



Danilo dos Santos Almeida

**As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal:
um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor pelo programa de Pós-
Graduação em Direito na PUC-Rio

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Setembro de 2016



Danilo dos Santos Almeida

**As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal:
um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Noel Struchiner

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Carvalho Leite

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Rachel Barros Nigro

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Diego Werneck Arguelhes

Fundação Getúlio Vargas – RJ

Prof^a Cecilia Caballero Lois

UFRJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2016.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Danilo dos Santos Almeida

Graduou-se em Direito no ano de 2009 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Obteve o título de Mestre em Direito pela UFSC no ano de 2011.

Ficha Catalográfica

Almeida, Danilo dos Santos

As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte / Danilo dos Santos Almeida; Orientador: Noel Struchiner – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2016.

v. 155f.: il. ; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Agenciamento de grupo, 3. *Ratio decidendi*, 4. Precedentes, 5. Supremo Tribunal Federal. I. Struchiner, Noel. II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

Agradecimentos

São muitas as pessoas e acasos objetos da minha gratidão após tanto tempo. Sinto que o mínimo que posso fazer em resposta ao carinho e generosidade das pessoas que estiveram próximas a mim, em especial aquelas que agora estão distantes, é dedicar momentos da redação desta tese à sua lembrança. Gostaria de agradecer:

Ao professor Noel Struchiner, orientador e amigo querido durante os quatro anos de curso, e ao pessoal do NERDS, em especial aos amigos mais próximos: Pedro Chrismann, André Bogossian, Ivar Hannikeinen, Rodrigo Tavares, Marcelo Brando e Lucas Miotto.

Aos membros de minha banca, professores Cecilia Caballero, Diego Werneck, Rachel Nigro e Fábio Leite, pela leitura caridosa, e pelos comentários e críticas valiosos.

Aos professores Cecilia Lois, José Ribas Vieira, Fábio Shecaira, Fábio Leite e Rachel Nigro, que, em diferentes momentos, dispuseram de seu tempo em benefício da minha formação. Também ao professor Betram Malle, pela generosa acolhida.

Aos meus amigos queridos dos tempos da UFSC: Daniel Marchiori, Letícia Dyniewicz, Caroline Ferri, Luiza França, Cecilia Caballero.

Aos novos amigos que conheci em, e por causa de, Providence: Yana Stainova, Felipe Bier, Silvia Teresa, Flora Thomson-DeVeaux, Adi Gold, Patrícia Ferreira, Paula Dias, Leonardo Mesquita, Juliana Streva, Andrea Streva, Luiz Valente, Luiza Mello, João Duarte, Silvia Barbosa, Thayse Lima, Gabriel Wuebben.

À minha família, pelo apoio incondicional e carinho constante: Marília, Danilo, Fernando, Heloisa, Francisco.

À Adi, por ter dividido comigo os bons e os maus momentos desse processo.

Aos amigos Carmen e Anderson, aos quais eu devo muito; e à Marlene, pelo carinho.

Às instituições que ofereceram suporte para o desenvolvimento desta pesquisa: PUC-Rio, Brown University e Capes.

Resumo

Almeida, Danilo dos Santos; Struchiner, Noel. **As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte**. Rio de Janeiro, 2016. 155p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

É comum tratarmos grupos como agentes capazes de interagir intencionalmente com o mundo e, para identificar mentes de grupos, usamos os mesmos mecanismos de percepção de mente em outras pessoas. No caso de cortes, a expressão de seus julgamentos coletivos pode variar de acordo com o grau de liberdade que elas permitem a seus membros. Elas podem publicar uma decisão única, restringindo a publicidade do processo deliberativo (*per curiam*) ou, ao invés de uma opinião coletiva da corte, podem publicar o conjunto de votos individuais de seus membros (*seriatim*). Nesse último caso, a identificação dos posicionamentos coletivos da corte pode ser difícil. Esta tese sustenta que, por conta de suas decisões *seriatim*, o Supremo Tribunal Federal (STF) diminui sua entitatividade, o que torna suas razões para decidir difíceis de serem identificadas e limita sua capacidade de uniformizar a jurisprudência nacional através de seus precedentes. No primeiro capítulo, este trabalho trata das condições teóricas para a possibilidade de atitudes intencionais de grupos. Há duas possíveis maneiras de se especificar a natureza da intencionalidade de grupo: uma que se baseia na disposição dos membros do grupo de adotarem a perspectiva coletiva e outra que aponta para a capacidade dos membros de agirem racionalmente enquanto grupo. Da perspectiva de um observador, a noção de mente de grupo exige outras condições. O segundo capítulo especifica as formas como a discussão sobre intencionalidade de grupo podem ser aplicadas à prática judicial. Dependendo da forma como a corte apresenta suas decisões, pode ser que as suas razões motivadoras não sejam claramente distinguíveis das razões endossadas apenas pelos membros individualmente. No terceiro capítulo, é indicado como isso interessa a cortes como o STF, que lidam com questões politicamente controversas, mas que precisam demonstrar capacidade de agir motivadas por razões para que seus precedentes sejam respeitados. Ao optar por publicar decisões *seriatim*, a corte indica abertura à diversidade de opiniões, reduzindo a sua aparência de entidade coesa. Como consequência, as razões coletivamente

aceitas para decidir não são claramente apresentadas. O último capítulo lida com pesquisas psicológicas recentes, que indicam que uma condição para a atribuição de intencionalidade a um grupo é que ele tenha alta entitatividade. Ações coordenadas e objetivos em comum entre os membros aumentam a entitatividade de um grupo e o torna mais propenso a ser reconhecido como um agente.

Palavras-chaves

Agenciamento de grupo; *Ratio decidendi*; Precedentes; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Almeida, Danilo dos Santos; Struchiner, Noel (Advisor). **The Hidden Reasons of the Brazilian Supreme Court: a study on group agency at the Court**. Rio de Janeiro, 2016. 155p. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

It is common that we treat groups as agents capable of interacting intentionally with the world. To identify group minds, we use the same mechanisms we use in the perception of the minds of other individuals. In the case of judicial courts, the expression of their collective judgments may vary in accordance with the degree of freedom they allow their members. The courts may publish a single decision, maintaining their deliberative process secret (*per curiam*) or, instead of an opinion of the court, may publish the set of its members' individual opinions (*seriatim*). In the latter case, identifying the court's collective judgment can be challenging. This dissertation argues that, due to its seriatim decisions, the Brazilian Supreme Court (*STF*) diminishes its entitativity, making the reasons behind its decisions harder to identify and hindering its ability to standardize national judicial decision-making through its precedents. The first chapter deals with the theoretical conditions for the possibility of group intentional states. There are two possible ways to specify the nature of this kind of intentionality: one that is based on the group members' willingness to adopt the collective perspective (the collective acceptance model), and one that points to the members' ability to act rationally as a group (the social choice approach). From an observer's perspective, the notion of a group mind demands other conditions. The second chapter specifies the ways in which the discussion of group intentionality could be applied to judicial practice. Depending on the ways in which the court presents its decisions, it could be that its motivating reasons are not clearly distinguishable from the reasons endorsed individually by its group members. The third chapter establishes how this is relevant for courts like the *STF*, which deal with politically controversial issues, but which need, also, to demonstrate the ability to act motivated by reasons for its precedents to be respected. By choosing to publish seriatim decisions, the court privileges openness to a diversity of positions over its entitativity. As a consequence, the collectively accepted reasons are not clearly stated. The last chapter deals with recent psychological research

that suggest that one condition for group intentionality inference is that the group possess high entitativity. Coordinated actions and common goals among members increase the group's entitativity and make it more likely to be seen as an agent.

Keywords

Group agency; *Ratio decidendi*; Precedents; Brazilian Supreme Court.

Sumário

1	Introdução	11
2	Conceito de agenciamento de grupo	15
2.1	Agenciamento de grupo	15
2.2	Conceito de agenciamento	17
2.3	Noção de grupo	18
2.3.1	Raciocínio em modo-nós	19
2.3.2	Intenção conjunta e intenção compartilhada	23
2.3.3	Compromisso conjunto e normatividade (fraca) de grupo	29
2.4	Noção de razão no contexto de grupo	30
2.4.1	Regras constitutivas do grupo	32
2.4.2	Razões do grupo e razões coletivas dos membros	33
2.4.3	Critérios para a identificação de atitudes de grupo: dois modelos	39
2.5	Conclusão	46
3	Agenciamento de grupo em cortes	48
3.1	Razões para decidir nas cortes	49
3.2	Modelos de decisão judicial coletiva	51
3.2.1	Decisões per curiam e seriatim	52
3.2.2	Norma do consenso e as motivações para o dissenso	54
3.2.3	Dois sentidos de colegialidade	56
3.3	Problema da demarcação das decisões coletivas	59
3.4	Conclusão	65
4	Julgamentos de grupo no Supremo Tribunal Federal	66
4.1	Processo decisório no STF	67
4.1.1	Problema da demarcação no STF	67
4.1.2	Crítica deliberativista	68
4.2	Precedentes	72
4.2.1	Novo Código de Processo Civil	74
4.2.2	Importância das manifestações individuais dos membros da corte	77

4.3 Redação dos acórdãos	79
4.3.1 Acórdão no STF	79
4.3.2 Dispersão de fundamentos	82
4.4 Conclusão	84
5 Três modelos interpretativos das decisões do Supremo Tribunal Federal	85
5.1 Agregativismo	88
5.1.1 Dificuldades com o agregativismo	91
5.1.2 Problema da simplificação dos votos	91
5.1.3 Problema do dilema discursivo	94
5.2 Negacionismo	96
5.2.1 Problema do dever de fundamentação	100
5.3 Delegacionismo	102
5.3.1 O uso da expressão como prática habitual da Corte	105
5.3.2 Problema ilegitimidade por falta de deliberação	117
5.4 Avaliando as propostas	117
5.5 Exemplos de acórdãos do STF	120
5.6 Conclusão	127
6 Entitatividade e percepção do agenciamento de grupo nas cortes	130
6.1 Conceito de entitatividade	130
6.1.1 Grupo e entitatividade na psicologia social	131
6.1.2 Entitatividade dinâmica	134
6.2 Entitatividade motivada	135
6.3 Demarcação e entitatividade	137
6.4 Conclusão	140
7 Considerações finais	143
8 Referências bibliográficas	146

Introdução

Os juízes mais importantes em nosso sistema jurídico não são pessoas, mas órgãos compostos por várias pessoas. Ao decidir, esses órgãos expressam-se como resultado de conjunto orquestrado de ações dos indivíduos que o compõem. Isso deve ser evidente para qualquer pessoa interessada em compreender a produção jurisprudencial no Brasil. Contudo, há uma surpreendente negligência, tanto no âmbito da teoria, quanto no âmbito da prática do direito no Brasil, dos embaraços que o fenômeno do agenciamento de grupo pode causar para os intérpretes das decisões judiciais. Se há problemas no processo decisório da Justiça brasileira, a responsabilidade recai principalmente sobre grupos. E provavelmente sua natureza de grupo cumpre algum papel nisso.

Um dentre muitos problemas gerados pelos grupos que são as cortes brasileiras diz respeito aos limites dos precedentes judiciais. A Constituição determina que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas (art. 93, IX). Quando a competência de decidir pertence a um órgão formado por um grupo de magistrados, a fundamentação relevante é aquela que pode ser atribuída ao grupo de magistrados no exercício de sua função. Se considerarmos fundamentação de decisão judicial como juízos sobre proposições jurídicas que servem como razões para decidir, concluímos que a Constituição nos orienta a atribuir estados mentais, como crenças e intenções, a grupos. E isso pode gerar dificuldades importantes.

A proposta desta tese basicamente é sustentar três ideias. Primeiramente, dado o caráter coletivo das decisões tomadas por cortes, a fundamentação deve ser entendida como aceitação conjunta de razões para decidir por parte dos magistrados que compõem o órgão julgador. Isso significa que o que torna possível a atribuição de atitudes proposicionais a cortes são as atitudes que seus membros têm quando pensam e agem na condição de membros e coordenadamente entre si. Considerando que, mesmo no curso de sua atuação profissional, os magistrados agem como indivíduos e como membros da corte, é preciso saber identificar quais de suas expressões efetivamente representam a aceitação conjunta de atitudes sobre razões para decidir.

A segunda ideia é que essa identificação, no caso do STF, pode não ser claramente realizável porque não há a prática de redação coletiva de uma opinião da corte, dada a condição de expressão pelos membros de razões diferentes para fundamentar o mesmo resultado. A consequência é que a aceitação conjunta de determinadas proposições como razões da corte para decidir não é clara. Mais de um conjunto de proposições podem ser razoavelmente atribuídos à corte em um mesmo caso, sem que seja possível apontar critérios incontrovertidos capazes de decidir dentre as alternativas.

