

PLENÁRIO VIRTUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – DÉFICIT DELIBERATIVO E VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VIRTUAL PLENARY IN TAX MATTERS – DELIBERATIVE DEFICIT AND CONSTITUTIONAL VIOLATIONS

Pedro Adamy

*Professor da Escola de Direito da PUCRS. Presidente do Instituto de Estudos Tributários – IET.
Doutorando em Direito na Universidade de Heidelberg Alemanha. Mestre em Direito pela UFRGS.
Advogado. E-mail: pedro@pedroadamy.com.br*

DOI: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-RDTA-46-21>

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal decidiu questões relevantes em matéria tributária por meio do Plenário Virtual. O objetivo deste artigo é demonstrar que a sistemática instituída no Plenário Virtual não obedece aos mandamentos constitucionais e termina por gerar um déficit deliberativo, tanto interno quanto externo, relevante, que pode levar a perda de legitimidade das decisões do STF.

PALAVRAS-CHAVE: PLENÁRIO VIRTUAL, DELIBERAÇÃO, EXTERNA E INTERNA, LEGITIMIDADE

ABSTRACT

The Federal Supreme Court decided relevant tax issues through the Virtual Plenary. The purpose of this article is to demonstrate that the system instituted in the Virtual Plenary does not obey the constitutional commandments and ends up generating a relevant deliberative deficit, both internal and external, which may lead to the loss of legitimacy of the Court's decisions.

KEYWORDS: : VIRTUAL PLENARY, DELIBERATION, INTERNAL AND EXTERNAL, LEGITIMACY

*"In everyday life the exchange of opinion with others checks our partiality and widens our perspective; we are made to see things from their standpoint and the limits of our vision are brought home to us."*¹

*"Therefore, if we attach, as we do, paramount importance to being able to settle disputes, we shall need to establish methods of settling disputes, about which methods themselves there can be very little disputes."*²

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal decidiu questões relevantes em matéria tributária durante a pandemia. Tais decisões envolvem matérias complexas, muitas das quais aguardavam julgamento há anos, ou mesmo décadas, no Tribunal. Em poucos meses, e durante uma crise sanitária sem precedentes, que custou a vida de quase duas centenas de milhares de brasileiros, a mais alta Corte de Justiça brasileira tomou dezenas de decisões que possuem relevância não apenas para o direito tributário, mas também para a forma como se interpreta o texto constitucional.

A alta produtividade em matéria tributária pode ser, pelo menos parcialmente, atribuída às mudanças ocorridas nos procedimentos de julgamento do Tribunal. Com efeito, tais decisões foram tomadas, essencialmente, por meio de dois caminhos: de um lado, as sessões virtuais, nas quais os Ministros utilizam-se de programa de videoconferência para realizar reuniões virtuais, nas quais podem emular – ainda que com prejuízo aos debates e à comunicação – as sessões das turmas e do plenário do Tribunal. De outro lado, por meio do Plenário Virtual, no qual os Ministros publicam seus votos – ou apenas suas posições sobre acompanhar ou divergir do relator –, sem que haja debates ou deliberações entre os Ministros que compõem a Corte ou mesmo com os atores sociais normalmente envolvidos nos julgamentos, tampouco a participação ativa e presente dos afetados pelas decisões do STF. Com efeito, por meio do Plenário Virtual, o Supremo Tribunal Federal decidiu majoritariamente a favor do Fisco, alterando ou revisando posições consolidadas ou decidindo com base em argumentos antes inéditos ou pouco usuais no direito tributário brasileiro³.

1 RAWLS, John. A theory of justice. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 315.

2 LUCAS, J. R. On process for resolving disputes. In: SUMMERS, Robert S. (ed.). Essays in legal philosophy. Berkeley: University of California Press, 1976, p. 180.

3 Uma advertência necessária: não se está analisando o mérito das decisões individuais ou argumentando que o resultado está correto ou equivocado pelo mero impacto financeiro ou orçamentário que as decisões têm e terão. O déficit deliberativo é anterior à própria decisão e não tem, necessariamente, relação direta com o resultado a que chegou o Tribunal. Quer isso dizer que o fato de que as Fazendas Públicas federal, estaduais e municipais tenham obtido uma taxa de sucesso desproporcional durante os julgamentos virtuais não é, por si só, um elemento relevante para determinar as inconstitucionalidades e ilegalidades do Plenário Virtual. A quantidade de decisões favoráveis a um dos polos da relação jurídico-tributária, portanto, ainda que estatisticamente improvável, é juridicamente irrelevante. Da mesma forma, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um determinado tributo não está diretamente relacionada com a sua capacidade de arrecadação ou com o impacto que a sua extinção gera. As exações fiscais ou são constitucionais por estarem dentro dos limites estipulados pelo texto constitucional, ou são inconstitucionais, por terem extrapolado os limites impostos pelo constituinte. As suas consequências financeiras e orçamentárias, ainda que possam ser de suma relevância – não alteram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo. Em outros dizeres, argumentar pelo impacto financeiro ou orçamentário – como muitas vezes se faz –

ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária – déficit deliberativo e violações constitucionais. Revista Direito Tributário Atual, n.46. p. 512-533. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral

De um lado, deve-se notar que o Plenário Virtual apresenta vantagens relevantes. Pode-se enumerar, de forma sintética e não exaustiva, cinco destas vantagens. Em primeiro lugar, as atividades do STF não precisam ser suspensas. Ainda que se pudessem transferir as atividades para sessões virtuais, como de fato foram feitas, o Plenário Virtual permite a transposição quase imediata das sessões presenciais, de maneira a não haver demora na retomada das atividades do Tribunal⁴. Em segundo lugar, o Plenário Virtual reduz o tempo das formalidades existentes e pausas necessárias das sessões presenciais. Em terceiro lugar, e vinculado à razão anterior, o Plenário Virtual permite uma maior celeridade nos julgamentos, com maior liberdade aos Ministros para trabalharem em seus votos, sem os longos períodos que são, normalmente, obrigados a estarem presentes em sessões de julgamento, tanto nas turmas quanto no Plenário da Corte. Em quarto lugar, o Plenário Virtual permite que apenas os Ministros que desejem manifestar sua posição o façam mediante a publicação de voto. O Plenário Virtual permite ainda, o que ocorria muito raramente em sessões presenciais, que os Ministros apenas indiquem se votam com ou contra o relator. Essa característica reduz a quantidade de votos e permite chegar a uma posição institucional de forma mais simples⁵.

De outro lado, deve-se notar que a instituição e a adoção ampliada de julgamentos por meio do Plenário Virtual terminam por levantar questões importantes no que concerne à sua adequação constitucional. O objetivo deste breve artigo é confrontar a sistemática do Plenário Virtual com as disposições constitucionais e legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, verificar se, no limite, tais vícios podem macular a própria legitimidade das decisões tomadas durante a pandemia.

