional da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, desde suas origens até o período contemporâneo, demonstrando a influência da Suprema Corte Estadunidense na



criação do Supremo Tribunal Federal; aborda crises de legitimidade das decisões dessas Cortes no decorrer no tempo e, procura demonstrar, em que medida, o modelo de deliberação colegiada pode impactar na estabilidade institucional dessas Cortes.

Sustenta-se que a aliança entre o modelo decisório *opinion of the court* e o *judicial review* foi crucial para a construção da legitimidade da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Propõe-se, ao final, que o Supremo Tribunal Federal adote um procedimento decisório mais próximo da *opinion of the court* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, tal qual como consolidada em sua versão clássica por John Marshall, Presidente da Suprema Corte Estadunidense de 1801 a 1835, como forma de enfrentar a crise de legitimidade das decisões da Suprema Corte brasileira.

Reconhece-se que a transposição de modelos institucionais entre contextos históricos e jurídicos distintos (o chamado *constitutional transplant*) exige cautela metodológica: a proposta não é a importação acrítica de um modelo estrangeiro, mas a identificação de princípios funcionais que, adaptados à realidade constitucional brasileira, contribuam para o aprimoramento do procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal.

Em sua história, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América teve papel fundamental na efetivação de diretrizes estatais liberais e democráticas ao exercer o sistema de freios e contrapesos para controle dos Poderes Legislativo e Executivo. Por isso, a Suprema Corte Estadunidense tem lugar privilegiado nas discussões sobre *judicial review*, haja vista que a defesa da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos não eram tradicionalmente atribuição do Poder Judiciário.

Ao conquistar posição de destaque no cenário internacional na defesa da Constituição, o desenho e práticas institucionais da Suprema Corte dos Estados Unidos da América influenciaram o processo de formatação do desenho institucional de diversas Supremas Cortes no mundo, dentre elas o Supremo Tribunal Federal do Brasil.

No tópico II, este artigo aborda a criação e os primeiros anos de desenvolvimento da Suprema Corte Estadunidense, com destaque para a afirmação de sua legitimidade na era Marshall, pela implementação do *judicial review* aliada à adoção da *opinion of the court*. Entretanto, apesar de sua importância histórica no sistema político e judicial dos Estados Unidos da América, essa Corte tem recebido atualmente críticas à legitimidade de suas decisões, dado o aumento do individualismo de seus membros, assunto que é abordado no tópico II.1 desse trabalho.

No tópico III, o artigo realiza estudo histórico do Supremo Tribunal Federal do Brasil, discorrendo sobre a influência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na origem da Corte Suprema brasileira. Aborda ainda o desenvolvimento do Supremo Tribunal Federal e a outorga de grande importância à Corte na Constituição Federal brasileira de 1988, a qual ampliou o exercício do controle de

constitucionalidade concentrado (centralizado), além de manter o controle de constitucionalidade difuso (descentralizado). Contudo, essa posição de destaque evidenciou pontos frágeis da Corte, gerando margem para argumentos contrários à legitimidade de suas decisões, externada pelo individualismo de seus membros no exercício do procedimento decisório denominado *seriatim practice*, o que é abordado no tópico III.1 desse artigo.

Quando de se sua criação, o Supremo Tribunal Federal adotou o mesmo procedimento decisório originalmente adotado pela Suprema Corte Estadunidense: o *seriatim practice*. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter recebido enorme competência constitucional em 1988, deixou de enfrentar a necessidade de repensar esse procedimento decisório, proferindo continuamente decisões destacadas pelo seu caráter insular e individualista, com crescentes críticas às legitimidades de suas decisões.

Nesse sentido, propõe-se uma reaproximação do Supremo Tribunal Federal da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mediante a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de procedimento decisório similar à *opinion of the court* adotado desde Marshal pela Suprema Corte Estadunidense.

Para os fins deste artigo, o conceito de legitimidade adotado é o de legitimidade autoritativa, uma das três espécies de legitimidade sociológica identificadas por Richard H. Fallon Jr. em sua obra *Legitimacy and the Constitution* (2005). Ao lado da legitimidade institucional, que reside na crença pública de que a Corte é, em geral, um órgão apto a proferir decisões que merecem respeito, e da legitimidade substantiva, que reflete a concordância do público com o conteúdo de cada decisão, a legitimidade autoritativa designa a crença de que as decisões devem ser obedecidas, independentemente de concordância com seu mérito (FALLON, 2005, p. 1828). Essa distinção é relevante porque a legitimidade autoritativa não pressupõe que o público aprove a decisão: basta que não a rejeite como indigna de obediência.

Fallon fornece o elemento central da legitimidade autoritativa ao citar o entendimento da Suprema Corte norte-americana (*Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 407, 1989) de que "a legitimidade do Poder Judiciário depende em última instância de sua reputação de imparcialidade e não-partidarismo" (FALLON, 2005, p. 1828, nota 179).

Trata-se, portanto, de uma crença de caráter processual e institucional: o público tende a obedecer, ou ao menos a não resistir, às decisões de uma Corte percebida como instituição que decide coletivamente, por razões jurídicas compartilhadas, e não como um agregado de votos individuais motivados por preferências pessoais de cada julgador.

Com base neste referencial teórico, esse artigo sustenta que um modelo deliberativo que produza um entendimento institucional da Corte, como a *opinion of the Court*, reúne, em maior medida, as condições para a busca da legitimidade autoritativa do Supremo Tribunal Federal, pois expõe uma *ratio decidendi* única,

projeta imagem de imparcialidade coletiva e evita a personalização do processo decisório.

Por consequência, decisões resultantes de plena deliberação colegiada tendem a apresentar maior legitimidade autoritativa do que aquelas resultantes de votações atomizadas, nas quais a identidade do julgador prevalece sobre o resultado da decisão proferida pela Corte.

II. A CRIAÇÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No final do século XVIII, a concepção tradicional de Estado, pautado na figura central do monarca, sofria mudanças por conta da Revolução Francesa e da independência dos Estados Unidos da América. Baseados na pioneira e bem-sucedida experiência de equilíbrio entre os poderes da Inglaterra (BONAVIDES, 2000, p. 174), tanto a França como os Estados Unidos da América, embora com características distintas, moldaram um novo modelo de Estado Constitucional, que tinha em vista estabelecer controles e limitações ao exercício do poder político.

Partindo da teoria desenvolvida por John Locke (SOUSA, 1995), Montesquieu (França) e Madison (EUA) fundamentaram nas Constituições dos seus países a doutrina da “separação dos poderes vinculada ao equilíbrio e às mútuas interpenetrações entre os departamentos do Estado” (BRANDÃO, 2011), de modo a evitar a centralização do poder e garantir o respeito aos direitos individuais das pessoas. Essa é a base do surgimento do constitucionalismo moderno e do Estado Democrático de Direito.

Contudo, a função e a confiança dada ao Poder Judiciário nos modelos francês e estadunidense foram distintas.

Apenas a título de contextualização, vale destacar que, na França, com a Revolução Francesa e a queda da monarquia, o Poder Judiciário foi privado da interpretação da lei e do controle de constitucionalidade, dada a desconfiança da população nos juízes, os quais eram tidos como subservientes ao poder constituído antes da Revolução (PANUTTO, 2012). A separação de poderes na França não deu grande status ao Poder Judiciário, o qual, até hoje, depende do Presidente da República para garantia de sua independência³.