Finalmente, a terceira ideia é que a saída mais promissora para a identificação dos julgamentos coletivos da corte, mesmo nos casos mais difíceis de dispersão de fundamentos, é buscar no voto do relator a fundamentação das decisões pela corte. Os membros da corte conjuntamente aceitam as razões endossadas pelo relator do acórdão para exarar seu voto. Essa leitura justifica-se pela existência de uma regra tácita de se redigir a expressão “nos termos do voto do relator” nas ementas dos acórdãos. Como a expressão está presente na quase totalidade dos acórdãos recentes do STF, podemos assumir que os ministros devam esperar que, em qualquer decisão da qual façam parte, a remissão aos votos do relator estará presente. A inexistência de crítica a essa prática recorrente pode ser interpretada como sua aceitação conjunta por parte dos ministros. Assim, a interpretação segundo a qual a corte delega ao relator a fundamentação de suas decisões deve ser a maneira mais adequada de ler os acórdãos do STF.

O primeiro capítulo oferece uma sucinta análise dos componentes relevantes do conceito de agenciamento de grupo. O foco do capítulo é a possibilidade de que atitudes proposicionais sejam atribuíveis a grupos. Não aos seus membros individualmente, ou mesmo aos membros em conjunto, mas ao grupo como um ente com existência própria, que pode ser referido no singular. A interação entre ações coordenadas dos membros faz emergir padrões de comportamentos que são melhor explicados como se fossem produto de uma mente de grupo. Ainda que aceitemos que não existem, literalmente falando, mentes de grupos, as práticas sociais tornam noções de atitude proposicional e ação de grupos quase indispensáveis.

Podemos dizer o mesmo quanto às noções de intencionalidade e agenciamento. Com algumas adaptações, podemos atribuir – e de fato atribuímos – intenções a grupos. As pessoas formam planos de ação que envolvem outras. Frequentemente, esses planos incluem outras pessoas de uma maneira especial, exigindo um engajamento mais íntimo entre os envolvidos. Pessoas que agem *em grupo* estão em uma disposição psicológica própria. A coordenação de comportamentos e o compromisso com os propósitos comuns é o que caracteriza essa ação de grupo.

Os elementos conceituais envolvidos na percepção de grupos como agentes no contexto judicial têm características peculiares. O segundo capítulo especifica essas peculiaridades. A ideia de agenciamento de grupo – a capacidade de um grupo ser impelido por razões para agir compreensíveis para observadores – é central no direito, já que os momentos mais interessantes da prática jurídica possivelmente são justamente a produção de decisões colegiadas fundamentadas. Os precedentes judiciais podem ser vistos como razões para decidir apresentadas por um grupo-agente – uma corte judicial – para os cidadãos. Como precedente, as razões atribuíveis ao julgador o comprometem futuramente. Esse capítulo também apresenta o problema da demarcação dos julgamentos coletivos na corte; ele indica como incertezas na atuação de membros no contexto do grupo podem afetar a atribuição de atitudes ao ente coletivo.

O terceiro capítulo apresenta as críticas apontadas contra o processo decisório do STF. Sua natureza individualista, juntamente com a falta de delimitação clara do protocolo de formação dos julgamentos coletivos, dá viabilidade a múltiplas possibilidades de interpretação para os acórdãos. O problema da demarcação no STF é especialmente grave quando, enfrentando um tema particularmente controverso, a posição majoritária não consegue formar um consenso sobre as proposições que fundamentam o julgamento. A ocorrência do problema da demarcação é especialmente danosa nesse tipo de caso, já que ele tem um impacto grande na jurisprudência.

O quarto capítulo apresenta possíveis alternativas interpretativas para a identificação das razões da corte para decidir. Da paridade entre os membros da corte, pode-se inferir a posição segundo a qual a corte aceita uma proposição

sempre que a maioria de seus membros expressa oficialmente a sua aceitação. Essa posição oferece um parâmetro claro para a identificação dos julgamentos coletivos, mas com o custo de flexibilizar alguns requisitos intuitivamente importantes para o agenciamento de grupo. Outra possibilidade é que, como não há expressão coletiva de razões para decidir, não devem poder ser atribuídas quaisquer razões à corte. Uma terceira possibilidade, escondida em plena vista, é que a corte afirma sim razões para decidir. Ela baseia-se na afirmação frequente expressa nos acórdãos de que a corte decide “nos termos do voto do relator”, o que deve significar que a prerrogativa de informar os fundamentos coletivos é do ministro que relata o acórdão. O capítulo termina com a discussão de dois casos emblemáticos da dificuldade que é identificar a fundamentação conjuntamente aceita pelos ministros em julgamento.

O último capítulo aborda a literatura da psicologia social, especificamente aquela dedicada a percepção de grupos-agentes, para considerar o que torna tão difícil identificar razões para decidir em cortes que não expressam como um único ente. A percepção de um grupo como um ente separado de seus componentes, não como mera soma dos membros, fortalece a percepção de que o grupo é capaz de agir intencionalmente. Uma hipótese plausível é que cortes que publicam as posições individuais de seus membros, sem formular uma opinião coletivamente, são menos frequentemente percebidas como entes autônomos e, por isso, menos suscetíveis de serem vistas como capazes de agir intencionalmente – pelo menos nos casos mais difíceis.

2

Conceito de agenciamento de grupo

O primeiro capítulo da tese expõe algumas características centrais do conceito de agenciamento de grupo. Primeiramente, este capítulo esboça uma estrutura básica do agenciamento de grupos, com alguns de seus elementos centrais, em especial, as noções de atitudes em modo-nós, de intenções de grupo, com seus componentes, e de regras constitutivas. Os planos de ação em grupo exigem uma coordenação complexa entre os membros, que planejam suas próprias ações e a sua posição no conjunto organizado das ações dos demais. A existência dessas duas perspectivas faz surgir um ente fictício, o grupo-agente, diferente do conjunto de seus membros e cuja ação tem critérios de racionalidade próprios. Ou seja, ao mesmo tempo em que um membro reflete com os demais sobre o melhor curso de ação para que o grupo atinja seus fins, ele também pensa a respeito de seus próprios planos individuais de ação; pensa sobre qual é a melhor forma de realizar a sua parte na ação coletiva, por exemplo. O que é mais racional para a ação do grupo pode não ser o mais racional para a ação individual de um membro.

A conclusão desse capítulo é que um aspecto central do conceito de agenciamento de grupo é a diferença entre as perspectivas do grupo-agente e a dos membros. Para o membro de um grupo, aceitar uma atitude de seu grupo, na condição de membro do grupo, não implica necessariamente em aceitar essa atitude para si, mesmo que essa atitude seja central para a ação coletiva. Uma concepção de agenciamento de grupo pode recomendar que essa diferença de perspectivas seja superada (exigindo que os membros devam aceitar uma crença do grupo como sua própria, por exemplo), mas ela não pode ser negada.

2.1

Agenciamento de grupo

Podemos aceitar que grupos são capazes de manifestar muitos dos estados mentais que atribuímos a indivíduos (Malle, 2010, p. 120 a 124). Pelo menos, grupos são vistos como capazes de formar estados intencionais, como crenças,

desejos e intenções. Além disso, podemos aceitar que grupos são capazes de processar tais estados e agir em seu ambiente, modificando-o de acordo com seus estados motivacionais. A isso chamamos de agenciamento de grupo.

Não precisamos aceitar a existência de mentes de grupos para que a noção de agenciamento de grupos faça sentido. Tuomela (2013, pp. 46 a 53), por exemplo, que se considera realista sobre estados mentais de indivíduos, trata grupos-agentes como entes fictícios, mas fundamentalmente indispensáveis à compreensão do mundo social. Eles são dotados de estados mentais e realizam ações intencionais fictícias. Isso significa que eles existem na mente das pessoas, em especial de seus membros, que lhe atribuem propriedades mentalistas. Grupos-agentes também têm propriedades reais, como as atitudes conjuntas dos membros. A noção de mente de grupo é interessante por simplificar enormemente a compreensão do mundo social, estabelecendo um segundo nível – o coletivo – de explicação intencional de comportamentos. Assim, um grupo pode ser considerado um grupo-agente, desde que permita que um conjunto organizado de indivíduos defina atitudes como crenças e desejos para o grupo, organize-os para formar um plano de ação coletiva e faça com que seus membros ajam segundo seu papel nesse plano¹.

A noção de agenciamento compartilhado (*shared agency*) pode ser definida como a combinação das ações de um conjunto de agentes. Normalmente, ele é tratado como a capacidade que as pessoas têm de agirem juntas, como duas pessoas que caminham lado a lado numa calçada. Podemos dizer que uma ação é compartilhada quando as pessoas agem juntas porque compartilham uma intenção de fazê-lo (Bratman, 2014, pp. 9 a 11).

Consideremos aqui que compartilham uma ação não só pessoas que fazem a mesma coisa, no sentido de realizarem um mesmo tipo de ação, mas pessoas que fazem as mesmas coisas *pelas mesmas razões*. Por exemplo, quando dizemos que a torcida de um time de futebol acompanhou animada a partida, certamente não estamos falando de pessoas que se conhecem ou que estejam fazendo algo juntas. Ao invés disso, a torcida é composta por pessoas que são movidas a acompanhar animadamente o jogo pelos mesmos acontecimentos.

¹ É possível que exista grupos-agentes capazes de agir sem intenção conjunta; colméias de abelhas, por exemplo (List, Pettit, 2011, p. 32 e 33). Isso não precisa ser levado em conta aqui.

2.2

Conceito de agenciamento

A possibilidade de agenciamento de grupo é, em primeiro lugar, um problema conceitual. Praticamente, a capacidade de ação por parte de grupos não é controversa: simplesmente vemos grupos como agentes em todo lado. Mas isso não torna a questão conceitual menos premente.

É possível que, ao mesmo tempo em que falamos como se agenciamento de grupo fosse algo real, usamos o conceito de agenciamento de maneira que excluiria a possibilidade de que grupos sejam literalmente agentes. Nessa hipótese, haveria uma incompatibilidade entre o melhor entendimento dos conceitos ligados à ação, fundamentalmente individualista, e a prática de se falar em grupos como agentes. Veremos adiante que esse não é o caso.

É possível alguém ter a intenção de realizar determinada ação sem alterar sua disposição de agir de forma alguma; sem refletir, considerar ou decidir agir (Davidson, 1980, p. 83). Essa intenção pura é um tipo de estado mental, semelhante, mas não idêntico, a outras atitudes-pró, como desejar ou valorizar. Ela é distinta também da intenção vinculada a uma ação, que nasce como conclusão de um argumento prático. Tal intenção pode ser explicada, por exemplo, com referência a uma atitude positiva quanto a um estado de coisas, um desejo, por exemplo, e a crença de que uma determinada ação realizará esse estado de coisas.

Como a intenção, no sentido de intenção vinculada à ação, é o produto de um argumento baseado em razões articuladas em prol de uma ação, ela favorece a ação. Isso pode significar que o agente, ao concluir em prol da ação, sente-se inclinado a realizá-la. Também pode significar que o agente se sente obrigado a realizá-la. Essa obrigação não é necessariamente moral: pode-se falar em uma normatividade fraca, que remete à adequação de meios para determinados fins.

As razões que produzem uma intenção explicam a ação, no sentido em que remetem a desejos e crenças do agente. Elas podem ser falsas ou de alguma forma não razoáveis, mas elas estão, em alguma medida, em harmonia com as demais atitudes do agente.

Ser um agente significa ser capaz de adotar comportamentos causados por planos de ação. Por sua vez, pode-se entender plano de ação com o resultado de um raciocínio prático que articula representações de como a realidade é e de como ela pode ser alterada, e tem como conclusão uma representação de como o agente pode alterar o mundo conforme essas representações. O comportamento que é causado pelo plano de ação é chamado de intencional, pois é previamente projetado em um conjunto articulado de atitudes proposicionais relevantes². Quando o autor do plano de ação é bem-sucedido, dizemos que ele agiu.

Agenciamento pode ser entendido como a capacidade de adotar comportamentos causados pelo raciocínio prático envolvendo representações de sua própria autoria. Qualquer sistema que seja capaz de formar tais representações e de alterar o mundo dessa forma pode ser considerado um agente. Portanto, se pudermos estabelecer que grupos são capazes de formar representações do mundo, raciocinar sobre qual curso de ação tomar e efetivamente agir em conformidade com a intenção de agir que figura como conclusão desse raciocínio, devemos admitir que pode haver grupos-agentes.

