

Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal

Scattered Arguments in Federal Supreme Court

Fábio Carvalho Leite*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Marcelo Santini Brando**

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

“Crítica? Vossa Excelência está admitindo que está fazendo uma crítica!? Na academia é válida a crítica; aqui não é válida. Aqui ninguém é aluno de ninguém. (...) Então Vossa Excelência não faça crítica ao meu voto! Não admito!”¹

1. Introdução

Difícilmente alguém discordaria que o Supremo Tribunal Federal (STF) alcançou patamar de proeminência no jogo político brasileiro. Questões que estampam as manchetes dos jornais são constantemente levadas à Corte para serem decididas, tais como aquelas envolvendo antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos (ADPF 54), igualdade racial (RE 597.285), liberdade de expressão (HC 82.424 e 83.996), de informação (ADPF 130)

* Doutor em Direito Público (UERJ), Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC-Rio. E-mail: fabiojur@puc-rio.br

** Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: marcelosantinibrando@yahoo.com.br

1 Manifestação feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski durante debate com o Ministro Gilmar Mendes na sessão plenária de 17/10/2012 referente à Ação Penal nº 470. Vídeo disponível no portal G1: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/10/lewandowski-e-gilmar-mendes-trocam-criticas-em-sessao-do-stf.html> - acesso em 17/10/2012.

e de reunião (ADPF 187), intervenção do estado no domínio econômico (ADPF 46), democracia e sistema partidário (ADIs 3.999 e 4.086), etc. A lista é extensa e as menções são feitas com caráter meramente exemplificativo.

No entanto, junto com as manchetes de jornais e o reconhecimento do papel desempenhado pela Corte no jogo político vêm os questionamentos dos mais variados setores da sociedade, fator natural numa democracia plural como a brasileira. E os problemas começam quando alguém se indaga sobre qual é a posição firmada pelo STF em casos como o da ADI 3.510, na qual se discutiu a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, ou da ADI 2.591, na qual a Corte se debruçou sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais bancárias. Acadêmicos e juristas práticos recorrerão à ementa do julgado, mas essa estratégia pode ser traiçoeira, como demonstraram Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso. As autoras, que analisaram esses e outros casos, apontaram a impossibilidade de se identificar na ementa dos julgados o que foi efetivamente decidido pelo tribunal. Não havia *ratio decidendi* na ADI 3.510, apesar da unanimidade formada em torno da conclusão do julgamento. Já a ADI 2.591 foi um caso ainda mais curioso, pois foram opostos embargos à decisão sob o fundamento de que a ementa, redigida pelo relator (como tem sido a regra), não refletia a decisão da Corte, uma vez que a certidão de julgamento afirmava a improcedência total do pedido, enquanto a ementa afirmava a procedência parcial. Antes fosse apenas este o problema. Ao longo do julgamento dos embargos ficou claro que, contrariando a afirmação do relator, não havia sequer um ponto em relação ao qual os ministros estivessem de acordo e, curiosamente, o tribunal acabou rediscutindo o caso e elaborando uma nova ementa, “dessa vez reflexo do (novo) julgamento”².

Embora em muitos casos a ementa possa representar uma síntese fidedigna do que foi decidido pelos ministros em conjunto, verifica-se que uma análise mais cautelosa do inteiro teor de alguns acórdãos pode revelar que não há uma *opinião da Corte* porque cada ministro decidiu isoladamente sem a preocupação de relacionar seu voto com o de seu antecessor na própria sessão de julgamento ou até mesmo com o do relator³. Aqui entra

2 VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO 2009, p. 35.

3 KLAFKE 2010; RODRIGUEZ 2013, p. 79.

em cena o fenômeno da *dispersão de fundamentos*⁴, que pode ser definido como a formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, “julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos. Assim, apesar de formada a maioria decisória pela declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma objeto do controle, torna-se difícil, por vezes impossível, extrair a *ratio decidendi* ou a opinião majoritária da Corte sobre aquilo que fundamenta o resultado. Parece que o fenômeno não tem atraído a atenção da academia em geral⁵, mas já levou ministros do próprio STF⁶ e alguns teóricos do direito constitucional a afirmarem que o STF é composto por “onze ilhas”⁷ – expressão que simboliza a perplexidade que o fenômeno gera.

A proposta deste artigo é tentar identificar as potenciais causas desse fenômeno e discuti-lo criticamente do ponto de vista normativo. O artigo está estruturado da seguinte forma: no próximo tópico (2) tentaremos identificar as possíveis causas do fenômeno da dispersão de fundamentos. No tópico 3 ensaiaremos uma discussão normativa enquadrando o problema na tradicional questão acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade numa democracia. Ainda no tópico 3 introduziremos algumas questões oriundas das ciências cognitivas e da psicologia moral para iluminar o assunto a partir de um novo ponto de vista sobre o problema. No final (tópico 4) serão apresentadas as conclusões da investigação aqui conduzida.

4 Expressão usada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 92.566-SP ao referir-se ao julgamento do RE nº 466.343-SP.

5 O fenômeno não é novo e não ocorre só no Brasil, tendo sido observado em outros sistemas jurídicos, como salientou Frederick Schauer (SCHAUER, 2009, pp. 53 e 172-173).

6 Em projeto de inestimável valor histórico, a Fundação Getúlio Vargas coordenou e realizou entrevistas com os ministros do Supremo Tribunal Federal, ativos e inativos, reunindo o material coletado na publicação intitulada *História Oral do Supremo*. No sentido do texto, enfatizando o isolamento dos ministros, vejam-se as entrevistas concedidas pelos ex-ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Cezar Peluso.

7 É o caso de Conrado Hübner Mendes, que publicou no jornal Folha de São Paulo o artigo intitulado: “Onze ilhas”. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm> - acessado em 11/07/2012.

2. O que leva à ocorrência da dispersão de fundamentos?

O que leva à ocorrência da dispersão de fundamentos decisórios? Será que há algo de peculiar nos julgamentos das ações diretas que explique a dispersão de fundamentos? Neste tópico tentaremos dar conta dessas questões. Para tanto, faremos um exercício analítico dos possíveis elementos que se apresentam quando o STF julga uma ação direta e o resultado proclamado, seja por maioria ou por unanimidade, não é suficiente para esclarecer o que levou à decisão tomada. Depois de isolar alguns elementos, discutiremos brevemente qual é a relação entre eles e o fenômeno estudado.

Ao pensarmos no problema da dispersão de fundamentos podemos lançar mão de uma série de pistas que talvez ajudem a explicá-lo com maior ou menor sucesso. Sabemos que o STF extrai sua competência de regras previstas na Constituição (art. 102). Também sabemos que o processo e o julgamento das ações diretas são regulados por regras constitucionais (como, por exemplo, o § 2º do art. 102 e os §§ 1º e 3º do art. 103 da Constituição) e legais (Leis nº 9.868/99 e 9.882/99), além de o *quorum* de deliberação também estar previsto na Constituição (art. 97). Também podemos recorrer às regras do Regimento Interno do STF para ver como a Corte, internamente, decidiu lidar com certos assuntos. Abordar a questão a partir dessas pistas parece promissor, uma vez que os ministros seguem regras constitucionais, legais e até regimentais para processar e julgar as ações diretas.