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, a doutrina publicada por Hamilton nos *Federalist Papers*, n. 58 (1788), deu grande ênfase ao poder e independência do Poder Judiciário, bem como ao seu papel no controle de constitucionalidade, como forma de controle da autoridade do Poder Legislativo.⁴

³ Constituição Francesa de 1958, art. 64.

⁴ “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest

Hamilton também realça a importância da independência dos juizes na defesa dos direitos individuais dos cidadãos. Destaca ainda a necessidade de mandato vitalício aos juizes como forma de evitar sua complacência com os demais poderes, característica que viria a ser aplicada na Suprema Corte Estadunidense.⁵ Destaca-se que não foi feita distinção ao Poder Judiciário no sistema de *checks and balances*, o qual foi idealizado para que cada poder tivesse força suficiente para conter excessos do outro, tendo a Suprema Corte Estadunidense a prerrogativa de proteger os direitos da minoria frente à maioria aristocrática (EPSTEIN; WALKER, 2020, p. 6).⁶

tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.” Disponível em https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed58.asp. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

⁵ “That inflexible and uniform adherence to the rights of the Constitution, and of individuals, which we perceive to be indispensable in the courts of justice, can certainly not be expected from judges who hold their offices by a temporary commission. Periodical appointments, however regulated, or by whomsoever made, would, in some way or other, be fatal to their necessary independence. If the power of making them was committed either to the Executive or legislature, there would be danger of an improper complaisance to the branch which possessed it; if to both, there would be an unwillingness to hazard the displeasure of either; if to the people, or to persons chosen by them for the special purpose, there would be too great a disposition to consult popularity, to justify a reliance that nothing would be consulted but the Constitution and the laws.” Disponível em https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed58.asp. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

⁶ A defesa das minorias passa a ser exercida pela Suprema Corte eminentemente a partir da segunda metade do século XX, sobretudo na defesa da população negra, ao proibir a segregação racial e criar meios para cumprimento da decisão, destacando-se o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, por meio do qual a Corte revogou sua teoria do *separate but equal*, o qual assim foi ementado: “Segregation of white and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment -- even though the physical facilities and other “tangible” factors of white and Negro schools may be equal. Pp. 486-496.(a) The history of the Fourteenth Amendment is inconclusive as to its intended effect on public education. Pp. 489-490.(b) The question presented in these cases must be determined not on the basis of conditions existing when the Fourteenth Amendment was adopted, but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation. Pp. 492-493.(c) Where a State has undertaken to provide an opportunity for an education in its public schools, such an opportunity is a right which must be made available to all on equal terms. P. 493.(d) Segregation of children in public schools solely on the basis of race deprives children of the minority group of equal educational opportunities, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal. Pp. 493-494.(e) The “separate but equal” doctrine adopted in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, has no place in the field of public education. P. 495.(f) The cases are restored to the docket for further argument on specified questions relating to the forms of the

Nesse contexto, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi prevista no artigo 3º, Seção 1, da Constituição, que estabelece:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e em tribunais inferiores, os quais o Congresso poderá, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer. Os Juizes, tanto dos Tribunais Superiores, quanto dos Tribunais inferiores, exercerão seus cargos com bom comportamento e receberão, em momentos determinados, por seus serviços, uma remuneração que não será diminuída durante sua permanência no cargo (EUA, 1789). (tradução própria).⁷

Entretanto, essa previsão constitucional não garantiu importância imediata à Suprema Corte. Instalada em 1790, julgou sessenta e um casos até 1800. Além disso, até ao início da era Marshall como Presidente da Corte em 1801, seis juizes renunciaram a seus postos na Corte, dentre eles dois Presidentes, Jay John e Oliver Ellsworth, os quais optaram por assumir outros cargos públicos (SEGAL; SPAETH, 2005).

Como a Constituição não estabeleceu os exatos poderes e prerrogativas da Suprema Corte, nem a organização do Poder Judiciário como um todo, coube ao Congresso prever, no *Judiciary Act of 1789*, a composição e os procedimentos da Suprema Corte, além de estabelecer a Justiça no âmbito federal.

II.1. A CONQUISTA DA LEGITIMIDADE NA ERA MARSHALL

A Suprema Corte passou a ser reconhecida no âmbito dos demais poderes, e também da sociedade, durante a gestão de John Marshall à frente da Corte. Em seus 35 anos como presidente⁸, Marshall deixou importantes legados, como a garantia da supremacia da Constituição por meio do *judicial review*, bem como o estabelecimento da legitimidade da Corte por meio do procedimento deliberativo da *opinion of the court* (HASKINS, 1981).⁹

decrees. Pp. 495-496.” Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

⁷ “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office”.

⁸ De 04 de fevereiro de 1801 a 06 de julho de 1835. Disponível em https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx. Acesso em 16 de janeiro de 2020.

⁹ “Under Marshall, the Court became the ultimate seat of federal judicial power and, more important, a fertile breeding ground for developing the idea of supremacy of the rule of law, as distinct from elusive and unpredictable accommodations to the executive and the legislative. Inevitably, these developments and the ideas they nurtured permeated the lower federal courts,

O *judicial review* foi estabelecido no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), quando a Suprema Corte, pela primeira vez, aplicando conceitos expressados por Hamilton nos *Federalist Papers*, n. 58, declarou inconstitucional uma lei federal, tornando-a sem efeito (BAUM, 2016). O caso é emblemático, pois a Suprema Corte exerceu o sistema de freios e contrapesos para tornar sem efeito uma lei aprovada pelo Congresso. Posteriormente, no caso *Martin v. Hunter's Lessee* (1816) a Suprema Corte expandiu o *judicial review* ao declarar inconstitucional uma lei do Estado de Virgínia, reafirmando sua jurisdição sobre as leis estaduais, e também sua hierarquia sobre os Tribunais estaduais, aplicando a seção 25 do *Judiciary Act of 1789* (EPSTEIN; WALKER, 2020, pp. 60-75).^{10 11}

and helped to spread nascent ideas of a new American nationalism. No less important was the relentless shaping of the judicial process, the effort to maintain the Supreme Court as a court of law that sought consciously to mark the separation of law from politics" (HASKINS, 1981).

¹⁰ "SEC. 25. And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute." Disponível em https://avalon.law.yale.edu/18th_century/judiciary_act.asp. Acesso em 16 de janeiro de 2020.

¹¹ Entretanto, o respeito à autoridade e o reconhecimento à legitimidade da Suprema Corte pelas Cortes dos Estados se deu paulatinamente. Após a decisão da Suprema Corte no caso *Martin v. Hunter's Lessee* a Suprema Corte de Virgínia entendeu que não estava obrigada a cumprir tal decisão e ainda declarou inconstitucional a seção 25 do *Judiciary Act of 1789*. Essa decisão foi objeto de novo recurso à Suprema Corte a qual ratificou sua decisão anterior com base na seção 25 do *Judiciary Act of 1789*. (EPSTEIN; WALKER, 2020)

O outro importante legado de Marshall para a Suprema Corte foi a adoção de um procedimento deliberativo que externasse a união de entendimento pela maioria dos juízes, o que foi imprescindível para a garantia da legitimidade da Corte em si, e, também, como consequência, da legitimidade de suas decisões.