A análise será focada em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, focar-se-á nas deficiências deliberativas que advêm com o Plenário Virtual⁶. Esse ponto terá dois enfoques diversos: de um lado, as deficiências de deliberação interna, isto é, a deliberação realizada pelos próprios membros do Tribunal quando decidindo um caso. De outro lado, as deficiências de deliberação externa, isto é, a deliberação não apenas entre os julgadores, mas também com todos os agentes sociais envolvidos ou afetados pela decisão. Nos dois casos, analisar-se-á as consequências dos déficits deliberativos e as eventuais inconstitucionalidades advindas com os julgamentos pelo Plenário Virtual.

não transforma o tributo constitucional em inconstitucional, tampouco constitucionaliza o tributo inconstitucional.

4 Interessante notar que Richard Susskind cita o caso do estoque de processos no Brasil como um dos argumentos a favor da virtualização e prestação online da justiça. Cf. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 27 e ss.

5 Sobre o tema, veja-se MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 99 e ss.

6 Sobre o tema dos déficits e das práticas deliberativos no Supremo Tribunal Federal, veja-se SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law* vol. 11, 2013, p. 557 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Do we deliberate? If so, how?* *European Journal of Legal Studies* vol. 9, 2017, p. 209-240; MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 101 e ss.

Em segundo lugar, centrar-se-á nas deficiências de publicidade e fundamentação que advêm com a adoção ampliada de julgamentos por meio do Plenário Virtual. Como afirma Ávila, “a fundamentação no Direito deixa de ser meramente semântica, e passa a ser discursiva e, com isso, passa a envolver a questão da aceitabilidade racional da decisão por meio de um procedimento de produção jurídica que gere legitimidade”⁷. Ou seja, déficits deliberativos, de fundamentação e publicidade podem levar a redução ou anulação da aceitabilidade racional das decisões que, por sua vez, levam a redução ou anulação da própria legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional. É exatamente sobre estes pontos que a análise recairá.

Em outras palavras, o foco da análise será no déficit de deliberação das decisões tomadas pelo Plenário Virtual, relevantes envolvendo o direito tributário. Ao analisar este ponto, verificar-se-á que a utilização do Plenário Virtual de forma indistinta acaba por violar dispositivos e garantias constitucionais relevantes. Como consequência, o déficit deliberativo e as inconstitucionalidades acabam por minar a própria legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para a melhor compreensão, é preciso contextualizar a evolução e as mudanças do Plenário Virtual em virtude da pandemia do coronavírus. É o que se passa objetivamente a fazer.

2. EVOLUÇÃO DO PLENÁRIO VIRTUAL DURANTE A PANDEMIA

Desde o início da pandemia do coronavírus, o Plenário Virtual recebeu novas competências, que foram instrumentais para a grande quantidade de decisões em matérias tributária durante os meses de pandemia. O Plenário Virtual, em si, não é algo novo na estrutura do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em 2007, o Regimento Interno do STF foi alterado para incluir o art. 323, que previa a submissão, por meio eletrônico, da decisão envolvendo a existência ou não de repercussão geral, nos seguintes termos:

“Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.”

Em 2009, foi incluída a previsão de votação por meio eletrônico, com prazo máximo de 20 dias, da existência ou não de repercussão geral. Assim dispõe o RISTF:

“Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.”

7 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 269.

Em 2010, o Regimento Interno foi novamente alterado para incluir o art. 323-A em seu corpo, prevendo a utilização de meio eletrônico para as decisões que apenas reafirmassem a jurisprudência consolidada do Tribunal. Veja-se:

“Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico.”

Com a pandemia e as medidas de restrição de aglomerações e isolamento social impostas, o Poder Judiciário, em todos os seus níveis, incluindo-se o Supremo Tribunal Federal, ajustou seu funcionamento de forma a manter a regularidade e não interrompendo a atividade jurisdicional, nos exatos termos do art. 93, XI, da Constituição.

As Emendas Regimentais n. 53, de 18 de março de 2020 e n. 54 54, de 1º de julho de 2020, promoveram alterações significativas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, adequando os procedimentos da Corte às necessidades decorrentes do isolamento e do combate à pandemia. Nesse sentido, foi incluído o art. 326-A, que prevê expressamente a afetação de determinadas classes de processos ao Plenário Virtual. Assim está redigido o dispositivo:

“Art. 326-A. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido.”

Esta longa introdução sobre o surgimento e a evolução do Plenário Virtual serve para demonstrar que, de um lado, ele foi idealizado como um meio decisório para questões que não exigiam a manifestação direta de todos os Ministros, ou para casos nos quais já houvesse posição consolidada do Tribunal. De outro lado, a pandemia acelerou a utilização do Plenário Virtual, que antes era utilizado para questões de relevância relativa ou temas sobre os quais havia posição consolidada do Tribunal.

Feitas essas considerações com o intuito de contextualizar as mudanças operadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia, pode-se passar às consequências de tais mudanças, em especial, confrontando a adequação da nova sistemática de julgamento por meio do Plenário Virtual aos mandamentos constitucionais e legais. É o que se passa a fazer.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO COLEGIADO E DELIBERATIVO

John Rawls, um dos mais importantes filósofos políticos do século XX, considerava que os tribunais, em especial as cortes constitucionais, eram o símbolo fiel e acabado da instituição capaz de garantir a razão pública da melhor maneira. Ele defendia que *a Suprema Corte era o melhor exemplo de razão pública*. Segundo Rawls,

“[i]sso é assim porque os juízes precisam explicar e justificar suas decisões baseados em seu entendimento da Constituição e dos precedentes e das leis relevantes. Uma vez que os atos do legislativo e do executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial do Tribunal faz dele um exemplo de razão pública.”⁸

Levando-se em consideração os argumentos acima, pode-se reconhecer o caráter exemplar dos tribunais pelo menos no que concerne ao elemento deliberativo. Quer isso dizer que, nesse sentido, os tribunais podem efetivamente ser tidos como instituições deliberativas exemplares, isto é, órgãos colegiados nos quais motivos, explicações e justificativas são esperados e oferecidos como fundamentos para as políticas estatais que limitem direitos fundamentais.

Sendo assim, a autoridade dos tribunais é pressuposta e repousa, em grande medida, sobre as características da argumentação jurídica e judicial, especialmente porque os tribunais carecem de credenciais democráticas e muitas vezes não dispõem dos meios para implementar e executar suas próprias decisões⁹. Em outros dizeres, os membros das cortes não são eleitos, isto é, não passam pelo crivo popular e, ainda, suas decisões não têm o condão de serem autoaplicáveis, dependendo de outros atores sociais para que seus efeitos concretos surjam para os jurisdicionados.