2.3

Noção de grupo

Grupo é uma categoria central na psicologia da cognição social. Se um observador, em uma dada situação, é capaz de compreender as características ou o comportamento de um conjunto de pessoas como pertencentes a um grupo, o processamento dessas informações será muito mais simples. Por exemplo, observadores tendem a explicar o comportamento de conjuntos de pessoas fazendo referência a informações generalizáveis – referência a características

² Porém, nem todas as ações intencionais exigem uma prévia intenção de agir.

compartilhadas por todos os membros por exemplo – e que descrevam o processo causal de formação das razões dos agentes (O’Laughlin, Malle, 2002).

A noção de grupo que interessa para esse trabalho é aquela refletida pela psicologia da cognição social, ou seja, aquela que orienta a compreensão da realidade social por quem a observa. A questão metafísica sobre se grupos existem ou não como entidades autônomas é irrelevante. O que importa é que, conforme será sustentado no próximo capítulo, as pessoas, membros e não membros, tendem a tratar grupos como uma categoria social que existe de fato. Por isso, Tuomela (2007, p. 19) define grupos como agentes coletivamente construídos, que têm metas, crenças, etc., e que podem agir, por assim dizer, com base nessas atitudes.

Outra questão importante é que há uma ambiguidade no significado da palavra “*grupo*” (Wilder, Simon, 1998). Quando falamos em grupos de pessoas, podemos estar fazendo referência a dois tipos distintos de arranjos sociais: categorias sociais ou grupos-agentes. Podemos tratar como grupo a torcida de determinado time, mas o próprio time é um grupo também. Os torcedores não se conhecem. O que os torna parte de um mesmo grupo é uma característica compartilhada; nenhuma interação, nenhuma intenção em modo-nós é requerida para a adesão. O caso do time é diferente. O que o caracteriza é a disposição dos membros de planejarem suas ações levando em conta seu pertencimento ao grupo. Apenas este segundo sentido de “grupo” interessa aqui. O segundo capítulo tratará de algumas interações entre os dois sentidos.

2.3.1

Raciocínio em modo-nós

Uma característica do raciocínio no contexto de grupo é que ele pode ser fundamentalmente diferente do raciocínio do indivíduo em outros contextos. Para que o grupo aja eficazmente, muitas vezes é preciso que os membros sejam capazes de adotar uma perspectiva de grupo, uma que inclua a si mesmo e as outras pessoas relevantes. Isso significa botar de lado seus próprios interesses individuais e se perguntar: “o que *nós* precisamos fazer para realizar os propósitos

do grupo?” Esse movimento de uma perspectiva individualista³ para uma verdadeiramente grupal é um elemento central das principais concepções de agenciamento de grupo.

A intencionalidade de grupo surge de uma espécie particular de interação entre pessoas, uma interação coordenada. A coordenação que ações de grupo exigem surge de um modo particular de planejamento, uma disposição psicológica diferente daquela que conduz a uma ação individual. Nesse modo de pensamento, o sujeito da ação é um *nós*. Ações coordenadas muitas vezes são planejadas pelos participantes por meio desse tipo de raciocínio. Podemos chamar as atitudes formadas no contexto de agenciamento coletivo de atitudes em modo-nós (Searle, 1990; Tuomela, 2013).

Para Searle (1990; Tollefsen, 2015, pp. 31 a 34), o comportamento coletivo é a expressão de um modo primitivo de intenção individual. As intenções em modo-nós estão presentes no comportamento animal de diversas espécies e não necessariamente envolve a capacidade de comunicação linguística.⁴ Por exemplo (Searle, 1990, p. 402), para explicarmos o comportamento de dois pássaros construindo um ninho juntos, precisamos reconhecer a diferença desse tipo de ação para uma ação individual. Para explicar a diferença, Searle (pp. 402 e 403) pede que imaginemos pessoas num parque, num dia que subitamente se torna chuvoso. Cada uma delas se levanta e corre para um abrigo. Certamente, atribuiremos a elas a intenção individualista de se proteger da chuva. Mas também pode ser que as pessoas façam parte de um grupo de dança e a movimentação que elas estão fazendo para o abrigo faz parte da coreografia. Ainda que a movimentação delas nessa segunda situação seja indistinguível da movimentação na primeira, nossa explicação será diferente. No caso dos dançarinos, a intenção individual é derivada de uma intenção coletiva de executar a dança com os outros.

Tuomela (2013, pp. 1 a 8) define o modo-nós como a intencionalidade requerida para se agir em grupo, por causa de razões de grupo. O propósito do

³ Um membro pode, de uma perspectiva individualista, pensar e agir pelo bem do grupo. Tuomela (2013, p. 24) chama isso de perspectiva pró-grupo em modo-eu.

⁴ As principais caracterizações da intenção conjunta assumem um processo mental inteiramente proposicional. É controverso que a mente funcione em termos proposicionais (Churchland, 1981; 2005). Um grupo de formigas carregando uma folha não é tão diferente de um grupo de humanos carregando uma mesa, e certamente o primeiro grupo não forma sua intenção com base em crenças de cada membro sobre as intenções dos demais.

modo-nós como meio de explicar o comportamento social é a necessidade de se atribuir intenções, ações, responsabilidade, etc., a grupos (p. 24). Razões para agir podem ter diferentes origens. Uma delas é o desejo de se conformar às expectativas das demais pessoas. Uma forma desse desejo de conformidade faz com que as pessoas se sintam impelidas a agir como o instrumento da vontade de um grupo. Uma mesma ação pode ser motivada por razões individuais ou pode ser a realização de um plano de grupo. A ideia é que distinguir razões individualistas para agir das razões em modo-nós é importante em função de nossa necessidade social de lidar com grupos. Assim, se alguém faz algo porque “o grupo mandou”, isso significa que pode ser importante atribuir ao grupo a sua parcela de responsabilidade. A perspectiva em modo-nós, coletiva, dos membros de um grupo (“*nós* acreditamos/desejamos/prendemos...”) pode ser traduzida e descrita a partir da perspectiva singular do grupo (“*o grupo* acredita/deseja/prende...”). As duas formulações são equivalentes (Tuomela, 2013, p. 127).

A ideia de raciocínio verdadeiramente coletivo, em oposição a interação estratégica entre membros em prol dos seus interesses individuais, é elaborada por List e Pettit a partir do chamado problema da lacuna de identificação (*identification gap*; List, Pettit, 2011, pp. 186 a 190). Esse problema diz respeito a como a autoria de uma ação desejada ou intencionada se manifesta para um determinado agente. Digamos que eu, Danilo, tenha um desejo de fechar a porta. O estado de coisas hipotético representado por mim envolve um alguém, *eu*, realizando uma ação. Para que esse desejo seja eficaz em motivar a minha ação, eu preciso ser capaz de me identificar com o autor da ação desejada. A lacuna diz respeito à proposição sobre a qual a atitude é formada: meu desejo de fechar a porta representa um agente com o qual eu não necessariamente me identifico. A dúvida é: o que leva o agente do desejo “de fechar a porta” para o desejo “de *eu* fechar a porta”?

A lacuna pode ser transposta de duas formas. O agente pode identificar-se como autor da ação posteriormente à formação da atitude, como parte de um esforço cognitivo adicional. Como descrição dos processos psicológicos envolvidos na ação, esse modelo é implausível. Qualquer agente eficaz passa do desejo para a ação sem qualquer esforço psicológico para a superação da lacuna; ela é automática. Outra possibilidade é que a transposição se dê como um

subproduto da arquitetura dos processos psicológicos do agente. Ao interagir com o ambiente, os desejos são imediatamente formados tendo como autor o próprio agente; o autor sou *eu*, e “eu” é um indexical – refere-se sempre ao sujeito que o expressa.

É claro que o problema é trivial quando o agente é um indivíduo, mas ele passa a ser interessante quando pensamos em um grupo-agente. Se grupos são capazes de ação, então eles também precisam ser capazes de evitar ou transpor a lacuna da identificação (List, Pettit, 2011, pp. 191 a 201). Ou seja, a formação de atitudes de grupo precisa ser capaz de deixar os membros relevantes imediatamente em condições de realizarem seus papéis. Ou, pelo menos, que os membros sejam capazes de passar de atitudes em terceira pessoa, intenções *do grupo*, para atitudes em primeira pessoa, *nossas* intenções.

Tal como na situação individual, podemos considerar duas propostas de transposição da lacuna da identidade para membros de grupo. Novamente, é implausível a ideia de que um membro primeiro pense nas atitudes do grupo em termos na terceira pessoa para só depois se identificar com o agente que precisa fazer sua parte numa ação coletiva. List e Pettit (2011, p. 192) comparam a relação de um membro com as atitudes do grupo com a relação de um aviador experiente com seus instrumentos. Aviadores inexperientes recorrem às informações dos instrumentos constantemente. Já pilotos experientes agem como se suas intuições estivessem diretamente ligadas aos instrumentos, incorporando as informações relevantes inconscientemente. A relação do membro de um grupo-agente com os processos decisórios do grupo segue a mesma lógica. Suas atitudes individuais, quando agem em prol ou em nome do grupo, são automaticamente orientadas pelo grupo.

A sugestão de List e Pettit é semelhante à de Searle e Tuomela. Existe um modo de raciocínio *em-grupo* que é automático, que não precisa ser refletido. Uma diferença importante reflete a diferença de posições quanto ao mecanismo de formação de atitudes de grupo. Consonante com sua concepção *de fora para dentro*, ao invés de *dentro para fora* como os demais, para List e Pettit, atitudes de grupos são formadas pela agregação dos julgamentos individuais expressos no contexto certo e coincidentes dos membros. Esses autores não exigem uma etapa

consciente de aceitação coletiva da atitude do grupo. Os membros podem ser surpreendidos por um conjunto inconsistente de atitudes de grupo já formado, como ocorre nos casos de dilema discursivo. É isso que diz o exemplo do aviador. Quando agem por uma intenção de grupo, membros normalmente estão *sob o controle automático do grupo*, adotam a perspectiva do grupo, e só precisam tomar consciência das atitudes do grupo quando *acende uma luz vermelha*, quando há algo de errado. Ao final do capítulo compararemos os dois modelos com mais cuidado.

2.3.2

Intenção conjunta e intenção compartilhada

Não é preciso aceitar a existência de mente de grupo para que se admita a existência de intencionalidade de grupo, desde que seja possível explicá-la a partir de uma teoria sobre a mente de indivíduos (Searle, 1990, pp. 406 e 407; List, Pettit, 2011, p. 4; Tuomela, 2013, pp. 9 e 10). Ações realizadas por grupos devem ser explicadas pelos equivalentes coletivos de intenções e razões individuais. As noções de intenção e razão coletivas também ajudam a compreender algumas peculiaridades do agenciamento de grupo, como as características da relação entre membros e grupo. Uma concepção de intencionalidade de grupo deve indicar como indivíduos levam em consideração seu pertencimento ao grupo ao planejarem suas ações, em especial aquelas que constituem partes das ações do grupo. Ela também é necessária para elucidar as características, potencialidades e limites dos grupos-agentes, e oferecer critérios para a identificação das atitudes de grupo.

Ambas intenção compartilhada e intenção conjunta são individuais, no sentido de pertencerem a indivíduos. A diferença é que a intenção conjunta é uma intenção que os indivíduos têm como parte de um *nós*. Ela é a base da formação de atitudes de grupo. A ideia de intenção conjunta (*joint intention*) serve de base para teorias de agenciamento de grupo, tanto abstrata, quanto concretamente⁵. Ela remete a uma forma de coordenação entre intenções individuais no contexto de

⁵ Ver, por exemplo, a teoria da intenção legislativa de Ekins (2012, p. 53) e a explicação de Shapiro (2014) que a atividades sociais constituídas por agenciamento massivamente compartilhado.

grupo. A noção de intenção conjunta fica mais clara se comparada com a de intenção compartilhada (*shared intention*).

Intenções compartilhadas são intenções individuais de duas ou mais pessoas que, por alguma contingência, têm o mesmo conteúdo. Um homem prepara jantar em sua casa (Shapiro, 2014, p. 259). Concomitantemente, seus vizinhos preparam jantar em suas casas. O homem e seus vizinhos agem movidos pela intenção de preparar o jantar. Podemos presumir que haja, nesse caso, uma coincidência do conteúdo das intenções deles. Porém, se o homem tiver preparado o jantar junto com sua esposa, ele terá agido segundo uma intenção diferente. Ao invés de “eu vou preparar o jantar”, seu plano terá sido “*nós* vamos preparar o jantar”.