Como procuramos explicar a dispersão de fundamentos dentro de uma maioria ou unanimidade, é interessante começar a investigação pela regra que dispõe sobre como é formado o *quorum* no julgamento das ações diretas. O art. 97 da Constituição estabelece que a inconstitucionalidade de uma norma só pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do STF – o que não é muito significativo para o problema específico que analisamos. Aquilo que a regra não diz é muito mais significativo: como essa maioria será formada? A prática consolidada no art. 173 do Regimento Interno do STF⁸ é no sentido de que apenas a conclusão – e não a fundamentação – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma seja levada em consideração. Chamaremos essa prática consolidada de *re-*

8 Dispõe o art. 173 do Regimento Interno do STF: “Art. 173. Efetuado o julgamento, com o quorum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros” (grifei).

gra de maioria decisória simples (RMDS). A RMDS afirma que no julgamento das ações diretas os fundamentos apresentados pelos ministros não têm relevância para a formação do *quorum* decisório.

A regra aqui analisada não é propriamente virtuosa ou perniciosa, visto que parece atender adequadamente a meta de operacionalizar as atividades da Corte. É possível conceber cenários em que regras diferentes sejam empregadas a fim de assegurar outros propósitos. Por exemplo, suponha uma regra que somente considere formada a maioria quando houver convergência em torno dos fundamentos da decisão. Tal regra teria o potencial efeito de frear as atividades da Corte, que se veria diante da tarefa de formar consenso em torno dos fundamentos da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Portanto, vê-se que esse tipo de escolha institucional é de caráter contingente e contextual. O atual modelo tem implicações práticas (talvez dê uma maior operacionalidade à atividade da Corte), mas o essencial é destacar que a RMDS contribui com o fenômeno discutido: se os fundamentos não importam, aumentam as chances de dispersão.

Outro elemento que parece desempenhar algum papel na dispersão de fundamentos é o reconhecimento e prática pelo STF do “princípio da causa de pedir aberta” nas ações de inconstitucionalidade (ADI e ADPF)⁹. De acordo com esse princípio, uma vez admitido o processamento da ação¹⁰, o STF tem ampla margem para apreciar a questão constitucional. Embora o STF já tenha restringido o princípio ao não admitir que se discuta vício material em ação direta ajuizada com alegação de vício formal¹¹, fato é que ainda há uma ampla margem de apreciação. Dentro dessas limitações, o princípio da causa de pedir aberta permite, ao menos teoricamente, que

9 A rigor, a causa de pedir aberta não se aplica à ADC (LEITE, 2014).

10 No julgamento da ADI nº 3.789 AgR/PR em 18/12/2014 (Rel. Min. Teori Zavaski) a Corte reafirmou o entendimento no sentido de que a abertura da causa de pedir “*não desincumbe o requerente do ônus de apresentar os fundamentos pelos quais pretende obter a invalidação dos preceitos contestados*”. O parecer do Procurador-Geral da República, citado pelo Min. Relator, assim pontuou: afirmada a inconstitucionalidade de certa Lei, não está o STF obrigado a cotejá-la com cada artigo da Constituição, de modo a identificar se ocorria violação a parâmetro constitucional não invocado na inicial. A petição inicial que não atender ao requisito mínimo de indicação do parâmetro de controle sequer será admitida e, conseqüentemente, não incidirá o princípio da causa de pedir aberta.

11 “Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma” (ADI 2182-DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relatora p/ Acórdão: Min. CARMEN LÚCIA, julgada em 12/05/2010, grifou-se).

o STF reconheça a inconstitucionalidade com base em qualquer norma constitucional.

Também esse princípio não é em si mesmo virtuoso ou pernicioso. É possível conceber outros modelos com vantagens e desvantagens em relação à atual prática do STF. Por exemplo, pode-se imaginar uma regra de estrita vinculação ao pedido e à causa de pedir que poderia ser reportada a um modelo institucional que preserva com maior intensidade a separação de poderes e a presunção de constitucionalidade dos atos do poder público. Ao se deparar com a petição inicial de uma ação de inconstitucionalidade com pedido e causa de pedir específicos, estaria o STF impedido de investigar outros possíveis fundamentos. Somente nos casos em que o requerente viesse a apresentar sólida demanda de inconstitucionalidade com fundamentos e pedidos delineados é que estaria o STF autorizado a invalidar um ato do poder público. Uma vez mais a escolha é contingente e contextual. O atual modelo tem suas implicações políticas (talvez uma atribuição de maior poder à Corte) e jurídicas (talvez uma maior garantia à Constituição), mas o essencial é destacar que contribui com o fenômeno discutido: se a busca pelos fundamentos pode ser ampla, aumentam as chances de dispersão.

Um último elemento que parece desempenhar algum papel na ocorrência do fenômeno da dispersão de fundamentos é inerente ao texto constitucional: a indeterminação relativa da Constituição. Antes de avançarmos, é preciso enfatizar que ao reconhecermos que o direito pode ser indeterminado, tomamos o cuidado de não induzir o leitor ou a leitora a acreditar que sustentamos a *absoluta* indeterminação do direito. Diversas podem ser as causas que ensejam os problemas de indeterminação do direito: vagueza linguística, *sobreinclusão* e *subinclusão* de instâncias de aplicação de regras gerais, antinomias normativas, conflitos entre cânones interpretativos, lacunas normativas, e o fenômeno da textura aberta da linguagem. Examinemos duas delas para esclarecer o argumento.

Vagueza é uma característica indelével da linguagem e, por extensão, de parte do direito¹². A Constituição de 1988 incorpora conceitos vagos cujas fronteiras de aplicação podem se revelar imprecisas. Pense nos seguintes exemplos. Quais são os conjuntos de propriedades que devem estar presentes para a aplicação dos conceitos de dignidade da pessoa humana (art.

12 STRUCHINER, 2005, pp. 113-118.

1º, inciso III), tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III), discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI) e pena cruel (art. 5º, XLVII, alínea 'e')? Ou dos conceitos de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), redução das desigualdades/disparidades regionais e sociais (arts. 3º, III; 43; 165, § 7º; 170, VII; e 198, § 3º, inciso II) e proibição de utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, inciso IV)? Ou ainda dos conceitos de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV) e inviolabilidade da honra e da imagem (art. 5º, inciso X)? Abstraindo-se o grau de vagueza de cada um desses exemplos, parece que a imprecisão nessas fronteiras conceituais aumenta as chances de dispersão de fundamentos.

Além disso, é possível que duas ou mais normas constitucionais coincidam no processo decisório ou entrem em conflito em relação à questão constitucional. Por exemplo, na discussão concernente à antecipação terapêutica de fetos com anencefalia é concebível a montagem de estratégias argumentativas baseadas na dignidade humana e no direito à privacidade da gestante, ou na discussão acerca dos elementos do tipo penal que criminalizam o aborto (introduzindo uma questão acerca dos limites do poder estatal de criminalizar condutas), ou até mesmo nas noções mais vagas de razoabilidade e proporcionalidade¹³. Nesses e noutros casos¹⁴ não haveria uma norma mais localmente aplicável cujo apelo textual ensejaria sua incidência e a correlata exclusão de outras do raciocínio decisório, aumentando as chances de dispersão.

Assim como nos elementos anteriores, não há nada de particularmente virtuoso ou pernicioso no reconhecimento de que o texto constitucional é marcado por certo grau de indeterminação. Aqui também entra o problema de escolhas contingentes e contextuais. O que é preferível? Elaborar uma Constituição dotada de normas mais vagas, conferindo-lhe plasticidade e adaptabilidade frente às pressões sociais, econômicas e culturais? Ou elaborar uma Constituição dotada de normas mais precisas, conferindo-lhe rigidez e indiferença frente a essas pressões? Não pretendemos responder a essas questões. Basta lembrar que a Constituição de 1988 é muitas vezes

13 Não estamos afirmando que o STF usou ou deveria ter usado essas estratégias. Apenas quisemos apresentar um rol de estratégias possíveis a partir do atual contexto jurisprudencial da Corte.