Na era pré-Marshall a Suprema Corte adotou a *seriatim practice*, seguindo a prática então adotada pelo *Privy Council* na Inglaterra, responsável pelo julgamento dos recursos contra decisão das Cortes nas Colônias americanas, e também pela *House of Lords*, responsável pelo julgamento dos recursos contra decisões das Cortes Inglesas (ZOBELL, 1959). Na *seriatim practice* cada juiz julga como se estivesse decidindo sozinho, anunciando seu voto com suas respectivas razões. Apresentados os votos por todos os juízes, é feita a somatória dos votos com o mesmo dispositivo e a Corte apresenta o entendimento da maioria como sua decisão. Este procedimento deliberativo dificulta a compreensão da *ratio decidendi* (razão de decidir), pois cada juiz apresenta suas próprias razões, criando multiplicidade de normas (ou razões para tais normas) em uma única decisão da Corte (KORNHAUSER, 2013). Logo a decisão do tribunal é apenas uma somatória dos votos individuais de seus membros, mas sem que haja clareza completa sobre as razões fundamentais que conduziram à decisão.

Essa tradição da *seriatim practice* no *Privy Council* inglês se justificava, pois, a decisão desse tribunal era tida como mero aconselhamento à Coroa Britânica, a quem cabia a decisão final. Nesse sentido, os votos dos juízes do *Privy Council* eram tidos como recomendação à Coroa e não como decisão propriamente dita. Uma vez confirmada pela Coroa, a decisão do *Privy Council* passava a ter eficácia (ZOBELL, 1959).

A tradição britânica influenciou fortemente a adoção da *seriatim practice* no início dos trabalhos da Suprema Corte, a qual adotou uma adaptação desse procedimento deliberativo, pois passou a registrar não apenas os votos da maioria, mas também dos dissidentes (ZOBELL, 1959).

Com o intuito de incrementar a legitimidade e garantir a unidade da Corte, Marshall, desde o primeiro julgamento após assumir a presidência, implementou outro sistema de deliberação denominado *opinion of the court*, por meio do qual a Corte decide como instituição e não individualmente pelos seus membros¹². Desse

¹² A adoção da *opinion of the court* rendeu críticas à Marshall, tendo o então presidente dos EUA, Thomas Jefferson defendido o retorno à *seriatim practice*: "Of the manner in which the Marshall Court performed its duties, Jefferson wrote: "An opinion is huddled up in conclave, perhaps by a majority of one, delivered as if unanimous, and with the silent acquiescence of lazy or timid associates, by a crafty chief judge, who sophisticates the law to his own mind, by the turn of his own reasoning. Jefferson favored a return to "the sound practice of the primitive court" of delivering seriatim opinions. He proposed that each Justice should be compelled to announce his individual views in each case to come before the Court; that Congress should formally evaluate his opinions; and that if the Justice subsequently failed to conform his published opinions to the congressional conclusions, impeachment should follow. Despite this criticism, Marshall retained

modo, há um comprometimento da Corte com uma única *ratio decidendi* (ZOBELL, 1959). Este procedimento deliberativo se inicia com a votação dos juízes sobre como decidiriam o caso, algo semelhante à *seriatim practice*. Nesse procedimento deliberativo, também chamado de *majoritarian practice*, após a obtenção da maioria entre os juízes sobre determinado entendimento, o Presidente da Corte definirá se ele próprio ou se outro juiz apresentará a *opinion of the court* (EPSTEIN; WALKER, 2020). A partir daí, apresentada a primeira versão da *opinion of the court*, os membros do entendimento majoritário passam a discutir os detalhes da decisão. Aos juízes dissidentes é garantido o direito de apresentarem seu voto na modalidade *seriatim*, o qual será anexado à *opinion of the court* (KORNHAUSER, 2013).

A *opinion of the court* possibilita uma única razão de decidir da Corte quando do julgamento de determinado caso, promovendo uma norma de consenso. Por meio deste procedimento deliberativo os julgadores se esforçam para produzir opiniões às quais a maioria do Tribunal possa se afiliar, forçando a necessidade de se encontrar um terreno comum para promover a deliberação em busca de um consenso. (HESSICK; JORDAN, 2009).

Durante os quatro primeiros anos de Marshall na presidência da Corte foram proferidas 26 decisões na modalidade *opinion of the court*, período em que não houve votos dissidentes ou concorrentes. Em 1804 William Johnson ingressou na Corte e demonstrou seu descontentamento com essa modalidade de deliberação e apresentou seu voto concorrente em separado. Em 1805 o juiz Paterson apresentou seu voto dissidente à *opinion of the court*. Desde então, a Corte assumiu a *opinion of the court* como seu principal procedimento deliberativo, mantendo a tradição de respeito à apresentação de votos dissidentes (ZOBELL, 1959).

Contudo, o aumento dos votos dissidentes a partir da década de 70 do século XX materializou o incremento do individualismo na Suprema Corte (RAY, 2000). Ademais, o tom imoderado¹³ de alguns votos tem demonstrado desrespeito ao

for himself the task of expounding the Constitution during the most critical period in its history." (ZOBELL, 1959)

¹³ "I emphasize first that dissents and separate concurrences are not con- summations devoutly to be avoided. As Justice William J. Brennan said in thoughtful defense of dissents: "None of us, lawyer or layman, teacher or student, in our society must ever feel that to express conviction, honestly and sincerely maintained, is to violate some unwritten law of manners or decorum. I question, however, resort to expressions in separate opinions that generate more heat than light. Consider this sample from an April 1991 District of Columbia Circuit decision. The dissenter led off: "Running headlong from the questions briefed and argued before us, my colleagues seek refuge in a theory as novel as it is question- able. Unsupported by precedent, undeveloped by the court, and unresponsive to the facts of this case, the... theory announced today has an inauspicious birth". That spicy statement, by the way, opposed an en banc opinion in which all of the judges concurred, except the lone dissenter. It is "not good for public respect for courts and law and the administration of justice," Roscoe Pound decades ago observed, for an appellate judge to burden

colegiado. A longo prazo, o risco é que alteração do modelo decisório possa favorecer a perda de legitimidade das decisões da Corte.¹⁴

Para John Roberts, atual Presidente da Suprema Corte, este aumento de individualismo pode comprometer a legitimidade da Corte conquistada desde a era Marshall:

Penso que o Tribunal também está maduro para uma reorientação semelhante quanto ao seu funcionamento como instituição, porque se não o fizer perderá a sua credibilidade e legitimidade como instituição.

(...)