Como também demonstra o exemplo da chuva no parque de Searle (1990, p. 403), o simples compartilhamento de uma intenção de mesmo conteúdo é fundamentalmente diferente de ter uma intenção em conjunto com outras pessoas. No primeiro caso, no qual a ação coletiva não é coordenada, todas as pessoas presumivelmente compartilham a mesma intenção de fugir da chuva. Elas podem mesmo ter o conhecimento comum de que todas elas compartilham a mesma intenção. Elas veem-se umas às outras correndo em busca de abrigo, cobrindo suas cabeças. Ainda assim, a ausência de um compromisso conjunto, de coordenação entre elas, torna essa intenção compartilhada fundamentalmente diferente da intenção conjunta dos dançarinos correndo no parque.

Podemos dizer que intenções conjuntas são um caso especial de intenção compartilhada. O que as caracteriza é não só a coincidência de conteúdo das intenções individuais, mas a coincidência causada por uma coordenação entre as vontades, por meio do compromisso conjunto de realizar uma ação coletiva.

Veremos que intenções conjuntas são constitutivas da ação de grupo. Coincidência sem coordenação de intenções individuais também tem uma importância fundamental na ação de grupos. Em grupos complexos, muito da ação do grupo é composta pela soma de ações individuais dos membros. Essas ações não são coordenadas, mas são previamente autorizadas pelo grupo; e podem ou não ser coincidentes. Imaginemos um grupo de resgate, mobilizado na busca por sobreviventes nos entulhos de uma encosta desabada. De repente, ouve-se um

estrondo, indicando risco de novo desabamento, e cada membro da equipe corre em direção a um local seguro. Nesse caso, os membros agem orquestradamente na realização de uma intenção conjunta: a busca por sobreviventes. Mas, por conta de um evento imprevisto que afeta cada um dos membros, todos agem movidos pela mesma intenção coincidente e não planejada: fugir para um local seguro⁶. A ação que é característica da ação do grupo – a busca por desaparecidos, no caso acima – é em modo-nós.

2.3.2.1 Intenção conjunta

Intenção conjunta pressupõe um alto grau de coordenação entre membros.⁷ Em especial, um elemento que constitui a intenção conjunta é o conhecimento comum das crenças, desejos e intenções parciais dos membros. Em linhas gerais (Bratman, 2014, p. 5; Gilbert, 2014, p. 29), são de conhecimento comum as atitudes que são publicamente acessíveis a todos os membros envolvidos. Supõe-se que as atitudes mais diretamente envolvidas com o plano do grupo (o desejo de que o grupo realize seu objetivo, o desejo dos membros de fazerem sua parte na ação coletiva, a crença de cada membro de que os demais estão engajados na ação coletiva, etc.) são efetivamente de conhecimento de cada um dos membros, bem como as atitudes de segunda ordem (a crença de um membro de que os outros membros sabem de seu desejo de que a ação coletiva seja realizada, por exemplo). Atitudes de ordens superiores (a crença de um membro de que os outros têm conhecimento de que o primeiro tem conhecimento do desejo dos demais, etc.) devem estar acessíveis a todos os membros.

Michael Bratman (2014, p. 9) sustenta que, nos casos que ele denomina de socialidade modesta (*modest sociality*) – casos de pequenos grupos que não sejam institucionalizados – podem ser explicados apenas em termos das estruturas

⁶ Intenções meramente coincidentes também são importantes porque podem caracterizar grupos que não são agentes. O conjunto de eleitores de um determinado partido é caracterizado por uma intenção compartilhada

⁷ Exatamente o que constitui intenções conjuntas é algo ainda pouco definido. Por exemplo, é provável que intenções conjuntas sejam fortemente dependentes da competência de ler outras mentes, já que envolvem ação coordenada (Tollefsen, 2014, p. 14 e 15). Mas isso significaria que crianças com menos de 4 anos seriam incapazes de realizar ações conjuntas, já que elas ainda não têm a teoria da mente formada. Novamente, conforme Churchland (1981; 2005), é pouco provável que essa coordenação envolva atribuição de conteúdo proposicional.

psicológicas mobilizadas para o planejamento individual. Nenhuma nova categoria da psicologia da ação é necessária para explicar o agenciamento coletivo.

A concepção de Bratman de agenciamento compartilhado exige uma intenção conjunta. Então, para ele, torcedores que se encontram num estádio de futebol e torcem para um mesmo time provavelmente não compartilham essa ação. À exceção das torcidas organizadas, membros de uma torcida não costumam combinar de se encontrar no estádio. Cada pessoa decide individualmente, ou em grupos menores, que quer ir torcer. Ou seja, a ação compartilhada em questão, a ida da torcida ao estádio, é composta por um número de intenções individuais, mas compartilhadas; tantas quanto torcedores presentes. A torcida aqui é um grupo. Ela é uma entidade social a qual podem ser atribuídas propriedades que não podem ser atribuídas a seus membros, mas não chega a ser um grupo-agente.

É possível que a intenção de um torcedor de ir para o estádio seja condicionada a que outras pessoas tenha a intenção de realizar a mesma ação. Alguém pode pensar: “só vou assistir ao jogo se eu souber que meus amigos também vão”. É esse tipo de compromisso pessoal condicional no qual se baseiam intenções e compromissos conjuntos (Gilbert, 2003, p. 51 e 53). Só que, no caso da intenção meramente compartilhada, não há o grau de comunicação necessário para que os planos de ação sejam coordenados. Assim, ainda que todos os torcedores no estádio tenham formado a mesma intenção condicional de só ao estádio se os demais também forem, e ainda que eles tenham realizado a ação de ir ao estádio juntos em certo sentido, eles o fizeram como indivíduos, por razões que só lhes fazem sentido individualmente.

A noção de ação conjunta exige um tipo de condicionamento da intenção do indivíduo bem mais íntimo. Ela é conjunta em dois sentidos (Tuomela, 2013, p. 66): ela tem como conteúdo uma ação coletiva e há o conhecimento comum entre os indivíduos que a compartilham de que essa intenção é compartilhada. No exemplo acima, o conteúdo da intenção não é conjunto porque a ação pretendida é individual. O torcedor decide que “*eu* vou ao estádio somente se...”. Nesse sentido, não há nenhuma peculiaridade no fato de a condição da intenção ser uma outra ação intencional. A ação aqui é tida como um mero acontecimento externo;

seu caráter intencional não é particularmente relevante. Uma ação genuinamente conjunta resulta da intenção dos indivíduos de mobilizarem-se na condição de agentes para realizar uma ação que é de autoria coletiva.

Além disso, essa intenção conjunta é compartilhada pelos envolvidos e cada um deles sabe disso. Ainda que todos os amigos do torcedor também tivessem decidido condicionar a sua ida ao estádio à certeza de que os demais também iriam, esse fato não seria necessariamente de conhecimento comum. Um amigo pode perguntar ao outro se ele pretende ir ao estádio sem lhe dizer o motivo da pergunta. Assim, eles não irão “juntos” (num sentido mais forte) ao estádio, mas se encontrarão casualmente lá.

Podemos dizer que uma intenção individual pode ser compartilhada entre várias pessoas, mas continuar sendo privada e individualista. Há um outro tipo de intenção compartilhada que não é individualista, que envolve um tipo de planejamento e coordenação entre pessoas; a intenção conjunta. Para que uma intenção conjunta seja possível, cada indivíduo deve adotar uma perspectiva que inclua os demais, que permita a projeção da mente das outras pessoas envolvidas e que vise a coordenação das ações dessas pessoas.

2.3.2.2 Aceitação e intenção conjunta

Até aqui, tratamos apenas de atitudes individuais, ainda que compartilhadas ou conjuntas. Com um conjunto de definições básicas e premissas relevantes, o próximo passo é estabelecer como se passa de atitudes individuais para atitudes de grupo. Trataremos aqui de atitudes simples, como desejos e crenças, e de intenções como tipos de atitudes que através da aceitação de seus membros, podem ser atribuídas a grupos. Deixaremos de lado aqui atitudes mais complexas, como aquelas que constituem instituições (Tuomela, 2013, p. 127)⁸. As atitudes de grupo relevantes aqui são mais simples e não pretendem constituir uma realidade social, mas interagir com ela.

⁸ Por exemplo, um grupo pode, internamente, decidir instituir uma determinada moeda de troca. Fazendo isso, ele efetivamente cria um fato. Conchinha é dinheiro para os membros de um grupo que coletivamente aceitam isso.

O que caracteriza uma ação é a atitude específica do agente, produto do seu raciocínio prático. A inclinação para que o agente venha a executar a ação é causada por um conjunto de razões. Algumas ações só podem ser executadas com mais pessoas, e demandam que essa atitude seja compartilhada de alguma forma pelos participantes. Por exemplo, carregar um móvel pesado escada acima pode exigir o esforço coordenado de duas pessoas. Isso significa que a ação é motivada por uma intenção conjunta de carregar o móvel: é verdade tanto que ambos têm a intenção compartilhada de fazer isso, quanto que a dupla tem a intenção de fazer isso.

Um grupo tem uma razão de existir, um *ethos* (Tuomela, 2012, p. 405). Ele tem valores, crenças, práticas e regras centrais e constitutivas. Os membros, quando planejam e agem na condição de membros, têm obrigações perante os demais membros e as pessoas com as quais o grupo interage. Esse *ethos* do grupo delinea as características, ações e atitudes que podem ser atribuídas ao grupo. Se tudo der certo, o resultado é a passagem do planejamento coletivo do conjunto dos membros, descrito no plural (“nós faremos...”), para uma ação *individual* do grupo, descrita no singular (“o grupo fez...”). Além das ações de grupo, os constituintes do agenciamento também emergem da execução de uma intenção conjunta, tal como valores, crenças, desejos, planos, etc. O grupo-agente resultante é análogo a um agente individual no que concerne a discussão sobre razões para agir.

Intenção de grupo é diferente de intenção compartilhada ou conjunta. Intenção conjunta é um modo de intenção individual em que uma pessoa planeja uma ação enquanto membro de um grupo. Isso significa ter uma intenção de que o grupo faça algo (Tollefsen, 2014, p. 14) ou ter a intenção de fazer algo com outros, sabendo que os outros tem uma intenção equivalente e conhecem a intenção do primeiro. Ou seja, intenção conjunta é, na verdade, uma série de intenções de pessoas individuais que coordenam suas ações. Grupos-agentes são constituídos por intenções conjuntas. A intenção de grupo, por sua vez, é a intenção do próprio grupo, entendido como um agente individual, de agir de determinada forma. A intenção conjunta é em modo-nós: é a intenção de que *nós*

façamos; enquanto que a intenção de grupo é equivalente a uma intenção em modo-eu⁹.

2.3.3

Compromisso conjunto e normatividade (fraca) de grupo

Engajar-se numa ação conjunta implica em uma espécie de normatividade. Duas pessoas transportando uma mesa pesada têm uma intenção comum declarada e suas intenções individuais em continuar contribuindo na tarefa. Cada uma das duas tem uma justa expectativa de que a outra seguirá fazendo força do seu lado. Pode-se dizer que há, entre elas, uma obrigação mútua em fazer a sua parte na tarefa. É claro que essa obrigação não precisa ser moral. Ela pode ser, aliás, flagrantemente imoral: as duas pessoas podem estar furtando a mesa, por exemplo. A obrigação de seguir carregando a mesa reflete a normatividade fraca que decorre da intenção conjunta de ver realizada uma tarefa. Ela é consequência dos propósitos que motivaram a instituição do grupo.

Gilbert (2003, pp. 47 a 49) entende que intenção coletiva surge do compromisso conjunto dos membros de um determinado grupo de pretenderem, como um grupo, agir. A intenção coletiva explica-se, portanto, a partir do conceito de compromisso conjunto; e compromisso conjunto, do conceito de compromisso individual. A decisão de realizar determinado ato gera um compromisso. Não agir de forma a cumprir o compromisso é, de alguma forma, errado e sujeito a críticas. Se tomo uma decisão, ainda que ela seja sem importância, como pegar o caminho da direita durante um passeio no parque, eu gero para mim mesmo o compromisso de agir em conformidade. Assim, se distraidamente tomo o caminho da esquerda durante o meu passeio, provavelmente considerarei isso erro. É como se tivesse falhado em realizar a intenção de pegar o caminho da direita.

Os compromissos conjuntos têm a mesma característica, mas eles são compromissos entre duas ou mais pessoas. Assim, os erros decorrentes da não realização do compromisso gera um tipo de responsabilidade entre as partes.

⁹ Apenas equivalente, já que não estamos postulando a existência de uma mente de grupo. Veremos no próximo capítulo que, dadas algumas condições, atribuímos intenções a grupos como se fossem indivíduos.

Pode-se dizer que o compromisso conjunto gera direitos e deveres, morais ou simplesmente intragrupo, entre os membros.