14 Há exemplos clássicos como aqueles que envolvem o conflito entre direitos fundamentais: liberdade de expressão ou liberdade de informação vs. inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

destacada por ter contemplado uma série de direitos em normas vagas (os chamados princípios), o que também contribui com o fenômeno discutido: se a indeterminação relativa do texto constitucional dificulta que se determinem as fronteiras de aplicação de conceitos, logo aumentam as chances de dispersão.

Recapitulando, parece que há pelo menos três elementos presentes nos julgamentos do STF marcados pelo fenômeno da dispersão de fundamentos: RMDS + causa de pedir aberta + indeterminação relativa do texto constitucional. O primeiro decorre do que o art. 97 da Constituição não diz; o segundo decorre da jurisprudência do STF acerca da natureza objetiva do processo de julgamento das ações diretas; e o terceiro decorre da natureza da linguagem constitucional.

A partir de agora é importante investigar outra questão: qual é a relação entre esses elementos? Seria possível a ocorrência de dispersão de fundamentos ainda que (a) a formação da maioria dependesse dos fundamentos, (b) a causa de pedir fosse “fechada”, e (c) o texto constitucional fosse composto apenas por normas precisas? É difícil imaginar a dispersão nesse cenário, mas isso também não diz muito porque dificilmente uma Corte constitucional trabalha sob tais circunstâncias. Intuitivamente parece que o elemento mais forte da equação está na RMDS, mas é possível fazer alguns experimentos mentais para testar o papel desempenhado pelos demais.

Imagine um cenário em que a causa de pedir fosse “fechada”, parte do texto constitucional indeterminada, mas a formação da maioria seguisse a RMDS. Nesse caso, é possível que haja dispersão de fundamentos, porque causa de pedir “fechada” não é a mesma coisa que uma única causa de pedir. Significa que a Corte não poderá buscar livremente outros fundamentos para a decisão, mas nada impede que a petição inicial da ação direta ofereça aos ministros dois ou mais fundamentos. De todo modo, a circunscrição da atividade da Corte aos fundamentos apresentados pelo requerente parece ser elemento que diminui a possibilidade de dispersão.

Agora imagine um cenário em que o texto constitucional fosse todo preciso, a causa de pedir fosse aberta, mas a formação da maioria seguisse a RMDS. A dispersão de fundamentos ainda é possível, dado que a precisão do texto constitucional não impede divergências em torno dos fundamentos da decisão na ação direta. O requerente pode apresentar mais de uma razão para se reconhecer a inconstitucionalidade formal de uma norma: ofensa à regra de competência da União para legislar sobre

direito civil e ofensa ao procedimento legislativo. Mas o fato é que certas polêmicas – e as correlatas dispersões de fundamentos – ocorrem exatamente nas zonas de indeterminação do direito, razão pela qual a ideia de uma Constituição mais precisa parece realmente sugerir que as chances de dispersão seriam menores.

Resultado diferente parece que adviria se a RMDS fosse transformada numa regra de maioria decisória vinculada aos fundamentos (RMDVF). Tal regra demandaria que a conclusão alcançada pelos ministros fosse amparada pela concordância em torno dos fundamentos dessa conclusão. Veja-se que nesse cenário não parece importar se o texto constitucional é determinado, nem se a causa de pedir é aberta ou fechada. A RMDVF afirma que no julgamento das ações diretas os fundamentos apresentados pelos ministros têm relevância para a formação do *quorum* decisório. O exemplo a seguir foi construído a partir do julgamento da ADI nº 1.950 pelo STF e ilustra bem o argumento aqui desenvolvido.

O objeto da ADI 1.950 era a Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo, que assegurava a estudantes matriculados em estabelecimento de ensino um desconto de 50% do valor cobrado para ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso votaram pela procedência da ação, mas por fundamentos distintos (ao menos inicialmente). Enquanto Marco Aurélio entendia que, embora o Estado tivesse competência para legislar sobre a matéria (art. 24, I), a lei violava a livre iniciativa (art. 170) – inconstitucionalidade material –, Cezar Peluso entendia que a lei estava “interferindo em contratos”, razão pela qual a competência legislativa seria da União (Art. 22, I) – inconstitucionalidade formal. Suponha que dois ministros tivessem acompanhado o Min. Marco Aurélio, outros dois tivessem acompanhado o Min. Cezar Peluso, e os demais entendessem que a lei é constitucional. Haveria neste caso seis votos (maioria, portanto) pela procedência da ação, o que pela RMDS seria suficiente para se declarar a inconstitucionalidade da lei (6x5) com eficácia *erga omnes*.

No entanto, aplicada a RMDVF, teríamos outro cenário: cinco ministros entendem que a lei é constitucional (por ser matéria de competência concorrente – art. 24, I – e não violar a livre iniciativa – art. 170), três entendem que é inconstitucional por violar a livre iniciativa (embora o Estado tenha competência para legislar sobre o tema) e três entendem que é inconstitucional porque o Estado não tem competência para legislar sobre o tema (embora não viole a livre iniciativa). A diferença, neste caso, fica vi-

sível se considerarmos que, sob o aspecto formal, oito ministros entendem que a lei é constitucional (e o Estado tem competência para legislar sobre o tema) e sob o aspecto material, também oito ministros entendem que a lei não viola o princípio da livre iniciativa. Assim fica claro o impacto que a adoção de uma ou outra regra de formação da maioria decisória tem no controle de constitucionalidade.

A RMDS é a regra vigente no processo decisório do STF e parece exercer papel significativo na ocorrência do fenômeno da dispersão de fundamentos. É enganoso pensar que a causa de pedir aberta e a indeterminação parcial do texto constitucional seriam condições necessárias e suficientes para a ocorrência do fenômeno, mas isso não significa que esses elementos desempenhem papel diminuto. Ao contrário, parece haver uma correlação entre a presença deles e a ocorrência do fenômeno da dispersão de fundamentos. Sem pretensões de formalizar o argumento de maneira rigorosa, parece possível afirmar que a presença dos elementos acima identificados aumenta as chances de o julgamento do STF ser marcado pelo fenômeno da dispersão de fundamentos. Essa é uma calibragem difícil de medir, mas não é impossível testá-la na realidade a partir da análise das estratégias argumentativas dos ministros.

Após a análise, parece possível responder às perguntas: o que leva à ocorrência da dispersão de fundamentos decisórios? Será que há algo de peculiar nesses julgamentos que explique a dispersão de fundamentos? Como se viu, parece que a dispersão de fundamentos decisórios é fenômeno que ocorre pela presença necessária da RMDS associada à presença contingente do princípio da causa de pedir aberta e da indeterminação relativa do texto constitucional.

Identificadas as causas do fenômeno, é hora de discuti-lo criticamente do ponto de vista normativo.