A deliberação e a fundamentação, portanto, aparecem como aspectos especialmente valiosos para o funcionamento e a legitimidade de órgãos colegiados, e, muito especialmente, de tribunais constitucionais. Nestes, por julgarem questões constitucionais de alta relevância e impacto, a deliberação, a argumentação, a fundamentação desempenham um papel fundamental na legitimidade de sua atuação e no reconhecimento da autoridade de suas decisões¹⁰. Em outras palavras, “tribunais constitucionais enfrentam demandas deliberativas especiais e exigentes”¹¹.

8 RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Nova York: Columbia University Press, 2003, p. 216. No original: “This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not to be justified in this way, the court’s special role makes it the exemplar of public reason.” Para uma crítica a essa visão, veja-se FINNIS, John. “Public reason” and moral debate. In: FINNIS, John. *Reason in action*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 256 e ss.

9 Cf. HUTCHINSON, Allan. *The rule of law revisited: democracy and Courts*. In: DYZENHAUS, David (org.). *Recrafting the rule of law: the limits of legal order*. Oxford: Hart, 1999, p. 201-203.

10 FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional justice: East and West*. Haia: Kluwer, 2002, p. 22.

11 FEREJOHN, John; e PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional justice: East and West*. Haia: Kluwer, 2002, p. 22.

Nesse ponto, deve-se notar que quando se defende que Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle dos atos estatais, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, ele o faz usando de uma legitimidade que decorre de seu “potencial deliberativo distinto”¹². Esse potencial deliberativo é atingido sempre que os julgadores do Tribunal entenderem que suas decisões são frutos de trabalho em conjunto, estabelecendo conexões argumentativas entre as diferentes visões e interpretações dos dispositivos constitucionais e legais. Tais conexões, por sua vez, pressupõem que os Ministros estejam abertos a serem confrontados com ideias e argumentos contrários e, acima de tudo, que estejam abertos e dispostos a mudar de opinião se forem confrontados com argumentos melhores, mais coerentes ou mais bem fundamentados. Em termos singelos, “nas Cortes Constitucionais as deliberações servem para convencer e ser convencido”¹³.

A deliberação no Supremo Tribunal Federal, portanto, pressupõe que todos os envolvidos compreendam a importância de oferecerem seus melhores argumentos e tentarem convencer racionalmente os demais membros de que seus argumentos são corretos, coerentes e estão de acordo com a constituição. Da mesma forma, pressupõe estar aberto a razões e argumentos contrários – ou seja, estar disposto a alterar suas preferências, crenças ou ações se razões e fundamentos convincentes forem oferecidos – e estar disposto a basear as tentativas de persuadir e convencer outros exclusivamente por meio de argumentos jurídicos racionais e coerentes, sem dar espaço a ameaças ou falsidades¹⁴.

Tal estrutura deliberativa é pressuposta pela Constituição por duas razões bastante singelas: de um lado, a composição colegiada do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 101 da Constituição. De outro lado, a obrigatoriedade de fundamentação e todas as decisões judiciais, prevista expressamente no art. 93, inciso X, do texto constitucional. Assim, a própria legitimidade da jurisdição constitucional exercida pelo STF decorre da própria previsão constitucional e dos dispositivos que estruturam o tribunal e seus julgamentos e decisões. O elemento deliberativo, portanto, é indissociável da própria noção de Tribunal Constitucional, pelo menos como concebido e estruturado pelo constituinte brasileiro.

A deliberação constitui, portanto, elemento central do procedimento de qualquer colegiado. Em colegiados que devem decidir questões jurídicas, as deliberações têm necessariamente uma orientação discursiva. De um lado, espera-se que todos os julgadores do colegiado real e efetivamente participem das deliberações e, de outro lado, espera-se que a decisão não esteja predefinida, ou seja, nem o relator deve fazer acordos prévios sobre a

12 SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law* vol. 11, 2013, p. 563.

13 CASSESE, Sabino. *Intervento*. In: PASQUINO, Pasquale; e RANDAZZO, Barbara. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 114. *Idem*. *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*. Milão: Mulino, 2015.

14 FEREJOHN, John; e PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional justice: East and West*. Haia: Kluwer, 2002, p. 23.

decisão, nem os demais julgadores devem fazer acordos preliminares sobre sua conduta nas deliberações¹⁵.

Dessa forma, em caso de decisões judiciais tomadas por um colegiado de juízes, a decisão deve ser o resultado do debate no qual se opuseram argumentos, e a decisão deve necessariamente considerá-los e integrar a decisão final publicada. Em outras palavras, nenhuma decisão pode ser emitida sem que se ofereçam razões para ela e que essas razões tenham sido objeto de escrutínio por parte do colegiado responsável pelo julgamento¹⁶.

Por essa razão, renunciar à deliberação colegiada e tomar decisões de relevância econômica, financeira, orçamentária e política – como são as decisões em matéria tributária proferidas pelo STF nos últimos meses – viola a própria ideia de corte constitucional que delibera sobre as soluções mais adequadas ao texto constitucional. Tomar tais decisões sem observar os critérios e os rituais deliberativos mínimos faz com que a legitimidade, tanto das decisões quanto do próprio STF, possa ser colocada em questão.

Deve-se atentar para outro elemento relevante: a competência de “guarda da Constituição” de instância final em questões constitucionais faz com que as decisões do STF representem a solução final sobre a interpretação do texto constitucional. Ainda que a posição do Tribunal possa ser modificada no futuro, até que isso venha a ocorrer, o Tribunal ofereceu à sociedade a última palavra sobre como a Constituição deve ser interpretada e aplicada.

Note-se, por relevante: o Tribunal oferece a decisão final, a interpretação constitucional adequada ao caso controverso. É o Supremo Tribunal Federal que decide. Isso significa que a decisão não corresponde apenas à mera soma de seus Ministros. É o Supremo Tribunal Federal que decide. Também por essa razão o Plenário representa esse ideal de colegialidade deliberativa, na qual os membros do órgão se despem de suas individualidades em prol do conjunto, para que dali saia a posição institucional, a posição da Corte¹⁷.