Penso que isso teve de desempenhar um papel importante na sua capacidade de unir o Tribunal, de mudar toda a forma como as decisões judiciais eram tomadas, de criar realmente a noção de que somos um Tribunal – e não simplesmente um conjunto de juízes individuais... Era a força da sua personalidade (ROBERTS, 2007). (tradução própria).¹⁵

Nesse contexto, apesar de a adoção da *opinion of the court* ter contribuído com o desenvolvimento Estado de Direito e com o respeito aos precedentes da Suprema Corte, o crescente aumento dos votos dissidentes, bem como a forma como são apresentados, tem gerado preocupação com a possível perda da legitimidade das suas decisões.

an opinion with "intemperate denunciation of [the writer's] colleagues, violent invective, attributi[on]s of bad motives to the majority of the court, and insinuations of incompetence, negligence, prejudice, or obtuseness of [other judges]." Yet one has only to thumb through the pages of current volumes of United States Reports and Federal Reporter Second to come upon condemnations by the score of a court or colleague's opinion or assertion as, for example, "folly," "ludicrous," "outrageous," one that "cannot be taken seriously," "inexplicable," "the quintessence of inequity," a "blow against the People," "naked analytical bootstrapping," "reminiscent ... of Sherman's march through Georgia," and "Orwellian." (GINSBURG, 1992)

¹⁴ "The most effective dissent, I am convinced, "stand[s] on its own legal footing"; it spells out differences without jeopardizing collegiality or public respect for and confidence in the judiciary. I try to write my few separate opinions each year as I once did briefs for appellees-as affirmative statements of my reasons, drafted before receiving the court's opinion, and later adjusted, as needed, to meet the majority's presentation" (GINSBURG, 1992)

¹⁵ "I think the Court is also ripe for a similar refocus on functioning as an institution, because if it doesn't it's going to lose its credibility and legitimacy as an institution.(...) I think that had to play an important role in his ability to bring the Court together, to change the whole way judicial decisions were arrived at, to really create the notion that we are a Court—not simply an assemblage of individual justices ... It was the force of his personality." Disponível em <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559/>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

Outra preocupação sobre a legitimidade das decisões da Suprema Corte é o quórum para obtenção da *opinion of the court*¹⁶, pois temas com grande reflexo político podem ser decididos por apenas um voto de diferença (5x4), fato que não garantiria a legitimidade da decisão (WALDRON, 2014)¹⁷ e deixaria o precedente suscetível a mudanças de entendimento em caso de alteração da composição da Corte (TOMASKY, 2018).

O atual Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, durante o seu primeiro mandato (2017 a 2020), nomeou três juízes conservadores para a Suprema Corte (Neil Gorsuch, em 2017; Brett Kavanaugh, em 2018; Amy Coney Barrett, em 2020), os quais, aliados aos demais juízes de indicação republicana (Clarence Thomas, Samuel A. Alito e John G. Roberts Jr.)¹⁸, têm garantido uma guinada conservadora da Suprema Corte, inclusive com revisão de precedentes já consolidados¹⁹, fato que reforça a importância de se repensar um quórum qualificado para as decisões da Suprema Corte (WALDRON, 2014).

III. A CRIAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL SOB A INFLUÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Após a independência do Brasil em 1822, foi outorgada a primeira Constituição do Brasil Imperial de 1824, influenciada pelo movimento constitucionalista francês. Apesar de haver previsão constitucional dos três poderes, foi reservado ao Imperador o Poder Moderador. Ao imperador caberia a palavra final sobre as funções estatais, inclusive tornar sem efeito condenações judiciais (art. 101).

¹⁶ "Because the size of the dispositional majority coalition may range from five to nine (assuming a full nine-member Court), the required quota for endorsements (five) ranges from unanimity to simple majority." (Cameron; Kornhauser, 2017)

¹⁷ "The legitimacy of a decision-procedure is partly a matter of whether support can be mobilized for the decisions that are made under its auspices. But legitimacy also has a more focused aspect: it has to reconcile the losing party in particular to the decision that has been made. The decision-procedure has to carry with it some sense of justification that enables the losing party to say, "It is right for me to accept this decision, not because I agree with it on the merits, but because of some characteristic of the process by which it was made." (WALDRON, 2014)

¹⁸ Disponível em https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx. Acesso em 18 de fevereiro de 2025.

¹⁹ Um caso recente, de 24 de junho de 2022, que ainda demanda melhor análise mas demonstra a fragmentação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é o *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* que revogou *Roe v. Wade* por entender que o direito ao aborto não tem previsão constitucional e deve ser tratado no âmbito do Poder Legislativo. Em *Dobbs v. Jackson* a *Opinion of the court* foi obtida por 6x3, sendo dos seis votos favoráveis três concorrentes. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2022.

Ademais, aos juízes cabia apenas a aplicação da lei (art. 152), cuja interpretação era reservada ao Poder Legislativo (art. 15, VIII).²⁰

A primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, teve grande significado pela ruptura com o sistema monárquico e pela aproximação com o movimento constitucionalista estadunidense, evidenciada na expressão “Estados Unidos do Brasil”. Foi formado o Estado federativo, com supressão do Poder Moderador e adotado o modelo clássico de tripartição de poderes (ZABOTINI; PANUTTO, 2012). Ao Supremo Tribunal Federal, criado à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (VIEIRA, 2006), foi atribuído o controle de constitucionalidade difuso (descentralizado), nos moldes do *judicial review* estadunidense, com competência para julgar, em grau de recurso, a validade de leis ou atos de Governo em face da Constituição (art. 59). Aos juízes e Tribunais Federais também foi dada a competência para “processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal” (art. 60, I).^{21 22}

Apesar de criado na primeira Constituição republicana, conseqüentemente após o fim do Império, Dom Pedro II já acenava com a criação de uma Suprema Corte no Brasil à luz da Suprema Corte Estadunidense²³.

O Supremo Tribunal Federal surge com a função de exercer o sistema de freios e contrapesos perante os Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, essa função não foi compreendida desde o início do funcionamento da Corte, pois os “ministros possuíam vínculos históricos com o Antigo Regime e não estavam acostumados a enfrentar questões de Estado” (DIREITO, 2012), vez que os dez ministros do extinto Supremo Tribunal de Justiça do Império foram aproveitados para a composição do Supremo Tribunal Federal (RODRIGUES, 1991). Assim, “manteve-se a mentalidade do antigo regime, mediante a transferência dos juízes do sepultado

²⁰ A íntegra da Constituição de 1824 está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

²¹ A íntegra da Constituição de 1891 está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

²² O Supremo Tribunal Federal e Justiça Federal, embora tenham recebido detalhamento importante na Constituição Federal de 1891, foram criados um ano antes por meio do Decreto n. 848, de 11/10/1890. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/atlas/1Ahist.htm> <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Decreto-Lei%20848%2011.10.1890.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

²³ “Segundo Carlos Sussekind de Mendonça, Pedro II teria recomendado a Salvador Mendonça, em presença do Cons. Lafayette, em maio de 1889, quando ambos se despediram para viagem oficial aos EUA, o estudo cuidadoso da organização da Corte Suprema, que lhe parecia o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana e cuja adoção no Brasil poderia substituir, pensava ele, o Poder Moderador na crise já antevista” (BALEEIRO, 1968).

Supremo Tribunal de Justiça à uma nova nascente, o Supremo Tribunal Federal” (PANUTTO; ARAÚJO, 2023).