3. Por que o fenômeno da dispersão de fundamentos não é desejável?

3.1. Revisitando o debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade

No tópico anterior analisamos as variáveis que se apresentam no problema da dispersão de fundamentos no julgamento das ações de controle de constitucionalidade. Agora voltaremos nossa atenção para as possíveis consequências desse fenômeno e suas implicações normativas. Por exem-

plo, Guilherme Formigoni Klafke¹⁵ analisou e comparou sete decisões do STF tomadas em julgamentos de ações diretas para tentar identificar as práticas decisórias adotadas pela Corte. Dentre os diversos problemas listados, o autor menciona a ausência de uma racionalidade comum¹⁶. Semelhante crítica foi feita por Vojvodic, Machado e Cardoso ao afirmarem que “a leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função” de controle democrático das decisões¹⁷.

Essas evidências preliminares fornecem a ponte que permite avançar da investigação do campo descritivo-conceitual para o campo normativo. Enquadrando a investigação aqui conduzida na tradicional discussão da teoria constitucional acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade frente ao princípio democrático, surge a pergunta: como pode uma Corte invalidar uma lei aprovada pelo Congresso mediante processo decisório baseado na simples soma de votos independentemente dos fundamentos? Será que é legítimo admitir que a Corte invalide uma norma com base em uma maioria que, em si, não constitui maioria alguma? Será que é desejável que as ações diretas sejam decididas sem qualquer influência da fundamentação empregada pelos ministros?

Em uma série de três artigos, Conrado Hübner Mendes¹⁸ faz um interessante inventário da discussão que aqui aparece como pano de fundo. De maneira resumida, o autor esclarece que o debate normativo sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade se encontra paralisado num beco sem saída diante do esgotamento dos argumentos favoráveis e contrários às teorias da última palavra¹⁹. Essas teorias se dividem entre a supremacia judicial e a supremacia do parlamento na democracia, ambas partindo de suposições acerca da natureza humana, do lugar da moralidade e da razão nos determinantes do comportamento humano, da racionalidade da tomada de decisão coletiva, etc.²⁰. De um lado, autores como Ronald Dworkin são partidários da supremacia judicial e se engajam na

15 KLAFKE, 2010.

16 KLAFKE, 2010, pp. 117-121.

17 VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO, 2009, p. 25.

18 MENDES, 2009a, 2009b e 2011.

19 MENDES, 2009a, p. 1.

20 MENDES, 2009a, p. 6.

discussão normativa a partir de uma pintura idealizada da atividade judicial e uma caricatura desonrosa da atividade legislativa. De outro lado, partidários da supremacia do parlamento, inspirados na literatura da ciência política, buscam apresentar um retrato mais fidedigno dessas atividades, mas enaltecem as virtudes do parlamento, como Jeremy Waldron²¹.

De acordo com Mendes, o paradigma da teoria constitucional é de confronto: um juiz heroico e defensor dos direitos contra um legislador egoísta e venal; ou um juiz legalista e ideológico contra um legislador virtuoso e preocupado com o bem comum²². Esse é o beco sem saída. Afirmar o extremo oposto – “não há última palavra” – também não resolve o problema, pois ignora certos fatos relevantes acerca das decisões coletivas tomadas: todas têm um custo político e consomem certos fatos que se tornam irreversíveis²³.

Para o autor, o problema central em torno da modelagem de instituições políticas e jurídicas é encontrar um ponto de equilíbrio entre continuidade e fim. Há uma infundável circularidade no processo de tomada de decisão coletiva que dá à ideia de última palavra um sentido limitado. E se há um limite na ideia última palavra, então definir quem deve tê-la talvez seja uma questão menor. Para Mendes, o ponto central é tentar entender como a separação de poderes pode ser empregada com a finalidade de melhorar o processo de tomada de decisão coletiva²⁴. Mendes afirma: “*Decisões coletivas em torno dos direitos não são alcançadas isoladamente, seja pelo parlamento ou pela Corte, mas pela interação entre eles*”²⁵. Mendes se inspira na visão de John Stuart Mill sobre liberdade de expressão para sustentar uma posição que chama de separação de poderes deliberativa²⁶.

As limitações deste trabalho não permitem grandes divagações acerca das teorias do diálogo institucional, mas parece interessante pensar no tema aqui analisado a partir do quadro teórico montado por Conrado Hübner Mendes e da prática da Corte. Como afirmado no item anterior, a RMDS é o resultado de uma escolha contingente e contextual, não sendo

21 MENDES, 2009a, pp. 6-7.

22 MENDES, 2009a, p. 40.

23 MENDES, 2009a, p. 41.

24 MENDES, 2009a, pp. 41-42.

25 MENDES, 2009a, pp. 41-42.

26 MENDES, 2011.

intrinsecamente (in)desejável. Sua adoção em um sistema jurídico deverá ser o resultado do balanceamento de suas vantagens e desvantagens, bem como dos propósitos escolhidos na modelagem do sistema. Aqui ficou claro que a RMDS tem a virtude de operacionalizar a tomada de decisão no âmbito do STF, evitando-se o emperramento de suas atividades ou, pior, a paralisia decisória. Apesar dessa virtude, a RMDS gera problemas que parecem superar as razões para se adotá-la como regra sobre a formação do *quorum* decisório.

3.2. O problema da resposta certa

O primeiro problema diz respeito à atuação da Corte no exame de causas envolvendo direitos fundamentais e sua suposta proximidade com a “resposta certa”. Como esclarece Conrado Hübner Mendes, normalmente os defensores da supremacia judicial partem de visões idealizadas acerca da atividade desempenhada numa Corte constitucional ou, de maneira mais abrangente, da atividade dos juízes. O argumento tradicionalmente se desenvolve da seguinte maneira: a Corte seria menos falível na defesa de direitos e garantias fundamentais e conseguiria se aproximar da “resposta certa” porque os juízes trabalham num ambiente que os obriga a apresentar justificações racionais para suas decisões, rotina que reduziria a probabilidade de erros²⁷.

Abstraindo-se a polêmica metaética entre cognitivistas e não-cognitivistas que está por trás da tese da “resposta certa” nos casos difíceis moralmente carregados²⁸, é difícil sustentar que o STF “acerta” ou “erra” quando não é possível determinar em torno de que os ministros acordaram. O simples fato de terem que apresentar as justificações racionais para suas decisões não reduz as chances de erro, pelo menos se encararmos a prática da Corte. Não raro os ministros apresentam a seus pares longuíssimos votos²⁹ que elevam o grau de abstração das discussões constitucionais, entrelaçando-as com conceitos como dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça social. Todavia, cada ministro decide isoladamente³⁰ sem a preocupação

27 MENDES, 2009a, pp. 22-23.

28 MILLER, 2003.

29 A título de exemplo, vejam-se os acórdãos e os respectivos votos proferidos em ADPF 54, ADI 3.510, ADI 4.277, ADPF 132, ADPF 130, ADI 3.330, etc.

30 O isolamento dos ministros parece ser a forma como eles mesmos enxergam o funcionamento da Corte. Em entrevista concedida ao grupo de pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas, o ex-ministro Sepúlveda

de relacionar seu voto com o do relator ou de seu antecessor na própria sessão de julgamento, bem como com qualquer fundamento contido em outro pronunciamento³¹. Por vezes, quando tais referências são feitas, elas são “superficiais, dispensáveis ou meramente elogiosas”³². Como observou José Rodrigo Rodriguez, a Corte não se reúne para redigir sua decisão de maneira ordenada em um texto coerente acompanhado dos eventuais votos dissidentes. Tem-se o que ele chamada de *justiça opinativa*³³. Ainda que a Corte “acerte” no resultado e declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo – suponha-se que a comunidade de operadores do direito esteja de acordo que este é o resultado correto –, não seremos capazes de extrair a *ratio decidendi* do acórdão. A RMDS permite que esse cenário indesejável se forme e a proximidade com a ideia “resposta certa” é derrotada pela forma como a Corte desempenha suas atividades.