15 KRANENPOHL, Uwe. *Interne Einflussfaktoren auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. In: VAN OUYEN, Robert; e MÖLLERS, Martin (orgs.). *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*. 2. ed. Wiesbaden: Springer, 2015, p. 433 e ss. Uma diferença fundamental entre o funcionamento do Tribunal Constitucional Federal e o Supremo Tribunal Federal é o caráter público das deliberações neste último. Conforme o autor, a clausura e o sigilo são benéficos para o conteúdo deliberativo no Tribunal Constitucional alemão. Afirma ele que “de importância central para o caráter das discussões sobre a decisão (Entscheidungsberatung) é sua confidencialidade, já que somente os oito juízes do Senado participam. Isto permite que os participantes se envolvam plenamente no discurso deliberativo, uma vez que abandonar a posição pessoal diante de melhores argumentos não resulta em uma perda de reputação. Além disso, também permite um maior potencial criativo, uma vez que argumentos que, em última análise, se revelam inadequados, não resultam em perda de reputação pública.” Para Hoffmann-Riem, o sigilo é capaz de garantir um grande “potencial criativo” aos juízes. Cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung*. In: SCHERZBERG, Arno. *Kluges Entscheiden: disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 15 e ss. No mesmo sentido, PASQUINO, Pasquale. *Voter et délibérer*. *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLV, n. 136, 2007, p. 38.

16 PASQUINO, Pasquale. *Voter et délibérer*. *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLV, n. 136, 2007, p. 39.

17 Sobre as vantagens deliberativas da colegialidade, veja-se SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law* vol. 11, 2013, p. 564 e ss.

Ainda que a estrutura *seriatim* da organização do Supremo Tribunal Federal permita a manifestação individual de todos os ministros, isso não apaga a natureza colegiada e a força institucional das decisões do Tribunal. Como dito, a decisão final é do STF, e não da soma de seus ministros. Ou, ainda, a decisão final é do Supremo Tribunal, e não apenas da maioria de seus ministros. A legitimidade decorre também desse fato: as decisões e precedentes do STF são referidos e usados pelos demais tribunais e juízes como sendo oriundos do mais importante Tribunal do país, e não como resultado de uma maioria contingente dos Ministros que compõem o Tribunal em determinado momento histórico.

Afinal, se “a democracia não pode ser reduzida a um mero mando da maioria”¹⁸, o mesmo vale para a jurisdição constitucional. As decisões não podem se tornar meras somas de votos individuais; não devem ser meras maiorias matemáticas. Somam-se votos com razões individuais, não se delibera sobre as razões para formular a posição do Tribunal. Para usar uma imagem: o Tribunal forma um arquipélago, sem um território coeso e integral, mas apenas áreas independentes cujo único elemento de ligação é a proximidade. O caráter colegiado e deliberativo nega e veda que assim se compreenda a jurisdição exercida e as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a deliberação no interior de órgãos judiciais colegiados, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, compreende um debate reflexivo, no qual razões internas e externas se complementam, para identificar o problema, definir as soluções possíveis e a escolha das razões e fundamentos que indicam a melhor e mais adequada das soluções para o problema constitucional levado ao Tribunal. É o que se passa a analisar.

4. DÉFICIT DE DELIBERAÇÃO INTERNA

Considera-se deliberação interna aquela realizada pelos próprios membros do órgão colegiado. Quer isso dizer que a deliberação interna compreende “o trabalho realizado de forma colegiada e presencial (*face to face*), no qual tentativas verdadeiras são feitas para tentar convencer os demais e para produzir uma decisão que foi pensada e fundamentada de forma coletiva”¹⁹. Do ponto de vista constitucional, a deliberação interna é decorrência direta do princípio da colegialidade, reconhecido há muito pelo próprio Supremo Tribunal Federal. A ausência de deliberação interna ou a sua realização de forma deficitária leva, portanto, a uma violação do referido princípio.

Deve-se deixar claro que a colegialidade não pressupõe consenso, homogeneidade ou uniformidade de entendimentos pelos membros do Tribunal²⁰. Pelo contrário. Órgãos

18 ÖHLINGER, Theo. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie – Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung. In: KONRAD, Arno et alii. Recht, Politik, Wirtschaft. Dynamische Perspektiven – FS für Norbert Wimmer. Viena: Springer, 2008, p. 444.

19 FERREJOHN, John; e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech. Constitutional justice: East and West. Haia: Kluwer, 2002, p. 35.

20 EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. University of Pennsylvania Law Review vol. 151, n. 5, 2003, p. 520.
ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária – déficit deliberativo e violações constitucionais. Revista Direito Tributário Atual, n.46. p. 512-533. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral

colegiados existem exata e precipuamente para que pessoas com visões diferentes possam interagir e apresentar seus argumentos e razões e colocá-los sob o escrutínio de pessoas que não necessariamente pensam da mesma forma. Nesse sentido, a colegialidade desempenha um papel importante na redução da importância individual, das visões pessoais e das ideologias particulares, permitindo que juízes de diferentes perspectivas e filosofias se comuniquem, escutem e, em último caso, influenciem uns aos outros de forma construtiva de modo que o Tribunal chegue a uma decisão mais fundamentada e mais de acordo com o ordenamento jurídico²¹.

A estruturação da decisão em órgãos colegiados facilita e incentiva que visões divergentes sejam testadas por meio do processo deliberativo, de forma que os julgadores expõem suas razões e seus argumentos de maneira a buscarem convencer, mas estando sujeitos a serem convencidos, sobre questões disputadas e difíceis até que se chegue a uma decisão final, que não necessariamente deve ser unânime. Nesse sentido é a lição de Dieter Grimm, juiz aposentado do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao defender que uma deliberação real é aquela na qual “os argumentos importam, onde todos se esforçam para ouvir, quando os juízes começam com a tentativa de verificar a decisão pode ser unânime [...], há uma tentativa para verificar se é possível encontrar um caminho que todos podem concordar”²². Ainda, as deliberações são consideradas, em alguns locais, o verdadeiro local de troca de ideias, de debates, de enfrentamento intelectual entre os membros que compõem o colegiado. São o “local de discórdia” (*Streitplatz*) no qual “oito juízes sentam-se frente a frente [...] para discutir questões constitucionais”, no dizer de Jutta Limbach, antiga presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão²³. Outro juiz da Corte Constitucional alemã menciona a intensa troca entre os membros do colegiado na própria redação do voto. Segundo Hoffmann-Riem,

“uma prova da abertura à discussão é que as sugestões e alterações presentes nos projetos de votos só raramente são aceitas pelo Senado sem alterações. Muitas vezes eles são substancialmente alterados, às vezes radicalmente, e na maioria dos casos de acordo com o relator, que não pode ignorar os argumentos dos outros.”²⁴

Esses são exemplos de deliberação interna, na qual os membros do órgão colegiado se reúnem para debater e apresentar suas razões e seus argumentos para os demais membros

1644-1645.

21 EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review* vol. 151, n. 5, 2003, p. 1645.

22 GRIMM, Dieter. The German Constitutional Court. In: PASQUINO, Pasquale; e RANDAZZO, Barbara. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 54.