Após um início tímido, com recusa do Supremo Tribunal Federal de proteger direitos políticos sob o argumento de não poder interferir na seara do Poder Executivo, rejeitando em 30 de abril de 1892, o *Habeas Corpus* 300, impetrado por Rui Barbosa, a Corte foi, aos poucos, garantindo sua legitimidade perante os demais Poderes e perante a sociedade. Na sessão de 2 de agosto de 1893 o Supremo declara sua competência para conhecer do *Habeas Corpus* 406, também impetrado por Rui Barbosa, em favor dos presos políticos do Vapor Júpiter, concedendo ordem de soltura dos presos. “Para além do caso pleiteado, o que resulta do julgamento é a incorporação do papel constitucional do Supremo, sendo um divisor de águas à história da instituição. As amarras imperiais sucumbiram aos poucos e com este julgamento era visto pela primeira a negação de ato do Poder Executivo” (PANUTTO; ARAÚJO, 2023).

O Supremo Tribunal Federal foi consolidando sua legitimidade institucional até o revés imposto pela reforma constitucional de 1926, a qual “concedeu exclusivamente ao Executivo a decisão sobre a expulsão de estrangeiros tidos como perigosos à ordem pública, retirando assim do Supremo Tribunal o poder de exame e decisão sobre a legalidade da medida e deixando os acusados à mercê das ações policiais” (COSTA, 2006). Após isso, a aplicação do *habeas corpus* ficou “circunscrita aos casos envolvendo o direito de locomoção” (GASPARI, 2019).

O início do Governo Vargas não trouxe tempos calmos ao Supremo Tribunal Federal, o qual “foi alvo de vilipêndios governistas por meio de decretos. O primeiro Decreto nº 19.656 de 1931 reduziu o quadro de ministros para onze, sendo que pela Constituição ainda constava 15 ministros; apesar de em 1930 funcionar com 8 membros, oficialmente a composição ainda era 15”. Posteriormente o Decreto nº 19.711 de 1931 aposentou compulsoriamente seis ministros (PANUTTO; ARAÚJO, 2023).

A Constituição Federal de 1934, a despeito de ser dotada de ares democráticos, vedou, em seu art. 68, o conhecimento pelo Poder Judiciário de “questões exclusivamente políticas” (RÍO, 2014). Quanto ao controle de constitucionalidade manteve o controle difuso de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1891 e incluiu, em seu art. 91, IV, a possibilidade das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal passarem a ter eficácia *erga omnes*, mediante suspensão da eficácia, pelo Senado Federal, da lei julgada inconstitucional pela Corte. (STRECK, 2014)

A Constituição Federal de 1937 implementa o regime ditatorial de Getúlio Vargas e institui a ingerência do Presidente da República no controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, inclusive no tocante às decisões do Supremo Tribunal Federal. Por meio do art. 96 dessa Constituição, a jurisdição constitucional da Corte ficava condicionada à revisão pelo Congresso Nacional, após provocação do Chefe do Poder Executivo. Como o parlamento foi dissolvido

pelo art. 178 da Constituição, o Presidente da República assumiu, pelo art. 180, o poder de legislar por Decretos-Leis, de modo que o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal ficava sob constante supervisão da Ditadura Vargas (PANUTTO; ARAÚJO, 2023).

Com o fim da Ditadura Vargas, a Constituição Federal de 1946 retoma as diretrizes democráticas da Constituição Federal de 1934, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal o controle difuso de constitucionalidade, e suprimindo a vedação ao Poder Judiciário de conhecer de questões eminentemente políticas.

O controle de constitucionalidade no Brasil sofreu poucas alterações até a Emenda Constitucional 16/1965, a qual, alterando a Constituição de 1946, deu competência ao Supremo Tribunal Federal de exercer controle concentrado de constitucionalidade (centralizado), para processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (PANUTTO, 2012). Essa foi a primeira previsão no ordenamento jurídico brasileiro que permitiu que o Supremo Tribunal Federal passasse a ser provocado diretamente para julgamento de matéria abstrata com efeito *erga omnes*.

Apesar do avanço na criação de modalidade de controle concentrado no Brasil pela Emenda Constitucional 16/1965, a Ditadura Militar implantada em 1964 acarretou diversos revezes à autonomia do Poder Judiciário, não ficando o Supremo Tribunal Federal ileso a esses retrocessos. Por meio dos Atos Institucionais 01/1964 (art. 10), 02/1965 (art. 19), 03/1966 (art. 6º) e 05/1968 (art. 11), o Poder Judiciário foi impedido de apreciar matérias relativas à supressão ou negação de direitos individuais impostas, além de impedir a apreciação judicial dos poderes excepcionais decretados ao comando da ditadura. Como se não bastasse, por meio do art. 6º do Ato Institucional 02, o Supremo teve alterada sua composição de 11 para 16 ministros, de modo a possibilitar o ingresso de ministros alinhados ao regime. Como se não bastasse, 3 ministros dentre os 11 originários do início da ditadura foram aposentados compulsoriamente (STRECK, 2014).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marco da redemocratização do país e da consolidação dos direitos e garantias fundamentais, manteve o sistema de controle de constitucionalidade difuso (descentralizado) e tornou mais sofisticado o controle de constitucionalidade concentrado (centralizado)²⁴. A partir desse momento, o Supremo Tribunal Federal passa a

²⁴ Único legitimado até então para provocação do Supremo Tribunal Federal para exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União (art. 128, §1º), deixou de cumular a atribuição de atender, de forma consultiva ou contenciosa, os interesses da União, atribuição esta transferida à Advocacia-Geral da União (arts. 131 e 132). Além disso, afastada a possibilidade de demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da República, o Ministério Público da União passou a gozar da autonomia e estabilidade necessárias para a plena tutela da Constituição face a atos perpetrados pelo Poder Público. Ademais, a própria legitimidade para propositura da Ação Direta de

adotar profundas características do modelo de Corte constitucional, existente na maioria dos países da família romano-germânica (CAPELLETTI, 1984).

III.1. A CRISE DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O incremento do controle concentrado de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988 aumentou a importância do Supremo Tribunal Federal, mas a enorme carga de trabalho, o julgamento de casos politicamente sensíveis, aliada a equívocos procedimentais e falta de colegialidade, têm provocado crises de legitimidade de suas decisões, tanto internamente entre os ministros, como perante os demais Poderes e a sociedade²⁵.

Inconstitucionalidade foi ampliada com a inclusão de outros legitimados ativos previstos no art. 103. Foi criada também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º) e o Mandado de Injunção (art. 5, LXXI), medidas que colaboram para o estabelecimento de uma ampla jurisdição constitucional. Outra inovação, introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 03/93, foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade, inicialmente reservada ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República e, após, pela Emenda Constitucional 45/04, estendida aos demais legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. A Constituição Federal de 1988 também previu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), medida de cunho judicial que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos e não normativos vinculados a caso específico, desde que emanados do Poder Público. A Emenda Constitucional 45/04 inseriu no âmbito do controle de constitucionalidade o instituto da súmula vinculante (art. 103-A), como reforço à ideia de estabelecimento de uma única e definitiva interpretação jurídica para o texto constitucional, ficando vinculado a tal entendimento, não apenas o Poder Judiciário, mas também toda a Administração Pública (PANUTTO, 2012). A íntegra da Constituição Federal de 1988 pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25/02/2020.