3.3. Barreiras ao estabelecimento de precedentes capazes de formar jurisprudência.

O segundo problema da RMDS reside na criação de barreiras ao estabelecimento de precedentes capazes de formar uma jurisprudência. No campo do direito constitucional, especialmente no cenário dos casos difíceis, a decisão tomada pela Corte deveria desempenhar um importante papel de orientação de condutas, tanto para os cidadãos quanto para os demais órgãos do poder público e do Poder Judiciário. Contudo, fica a indagação: “como influenciar cortes inferiores se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF?”³⁴. Se a maioria decisória se formar a partir da união dos votos

Pertence relatou que a interação entre os membros da Corte era rara. Em seguida, declarou: “Cheguei a dizer – o ministro Jobim gosta muito de repetir esta frase minha – que éramos onze ilhas incomunicáveis, um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis. Realmente, na maior parte dos dezoito anos que passei, as relações pessoais eram extremamente raras” (FONTAINHA, DA SILVA, NUÑEZ 2015, pp. 115-116). No mesmo sentido declararam o ex-ministro Cezar Peluso “Difícilmente conversam entre si sobre... Difícilmente expõem o ponto de vista deles antes da sessão. Eles são muito ciosos das posições pessoais, e eu não quero fazer análise das razões pelas quais cada um tem essa postura” (FONTAINHA, SILVA, ALMEIDA 2015, pp. 106-113) e o ex-ministro Sidney Sanches: “Não, no Supremo não havia troca de ideias sobre esse tipo. Cada um se reservava para dizer como é que ia votar. Eu não tomava liberdade com nenhum deles. Se algum trocava ideias, eu não participava. Porque eu não queria que interferissem na minha opinião nem queria interferir na opinião de outros” (FONTAINHA, MATTOS, SATO, 2015, p. 161).

31 KLAFKE, 2010.

32 KLAFKE, 2010, p. 119.

33 RODRIGUEZ, 2013, pp. 63 e 79.

34 VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO, 2009, p. 26.

isolados dos ministros, cada um deles se valendo de fundamentos diferentes, sequer será possível extrair a *ratio decidendi* do julgado. Semelhante dificuldade se encontra no contexto do Reino Unido, conforme esclarece Frederick Schauer:

A extração da *ratio decidendi* é uma questão muito mais importante no Reino Unido do que nos Estados Unidos, porque na tradicional prática de Apelação britânica, bem como em outros países da *Commonwealth*, não é necessário que haja uma única opinião da maioria ou uma opinião da corte. Os três, cinco ou mais juízes que julgam o caso tipicamente darão suas opiniões individuais. O resultado alcançado pela maioria desses juízes será o resultado do caso, mas determinar os fundamentos do caso é inevitavelmente um processo de determinar quais proposições jurídicas e quais razões atraíram o acordo de uma maioria dos juízes. Então, se o Juiz A decidir em favor do autor pelas razões *x*, *y* e *z*, e o Juiz B decidir em favor do autor pelas razões *p*, *q* e *x*, e se o Juiz C decidir em favor do réu, então a *ratio decidendi* é *x*, a razão (e a única razão) compartilhada pela maioria dos juízes. Onde esta prática de opiniões individuais não existe, tal como nos Estados Unidos (exceto na medida em que a Suprema Corte se divide cada vez mais e parece se mover nesta direção), a questão de determinar a *ratio decidendi* é menos complexa.³⁵

A questão é particularmente significativa no controle de constitucionalidade. Nenhuma lei viola toda a Constituição, mas um ou alguns de seus dispositivos. Mais importante do que afirmar que uma lei é inconstitucional (resultado que pode ser alcançado pela RMDS, com fundamentos divergentes) é identificar qual(is) dispositivo(s) foi(foram) violado(s). Seja pela estrutura típica das decisões judiciais, seja pelo disposto nos artigos 23 e 24 da Lei nº 9.868/99³⁶, o dispositivo de um acórdão em ADI se limita a reconhecer a constitucionalidade de um ato normativo, sem referência à norma constitucional violada.

35 SCHAUER 2009, p. 53, tradução livre.

36 Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. (...) Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Essas considerações também têm relevância no campo dos enunciados de súmula da jurisprudência predominante do STF (vinculantes ou não). Não é necessário revisitar as pertinentes críticas feitas por Leonardo Greco em relação à criação de enunciados de súmula que não guardam relação com os precedentes ou razões decisórias invocadas³⁷. O ponto aqui é outro. Enunciados de súmula são instrumentos que têm a pretensão de pacificar a interpretação da Constituição e uniformizar o tratamento de casos a respeito de um assunto. Sabendo-se que o fenômeno da dispersão de fundamentos dificulta a extração de uma *ratio decidendi* dos julgados do STF, parece certo que o atingimento da própria finalidade dos enunciados sumulares depende de algo mais do que afirmações como “a Lei X é inconstitucional” ou “a Lei Y viola a Constituição”, que nada dizem a respeito da interpretação que o tribunal faz do texto constitucional (vejam-se, por exemplo, as Súmulas Vinculantes n.º 6, 8, 9, 21, 28, 29 e 31). Uma estratégia que pode trazer melhores resultados é aquela que aponta não só a conclusão, mas também o fundamento da interpretação dada pelo STF à Constituição, tal como se vê na Súmula Vinculante n.º 12³⁸.

3.4. Presunção de (in)constitucionalidade?

Em terceiro lugar, não há nada de natural na ideia de onze ministros poderem, por razões distintas, invalidar uma norma pelo simples fato de concordarem com o resultado. É corrente afirmar-se no âmbito do Direito Constitucional que os atos produzidos pelo Poder Público, notadamente os do Poder Legislativo, se revestem de presunção de constitucionalidade³⁹. A presunção é relativa, mas se recomenda ao órgão competente pelo controle de constitucionalidade que aja com parcimônia. Uma das regras decorrentes da aplicação desse princípio é que “*havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade*”⁴⁰. Obviamente há casos fáceis em que a presunção cede diante da flagrante inconstitucionalidade, tal como se dá com frequência nas leis editadas com vício de inicia-

37 GRECO, 2005.

38 Eis a redação da Súmula Vinculante n.º 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

39 BONAVIDES, 2004, pp. 517-524; MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, pp. 119-120; BARROSO, 2008, pp. 174-188.

40 BARROSO, 2008, p. 178.

tiva. Contudo, e noutra perspectiva, os casos difíceis do direito moralmente carregados podem colocar os ministros diante de verdadeiros dilemas cujas fronteiras entre o justo e o injusto, o proporcional e o desproporcional, o razoável e o irrazoável, não se identifiquem com facilidade. Nesses casos, desacordos morais razoáveis podem emergir e justificar a conclusão de que a inconstitucionalidade da norma objeto do controle é até mesmo duvidosa.

Exatamente em razão da possibilidade de existirem casos em que a alegada inconstitucionalidade seja duvidosa é que a aplicação da RMDS se mostra problemática. Não é preciso sustentar uma teoria de autocontenção forte como a de John Hart Ely⁴¹ ou aderir à tese da separação de poderes deliberativa sustentada por Conrado Hübner Mendes⁴² para se chegar à seguinte conclusão: quando os ministros não conseguem alcançar um consenso em torno do fundamento da inconstitucionalidade, não devem pronunciá-la como resultado do julgamento. Admitir que a presunção de constitucionalidade seja superada com base na mera soma de votos de ministros, que não convencem nem mesmo os seus pares, podendo eventualmente resultar de interpretações idiossincráticas do texto constitucional, é fazer pouco caso da importância da experimentação numa democracia⁴³.