Para Gilbert (2003, p. 53), a formação de um compromisso conjunto deriva de uma expressão da prontidão (*readiness*) de um indivíduo em se engajar com outros em uma tarefa conjunta. Quando todos os envolvidos expressam prontidão para a mesma ação conjunta, então o compromisso conjunto está estabelecido e começa a gerar obrigações mútuas entre os indivíduos. Por exemplo (Gilbert, 2003, pp. 54 e 55), se eu convido alguém para dançar, eu estou expressando minha prontidão para estabelecer um compromisso conjunto em favor de nós dançarmos juntos. Se a pessoa responde que sim, ela expressa prontidão para o mesmo. Nesse momento, está estabelecido o compromisso conjunto de dançarmos juntos. Se eu decido unilateralmente deixar de dançar sem apresentar qualquer razão mais forte para tanto, eu estou fazendo algo de errado, algo criticável pela outra pessoa.

Estamos em condições agora de pensar em como atitudes proposicionais interagem, para o agente, normativamente com uma ação. Podemos, portanto, pensar no planejamento da ação em termos razões publicamente reconhecíveis. Isso é verdadeiro tanto para os indivíduos que têm capacidade para agir; quanto para grupos, que, dadas determinadas condições, podem ser considerados autores de ações. Por isso, há duas formas pelas quais a aceitação de atitudes de grupo geram razões para agir: para o grupo, que pode formar desejos e crenças próprios; e para os membros, que têm razões para agir decorrentes de seus compromissos com os demais membros e com o grupo.

2.4

Noção de razão no contexto de grupo

Razões são fatos – isto é, algo em virtude do qual proposições verdadeiras ou justificadas são verdadeiras ou justificadas, e que podem incluir valores ou crenças (Raz, 1999, pp. 15 a 20) – referidos com o propósito de explicar, avaliar e guiar o comportamento das pessoas. As funções teóricas de explicar e práticas de avaliar e guiar o comportamento são relacionadas entre si: um fato não motivaria

ação se não pudesse ser usado para explicá-la; e uma explicação bem-sucedida de uma ação geralmente faz referência aos fatos que efetivamente a motivaram.

É verdade que, para que qualquer fato opere como uma razão motivadora, ela precisa ser traduzida numa atitude capaz de motivar o agente. Por exemplo, uma senhora que sai de casa carregando seu guarda-chuva aberto, o faz pelo fato de *que ela não quer se molhar* e de *que está chovendo* (Tuomela, 2012, p. 403). Assim ela justificaria seu comportamento e assim outros o explicariam, caso esteja de fato chovendo. Mas ela também pode estar enganada quanto à sua razão motivadora. Pode ser que não esteja chovendo. Nesse caso, ela estará agindo por causa de situação hipotética, que acredita falsamente ser verdadeira.

Em geral, é o conteúdo dos estados mentais, esteja ele de acordo ou não com a realidade, que funciona como razões para agir. Mas os próprios estados mentais também podem ser razões, no sentido de serem fatos por causa dos quais alguém realiza uma ação. *Que eu queira beber uma lata de tinta* é uma razão para beber uma lata de tinta, mas o fato de que eu tenha esse desejo é, por sua vez, uma razão para buscar ajuda de um psiquiatra (Tuomela, 2012, p. 403). O conteúdo do estado mental – a vontade de beber tinta – fornece uma razão para agir, mas meu outro desejo de preservar minha saúde e a crença de que alguns de meus desejos são perigosos fornecem uma razão para agir de uma maneira incompatível com a primeira ação.

Uma razão pode ser enunciada por uma série de proposições. Às vezes, apenas parte das proposições é enunciada como razão para uma dada ação. Por exemplo (Raz, 1999, pp. 22 e 23), ao ser perguntado por que vou para a estação de trem, posso responder que meu amigo chegará lá em breve e que eu gostaria de agradá-lo com a minha presença. Está implícito que meu amigo ficará feliz com a minha presença. Juntas, as três proposições – meu amigo chegará na estação; ele ficará feliz com a minha presença; e eu gostaria de agradá-lo com a minha presença – constituem uma razão completa para eu ir à estação. Pode também ser verdade que eu tenha prometido para meu amigo que o encontraria lá. Nesse caso, eu tenho uma outra razão, independente da anterior, para agir dessa forma.

2.4.1

Regras constitutivas do grupo

O pertencimento a um grupo dá razões para que os membros aceitem as atitudes do grupo, e a aceitação coletiva pelos membros de uma determinada atitude para o grupo dá razões aos membros para aceitarem, na qualidade de membros, as atitudes que o grupo, segundo o procedimento adequado, decide coletivamente aceitar.

Todo grupo tem um conjunto de regras, práticas, valores, etc., constitutivos ou centrais que lhe define a identidade e dá razões para agir. Tuomela (2007, p. 16) chama esse conjunto de *ethos do grupo*. Ser membro de um grupo implica em aceitar determinadas atitudes coletivamente aceitas por todos os membros e de assumir algumas obrigações. O *ethos* é um conjunto especialmente importante de atitudes coletivamente aceitas pelos membros e uma fonte igualmente importante de obrigações para seus membros.

Um grupo-agente é sempre formado com um propósito. Por isso, se um indivíduo pretende agir como membro do grupo, então ele deve pretender fazer a sua parte para que o propósito do grupo seja alcançado, e os demais membros contam com isso para fazerem sua parte também. A adesão ao grupo implica em um compromisso de cooperar em vistas da razão de ser do grupo. Essa solidariedade do grupo tem dois aspectos centrais (Tuomela, 2013, pp. 246 e 247): cada membro deve estar disposto a agir cooperativamente entre si e o grupo, com seus objetivos e valores centrais, deve ser a motivação determinante para isso. Disso decorre que há solidariedade, da perspectiva dos membros, quando há cooperação entre eles na realização dos negócios do grupo; e, da perspectiva do grupo, quando ele tende a realizar e promover seu *ethos* ao guiar a ação de seus membros.

A noção de compromisso conjunto, uma das condições para que se possa falar em intenção de grupo, exige de cada membro que se comprometa a fazer a sua parte num plano de ação conjunta. Nem sempre a declaração da intenção conjunta dos membros será feita de forma expressa e clara. Isso depende da natureza da ação de grupo a ser realizada. Mas uma coisa é certa, o compromisso

conjunto cria, pelo menos, uma obrigação fraca para o membro de não fazer algo que possa minar a intenção do grupo (Tollefsen, 2015, p. 45). O mínimo que se espera de uma pessoa que integra um grupo-agente é que ela não ataque a unidade de agenciamento que constitui o grupo.

2.4.2

Razões do grupo e razões coletivas dos membros

Grupos-agentes têm a peculiaridade de ser compostos por outros agentes. Por isso, há entre eles uma relação ambivalente: membros são partes do grupo, mas também são agentes autônomos, com os quais o grupo precisa interagir. Os membros constituem a ação do grupo, mas também estão em condições de avaliá-las criticamente. Isso significa que as razões de agir do grupo fundam-se nas intenções e circunstâncias dos membros. Significa também, por outro lado, que o conjunto de razões que motiva cada membro a agir como membro do grupo não é necessariamente idêntico, ou mesmo convergente, com as razões motivadoras do grupo.

Uma das características da vida dos grupos-agentes é que eles abrigam uma pluralidade de perspectivas individuais, que não necessariamente deixa de existir após a decisão do grupo sobre qual curso de ação tomar. Um modelo de agenciamento coletivo deve ser capaz de explicar a relação entre essa pluralidade e o tipo de unidade que a intenção conjunta de agir como um grupo exige. Parece ser possível que um membro de grupo faça adequadamente a sua parte para a execução da ação do grupo e, ainda assim, expresse contrariedade à ação do grupo.

De maneira geral, razões de grupo são análogas a razões individuais. O interessante é como elas interagem com as razões dos membros individuais. Ou seja, a pergunta é: como o pertencimento a um grupo-agente orienta as considerações de uma pessoa sobre qual é o melhor curso de ação a tomar? A resposta óbvia para essa questão é que membros de grupos, pelo motivo mesmo de serem membros do grupo, fazem sua parte para que a ação do grupo se realize. A dúvida é exatamente o que significa para um membro fazer a sua parte e o que

isso exige dele. Precisamos, portanto, identificar as diferentes perspectivas disponíveis para o membro de um grupo-agente, como elas interagem conceitualmente e, normativamente, como devemos organizar a estrutura de decisão de um grupo para que o agenciamento coletivo se dê da forma mais racional possível.

Razões de grupo podem significar duas coisas diferentes (Tuomela, 2012, p. 404). Pode significar as razões que o grupo, enquanto ente com capacidade de agir, tem para realizar determinada ação. Pode significar também as razões que o pertencimento ao grupo dá aos membros para agirem na qualidade de membros do grupo.

Para evitar confusões, o termo *razões do grupo-agente* será usado para exprimir o primeiro sentido. Elas são atitudes que os membros aceitam coletivamente, respeitando regras de decisão previamente estabelecidas, na condição de membros e, por isso, reconhecem e as expressam como as razões que o grupo tem para agir. Razões do grupo-agente explicam a ação do grupo de maneira simplificada, encobrendo as etapas da construção do entendimento entre os membros e expondo apenas o resultado desse processo. Por sua vez, o termo *razões dos membros* exprimirá o segundo sentido. Elas são razões que o grupo, quando forma uma intenção de agir, dá a seus membros para agirem enquanto membros. Elas refletem a obrigação individual que cada membro assumiu ao ingressar no grupo. O conteúdo dessa obrigação remete aos objetivos últimos do grupo e as ações que ele precisa empreender para atingi-lo.

Por exemplo, os moradores de uma casa reúnem-se e expressamente concordam que suas paredes estão muito feias. Por isso, eles decidem pintá-la. A razão de grupo-agente dos moradores para agir pode ser que a pintura da casa está descascando, o que foi estabelecido em reunião. Por sua vez, cada morador, na condição de membro, tem como razão para participar da força-tarefa o fato de foi decidido em reunião que a casa precisava de pintura e que os próprios moradores fariam isso.

Ambas são razões de grupo no sentido em que compõem o raciocínio prático complexo que o agenciamento de grupo exige dos membros. A aceitação conjunta de uma atitude voltada à ação por parte dos membros pode ser expressa

como uma razão para o grupo-agente, entendido como um ente autônomo, agir. Ao aceitar que um estado de coisas constitui uma razão para agir, o grupo assume um compromisso de agir segundo a intenção assim formada: salvo a existência de alguma razão mais forte, o grupo tem uma certa obrigação (se não moral, pelo menos prudencial) de agir por essa razão. Além disso, que o grupo tenha formado uma intenção de agir com base nessa razão significa que seus membros coletivamente aceitaram essa razão como obrigatória. Por isso, cada um dos membros tem, sobre si, a obrigação de agir em conformidade com a intenção do grupo assim formada. Ou seja, os membros têm, todos eles e cada um individualmente, razões para realizar a intenção do grupo.

Uma razão de membro para agir é uma razão em modo-nós, ou seja, é uma crença ou desejo coletivo e atribuível ao grupo; um estado de coisas que o grupo almeja ou um estado de coisas que, realizada uma determinada ação coletiva, o grupo entende que obtém. Da perspectiva dos membros, uma intenção de agir em modo-nós remete a uma ação conjunta num sentido forte. Isso significa que essa ação não é simplesmente repetida entre os membros, ou parte de um encadeamento de ações realizadas por um conjunto de pessoas; significa que a ação é, em parte, realizada como parte de um complexo de ações individuais que só fazem sentido se observadas em conjunto. Que os outros membros farão a sua parte compõe a razão para um membro agir enquanto membro. Porque eu observo que meu amigo está disposto a levantar seu lado da mesa e puxá-la no caminho certo é que eu levanto meu lado da mesa e a empurro na mesma direção: isso, junto com a intenção compartilhada de transportar a mesa, que constitui a razão do membro em fazer a sua parte na ação da dupla de carregadores.

Além disso, o membro de um grupo pode ter uma razão de grupo, em modo-nós, para fazer algo, mas não ter uma razão de mesmo conteúdo, mas em modo-eu (Tuomela, 2013, p. 5). Podemos imaginar uma situação em que o membro do grupo sente-se forçado, por conta de sua condição de membro, a fazer algo contra seu melhor juízo. Não é que ser parte do grupo dê ao membro uma razão adicional em favor da ação. Da perspectiva individualista do modo-eu isso é verdadeiro, mas, na condição de membro, suas razões individualistas para não realizar a ação não são relevantes.

Já a razão do grupo-agente pode ser compreendida como uma razão em modo-nós e como uma razão em modo-eu (Tuomela, 2013, p. 127). No caso da mesa, a nossa dupla, entendida como um grupo, age pela razão de que a mesa está atrapalhando a passagem das pessoas. Eu, enquanto parte da dupla, penso: “nós precisamos tirar a mesa do caminho das pessoas”. No plural, portanto, e, como a ação foi conjuntamente planejada, é provável que meu amigo tenha agido motivado pela mesma razão¹⁰.