²⁵ “O Supremo Tribunal Federal vem se consolidando nas últimas décadas como um ator central no sistema político brasileiro. Não houve tema relevante, de natureza política, econômica, moral ou criminal que não tenha exigido uma decisão do Supremo. Esse protagonismo é resultado da arquitetura constitucional adotada em 1988, que conferiu enormes poderes ao tribunal, mas também do comportamento dos demais poderes políticos que, ao longo dessas décadas, favoreceram o engrandecimento do Supremo, quando não transferiram deliberadamente para o tribunal a responsabilidade para proferir a última palavra sobre questões que deveriam ser articuladas pelos órgãos de representação. A judicialização da política brasileira é, em grande medida, consequência da própria incapacidade do sistema político de arbitrar conflitos, coordenar políticas e criar consensos que reduzam a conflituosidade política e social. Não se deve desconsiderar, no entanto, que o avanço do Supremo no campo da política também é responsabilidade do próprio tribunal, que foi incapaz de estabelecer doutrinas de autocontenção ou de conter ações e comportamentos estratégicos por parte de seus membros.” (GLEZER; VILHENA, 2024)

O Supremo Tribunal Federal adota tradicionalmente a *seriatim practice*, tendo suas decisões formadas pelo apanhado dos votos do ministro relator e dos demais ministros, os quais se sentem compelidos, seja pela tradição, seja pela transmissão televisiva das sessões de julgamento, a apresentar sua própria “decisão” ao caso, desconsiderando os votos dos demais ministros. Disso resulta, mesmo que os votos tenham o mesmo dispositivo, um acórdão sem uma identidade deliberativa da Corte, dificultando ou até impossibilitando, a identificação da *ratio decidendi* (PANUTTO, 2017b).

Nos julgamentos dos casos complexos é raro haver interação entre os ministros para que o voto de um contribua com os votos dos demais, pois os votos já são levados prontos para o julgamento, de modo que a sessão colegiada pode se resumir à mera leitura dos entendimentos individuais (PANUTTO, 2017b). Este procedimento gera um acórdão composto de um apanhado de votos independentes, contendo o entendimento de cada ministro e não a decisão comum que deveria ser adotada ao caso, demonstrando “a ausência de linearidade argumentativa e a diversidade de premissas usadas pelos ministros na formação de suas decisões” (BAHIA; NUNES, 2015).

A mera leitura dos votos pelos ministros, sem nenhuma ou pouca interação entre os pares, demonstra a falta de importância dada à colegialidade, parecendo “evidente não haver consciência do valor da convergência de posições individuais quando não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada, apesar de percorrerem caminhos diversos” (MENDES, 2011).

Ideal seria, em contrapartida, que o relator convidasse à discussão para a efetiva votação em colegiado (SILVA, 2015), contribuindo para o pleno debate dos fundamentos e definição da *ratio decidendi*. Na verdade, não há qualquer racionalidade em decidir antes de deliberar nem, muito menos, em “justificar por escrito antes de decidir. É muito importante perceber a distinção entre decisão colegiada e ajuntamento de decisões individuais dos membros do colegiado” (MARINONI, 2015, p. 105).

O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que tratou na constitucionalidade da união homoafetiva, exemplifica este procedimento, no qual cada ministro procurou demonstrar seu entendimento sobre o tema, sem que o tribunal definisse a *ratio decidendi*. O acórdão é composto pela ementa, pelo voto do relator, ministro Ayres Britto, pelo voto da ministra Carmen Lúcia e pelos votos dos ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso²⁶, os quais apresentaram diferentes razões de decidir, a despeito de todos terem votado pela procedência do pedido. A unidade do acórdão é notada apenas na ementa, a qual é inútil para futura identificação da *ratio decidendi*, tanto pela insuficiência de seus fundamentos,

²⁶ Ausente a ministra Ellen Gracie e impedido o ministro Dias Toffoli.

quanto pelo fato de seu texto não ser deliberado pela Corte, sendo elaborada pelo ministro relator após a sessão de julgamento e publicada juntamente com o acórdão (MARINONI, 2015, p. 105).²⁷

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, que tratou da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, também tem acórdão caracterizado pela apresentação de votos em separado, com enorme dificuldade de identificação da *ratio decidendi*, fato que gerou insegurança jurídica pela falta de certeza das matérias de direito em análise, ainda durante seu julgamento. Meses depois, no julgamento da Reclamação 9.428²⁸, foi provocada a interpretação dos votos de dez dos onze ministros que haviam participado da votação na ADPF 130, a fim de esclarecer a razão de decidir da decisão proferida nesse processo (COSTA, 2014).

Decisões liminares monocráticas também têm enfraquecido a legitimidade do tribunal, pois um juízo singular fica mais suscetível a “vieses pessoais, influências externas ou outras tentações extrajudiciais” (ARGUELES; RIBEIRO, 2018).

O afastamento em caráter liminar do então Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, por decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Melo, proferida na medida cautelar nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade para questionar a possibilidade de “réus em ação penal perante o Supremo Tribunal Federal poderem ocupar cargos que estão na linha de substituição na Presidência da República”, externou a necessidade da estabilização institucional do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do tribunal houve mal-estar entre os ministros pelo fato de uma decisão tão impactante para a estabilidade política do país ter sido concedida monocraticamente. Visando a contornar a crise, a ministra Cármen Lúcia, então presidente do Supremo Tribunal Federal, levou ao plenário referida medida cautelar para referendo da liminar concedida contra Renan Calheiros, a qual foi rejeitada por maioria de votos²⁹ (PANUTTO; RANGEL, 2023).

Esses casos demonstram como o tradicional procedimento de votação colegiada pautado no argumento de autoridade, por meio do qual “a formação de padrões

²⁷ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 30/01/17.

²⁸ Reclamação proposta pelo Jornal O Estado de São Paulo contra decisão judicial que vedou veiculação de matéria jornalística objeto de processo judicial em trâmite com sigilo de justiça, sob o argumento de violação da autoridade da decisão proferida na ADPF 130. Essa reclamação não foi conhecida sob o entendimento de ausência de violação à autoridade da decisão proferida na ADPF 130. Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612474>. Acesso em 06/02/2017.

²⁹ Votaram pela revogação da medida liminar, mantendo Renan Calheiros no cargo, os ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Teori Zavascki, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e a ministra Cármen Lúcia.

decisórios se dá a partir das razões subjetivas para decidir” (RODRIGUEZ, 2013) e não pelo entendimento deliberado pelo colegiado, “cultiva e premia a emissão de ‘opiniões fortes’, que resistem, por princípio, ao contra-argumento para evitar qualquer sinal de fraqueza moral e intelectual” (MENDES, 2012).

Assim, a adoção da *opinion of the court* pelo Supremo Tribunal Federal poderia preservar de certa maneira a tradição de apresentação dos votos individuais em série, mas buscaria ao final o entendimento institucional sobre a matéria de direito decidida. Além disso, contemplaria a tradição brasileira de se respeitar os votos vencidos, agregando-os em separado à *opinion of the court*.