3.5. Psicologia da tomada de decisão judicial

Por fim, o problema da dispersão de fundamentos pode ser iluminado por uma breve incursão na recente literatura das ciências cognitivas e, mais especificamente, da psicologia moral. Pense no problema dos casos difíceis que têm inequívoco apelo moral⁴⁴, como, por exemplo, um caso que envolva a polêmica acerca dos limites da liberdade de expressão e a veiculação de discurso do ódio, ou a criminalização de jogos de azar, a criminalização do aborto, a proibição do uso de substâncias entorpecentes, a promoção da igualdade e o respeito às minorias, etc. Sejam lá quais forem as decisões tomadas individualmente pelos ministros, seguramente estarão convictos de que as tomaram com respaldo no bom senso, no melhor uso da razão, “conforme sua consciência”⁴⁵. Se no passado o matemático e fi-

41 ELY, 1980/2010.

42 MENDES, 2011.

43 LEITE, 2012, pp. 127-128.

44 Para uma tentativa de conceituação da ideia de “casos difíceis moralmente carregados”, ver STRUCHINER E BRANDO, 2014.

45 Veja-se, por exemplo, que o Min. Marco Aurélio já declarou seguir sua consciência e que, em seu pro-

lósofo francês René Descartes teve um ótimo palpite quando afirmou que bom senso é algo que *todos pensam que têm*⁴⁶, atualmente há farto conjunto de evidências empíricas que dão suporte à visão de que nossa crença de que o mundo faz sentido repousa em nossa habilidade quase ilimitada de ignorar nossa ignorância⁴⁷. Aqui entram em cena as pesquisas que investigam a forma como as pessoas pensam, raciocinam e tomam decisões, inclusive no campo da moralidade.

Durante muito tempo acreditou-se que o pensamento humano e que a solução de problemas se davam apenas no nível da consciência e que eram o produto do sistema da linguagem⁴⁸. No entanto, aos poucos essa posição passou a ser desacreditada em razão de robusta evidência empírica em favor de uma concepção de organização cerebral modular, isto é, o cérebro humano se organiza dividido em unidades funcionais relativamente independentes que trabalham paralelamente. Módulos mentais são sistemas que processam informações (*input*) e oferecem respostas (*outputs*) rápidas e automáticas diante de certas pistas ou gatilhos situacionais ou ambientais. Normalmente, o trabalho de solução de problemas desempenhado por esses módulos ocorre apartado de nossa consciência verbal. Essas descobertas reportadas por Michael S. Gazzaniga abriram o caminho para a formulação das teorias de processo dual, de acordo com as quais o pensamento e julgamento são operados por sistemas distintos às vezes chamados de implícito e explícito, intuitivo e deliberativo, ou sistema 1 e sistema 2⁴⁹. As características dos sistemas serão descritas a seguir.

O sistema intuitivo não é propriamente um único sistema, mas um conjunto de subsistemas que operam com certa autonomia⁵⁰. Dentro desse sistema estão inseridos programas inatos de comportamentos instintivos. Tarefas importantes como reconhecimento facial, propriocepção, percepção de profundidade visual, resolução de ambiguidades linguísticas etc. são desempenhadas por esse sistema⁵¹. Como sugere Daniel Kahneman,

cesso decisório, primeiro idealiza a solução mais justa para, em segundo lugar, buscar apoio nos materiais jurídicos disponíveis (MELLO, 2010).

46 DESCARTES, 2006, p. 5.

47 KAHNEMAN, 2011, p. 201.

48 GAZZANIGA, 1985, p. 4.

49 EVANS, 2003; STANOVICH, 2010; CUSHMAN, YOUNG, E GREENE 2010.

50 EVANS, 2003, p. 454.

51 STANOVICH, 2010, p. 128.

o sistema intuitivo gera sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do sistema deliberativo, a seguir descrito⁵². Também há evidência de que o sistema intuitivo detém primazia na realização julgamentos morais automáticos baseados numa ética intuitiva⁵³. O sistema intuitivo é automático e se caracteriza por operar rapidamente, sem esforço, de maneira não intencional, e inconsciente. Apenas seu produto final chega ao nível da consciência⁵⁴.

Enquanto o sistema intuitivo é geralmente descrito como uma forma de cognição universal compartilhada entre seres humanos e os outros animais, considera-se que o sistema deliberativo evoluiu mais recentemente e é exclusividade dos seres humanos. É esse sistema que representa nossa experiência consciente, que tem crenças, faz escolhas e toma decisões⁵⁵. O sistema deliberativo é relativamente lento, esforçado, intencional, controlável e consciente. Seu uso demanda atenção, e atenção é um recurso limitado. Uma das principais funções do sistema deliberativo é superar o sistema intuitivo e suas desvantagens. Também é o sistema deliberativo que viabiliza o pensamento “abstrato-hipotético”, tornando possível lucubrarmos sobre a probabilidade de ocorrência de eventos futuros, suas causas e consequências⁵⁶. O sistema deliberativo também pode ser recrutado para a realização de julgamentos morais⁵⁷, embora se especule que tal se dê em situações mais raras precipuamente quando a intuição inicial for fraca e a capacidade de processamento for elevada⁵⁸.

Os processos automáticos vêm operando a vida humana e a vida dos animais por 500 milhões de anos. Apesar de o sistema intuitivo ser muito bom no que faz⁵⁹, não está a salvo de cometer erros de maneira sistemática em tarefas cuja rapidez e automaticidade se revelem como entraves para a boa tomada de decisão. Na década de 1970 Amos Tversky e Daniel Kahneman deram início às pesquisas sobre processos automáticos e tomada de decisão, inaugurando o programa de pesquisa que ficou conhecido como

52 KAHNEMAN, 2011, p. 21.

53 HAIDT, 2001; HAIDT E JOSEPH, 2004; DAMASIO, 2005; HAIDT E BJORKLUND, 2008.

54 EVANS, 2003, p. 454.

55 KAHNEMAN, 2011, p. 201.

56 EVANS, 2003, p. 454.

57 KOHLBERG E HERSH, 1977; KOHLBERG, 1984.

58 HAIDT E BJORKLUND, 2008, pp. 193-194.

59 HAIDT, 2011, p. 45.

“heurísticas e vieses cognitivos”⁶⁰. Embora tenha seus críticos⁶¹, o programa de pesquisa se consolidou e gerou uma série de investigações paralelas, alcançando a psicologia moral e a psicologia social⁶². O sistema intuitivo realiza julgamentos morais automáticos que também estão sujeitos à ocorrência de erros sistemáticos.

Numa perspectiva mais abrangente ligada ao sistema intuitivo, o campo da psicologia moral viu proliferarem estudos que não se restringiram a analisar o impacto de heurísticas e vieses cognitivos nos julgamentos morais. Produziram-se estudos que investigaram se, e em que medida, fatores moralmente irrelevantes poderiam influenciar os julgamentos morais. Como observam Walter Sinnott-Armstrong, Liane Young e Fiery Cushman, “... *intuições morais não são confiáveis na medida em que fatores moralmente irrelevantes as afetam. (...). Apenas quando crenças surgem de maneiras mais respeitáveis é que têm uma boa chance de serem justificadas*”⁶³. Assim, por meio da manipulação de elementos moralmente irrelevantes, os pesquisadores conseguiram constatar que julgamentos morais são influenciados por fatores como a presença de um odor⁶⁴, a percepção de um gosto/sabor⁶⁵, a presença ou ausência de contato físico com uma suposta vítima⁶⁶, a ordem de apresentação dos dilemas morais⁶⁷ e até mesmo pelas palavras empregadas na descrição desses dilemas⁶⁸.