A perspectiva de um observador é diferente. Ele é capaz de interpretar nossa ação e explicá-la mencionando a mesma razão. Para ele, a ação terá características análogas à ação de um indivíduo (Tuomela, 2012, p. 405) e apontará razões que poderiam ser formuladas em modo-nós (ainda que, já que o grupo é suficientemente pequeno, ele o faça no plural: “eles carregaram a mesa porque...”). A intenção do grupo-agente, os desejos e crenças que o conduziram à ação, não exige a coordenação de ninguém mais que o próprio grupo; a própria existência de uma ação de grupo já pressupõe a coordenação entre membros.

Pode-se dizer, por exemplo (Tuomela, 2012, p. 408), que uma equipe de pintores de casa, tomada enquanto um agente análogo a um agente individual, aceita como razão para agir o fato de que a casa precisa de pintura. Por outro lado, a razão dos membros da equipe para agirem conjuntamente será, possivelmente, o fato de que a equipe formou a intenção de pintar a casa. Essa é uma diferença de perspectivas. Externamente, o grupo manifesta-se como um agente unitário, cuja racionalidade se mede por sua capacidade de realizar seus objetivos de maneira competente. Internamente, o grupo manifesta-se pela interação entre membros, ordenada por regras formais ou acordos tácitos¹¹. As figuras 1 e 2 ilustram a diferença entre

¹⁰ Não é necessário que esse seja o caso. É possível que os membros tenham opiniões diferentes sobre qual são as razões últimas do grupo para agir, desde que o processo de formação da atitude coletiva tenha sido bem-sucedido em formar uma intenção de agir. Nesse caso, meu amigo pode acreditar que estamos tirando a mesa porque a sala ficará mais bonita sem ela. O importante é que nós tenhamos concordado que é preciso tirá-la de lá e que o meio de fazermos isso é levantando a mesa, cada um de um lado, etc. Isso é especialmente relevante para grupos muito grandes. Por exemplo, os soldados de uma nação em guerra não precisam saber as verdadeiras razões que motivaram a declaração de guerra. Basta que ele saiba que sua nação tem como meta derrotar o inimigo e que a ele cabe obedecer as ordens de seus superiores.

¹¹ Afirmar que uma perspectiva é externa e a outra, interna não significa que os membros não podem adotar a primeira ou que um observador externo não possa adotar a segunda. Pelo contrário, o raciocínio em modo-nós para, por exemplo, conceber propostas de um plano de ação

Figura 1: perspectiva externa da ação de um grupo.

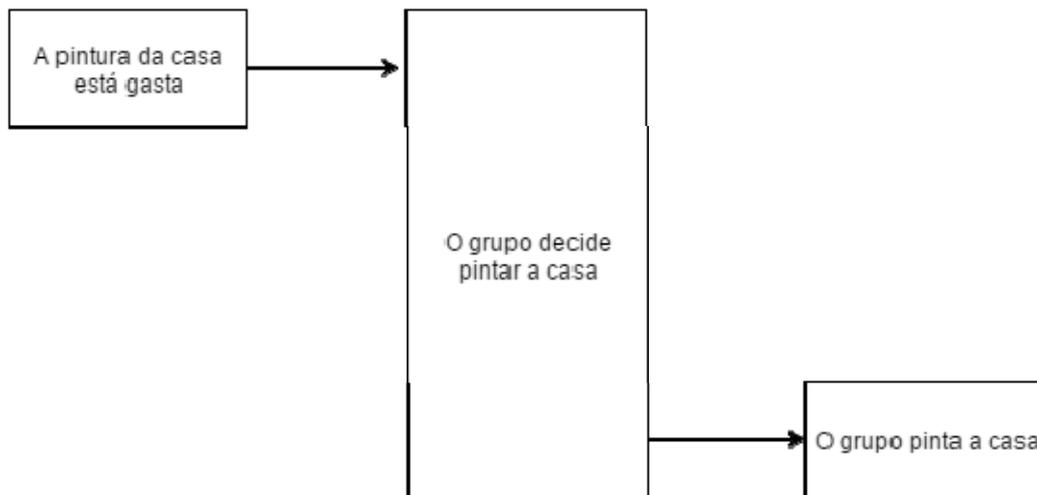
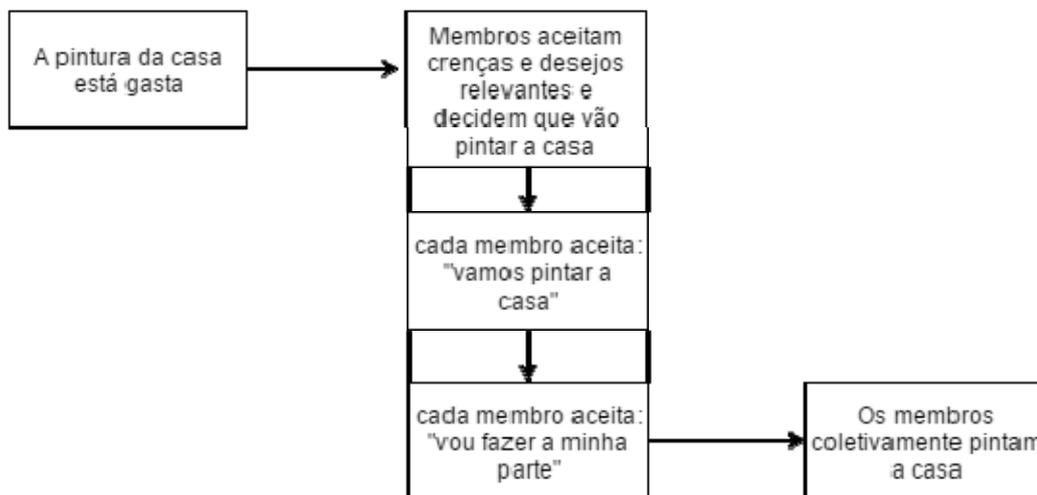


Figura 2: perspectiva interna da ação de um grupo.



Os membros podem compartilhar com o grupo o desejo e a meta de ter a casa pintada. Mas o que torna a ação conjunta de pintar a casa uma ação verdadeiramente grupal, atribuível à equipe enquanto agente, é a intenção de agir conjuntamente que se forma quando eles, na qualidade de membros de um grupo-agente, aceitam como razão de agir o fato de que o grupo assumiu para si determinado objetivo. Ou seja, da perspectiva do grupo, é necessário que os membros ajam motivados pela intenção do grupo de agir; caso contrário, não é possível falar em agenciamento de grupo. Digamos que cada indivíduo,

para o grupo exige dos membros que adotem essa dita perspectiva externa. Por sua vez, um observador externo pode estar interessado nas interações entre membros que geraram a intenção do grupo. Para isso, ele estudará o grupo da perspectiva interna; como uma série de intenções individuais em modo-nós.

consciente de que a casa precisa de pintura (talvez até mesmo por terem deliberado e concordado com isso), compre sua lata de tinta e decida, todos coincidentemente no mesmo dia, pintar a casa. Eles agem conjuntamente e compartilham as mesmas razões que motivou a equipe do primeiro exemplo, mas não agem como grupo, já que não formaram conjuntamente a intenção de agir.

A intenção dos membros de agirem enquanto grupo depende da formação de um plano de ação do grupo-agente, mas prescinde de que os membros formem qualquer atitude individual em relação aos fatos que o grupo toma como suas razões. A depender do tipo de grupo, os membros não precisam sequer saber delas (por exemplo, basta que os nacionais de um Estado beligerante estejam cientes da declaração de guerra pelas autoridades competentes, sabendo ou não das razões, para serem obrigados a participar dos esforços de guerra). Os membros podem mesmo explicitamente rejeitar as razões que movem o grupo. Por exemplo (adaptado de Jenkins, 2014), suponha que uma associação comunitária precise escolher músicas para uma festa. Alguns membros querem tocar heavy metal e rejeitam qualquer outro estilo, em especial música clássica; outros só querem música clássica e não suportam heavy metal. Como resposta ao conflito, eles decidem por uma terceira opção, que todos os membros apenas toleram: rock clássico. Todos os membros têm individualmente uma opinião negativa em relação ao rock clássico, ou seja, cada um está motivado a *não* tocar esse tipo de música. Porém, enquanto membros do grupo, a necessidade de uma decisão coletiva os obriga a tocarem rock clássico.

Se uma razão motivadora no nível do grupo é uma razão aceita coletivamente pelos membros enquanto membros para uma ação conjunta, então uma razão que não efetivamente motiva os membros a contribuir para a ação do grupo não pode ser atribuída ao grupo (Tuomela, 2012, pp. 407 e 408). Ou seja, o que caracteriza uma razão motivadora de grupo é a sua participação nos planos de ação de seus membros *qua* membros.

Há uma equivalência entre razões do grupo e as razões coletivamente aceitas pelos membros, mas elas são noções distintas (Tuomela, 2013, p. 126). A aceitação conjunta é a última etapa de um tipo especial de interação social que dá causa à atitude do grupo. Mas as atividades do grupo não são necessariamente

transparentes – mesmo que sejam publicamente acessíveis – e pode não ser possível inferir as manifestações dos membros.

Como o exemplo dos músicos comunitários ilustra, grupos podem ter razões para agir que os membros coletivamente não aceitam. É verdade que a atitude de grupo é formada pela aceitação de seus membros, mas não é necessário que todos os membros participem dessa aceitação coletiva. É possível que os membros, ainda que coletivamente aceitem uma atitude como sendo do grupo, apenas a aceite para o grupo e estando na condição de membros.

Há também grupos que são hierárquicos, que atribuem a um número reduzido de pessoas a competência para tomar suas decisões. Nesse caso, somente dessas pessoas se espera o compromisso conjunto de aceitar as razões de agir do grupo. Importa pouco se um grupo de funcionários se recusa a reconhecer um posicionamento público que uma empresa adota oficialmente, contanto que continuem a fazer seu trabalho; o mesmo não pode ser dito do presidente da empresa.

Membros podem ser motivados a agirem como membros por razões puramente individualistas. Considerações de interesse pessoal para a participação de um grupo não envolve nenhum tipo de raciocínio em modo-nós (Tuomela, 2013, p. 15). Nesse caso, os indivíduos não pensam como membros. Mas, mesmo quando pensam em modo-nós, membros têm razões diferentes que o próprio grupo para agir. O tipo mais característico de razões de membros são as razões que eles têm para fazer sua parte na ação de grupo. Esse tipo de atitude envolve priorizar os interesses e valores coletivamente compartilhados para formar uma intenção de agir.

2.4.3

Crítérios para a identificação de atitudes de grupo: dois modelos

Tratamos até agora dos elementos constitutivos da noção de agenciamento de grupo. Também é necessário explicar como atitudes coletivas são formadas no contexto do grupo, a partir das atitudes individuais e respeitando suas regras constitutivas. Mais do que isso, é precisa formular critérios para as atitudes

atribuíveis ao grupo possam ser identificadas. Serão consideradas duas alternativas disponíveis na literatura.

A diferença fundamental entre os dois modelos diz respeito à consciência dos membros das atitudes relevantes à intenção de agir do grupo ao se portarem como membros. Um deles exige que, para que uma atitude possa ser atribuída ao grupo, os membros a tenha aceitado, e aceitação é um processo consciente. O outro não faz essa exigência. Ele parte de uma concepção de agenciamento que estabelece critérios para a identificação de uma ação, e esses critérios são externos.

2.4.3.1 Modelo de aceitação

Tuomela (2012) oferece uma concepção de agenciamento de grupo baseada no conceito de aceitação conjunta. Uma razão é uma razão motivadora do grupo-agente se os membros a aceitam conjuntamente como tal, em modo-nós, de maneira compatível com as regras constitutivas do grupo e suas metas previamente estipuladas. Tendo aceito participar do grupo, os membros estão comprometidos com suas regras constitutivas e estão, em certo sentido, obrigados a aceitar as razões coletivas do grupo como suas próprias razões para agir.

Podemos definir ação de grupo como a ação realizada pelo conjunto dos membros de um grupo, na condição de membros do grupo e em conformidade com o plano de ação do grupo. Duas pessoas carregando uma mesa escada acima realizam uma ação de grupo, assim como ministros do STF julgando em plenário. Em ambos os casos, os membros aceitaram engajar-se nas ações que constituem a finalidade do grupo (transportar a mesa e julgar as demandas de competência da corte), além de terem aceito atitudes que compõem a intenção de agir do grupo (é preferível que a mesa esteja no andar de cima, é melhor que cada um segure de um lado da mesa para transportá-la, etc.). Isso significa que o grupo age porque os membros aceitam atitudes que são indispensáveis para a intenção de agir do grupo e para a coordenação dos membros, e também aceitam fazer a sua parte. A concepção de Tuomela, que podemos chamar de *modelo de aceitação*, indica que

o meio para localizarmos as razões do grupo-agente é identificando as atitudes que os membros aceitaram, na condição de membros, como constitutivas da intenção de agir do grupo. Esse nome justifica-se porque as atitudes atribuíveis ao grupo baseiam-se na aceitação coletiva dos membros de alguma atitude como atitude do grupo. A aceitação coletiva forma a atitude do grupo (Tuomela, 2013, p. 124).