23 LIMBACH, Jutta. *Arbeit im Bundesverfassungsgericht*. In: Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts (org.). *Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Architektur und Rechtsprechung*. Basel: Birkhäuser, 2004, p. 51 e ss.

24 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung. In: SCHERZBERG, Arno. *Kluges Entscheiden: disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 15.

do colegiado. Essa espécie de deliberação, portanto, é a que concretiza o princípio da colegialidade. Como afirma Mendes,

“a interação colegiada é a aspiração norteadora de um tribunal constitucional no que se refere à sua fase decisória. Ele é o padrão adequado para disciplinar e avaliar o processo interno que ocorre entre os próprios julgadores. Em vez de olhar para fora para buscar e expor argumentos que os interlocutores possam criar, os juízes interagem uns com os outros para tomar uma decisão.”²⁵

O princípio da colegialidade está implícito na Constituição, em seu art. 101. Com efeito, ao estabelecer o Supremo Tribunal Federal com onze Ministros, a Constituição pressupõe que as decisões deverão ser tomadas por mais de um Ministro e que tais decisões serão objetos de deliberação, em virtude da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais. Assim, uma vez que o STF é uma instituição colegiada, estas razões são obtidas através de um processo interno de deliberação, estruturado pelas normas particulares de tomada de decisão do tribunal. Este processo pode ou não ser regulado por uma expectativa compartilhada de que o tribunal chegue a uma decisão unânime – o que raramente acontece – ou que vários votos também sejam publicados. O fundamento e a posição de um tribunal são, neste sentido, negociados dentro de uma estrutura normativa que vai desde a busca de consenso até o atingimento de uma maioria simples.

A criação de órgãos fracionários ou de competências para decisões monocráticas, por si só, não viola o princípio da colegialidade²⁶. De um lado, o Regimento Interno do STF (RISTF) prevê que as Turmas serão compostas por cinco ministros, nos seguintes termos:

“Art. 4º As Turmas são constituídas de cinco Ministros.

§ 1º A Turma é presidida pelo Ministro mais antigo dentre seus membros, por um período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade.”

Nota-se, portanto, que mesmo o órgão fracionário ainda assim é um órgão colegiado, que, por sua própria estrutura e natureza, pressupõe a deliberação interna entre seus membros para a tomada de decisão. Nesse sentido, nada há que esteja em desacordo ou que infirme a relevância do princípio da colegialidade na estrutura dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Em qualquer dos casos, seja no Tribunal Pleno seja nas Turmas, as sessões de julgamento devem ser caracterizadas pelo padrão da “deliberação crítica equilibrada”²⁷,

25 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 108.

26 “A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas no art. 21, § 1º, RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte. Precedentes.” (STF, 1ª Turma, HC n. 132.989-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, publ. 10.10.2016; no mesmo sentido: ACO n. 1092-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, publ. 10.05.2018; HC n. 127.302-AgR, Rel. Roberto Barroso, publ. 14.08.2015; RHC n. 129.988-AgR, Rel. Edson Fachon, publ. 23.09.2020; RHC n. 117259-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, publ. 02.12.2013.

27 KRANENPOHL, Uwe. *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*. Wiesbaden: VS Verlag, 2010, p. 81.

ou seja, uma orientação discursiva e argumentativa extraordinariamente forte, na qual se criam as possibilidades de uma discussão deliberativa aberta e objetiva sobre os problemas constitucionais em questão.

De outro lado, o RISTF cria exceções ao princípio da colegialidade, estabelecendo casos específicos nos quais o Ministro Relator poderá decidir sem que seja necessário levar suas razões e argumentos ao órgão colegiado do Tribunal. Assim dispõe o Regimento:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

§ 2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário.”

Vê-se, no entanto, que os poderes e atribuições do Ministro Relator para decidir de forma monocrática são restritas a casos específicos e que não demandam análise aprofundada, uma vez que são consideradas como manifestamente inadmissíveis, improcedentes ou contrários à jurisprudência dominante ou súmula, ou ainda, casos nos quais foi violada decisão com repercussão geral reconhecida. Nesses casos, deve-se notar, o Relator apenas atua para garantir a coerência e a autoridade das decisões e da jurisprudência do Tribunal, sem que isso macule de forma direta o princípio da colegialidade.

No entanto, o princípio da colegialidade será violado sempre que o funcionamento e a estrutura do Tribunal admitirem que decisões para temas ainda não consolidados ou para questões constitucionais controversas sejam tomadas sem a necessária e indispensável deliberação colegiada. Nestes temas, portanto, a estruturação do STF com 11 Ministros, no Tribunal Pleno, ou 5 Ministros, em suas respectivas Turmas, pressupõe que os Ministros argumentem e exponham suas razões abertamente, ouçam seus colegas, sejam expostos a pontos de vista contrastantes e contra-argumentos que têm – pelo menos em tese – a capacidade de constranger argumentativamente a si mesmo ou a seus colegas. Isso se deve ao fato, já mencionado, de que o STF deverá fundamentar todas as suas decisões. Deve-se, portanto, “garantir que os membros dos grupos deliberativos, sejam eles pequenos ou grandes, não se isolem de pontos de vista contrários”²⁸. A deliberação interna, dessa forma, não depende da quantidade de membros de um órgão colegiado, mas da existência ou não

²⁸ SUNSTEIN, Cass. *Deliberative trouble? Why groups go to extremes*. *The Yale Law Journal* vol. 110, 2000, p. 105; *idem*. *The law of group polarization*. *The Journal of Political Philosophy* vol. 10, n. 2, 2002, p. 175.

de trocas de razões, argumentos e fundamentos entre eles para a obtenção da melhor e mais adequada decisão jurídica.

Isso porque, ainda que os Ministros conheçam profundamente os temas colocados sob seus julgamentos, o que obviamente não se contesta, a deliberação em órgãos colegiados de última instância pressupõe a troca de ideias, o debate e a discussão mútua entre posições contrapostas, uma vez que a deliberação “pode ser uma forma específica de refinar seus conhecimentos sobre o respectivo tema”²⁹. Ou, ainda, a abertura a novos entendimentos e novos argumentos demonstra que os Ministros reconhecem que fazem parte de um órgão colegiado, que sua tarefa como julgadores não está orientada para seus próprios interesses, e que não atuam como agentes que tomam decisões no seu próprio interesse³⁰.