A alteração do procedimento deliberativo, em busca de maior colegialidade no Supremo Tribunal Federal, demandaria uma mudança cultural na Corte, para que requisitos em busca de decisão resultado de verdadeiro diálogo institucional passassem a ser respeitados: (i) disposição dos ministros para trabalhar em equipe; (ii) a ausência de hierarquia entre os argumentos dos ministros; (iii) a vontade de ouvir, bem como de ser convencido pelos argumentos apresentados por outros ministros; (iv) “cooperação no processo de tomada de decisão”; (v) “respeito mútuo entre os ministros”; (vi) “a disposição de falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos, mas como uma instituição (deliberação em busca de consenso)” (SILVA, 2013, tradução própria).

Observa-se que o Código de Processo Civil brasileiro impôs um sistema de precedentes a ser adotado por todo o sistema judiciário com vistas a atingir a segurança jurídica decorrente do respeito aos precedentes judiciais. Sob esse prisma, a necessidade de readequação interna no Supremo Tribunal Federal para adoção da *opinion of the court* não se constituiria de mera decisão política do tribunal, podendo ser entendido como obediência ao novo diploma processual (PANUTTO, 2017b).

Torna-se premente a despersonalização do processo decisório, para tornar menos importante a pessoa do juiz e mais importante o tribunal prolator da decisão (PANUTTO, 2017a). Cada ministro sozinho deve representar apenas uma parte do tribunal e a deliberação colegiada deve representar a força da instituição, pois o individualismo tem minado a autoridade e legitimidade das decisões do tribunal.

Ressalta-se que durante a Pandemia da COVID-19 o Supremo Tribunal Federal passou a buscar, em casos complexos relativos à crise sanitária, ratificação em plenário da matéria decidida, em caráter liminar, de forma singular pelo relator, de modo a garantir a união institucional nesse período³⁰. Ainda que a ratificação não seja resultado de plena deliberação colegiada, tal mudança comportamental representa maturidade institucional na busca da legitimidade de suas decisões (PANUTTO, Peter; GONCALVES, A. P. B., 2024).

Essa mudança de comportamento institucional em período pandêmico provocou alteração no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, por meio

³⁰ São exemplos a ADPF nº 672; ADPF nº 690, ADI nº 6341; ADI nº 6362; ADPF 770 e, ainda, a ACO 345.

da Emenda Regimental 58/2022³¹, de modo a tornar obrigatório o encaminhamento imediato das decisões liminares, pelo relator, para referendo do colegiado. Essa alteração pode ser encarada como um reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da necessidade de melhora de sua colegialidade.^{32 33}

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito da legitimação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos sistemas político e jurídico de seu país se deve a Marshall, o qual, na qualidade de seu Presidente, estabeleceu o *judicial review* como forma de controle dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo a garantir a aplicação da Constituição frente à produção legislativa ordinária. Fato crucial nesse processo de legitimação da Suprema Corte foi a implementação, por Marshall, em substituição à então tradicional *seriatim practice*, da *opinion of the court*, por meio da qual a decisão proferida é resultado de um entendimento institucional sobre o tema.

A importância da Suprema Corte dos Estados Unidos da América não apenas no seu país, como no mundo, influenciou a criação do Supremo Tribunal Federal do Brasil, sendo considerável o prestígio estadunidense no desenvolvimento do *judicial review* brasileiro, sobretudo até 1988, momento até o qual prevaleceu o controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal adquiriu, na Constituição Federal de 1988, características de uma Corte Constitucional, dotado de inúmeros instrumentos jurídicos para realização de controle concentrado (centralizado) de constitucionalidade. Desse modo, atualmente, o Supremo Tribunal Federal possui ferramentas dos dois principais modelos mundiais de controle de constitucionalidade: o *judicial review* estadunidense e o controle concentrado kelseniano.

³¹ Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental058-2022.pdf>. Acesso em 20/02/25.

³² “Art. 21. São atribuições do Relator: (...) IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos de competência respectiva, medidas cautelares de natureza cível ou penal necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual”.

³³ A mesma alteração regimental fixou prazo de 90 dias para devolução de autos com vista, bem como determinou a liberação automática da continuidade do julgamento após o decurso desse prazo, independentemente da devolução dos autos (art. 134, § 5º). Essa mudança no regimento visa evitar o impedimento da apreciação da matéria pelo colegiado em razão de retenção unilateral dos autos, o que também reflete maturidade institucional da Corte ao enfrentar este problema histórico crônico, o chamado “engavetamento” dos autos processuais pelo ministro que havia pedido vista.

Essa concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal, sob o aspecto teórico, garante ampla proteção constitucional, sobretudo se observada a necessidade de manutenção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal brasileira de 1988.

Contudo, o amplo rol de instrumentos para o exercício do controle de constitucionalidade, aliada à grande exposição do Supremo Tribunal Federal, externaram uma grave crise de legitimidade de suas decisões.

Diversas são as causas dessa crise de legitimidade, dentre as quais a adoção da *seriatim practice*, por meio da qual cada ministro atua no julgamento de casos complexos como se um tribunal fosse, situação que gera ao final uma decisão composta de um agregado de decisões individuais, sem nenhuma deliberação institucional sobre a *ratio decidendi* da Corte.

Como forma de enfrentamento desse problema, este trabalho propõe a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da *opinion of the court*, como forma de despersonalizar seu procedimento decisório e fortalecer a legitimidade de suas decisões, sobretudo em casos complexos. Apesar das recentes críticas à legitimidade das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal Federal deve novamente se inspirar nessa Corte para adotar a *opinion of the court*, para que seus membros passem a ter postura de diálogo e de plena deliberação, de modo que as decisões sejam resultado de enfrentamento dos argumentos apresentados, como forma de incremento da legitimidade das suas decisões perante os demais poderes e perante a sociedade brasileira.

O presente artigo partiu do seguinte problema de pesquisa: em que medida a adoção pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil do modelo decisório denominado *opinion of the court* contribuiria para o fortalecimento da legitimidade autoritativa de suas decisões? A análise histórico-comparativa permitiu formular a seguinte resposta: a adoção da *opinion of the court* constitui condição necessária, embora não suficiente, para o enfrentamento da crise de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O procedimento deliberativo tradicionalmente adotado, fundado na *seriatim practice*, fragmenta ou impede a criação da *ratio decidendi* das decisões, impedindo que a Corte se apresente ao público dotada de discurso institucional e coerente.

A legitimidade autoritativa do Supremo Tribunal Federal depende da percepção pública de que suas decisões emanam de uma instituição que delibera coletivamente e expressa um entendimento fundado em razões jurídicas compartilhadas — e não de um conjunto de opiniões individuais cujo dispositivo convergiu por acidente de votação. O Supremo Tribunal Federal poderia se beneficiar da experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a qual adotou a *opinion of the court* como mecanismo para conquistar sua legitimidade sociológica, tornando-se uma Corte merecedora de obediência pelos destinatários do poder.