Contrariamente do que se poderia supor, não nos tornaremos “super-humanos” ou “super-lógicos” se nos livrarmos do sistema intuitivo, pois não agimos movidos exclusivamente por intuições ou exclusivamente por raciocínio. Pesquisas em neurociência acerca da prática da moralidade sugerem que flashes de afeto ou emoções são essenciais para direcionar o julgamento moral⁶⁹. Os casos de psicopatia adquirida são particularmente

60 TVERSKY E KAHNEMAN, 1974.

61 KRUEGER E FUNDER, 2004; HAHN E HARRIS, 2014.

62 KUNDA, 1999; SINNOT-ARMSTRONG, YOUNG E CUSHMAN, 2010; ARONSON, 2012.

63 SINNOT-ARMSTRONG, YOUNG E CUSHMAN, 2010, p. 247 (tradução livre).

64 SCHNALL, HAIDT, CLORE E JORDAN, 2008.

65 ESKINE, KACINIK E PRINZ, 2011.

66 CUSHMAN, YOUNG E GREENE, 2010.

67 SCHWITZGEBEL E CUSHMAN, 2012.

68 SINNOTT-ARMSTRONG, 2008.

69 DAMASIO, 2005, p. 53; DAMASIO, 2006; HAIDT E BJORKLUND, 2008, pp. 199-200; CUSHMAN, YOUNG E GREENE, 2010, pp. 50-51.

representativos, pois revelam como os danos causados ao córtex pré-frontal ventromedial, uma área que integra respostas afetivas à alta cognição, tornam as pessoas moralmente incompetentes. Um dos casos mais famosos da literatura neurocientífica é o do norte-americano Phineas Gage, que em 1848 foi atingido por uma explosão que fez um pedaço de ferro atravessar seu crânio e destruir seu lobo frontal. Afirma-se que a destruição de parte de seu lobo frontal debilitou Gage ao ponto de modificar seu comportamento, tornando-o antissocial.

Portanto, a coexistência e interação entre os sistemas intuitivo e deliberativo não são simplesmente inevitáveis, mas sobretudo imprescindíveis. Ao analisar a relação entre esses sistemas, Gazzaniga esclarece que, apesar de o sistema 1 efetivamente produzir comportamentos sem origem em nosso pensamento consciente, nosso sistema 2 resiste à interpretação de que tais comportamentos são caprichosos porque “*parecemos dotados de uma infinita capacidade de gerar hipóteses acerca do porquê de nos engajarmos em qualquer comportamento*”⁷⁰. Daí Gazzaniga sugerir que os seres humanos têm um verdadeiro “módulo intérprete”, cuja função é criar instantaneamente uma explicação para o comportamento recém-praticado. Essa seria uma tarefa trivial se todos os comportamentos fossem causados pela atividade consciente e linguística das pessoas, mas como o cérebro se organiza em módulos que operam paralelamente e podem causar comportamentos cujas causas não chegam à consciência, o módulo intérprete entra em ação na tentativa de construir teorias em torno do que causou esses comportamentos⁷¹. Assim, o sistema deliberativo funcionaria como uma espécie de “porta-voz” das decisões tomadas inconscientemente pelo sistema intuitivo, mas não seria ele próprio o tomador de decisão; algo como um advogado do sistema 1, defendendo a intuição que foi gerada pelo processo automático⁷². Esse fenômeno é conhecido na psicologia como racionalização *post hoc*.

Não fosse a busca por uma explicação para aquilo que fazemos em virtude do sistema 1 problemática o suficiente – já que não temos acesso ao inconsciente –, nos deparamos com problemas até mesmo na ativida-

70 GAZZANIGA, 1985, p. 5 (tradução livre).

71 GAZZANIGA, 1985, pp. 74-80.

72 Saliente-se, contudo, que existem hipóteses alternativas para explicar *para que serve* o raciocínio moral. Para uma resenha das teorias e a apresentação de uma explicação alternativa, ver Mercier 2011.

de de racionalização em si. Do estudo da relação entre esses sistemas de processamento de informação surgiram as pesquisas em torno do problema do raciocínio motivado⁷³ e do viés confirmatório⁷⁴, que consiste na persistente inclinação involuntária que as pessoas têm ao angariar e lidar com evidência na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças cuja verdade está em disputa⁷⁵. Essas pesquisas revelam que muitas vezes o raciocínio conduzido pelo sistema 2 é um processo esforçado no qual uma pessoa busca argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado pelo sistema 1, assemelhando-se à atuação de um advogado na defesa de uma causa e em nada parecendo com a atuação de um cientista em busca da verdade⁷⁶.

Aqui surge a ponte para retornar ao problema da dispersão de fundamentos. Retornemos aos problemas do processo deliberativo do STF, no qual cada ministro se isola e forma suas convicções a partir de intuições morais, isto é, sentimentos avaliativos acerca das qualidades morais (justo-injusto, correto-incorreto, proporcional-desproporcional) de determinada lei ou ato normativo submetido a julgamento no controle concentrado de constitucionalidade. Não seria o caso de o isolamento e a indisposição para o diálogo se apresentarem como entraves para uma (efetiva) deliberação que permita escrutinar a confiabilidade de certas intuições morais? No meio de diferentes fundamentos encontrados para votar num ou noutro sentido, não seria o caso de que um ou alguns deles não decorreriam de intuições morais indignas de confiança? Não seriam esses fundamentos apresentados meras racionalizações de decisões tomadas de maneira inconsciente e automática pelo sistema 1, como já afirmaram os realistas jurídicos há quase 100 anos⁷⁷? Indo além: se um ou mais dos fundamentos apontados estiverem mal orientados ou errados, então não seria o caso de o atual processo decisório do STF permitir, ao menos teoricamente, uma grave anomalia: normas de inconstitucionalidade duvidosa sendo incorretamente invalidadas?

73 KUNDA, 1990.

74 NICKERSON, 1998.

75 NICKERSON, 1998, p. 175.

76 NICKERSON, 1998; HAIDT, 2001.

77 SCHAUER, 2009, pp. 138-140; BRANDO, 2013; STRUCHINER E BRANDO, 2014.

Essas são perguntas complexas que deixamos em aberto para outra investigação, mas talvez seja exatamente essa inescapável falibilidade do processo decisório do STF que torne indesejável a defesa de uma forma de supremacia judicial amparada numa regra como a RMDS. Os questionamentos formulados acima parecem ser suficientes para revelar o quão indesejável é admitir que os julgamentos de ações diretas pelo STF sejam guiados pela RMDS. Embora historicamente a ideia de democracia nunca tenha significado “todos decidindo tudo todo tempo”⁷⁸; embora atualmente se possa questionar a verdadeira representatividade do parlamento; e embora se reconheça o importante papel das Cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, certo é que nada disso justifica que onze ministros – operando como onze ilhas – possam derrubar com base em onze razões diferentes uma norma criada pelo parlamento cuja inconstitucionalidade seja duvidosa.