Estabelecidas essas premissas, pode-se afirmar que uma forma de violação do princípio da colegialidade está em transformar as decisões do Supremo Tribunal Federal em meras somas aritméticas das posições individuais dos Ministros que compõem a Corte. A ausência de debates, de contraposição argumentativa, de trocas de ideias e razões jurídicas acaba por gerar um déficit de deliberação que, por sua vez, leva a um déficit de legitimidade e a uma violação do *princípio do colegiado*. Ao instituir o Plenário Virtual, no qual os Ministros simplesmente publicam suas posições e seus votos, sem quaisquer considerações ulteriores, sem qualquer forma de debate ou troca deliberativa entre eles, está-se diante de uma violação do princípio do colegiado. Nota-se, por oportuno, que o próprio Regimento interno reconhece a deficiência deliberativa do Plenário Virtual e, como consequência, reconhece o colegiado como órgão adequado para a tomada de decisões que pressupõem deliberação mais aprofundada. Assim é que, a pedido de qualquer Ministro, pode-se fazer o “destaque” do processo e levá-lo a “julgamento presencial” perante colegiado. Repare-se, por relevante, que o pedido de destaque não precisa ser justificado ou fundamentado, de modo que não há como estabelecer critérios de relevância ou preferência para quais processos serão decididos com maior ou menor grau de deliberação. Assim dispõe o Regimento Interno do STF:

“Art. 21-B. Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

[...]

29 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 115.

30 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung*. In: SCHERZBERG, Arno. *Kluges Entscheiden: disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 15.

§ 3º No caso de pedido de destaque feito por qualquer ministro, o relator encaminhará o processo ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta.”

Outro importante reconhecimento da obrigatoriedade de deliberação se deu por meio da alteração da Resolução n. 642/2019, que previa em seu art. 2º, § 3º, que, uma vez transcorrido o prazo de votação, os Ministros que não tivessem publicado seus votos ou manifestado sua posição, seriam considerados como tendo acompanhado o Ministro Relator. O Pleno do STF editou a Resolução n. 690/2020, alterando a regra e determinando que o Ministro que não se manifestar sobre o caso terá a sua ausência registrada na ata do julgamento. Essa alteração bem demonstra como o Tribunal reconhece a importância de que todos os membros do colegiado possam expressar suas razões, sem que haja qualquer consideração de razões implícitas ou pressupostas.

Com efeito, salta aos olhos que a tomada de decisão pela mera soma quantitativa dos votos não corresponde à sistemática de colegiado deliberativo, que pretende conjugar influências externas – no mínimo, as sustentações orais e o parecer do Ministério Público – e as influências internas – os argumentos e contra-argumentos dos próprios Ministros presentes à sessão de julgamento. Em outras palavras, “o resultado da decisão colegiada não deveria ser o simples produto de uma votação, na qual se oporia a maioria à minoria, obrigando esta última a aceitar pura e simplesmente a vontade da primeira”³¹. No Plenário Virtual, no entanto, tem-se exatamente isso: um tribunal virtual que não delibera, não debate, não apresenta razões contrapostas, que, enfim, não dialoga entre seus diversos membros na tentativa de chegar à melhor decisão possível. Um colegiado que decide pela mera soma das posições individuais.

Nesse sentido, o órgão colegiado não se configura mais como um corpo orgânico para a tomada de decisões. Pelo contrário. Ele nada mais é do que a mera soma de seus membros, que não exercem influência intelectual e argumentativa uns sobre os outros. Busca-se o conforto da autoridade da maioria, quando se deveria buscar a autoridade de melhor argumento, encontrado de forma deliberativa e colegiada. Substitui-se a autoridade do argumento pela autoridade da matemática básica.

A mera contagem dos votos individuais, sem a consideração substantiva das razões e dos argumentos esquece que “a discussão e a deliberação não são orientadas e guiadas pela autoridade, mas sim pela busca do melhor argumento”³². Contam-se os votos, independentemente das razões e dos fundamentos, e, a partir da soma, da adição das posições individuais, chega-se à posição do Tribunal. Como afirma Waldron, “no final, tudo se resume à contagem dos votos: cinco votos derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA,

31 PASQUINO, Pasquale. Voter et délibérer. *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLV, n. 136, 2007, p. 38.

32 LATORRE, Massimo. *Constitutionalism and legal reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007, p. 23.

independentemente dos argumentos que os Ministros tenham utilizado”³³. A crítica é inteiramente válida à sistemática do Plenário Virtual.

Em termos singelos: *o Plenário Virtual é vitória da adição sobre a deliberação*.

4.1. Déficit de deliberação externa

Todas as considerações anteriores demonstram a importância e a indispensabilidade da deliberação interna como corolário do princípio da colegialidade. Neste momento, passa-se à análise da deliberação externa, como corolário do devido processo legal e suas consequências para os julgamentos realizados por meio do Plenário Virtual.

Por deliberação externa compreende-se todas as formas de oferecer razões, de participar do debate, de influenciar no esforço deliberativo, de persuadir os tomadores da decisão por meio de argumentos e fundamentos racionais de agentes que não pertencem ao órgão decisor, no caso ao Tribunal. Enquanto a deliberação interna é realizada com os membros do órgão colegiado, a deliberação externa envolve o grupo, ou seus membros, dando e ouvindo as razões de agentes provenientes de fora do órgão decisor³⁴.

A deliberação externa permite que o procedimento decisório e a argumentação jurídica, ao final, se tornem “parte de um ritual discursivo que os tribunais conduzem com outros segmentos da sociedade”³⁵. A deliberação externa permite que a decisão do Tribunal decorra, portanto, de múltiplas vozes, todas com suas posições, razões, argumentos e fundamentos devidamente considerados e levados aos fundamentos da decisão final³⁶. Ainda, a deliberação externa permite que se potencialize a legitimidade da decisão do Tribunal, uma vez que os agentes envolvidos e as partes interessadas reconhecem que suas razões e argumentos podem ser efetivamente considerados e levados ao debate interno do colegiado. Dessa forma “a legitimidade de um tribunal constitucional também pode resultar da possibilidade de intercâmbio de razões politicamente independentes tanto entre os juízes quanto entre o tribunal e as partes”³⁷.

A comunidade de interlocutores compreende todos os atores sociais que, formal ou informalmente, dirigem argumentos públicos ao tribunal e expressam posições públicas

33 WALDRON, Jeremy. The Core of the case against judicial review. *Yale Law Journal* vol. 115, 2006, p. 1391.

34 FEREJOHN, John; e PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review* vol. 82, 2004, p. 1692 e ss. No mesmo sentido, MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 113-118.

35 HAREL, Alon. The rule of law and judicial review. In: DYZENHAUS, David (org.). *Recrafting the rule of law: the limits of legal order*. Oxford: Hart, 1999, p. 159. ADAMY, Pedro. Complexidade, simplificação e divulgação do direito tributário – Komplexität, Vereinfachung und Verbreitung des Steuerrechts. In: KUNZ, Lena; MESE, Vivianne Ferreira (org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 299 e ss.

36 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 118.