É certo que a adoção da *opinion of the court* no Brasil encontraria resistências culturais, pois a Corte se habituou, nos casos complexos, a presenciar longos votos de cada ministro, de modo a demonstrar a eloquência do julgador, cada qual querendo prevalecer retoricamente sobre o colega. Contudo, como demonstrado na Seção II.1, a própria Corte ensaiou o caminho da colegialidade ao buscar ratificação de liminares monocráticas durante a Pandemia da COVID-19, experiência que culminou na Emenda Regimental 58/2022.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal sistematizar e ampliar essa experiência, sobretudo nos casos complexos, para que as decisões nessas situações resultem de plena deliberação colegiada, com vontade de se chegar a um consenso, mediante concessões recíprocas, para se buscar plena decisão institucional resultado do julgamento.

Essa mudança de padrão de procedimento decisório poderia contribuir com a estabilidade institucional do Supremo Tribunal Federal, o qual cada vez mais tem sofrido desgastes por críticas da sociedade, da imprensa, do Poder Legislativo, do Poder Executivo, e dos demais Tribunais do Poder Judiciário. Essas críticas, que por vezes se justificam pela falta de coerência das decisões, pois a *seriatim practice* dificulta o diálogo e incentiva a tradição de se proferir votos de autoridade e a consequente indisposição dos ministros para se buscar o consenso. Disso resultam decisões que não prestigiam os precedentes existentes sobre o tema, forçando novas interpretações para matérias já enfrentadas pela Corte, ficando manifesta sua falta de coerência.

A adoção da *opinion of the court* pelo Supremo Tribunal Federal poderia garantir um realinhamento institucional da Corte para se adequar às enormes responsabilidades assumidas na Constituição Federal de 1988, garantindo maior respeitabilidade de suas decisões perante a sociedade em geral. Isso seria uma demonstração de maturidade institucional em defesa da própria Corte.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory.** *Global Constitutionalism* (2018), 7:2, 236–262. Cambridge University Press, 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *In: BARROS, Lucas Buril de Macedo; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada.* Salvador: Juspodivm, 2015.



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

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** Washington DC: SAGE Publications, 2016. 12 th edition.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 2000. 10ª edição.

BRANDÃO, Rodrigo. **AS CULTURAS LIBERAL E DEMOCRÁTICA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS NO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO: uma breve análise dos modelos britânico, francês e norte-americano.** Quaestio Iuris, vol. 4, n. 1, 2011.

CAMERON, Charles M.; KORNHAUSER, Lewis A. **Theorizing the U.S. Supreme Court.** Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2017.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1984.

COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal: E a construção da cidadania.** Unesp, São Paulo, 2006.

COSTA, Thales Moraes da. **Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130.** Revista Direito GV, jan-jun 2014.

DIREITO, Gustavo. **O Supremo Tribunal Federal – uma breve análise de sua criação.** Revista de Direito Administrativo, v. 260, p. 252-282, maio/ago. 2012.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. **Constitutional Law for a Changing America: institutional powers and constraints.** Washington DC: SAGE Publications, 2020. 10 th edition.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Federal,** 1789.

FALLON JR, Richard H. **Legitimacy and the Constitution.** Harvard Law Review, Apr., 2005, Vol. 118, No. 6 (Apr., 2005), pp. 1787-1853

GASPARI, Filipe Natal de. **STF cerceado? (1930-1937).** Dissertação de Mestrado. Usp. São Paulo, 2019.

GINSBURG, Ruth Bader. **Speaking in a judicial voice.** New York University Law Review. Volume 67. December, 1992, number 6.

GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. **A SUPREMOCRACIA DESAFIADA**. Revista Estudos Institucionais, v. 10, n. 2, p. 248 - 269, maio/ago. 2024

HASKINS, George L. **Law versus Politics in the early years of the Marshall Court**. University of Pennsylvania Law Review. Volume 130, November 1981, n. 1.

HESSICK, F. Andrew; JORDAN, Samuel P. **Setting the Size of the Supreme Court**. Arizona State Law Journal, Vol. 41, p. 645, 2009.

KORNHAUSER, Lewis A. **Deciding Together**. New York University School of Law. PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER, n.1. 13-65. October 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. *In*: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. *In*: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Paula Gorzoni; Rodrigo Pagani de Souza (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Coleção 'Os Pensadores'. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

PANUTTO, Peter. **FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: MODELOS E EVOLUÇÃO**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 79/2012 | p. 233 - 253 | Abr - Jun / 2012.

_____. **Precedentes Judiciais Vinculantes: o Sistema Jurídico-Processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017a.

_____. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação e respeito dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 2, mai./ago. 2017b.

PANUTTO, Peter; RANGEL, Maria Livia Custódio AS INCOERÊNCIAS DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA ADPF 402 E DA AÇÃO PENAL 4070. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 21, n. 38, p.103-119, set./dez. 2023.

PANUTTO, Peter. ARAÚJO, Jenyffer Bispo. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GARANTIDOR DA REPÚBLICA BRASILEIRA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DESDE O BRASIL COLÔNIA ATÉ O GOVERNO VARGAS**. *Historia Constitucional*. n. 24, 2023.

PANUTTO, Peter; GONCALVES, A. P. B. . VONTADE DE CONSENSO: UM OLHAR SOBRE A UNIÃO INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 690 DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. In: Antonio Celso Baeta Minhoto; Paulo Iotti. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem a Walter Claudius Rothemburg**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2024, v. 1, p. 145-154.

RAY, Laura Krugman. **The road to *Bush v. Gore*: The history of the Supreme Court's use of the Per Curiam Opinion**. *Nebraska Law Review*. Vol. 79, p. 518, 2000.

RÍO, Andrés Del. **La era Vargas y la trayectoria del Supremo Tribunal Federal de Brasil: un análisis histórico institucional 1930-1945**. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: vol. 7, no.2, maio-agosto, 2015.

567

ROBERTS, John. **Roberts's Rules**. *The Atlantic*. January/February 2007 ISSUE. Entrevista concedida a Jeffrey Rosen. Disponível em <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559/>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I / 1891 – 1898. Defesa das Liberdades Civis**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A, 1991.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?: para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. New York: Cambridge University Press, 2005.



SOUSA, António Francisco de. **A separação de poderes em Locke**. Polis, n. 45, julho-dezembro 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberation**. International Journal of Constitutional Law, v. 11, nº 3, 2013.

_____. **“UM VOTO QUALQUER”? O PAPEL DO MINISTRO RELATOR**. Revista Estudos Institucionais. Vol. 1, 1, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TOMASKY, Michael. **The Supreme Court’s Legitimacy Crisis**. The New York Times, 2018. Disponível em <https://www.nytimes.com/2018/10/05/opinion/supreme-courts-legitimacy-crisis.html>. Acesso em 25/02/2020.

VIEIRA, José Ribas. **O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos da América**. Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 171, jul./set. 2006.

WALDRON, Jeremy. **Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts**. Yale Law Journal, vol. 123, no. 6, April 2014.

568

ZABOTINI, Marcelo Specian; PANUTTO, Peter. **Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras**. In As Constituições do Brasil: análise histórica das Constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio. Júlio de Souza Gomes e Livia Pitelli Zamarian, organizadores. Birigui: Boreal, 2012.

ZOBELL, Karl M. **Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration**. Cornell Law Review. Volume 44. Issue 2. Winter 1959.