4. Conclusão

Em conclusão, é possível afirmar que o fenômeno da dispersão de fundamentos é causado pela regra de maioria decisória simples, de acordo com o qual uma ação direta pode ser decidida pela mera convergência em torno do seu resultado (procedência ou improcedência), não importando que haja total dissonância entre os fundamentos que lhes dão suporte. No exame do fenômeno parece ser possível afirmar que o princípio da causa de pedir aberta e a parcial indeterminação do texto constitucional operam de maneira contingente no sentido de aumentar ou diminuir as chances de ocorrer a dispersão de fundamentos.

Do ponto de vista normativo, a discussão em torno da RMDS pode ser situada no tradicional debate acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade. Viu-se que as tradicionais teorias da supremacia judicial partem de visões idealizadas acerca da atividade desempenhada numa Corte constitucional. Se se espera do STF um papel de legitimação por meio da deliberação e justificação racional de suas decisões, parece correto esperar que as decisões esclareçam em torno do que os ministros estão formando a maioria, mas já se viu que não é isso o que ocorre em alguns casos. De outro lado, a RMDS se revela indesejável porque dificulta ou até impede a

78 MENDES 2009a, p. 6.

criação de precedentes capazes de formar jurisprudência que pacifique a interpretação da Constituição e uniformize o tratamento de casos a respeito de um assunto. Além disso, admitir que a presunção de constitucionalidade seja superada com base na mera soma de votos é fazer pouco caso da importância da experimentação numa democracia.

O atual modelo de processo decisório do STF permite que alguém afirme ter a melhor solução para um problema sem submetê-la a um efetivo teste público. A leitura de votos prontos associada à improdutividade dos debates⁷⁹ faz com que os ministros não consigam, em alguns casos, produzir algo diferente da soma de decisões monocráticas. Nesse cenário, parece ser de duvidosa legitimidade que a opinião isolada e dissonante de onze ministros seja suficiente para invalidar uma norma por inconstitucionalidade material com base em critérios vagos como dignidade humana, liberdade, igualdade, justiça social, etc.

Deixamos em aberto o tipo e extensão do impacto que a discussão sobre as recentes descobertas das ciências cognitivas e da psicologia têm na compreensão da atividade dos ministros nos casos difíceis moralmente carregados. A questão crucial que demanda mais pesquisas é saber se estamos admitindo que a soma de onze votos isolados e dissonantes, uns potencialmente fundados em intuições indignas de confiança, invalidem normas de inconstitucionalidade duvidosa. Embora o modelo apresente problemas significativos, ainda é prematuro afirmar o que deve ser feito. O momento é de prosseguir com as pesquisas em torno dos processos decisórios do STF, levando à expansão da compreensão do problema.

79 Vício no processo decisório também identificado por KLAFKE (2010, pp. 113-117).

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 4ª tiragem, 2008.
- BRANDO, Marcelo Santini. *Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral*. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 14ª edição, 2004.
- CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; e GREENE, Joshua D. “Multi-system moral psychology”. In: DORIS, John M. et al. (ed.). *The Moral Psychology Handbook*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 47-71.
- DAMASIO, Antonio. The neurobiological grounding of human values. In: CHANGEUX, J.-P.; DAMASIO, A. R.; SINGER, W.; e CHRISTEN, Y. (Eds.) *Neurobiology of human values*. Berlin: Springer, 2005.
- _____. *Descartes’ error: emotion, reason and the human brain*. Revised edition with a new preface. London: Vintage Books, 2006.
- DESCARTES, René. *A discourse on the method of correctly conducting one’s reason and seeking truth in the sciences*. Translated with an introduction and notes by Ian Maclean. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1980/2010.
- EVANS, Jonathan St. B.T. In two minds: dual-process accounts of reasoning. *Trends in Cognitive Sciences*, Vol.7, No.10, October 2003.
- FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.4: *Cezar Peluso*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- _____; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.3: *Sepúlveda Perence*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- _____; MATTOS Marco Aurélio Vannucchi Leme de; SATO, Leonardo Seiichi Sasada (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.5: *Sydney*

Sanches. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

G1. *Lewandowski e Gilmar Mendes trocam críticas em sessão do STF*. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/10/lewandowski-e-gilmar-mendes-trocam-criticas-em-sessao-do-stf.html> - Acesso em 17/10/2012.

GAZZANIGA, Michael S. *The social brain: discovering the networks of the mind*. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1985.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed.Faculdade de Direito de Campos, pp. 401-421, 2005.

HAHN, Ulrike; e HARRIS, Adam J. L. What Does It Mean to be Biased: Motivated Reasoning and Rationality. *The Psychology of Learning and Motivation*, Vol. 61, pp. 41-102, 2014. 10.1016/B978-0-12-800283-4.00001-0.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, Vol. 108. No. 4, pp. 814-834, 2001.

_____; e JOSEPH, Craig. (2004) Intuitive ethics: how innately prepared intuitions generate culturally variable virtues. *Daedalus*, Vol. 133, No. 4, pp. 55-66, fall 2004. 10.1162/0011526042365555.

_____; e BJORKLUND, Fredrik. "Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology". In: SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (ed.). *Moral psychology*. Cambridge: The MIT Press, 2008, pp. 181-217.

_____. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. Pantheon Books: New York, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Orientador: Pedro Henrique Motta Pinto. 2010.

KRUEGER, Joachim I.; FUNDER, David C. Towards a balanced social psychology: Causes, consequences, and cures for the problem-seeking approach to social behavior and cognition. *Behavioral and Brain Sciences*, 27, pp. 313-327, 2004. 10.1017/S0140525X04000081.

KUNDA, Ziva. The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, Vol 108(3), pp. 480-498, Nov 1990.

- _____. *Social cognition: making sense of people*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1999.
- LEITE, Fábio Carvalho. *Pelo fim da cláusula de reserva de plenário*. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 40. p. 5, 2012.
- _____. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas*. Sequência (UFSC), v. 35, pp. 109-132, 2014.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Discurso do Ministro Marco Aurélio por ocasião da homenagem pelos seus 20 anos de Supremo Tribunal Federal. Consultor Jurídico, 6 jul. 2010, Notícias, A12. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. Is it All About the Last Word? Deliberative Separation of Powers 1. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, pp. 69-110, 2009a. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911822>. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911822>.
- _____. Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 2, pp. 191-246, 2009b. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911835>. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911835>.
- _____. Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3. *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=191185>. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>.
- _____. *Onze ilhas*. Artigo publicado em Folha de São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>. Acessado em 11/07/2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008.
- MILLER, Alexander. *An introduction to contemporary metaethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2003.
- MERCIER, Hugo. What good is moral reasoning? *Mind & Society*, Volume 10, Issue 2, pp. 131-148, December 2011.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; YOUNG, Liane; e CUSHMAN, Fiery. “Moral Intuitions”. In: DORIS, John M. et al. (ed.). *The Moral Psychology Handbook*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 246-272
- STANOVICH, Keith E. *Decision Making and Rationality in the Modern World (Fundamentals in Cognition)*. New York: Oxford University Press, 2010.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2005.
- _____. Indeterminação e Objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo, R. e Barbieri, C. (Eds.). *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 119-152.
- STUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do Direito? In: STRUCHINER, Noel e TAVARES, Rodrigo de Souza. (Orgs.) *In: Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD Editora, Editora PUC-Rio, 2014, pp. 171-219.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgments Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, Vol. 185, n. 4.157, pp. 1124–1131, 1974.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório No STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n .5, vol. 1. pp. 21-55, 2009.

Autores convidados