37 Crítico à ideia de deliberação em tribunais constitucionais: MOLLERS, Christoph. Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts. In: JESTAEDT, Matthias et alli. *Das entgrenzte Gericht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2011, p. 351.

quanto aos casos que estão sendo decididos³⁸. Eles fornecem argumentos externos para a decisão judicial. Eles podem influenciar e persuadir, mas não decidir³⁹. A deliberação externa pode ser realizada por, de um lado, agentes processuais ou formais, isto é, aqueles que atuam diretamente no processo e não são os julgadores. Podem ser tanto os advogados, quanto as partes, os *amici curiae* ou demais interessados que possuam legitimidade para atuar no respectivo processo. De outro lado, a deliberação externa pode ser realizada por agentes não processuais ou informais, que, mesmo sem atuação direta no processo em julgamento, podem tentar influenciar a decisão⁴⁰.

O fundamento constitucional da deliberação externa pode ser encontrado em dispositivos constitucionais diversos. Em primeiro lugar, o dever de deliberar com todas as partes envolvidas e interessadas na decisão do caso colocado perante o Supremo Tribunal Federal decorre das garantias do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, tais princípios procedimentais geram pretensões aos jurisdicionados que garantem posições jurídicas específicas no que diz respeito à forma pela qual os processos judiciais deverão ser estruturados e organizados. Assim é que as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa obrigam o Tribunal a observar procedimentos por meio dos quais o cidadão pode defender seus direitos⁴¹. Devido processo e contraditório têm, hoje em dia, significado diverso daquele estipulado quando de seu surgimento anglo-saxão. Com efeito, “contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos”⁴².

Em segundo lugar, a deliberação externa decorre da obrigatoriedade de julgamentos públicos previstos expressamente no art. 93, inciso X, da Constituição. Ainda que se possa discutir sobre as vantagens ou desvantagens da publicização extrema dos julgamentos judiciais, o Brasil adotou a publicidade como elemento central das deliberações judiciais, em especial no Supremo Tribunal Federal.

38 HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992, p. 332.

39 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 106.

40 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 106. Segundo Dworkin, o controle judicial é algo que não se limita às decisões, sendo um elemento da vida política tanto antes quanto depois de emitida a decisão: “Judicial review is a distinctive feature of our political life, envied and increasingly copied elsewhere. It is a pervasive feature, because it forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to the Court but also long before and long after.” DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 70. “A permeabilidade do Judiciário à sociedade não é em si negativa.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445.

41 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 246.

42 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 846 e ss.

Mesmo defensores ferrenhos da virtualização dos julgamentos reconhecem que tribunais tradicionais possuem determinadas qualidades – transparência sendo uma das principais – que não podem ser replicadas em julgamentos virtuais⁴³.

Em terceiro lugar, a deliberação externa é decorrência direta das garantias conferidas às instituições e profissões que atuam em conjunto com o Poder Judiciário na prestação jurisdicional e no acesso à justiça. Assim, o art. 133 do texto Constitucional garante à figura do advogado o papel de agente “indispensável à administração da justiça”. Essa garantia, obviamente, se estende também aos advogados públicos (art. 132) e todos os demais que atuam nessa capacidade perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, não há como o Poder Judiciário alcançar suas finalidades constitucionais se a atuação dos advogados – tantos públicos quanto privados – é reduzida de tal forma que não participa ou não influi verdadeiramente na condução do processo. Da mesma forma, o art. 134 garante à Defensoria Pública o papel de agente “essencial à função jurisdicional do Estado”, de forma que sua atuação perante o Poder Judiciário não pode ser tolhida ou relativizada.

É exatamente o que ocorre no âmbito de Plenário Virtual. Com efeito, a participação dos advogados e representantes das partes ficou reduzida ao envio de um arquivo eletrônico até 48 horas antes do julgamento. Trata-se, como fica claro pela leitura, da conclusão a que se chega pelo disposto no próprio Regimento Interno do STF. Veja-se:

“Art. 21-B. Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

[...] § 2º Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas neste regimento interno, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.”

Como se verifica, a garantia constitucional das “funções essenciais à Justiça” restou limitada substancialmente. Nesse sentido, pode-se efetivamente questionar se o papel dos advogados, defensores e demais representantes, expressamente garantidos na Constituição como “essenciais à prestação jurisdicional” ou, mesmo, “essenciais à justiça” está sendo violado pela atual sistemática do Plenário Virtual. A leitura do dispositivo do RISTF acima transcrito indica que a resposta é afirmativa. Reduziu-se de tal forma a atuação dos defensores e advogados que a deliberação externa, aquela realizada com agentes que não fazem parte do órgão decisor, foi anulada por completo ou de forma

43 Referindo a garantia de que, em qualquer caso e estágio do processo, os juízes devem ter o poder de enviar o julgamento para um tribunal presencial ou, ainda, que existam recursos das decisões dos tribunais virtuais para tribunais presenciais. Cf. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 194 e ss.

drástica. Basta se pensar na figura da *questão de ordem* levantada por advogados e defensores, tantas vezes ocorrida em julgamentos perante o Supremo Tribunal Federal para esclarecer algum fato ou corrigir informação relevante. No âmbito do Plenário Virtual ela simplesmente inexistente. Idealmente, deve-se pensar em estruturar as instituições de forma a assegurar que a deliberação ocorra dentro de uma esfera pública grande e heterogênea o suficiente, que impeça que pessoas que pensam da mesma forma possam se encastelar e se blindar de quaisquer posições divergentes⁴⁴. No caso do Plenário Virtual, intencionalmente ou não, os julgadores recebem pouca ou nenhuma influência das partes envolvidas e dos agentes e atores sociais interessados e afetados pela eventual decisão. Nesse sentido, a deliberação externa tem como função permitir que o Tribunal receba o máximo de informações possíveis, de verificar quais as razões e quais os fundamentos constitucionais são mais adequados para a solução do caso colocado perante o STF. Delibera-se com todos para melhor decidir.

Na sistemática do Plenário Virtual, há decisão com baixíssima ou sem qualquer deliberação externa relevante.

5. CONCLUSÃO

“Confidence [in the process] is gained not only from knowing the result is correct or the best available; it is gained to a large degree by examining the procedures which have led to it.”⁴⁵

As considerações acima permitem chegar a algumas conclusões.

Como visto, a deliberação compreende um debate reflexivo, no qual razões internas e externas se complementam, para identificar o problema, definir as soluções possíveis e a escolha das razões e fundamentos que indicam a melhor e mais adequada de todas essas posições. A deliberação precede a decisão final e está nas últimas fases de tomada de decisão judicial⁴⁶. Por isso, não se deve confundir deliberação com votação. Delibera-se para poder decidir.