Nesse modelo, um grupo-agente tem metas, crenças e desejos sobre o mundo capazes de motivar e orientar suas ações. E o que se espera dos membros é que estejam motivados a agir como membros, entendendo e aceitando conjuntamente o plano de ação do grupo. Podemos, portanto, distinguir três níveis diferentes de razões numa intenção de grupo (Tuomela, 2012, p. 411): o nível do grupo-agente; o nível coletivo das razões compartilhadas pelos membros, que inclui as razões que o grupo dá a todos os seus membros para pensarem em modo-nós e coordenarem suas ações adequadamente; e o nível individual de cada membro, das suas razões para executarem sua parte no plano do grupo.

Em grupos hierarquizados e muito grandes, seus integrantes, para fazerem a sua parte, sequer precisam saber dos motivos do grupo. Por exemplo (Tuomela, 2012, p. 408), um país, em retaliação a uma ameaça externa, pode impor restrições comerciais a outro país. Essa determinação será uma razão para que seus cidadãos parem de importar produtos do país rival, ainda que não saibam o porquê das restrições. Já em grupos democráticos, nos quais todos os membros participam diretamente do planejamento de suas ações, os membros têm a dupla função de, primeiramente, oferecer e votar propostas para a ação coletiva e, posteriormente, identificar e executar a sua parte nessa ação. Ou seja, nesse tipo de grupo, um membro é chamado a participar em dois momentos: na formação da intenção do grupo, considerando os interesses do grupo e as circunstâncias do seu ambiente; e na realização da ação de grupo intencionada, fazendo aquilo que o grupo coletivamente determinou como sendo seu papel.

A ideia principal aqui é que grupos agem através de seus membros, mais especificamente, através da aceitação conjunta dos membros de razões para a ação do grupo. Isso exige que os membros expressem essa aceitação, subjetivamente, pensando e agindo como partes do grupo (em oposição a pensar e agir em

satisfação a seus interesses pessoais) e, objetivamente, em concordância com as regras, práticas e valores constitutivos do grupo (Tuomela, 2012, p. 405). Ou seja, não é qualquer manifestação de um membro de grupo que pode ser tomada como evidência das intenções do grupo. Mais do que isso, não é qualquer manifestação de um membro que pode ser tomada como expressão de uma proposta sua para a intenção do grupo. Um membro pode agir ou expressar-se sem satisfazer aqueles dois critérios. Nesse caso, ainda que esteja falando *sobre* o grupo, ou mesmo *pelo* grupo, sua manifestação não necessariamente constitui parte da manifestação do grupo.

Grupos reais podem adotar uma variedade grande de mecanismos de aceitação conjunta. Consideremos como devem ser os critérios para a identificação dessa aceitação conjunta (Tuomela, 2013, pp. 26 a 32). Primeiramente, o critério subjetivo envolve uma disposição psicológica de adotar a perspectiva do grupo ao interagir com o mundo e planejar ações futuras. Isso significa ignorar parcialmente considerações de interesses, valores, crenças, etc., próprios e pensar e agir segundo as informações do grupo. Essa forma de pensar e interagir com o mundo pode ser chamada de modo-nós. A adoção dessa perspectiva implica num compromisso de cada membro de fazer a sua parte na execução do plano de ação do grupo. Além disso, externamente, serve de base para que o grupo seja percebido como um ente autônomo e com capacidade de agir motivado por suas próprias razões.

O critério objetivo diz respeito às práticas, valores, metas, etc., que são centrais para o grupo, que podemos chamar de *ethos* do grupo (Tuomela, 2013, pp. 27 a 29). A participação de um grupo na condição de membro dá-se no seu compromisso com algumas regras e práticas que constituem e caracterizam o propósito do grupo. A unidade emerge quando os membros conjuntamente aceitam tais regras como centrais e, com isso, comprometem-se a perseguir os objetivos comuns. Além do aspecto constitutivo, o *ethos* do grupo tem uma função epistêmica. Os membros precisam ter clareza sobre as intenções do grupo para que possam fazer eficazmente sua parte na ação coletiva.

Os membros concordam em aceitar, todos juntos e pelas mesmas razões, determinada atitude como atitude do grupo. Essa aceitação coletiva pode ser

assumida quando cada membro tem a intenção – a mesma intenção para todos os membros – de ajustar suas ações futuras como membro a essa nova atitude do grupo (Tuomela, 2013, p. 124). Finalmente, como é comum com a manifestação de intenções em geral, os membros comprometem-se mutuamente com isso, gerando uma espécie de obrigação de agir em conformidade. Essa obrigação fraca – perante os outros membros, no contexto da ação do grupo – decorre do pertencimento ao grupo e do fato de que o grupo existe para um propósito¹².

Por exemplo, os membros de um partido político coletivamente aceitam adotar uma postura de oposição a um projeto de lei. Isso significa que eles – mesmo aqueles que gostariam que o partido apoiasse o projeto – concordam que o partido se opõe ao projeto de lei. Isso significa que os partidários, ao aceitarem essa como uma atitude do grupo, se comprometem sua rejeição; talvez votando contra a sua aprovação. Com o tempo, pode ser que os membros mudem de ideia e eles ajam diferentemente, degenerando a posição inicial do grupo. O que importa aqui é estabelecer a relação entre a formação da atitude coletiva e a postura dos membros: uma atitude é atribuível ao grupo quando ela foi aceita por seus membros como tal e isso implica em um tipo de obrigação para os membros.

Mas e se alguns partidários não aceitarem a atitude do grupo? É possível que a facção favorável a projeto de lei se insurja e se recuse a aceitar essa como uma atitude do grupo. A aceitação coletiva é inferida da intenção conjunta de ajustar suas ações de membros à nova atitude do grupo. Mas essa intenção não se refere apenas à atitude já formada, mas a qualquer atitude legitimamente formada. Há situações simples, nas quais a aceitação emerge espontaneamente do consenso sobre os próximos passos do grupo. Nas situações nas quais falta consenso, o grupo precisa oferecer algum mecanismo para adjudicar qual é a melhor dentre as opiniões relevantes sobre qual deve ser a atitude do grupo.

2.4.3.2

Modelo de agregação

Temos uma alternativa ao modelo de aceitação. A principal característica do modelo de List e Pettit é a sua concepção agregativa de atitude de grupo. A

¹² Ver tópico sobre normatividade interna do grupo.

originalidade do trabalho desses autores também está no fato de abordarem o problema do agenciamento de grupo de uma perspectiva externa (List, Pettit, 2011, pp. 11 a 16; Sugden, 2012, pp. 268 e 269). Segundo eles, adotar a perspectiva externa significa reconhecer a importância metodológica da detecção da presença de agenciamento. Uma investigação que interprete um sistema a partir de uma abordagem mecânica pode fornecer a capacidade de explicar e prever como ele interage com o ambiente. Mas alguns sistemas, como uma pessoa dotada de agenciamento, também podem ser compreendidos a partir de uma abordagem intencional, que os tratem como tendo alguma forma de capacidade de autonomamente representar o ambiente do qual fazem parte e *agir* sobre ele. Observadores, por serem agentes intencionais eles mesmos, sabem interagir de uma maneira mais rica quando identificam o sistema como um agente. Ou seja, a abordagem intencional, que List e Pettit aceitam como ponto de partida, pressupõe que grupos podem e são representados como capazes de agir *como pessoas individuais*. Por isso, a forma de agenciamento que as pessoas atribuem a grupos deve corresponder, em alguma medida, ao tipo de autoria que as pessoas atribuem a si mesmas, individualmente (Sugden, 2012, p. 269).

O modelo agregativo é uma concepção diferente de agenciamento de grupo, uma que não exige que os membros adotem a perspectiva do grupo, o chamado modo-nós, para que seja caracterizada a formação de atitudes para o grupo. Essa alternativa, o *modelo de agregação* (List e Pettit, 2013), nos oferece uma outra abordagem para o problema das razões de decidir em cortes. Podemos encontrar atitudes do grupo não apenas rastreando as atitudes aceitas pelos membros agindo em modo-nós.

Uma forma de interpretar essa abordagem (Sugden, 2012) é como partindo da perspectiva de um observador externo, que reconstrói racionalmente a ação do grupo a partir das informações a que tem acesso. Tais informações dizem respeito, em parte, ao efetivo processo de formação das atitudes de grupo. É a caracterização desses processos de formação de uma atitude de grupo que permitem que o observador faça uma leitura intencional dele (List, Pettit, 2011, p. 12). Ou seja, ao perceber que a interação entre um grupo de pessoas tem em vista a uma finalidade comum, e é pautada por um planejamento, o observador classifica o grupo como agente. Ao fazê-lo, uma classe de explicações de

comportamentos passa a fazer sentido, as explicações intencionais, que atribuem razões ao grupo.

Mas isso não é tudo. Um grupo não pode ser agente a não ser que seja minimamente racional. Se um ente não é capaz de compreender o mundo a sua volta, e de formar desejos e intenções de uma maneira minimamente competente, então ele não tem competência para ser considerado um agente. Assim, para List e Pettit (2011, p. 24; Sugden, 2012, p. 271), algum critério de racionalidade é sempre constitutivo da noção de agenciamento de grupo. Consequentemente, os critérios para a identificação de um julgamento coletivo envolvem uma concepção de ação racional.

A concepção de ação racional que os próprios autores adotam é a da teoria da escolha social, que entende a formação de atitudes coletivas como o resultado da aplicação de uma função de agregação de atitudes individuais dos membros (List, Pettit, 2011, p. 42). Uma razão para isso é a impossibilidade de se garantir o consenso entre os membros (List, Pettit, 2011, p. 52). O fato do pluralismo entre os membros faz com que a necessidade de uma regra que oriente a mediação de conflitos seja potencialmente presente em muitos grupos.

Assim, no modelo agregativo, a formação de um julgamento de grupo verifica-se através da agregação dos julgamentos individuais de seus membros, desde que garantida a racionalidade desse processo. O principal desafio à racionalidade coletiva é o risco de inconsistências (List, Pettit, 2011, p. 58). Há uma série de possíveis estratégias para isso – a presença de um líder ou de uma regra de consenso, por exemplo – e cabe ao grupo adotá-las para garantir a superveniência de um grupo capaz de agir racionalmente. Para o agregativista, a mente de grupo emerge necessariamente da agregação das atitudes individuais dos membros; as atitudes coletivas sobrevivem das individuais (List, Pettit, 2011, p. 66). Isso significa que um conjunto de atitudes individuais dos membros necessariamente dão origem a uma ou algumas atitudes coletivas do grupo¹³.

Não são todas as atitudes individuais que interessam ao modelo da escolha social. Os julgamentos, preferências, crenças, etc., que precisam ser agregados são

¹³ As regras de formação da atitude coletiva – se ela tem como requisito uma maioria simples ou qualificada, por exemplo – compõem as atitudes individuais, no sentido de serem expressas pelos membros como atitudes relativas à contagem dos votos (List, Pettit, 2011, p. 66).

aqueles que os membros expressam *como membros*. Nesse sentido, ambos os modelos são semelhantes. O problema da lacuna da identificação, apresentado por List e Pettit (2011, pp. 191 a 201), deixa isso claro. A diferença entre modelos está na importância que cada um dá aos riscos de inconsistência na formação das atitudes de grupo. Para o modelo da escolha social, esse pode ser um problema fatal para a capacidade de ação do grupo. Para o modelo da aceitação, agenciamento é independente da competência.

2.5

Conclusão

O agenciamento em grupos institucionalizados é constituído por intenções conjuntas dos membros expressas e reconhecidas no contexto de um sistema de regras que constituem o grupo e regulam o comportamento dos membros, quando estes agem na condição de membros. Intenções conjuntas são intenções em modo-nós, formadas quando adotamos a perspectiva de um grupo do qual fazemos parte. Tais intenções geram compromissos entre os que as compartilham. Assim, um grupo é um sistema de obrigações mútuas entre membros; o grupo fornece a cada membro razões para reconhecer suas atitudes e para fazer a sua parte na execução da ação do grupo.