Em órgãos colegiados, cuja deliberação é pressuposta, delibera-se para poder votar. Ainda que os votos sejam proferidos de maneira individual, algum tipo de deliberação entre os votantes sempre se mostra necessária. A transformação de votação em mera soma de posições individuais acaba por minar a própria legitimidade das decisões dos Tribunais Constitucionais. Como visto, no Plenário Virtual, é exatamente isso que se tem.

44 SUNSTEIN, Cass. *Deliberative trouble? Why groups go to extremes*. *The Yale Law Journal* vol. 110, 2000, p. 105; *idem*. *The law of group polarization*. *The Journal of Political Philosophy* vol. 10, n. 2, 2002, p. 175.

45 GALLIGAN, D. J. *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon, 1996, p. 66.

46 WRUBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 38.

Reconhece-se o extraordinário da situação imposta pela pandemia. No entanto, como afirma Gallagan

“o melhor que uma sociedade pode fazer é reconhecer que procedimentos inadequados e imperfeitos levam à negação de direitos e à ocorrência de riscos morais. Todo esforço deve ser feito para elaborar os melhores procedimentos possíveis dentro dos recursos disponíveis.”⁴⁷

A pergunta que deve ser feita é se o Plenário Virtual é, efetivamente, o melhor procedimento de que dispomos para continuar a prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal em tempos de pandemia. As considerações prévias sobre os déficits deliberativos, interno e externo, indicam que a resposta é negativa. A ausência de deliberação no âmbito de Plenário Virtual viola diversos dispositivos constitucionais, como acima analisado. No entanto, ela faz mais do que isso.

A ausência de deliberação, quer interna quer externa, causada pelo Plenário Virtual acaba por minar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal e, por consequência direta, acaba por minar a legitimidade do próprio Tribunal. Em democracias como a brasileira, a mais alta Corte de Justiça não pode ter sua legitimidade e sua autoridades diminuídas, pois, conforme lição de Schmidt-Aßmann,

“O processo bem ordenado é um pressuposto da transparência das decisões estatais, e a confiança na ordem jurídica é um requisito fundamental da liberdade.”⁴⁸

Pode-se finalizar lembrando as lições de dois grandes juristas. Em 1928, Hans Kelsen, defendeu que a “publicidade era recomendada” e que ela deveria ser um elemento central da jurisdição constitucional, pela própria natureza dos julgamentos constitucionais e por estarem em jogo interesses da mais alta relevância. Assim se manifestou

“O interesse público nas questões que ocupam o Tribunal Constitucional é tão grande que a publicidade do julgamento, que só pode ser garantida plenamente por audiências públicas perante o Tribunal, não deve, em princípio, ser excluída. Pode até valer a pena considerar se as deliberações dos juízes sobre os julgamentos devem ser realizadas publicamente.”⁴⁹

Quase cem anos depois, o mesmo foi defendido por um reconhecido constitucionalista brasileiro, o hoje Ministro Roberto Barroso, nos seguintes termos:

47 GALLIGAN, D. J. *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon, 1996, p. 116.

48 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Berlin: Springer, 1998, p. 40.

49 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In: TRIEPEL, Heinrich; e LAYER, Max. *Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928*. Berlin: de Gruyter, 1929, p. 76-77.

“Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem-intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.”⁵⁰

Tanto Hans Kelsen quanto o Ministro Roberto Barroso estão certos.

Errado está o Plenário Virtual.

6. BIBLIOGRAFIA

ADAMY, Pedro. Complexidade, simplificação e divulgação do direito tributário – Komplexität, Vereinfachung und Verbreitung des Steuerrechts. In: KUNZ, Lena; MESE, Vivianne Ferreira (org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis* vol. 5, n. 1. Rio de Janeiro, 2012.

CASSESE, Sabino. Intervento. In: PASQUINO, Pasquale; e RANDAZZO, Barbara. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*. Milão: Giuffrè, 2009.

_____. *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*. Milão: Mulino, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review* vol. 151, n. 5, 2003.

FEREJOHN, John; e PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review* vol. 82, 2004.

50 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis* vol. 5, n. 1. Rio de Janeiro, 2012, p. 23-24.

_____. Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional justice: East and West*. Haia: Kluwer, 2002.

FINNIS, John. "Public reason" and moral debate. In: FINNIS, John. *Reason in action*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GALLIGAN, D. J. *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon, 1996.

GRIMM, Dieter. The German Constitutional Court. In: PASQUINO, Pasquale; e RANDAZZO, Barbara. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*. Milão: Giuffré, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992.

HAREL, Alon. The rule of law and judicial review. In: DYZENHAUS, David (org.). *Recrafting the rule of law: the limits of legal order*. Oxford: Hart, 1999.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung. In: SCHERZBERG, Arno. *Kluges Entscheiden: disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

HUTCHINSON, Allan. The rule of law revisited: democracy and courts. In: DYZENHAUS, David (org.). *Recrafting the rule of law: the limits of legal order*. Oxford: Hart, 1999.

KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: TRIEPEL, Heinrich; e LAYER, Max. *Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928*. Berlin: de Gruyter, 1929.

KRANENPOHL, Uwe. *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*. Wiesbaden: VS Verlag, 2010.

_____. Interne Einflussfaktoren auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. In: VAN Ooyen, Robert; MÖLLERS, Martin (orgs.). *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*. 2. ed. Wiesbaden: Springer, 2015.

LATORRE, Massimo. *Constitutionalism and legal reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007.

LIMBACH, Jutta. Arbeit im Bundesverfassungsgericht. In: Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts (org.). *Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Architektur und Rechtsprechung*. Basel: Birkhäuser, 2004.

LUCAS, J. R. On process for resolving disputes. In: SUMMERS, Robert S. (ed.). *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MOLLERS, Christoph. Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts. In: JESTAEDT, Matthias et alli. *Das entgrenzte Gericht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2011.

ÖHLINGER, Theo. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie – Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung. In: KONRAD, Arno et alli. *Recht, Politik, Wirtschaft. Dynamische Perspektiven – FS für Norbert Wimmer*. Viena: Springer, 2008.

PASQUINO, Pasquale. Voter et délibérer. *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLV, n. 136, 2007.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Political liberalism. Expanded edition*. Nova York: Columbia University Press, 2003.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Berlin: Springer, 1998.

SILVA, Virgilio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law* vol. 11, 2013.

_____. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies* vol. 9, 2017.

SUNSTEIN, Cass. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *The Yale Law Journal* vol. 110, 2000.

_____. The law of group polarization. *The Journal of Political Philosophy* vol. 10, n. 2, 2002.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

VOGEL, Klaus. *Verfassungsrechtsprechung zum Steuerrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Berlin: de Gruyter, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the case against judicial review. *Yale Law Journal* vol. 115, 2006.

WROBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Springer, 1992.