Dois pontos abordados nesse capítulo merecem destaque. As razões relevantes para o grupo-agente não são necessariamente as mesmas razões relevantes para cada membro do grupo. Essa assimetria será relevante, nos próximos capítulos, para argumentar que qualquer modelo normativo de decisão coletiva deve considerar a seguinte questão: é desejável que determinado membro, ao planejar sua participação numa determinada ação coletiva, seja convencido da posição adotada pelo grupo? Ou seja, esse membro consegue fazer sua parte competentemente levando em conta apenas razões que sejam relevantes para a própria tarefa que lhe é imediatamente relevante? Nos casos específicos de cortes judiciais, veremos que não só não é preciso que os membros das cortes planejem suas decisões adotando a perspectiva coletiva da corte, como frequentemente pode ser preferível que a evitem.

Outro ponto importante é que os membros podem aceitar as razões de agir do grupo como suas próprias razões para, como membros do grupo, fazerem sua parte. Mas, além disso, também parece possível que um plano coletivo de ação seja suficientemente sofisticado a ponto de não só permitir, mas *exigir* que um ou alguns membros ajam em contrariedade ao objetivo último do grupo. Isso pode parecer estranho, já que a constituição do grupo exige uma espécie de cooperação entre os membros. A função do ouvidor de uma empresa ou de um órgão público parece ter essa característica. É importante que a pessoa que ocupa essa função mantenha-se isenta em relação aos interesses do órgão do qual faz parte. Isso pode significar agir contra os interesses desse órgão, denunciando alguma decisão formada regularmente. Veremos que, para alguns grupos com objetivos mais sofisticados, há um conflito entre cooperação e individualismo nas práticas dos membros que pode ser contra intuitivo.

3

Agenciamento de grupo em cortes

Vimos no capítulo anterior que a noção de intencionalidade de grupo depende de um tipo de interação específica entre os membros e, mais importante, de uma disposição psicológica particular para o contexto do grupo. Cortes são grupos também; são órgãos formados por magistrados dispostos a produzir coletivamente decisões judiciais. Como a autoria dessas decisões é atribuível à corte, e não às figuras personalizadas de seus membros, seu processo decisório é um exemplo de agenciamento de grupo. O que foi dito no primeiro capítulo deve valer também para a atuação das cortes.

Assim, é possível levantar a hipótese de que a atribuição de intencionalidade a cortes depende da forma como suas decisões são formadas e apresentadas. Nos casos em que os julgamentos são públicos, temos acesso à informações sobre como os magistrados interagem para coordenar suas ações. Também temos, ao final do julgamento, um documento que reflete a atuação coletiva dos membros da corte. Veremos ao final que essa atribuição de intencionalidade pode não ser tão direta quanto esperaríamos.

Neste capítulo, serão considerados alguns elementos relevantes para a noção de agenciamento de grupos aplicada a cortes. Primeiramente, consideraremos a importância da atribuição de razões para agir – no caso, como a ação em questão é a formação de uma decisão judicial, razões para decidir – como uma das motivações para que as pessoas leiam acórdãos. A identificação das razões para decidir das cortes é fundamental para a compreensão de seus precedentes, por exemplo. Posteriormente, serão apresentadas algumas características da formação de atitudes coletivas no contexto judicial. Por fim, consideraremos aquele que pode ser chamado de problema da demarcação dos julgamentos coletivos; resultado das ambiguidades a que estão sujeitos os acórdãos no Brasil.

3.1

Razões para decidir nas cortes

Este capítulo vai tratar de cortes como agentes movidos por razões. Ele assume, pelo menos quanto às suas decisões que geram precedentes, que faz sentido: atribuir a uma corte razões para explicar suas ações, questionar se essa corte está sendo sincera ao apresentar razões, responsabilizá-la pelas razões, exigir que se comprometa a decidir casos futuros com base nas mesmas razões apresentadas no passado, etc.

Nem sempre decisões jurídicas são justificadas por razões apresentadas pela autoridade competente para a decisão. Muitas delas tiram sua legitimidade de outras considerações que não a apresentação de motivos que as justifiquem (Schauer, 1995, pp. 634 e 637). Elas podem justificar-se pela autoridade de quem a proclama, tornando irrelevantes as razões para decidir, como no caso das decisões legislativas; ou simplesmente pode não ser possível falar em razões, como no caso de julgamento por tribunal do júri.

Mas, para algumas decisões, é importante que elas sejam fundamentadas, ou seja, é importante que o julgador apresente suas razões para decidir. Aqui, razões para decidir devem ser entendidas como atitudes sobre proposições jurídicas¹⁴. De maneira geral, razões para decidir incluem normas e estados de coisas. Por exemplo, posso citar como minha razão para decidir comprar em uma loja mais cara que a concorrente a *regra* que eu sigo de nunca comprar em lojas que tratam mal seus funcionários e o *fato* de que a loja mais barata está sob suspeita de infringir direitos trabalhistas.

Ao tratar de atitudes sobre proposições jurídicas, este trabalho está especialmente interessado nas posições normativas das cortes porque elas têm implicações mais amplas, para além das partes e para casos futuros. Por isso, razões para decidir referem-se geralmente à regra que o julgador apresenta ao proferir sua decisão e às quais, por isso, se compromete futuramente.

¹⁴ Por causa de sua dimensão normativa, como antecedente em uma relação de favorecimento de uma ação, a noção de razão é geralmente entendida como se referindo a estados de coisas (Raz, 1999, pp. 16 a 20; Tuomela, 2012, pp. 403 a 405; O'Brien, 2015, pp. 43 a 55). Como o principal interesse deste trabalho é na explicação e interpretação de decisões judiciais, falar em razões significará, na maior parte das vezes, falar em atitudes e julgamentos coletivos das cortes.

Naturalmente, parte importante da fundamentação das decisões judiciais diz respeito à descrição dos fatos relevantes do caso. Essa classe de razões, portanto, não se referem às regras aplicáveis; não têm como conteúdo proposições sobre o direito. Mas são os julgamentos normativos¹⁵ que comprometem a corte futuramente e que, por isso, interessam ao público em geral, para além das partes no processo.

Essas razões descrevem uma classe de situações ou regras mais genéricas que a da decisão, que abranja outros casos que compartilhem com essas características que o julgador considera relevante (Schauer, 1995, p. 641). Segundo Schauer, a abrangência de uma proposição jurídica diz respeito às situações às quais a regra é aplicável. Isso significa que, na concepção de Schauer, apresentar uma razão significa transportar algum resultado, regra, princípio, etc., para um nível superior de generalidade. Por exemplo, uma regra que estabeleça a responsabilidade por vício do produto aos fornecedores de produtos duráveis abrange outra regra que estabeleça tal responsabilidade para fabricantes de carros, que, por sua vez, abrange uma decisão que responsabilize determinada montadora por defeito em um de seus carros.

Quando dizemos que “*x* porque *y*” – sendo *x* e *y* duas proposições jurídicas –, estamos, primeiramente, afirmando que *x* e *y* – além de afirmar a relação entre elas. Ao dizer que decidiu por determinada razão, o julgador está tornando pública sua aceitação de ambas as proposições jurídicas. Também significa que, admitindo-se que ele esteja sendo sincero quando apresenta razões, o agente está assumindo um compromisso, está indicando a intenção de futuramente decidir baseado nas mesmas razões¹⁶. Justificar uma ação com referência a razões comunica que ele reconhece tais razões como convincentes e as aceitaria novamente em situações semelhantes. Se alguém me pergunta “por que você está carregando um guarda-chuva?” e eu respondo “porque há previsão de chuva” (Schauer, 1995, p. 642), eu estou tacitamente endossando a regra segundo a qual

¹⁵ Muitas vezes, mesmo quando enunciam regras, razões apresentam-se como proposições sobre o direito vigente. Rigorosamente, são proposições descritivas. Mas como as decisões mais importantes tomadas pelo STF envolvem casos difíceis, pode-se dizer que a interpretação do direito vigente esbarra na argumentação normativa.

¹⁶ Essa é uma intenção presente de agir futuramente. Ela é diferente da intenção de aceitar ou não essas mesmas razões que o agente virá a formar futuramente, no momento em que for confrontado com uma situação relevante.

devemos carregar um guarda-chuva quando há previsão de chuva. Essa regra, nesse contexto, enquadra-se na definição de Schauer de razão, já que tem na minha ação uma de suas instâncias. E o fato de eu afirmá-la para explicar a minha ação significa que eu a endosso.

Se isso estiver correto, apresentar razões nos compromete duplamente, com a afirmação da proposição mais geral e com outras instâncias dessa proposição; ou seja, com a situação presente e com as inúmeras situações hipotéticas que o futuro pode reservar. Esse compromisso gera nas demais pessoas a expectativa de que eu vá agir de maneira semelhante quando a oportunidade se manifestar. Todas as coisas consideradas, se eu me comprometo com a regra segundo a qual *devemos carregar um guarda-chuva quando há previsão de chuva*, é natural que outras pessoas criem a expectativa de que eu vá carregar meu guarda-chuva amanhã, caso a previsão seja de chuva de novo.

Dependendo do contexto, pode ser que, mais do que somente uma expectativa, a razão que um julgador apresente dê causa a um senso de obrigação a alguém que, por exemplo, precise coordenar suas próprias ações com as deles. Nesse sentido, razões parecem-se com promessas (Schauer, 1995, pp. 645 e 649). Práticas como fazer promessas e apresentar razões existem, em parte, para que as pessoas comuniquem a intenção de agir futuramente de uma determinada forma e também a intenção de assumir presentemente a obrigação moral com o interlocutor de agir assim.

Se isso estiver certo, e se as práticas jurídicas forem suficientemente parecidas com as práticas ordinárias, então uma das funções da fundamentação nas decisões judiciais é a de obrigar, ainda que apenas moralmente, os julgadores em casos futuros. Como os julgadores, no caso de cortes, são entes coletivos, é preciso fazer algumas considerações sobre a ideia de razões de grupo para decidir.

3.2

Modelos de decisão judicial coletiva

Se a prática de dar razões obriga primariamente o agente, então é necessário estabelecer quem é o agente se justificando e, assim, se

comprometendo com as razões. Em casos de grupos-agentes que não expressam claramente suas posições, como veremos adiante na caracterização do problema da delimitação dos julgamentos coletivos das cortes brasileiras, isso não é algo trivial.

No primeiro capítulo, sustentou-se que as noções de agir intencionalmente e de ter razões para agir são funcionalmente equivalentes para agentes individuais e grupos-agentes. Isso significa que não existem categorias diferentes para ações de grupos e ações de indivíduos (Tuomela, 2012)¹⁷ e que ações ou razões atribuíveis a indivíduos são, a princípio, atribuíveis a grupos também. Um grupo assume a feição de agente quando seus membros, as partes com as quais o grupo executa suas ações, de fato agem coordenadamente como um único agente. Em outras palavras, o sucesso da ação de grupo depende de os membros fazerem sua parte nos planos do grupo.

A fundamentação de uma decisão judicial pode ser interpretada como o conjunto das razões que o julgador oferece para justificar sua decisão (Schauer, 1994). No caso de uma decisão coletiva, as razões são aquelas que o grupo de julgadores que compõem a instituição aceitam conjuntamente – ainda que representados por apenas um dos membros – como razão da instituição. Vejamos agora como essa aceitação conjunta é apresentada nas decisões judiciais coletivas.

3.2.1

Decisões per curiam e seriatim

Colegiados podem adotar diferentes formatos de apresentação de suas decisões judiciais. Uma distinção importante é se a decisão é apresentada como uma única voz ou como uma multiplicidade de vozes. O modelo de redação da decisão adotado pelas cortes brasileiras é conhecido como *seriatim*. Nele, cada membro julgador da corte publica sua opinião ou voto¹⁸ separadamente

¹⁷ Também há evidências psicológicas dessa equivalência. Pesquisas recentes de psicólogos (O’Laughlin, Malle, 2002) e neurocientistas (Jenkins et al, 2013) que apresentam evidências de que não há diferenças fundamentais entre os processos de atribuição de estados mentais para indivíduos e grupos. Veremos essa literatura ao final do trabalho.

¹⁸ É mais usual falar em “votos” na prática decisória dos tribunais brasileiros, enquanto o termo “opinião” (“*opinion*”) é mais recorrente internacionalmente. Vale notar uma diferença importante

(Henderson, 2007, p. 292; Raffaelli, 2012, p. 8, nota 1; Mendes, 2013, p. 65, nota 34; Silva, 2013, p. 568). O que caracteriza esse método é a publicação do conjunto das opiniões individuais dos membros como o resultado do processo decisório. A decisão da corte – o resultado final do julgamento – é formada através da agregação das atitudes individuais dos membros, que são publicadas ao final. Ou seja, cada membro redige um documento contendo sua posição sobre como solucionar o caso; a corte não redige tal documento.

A alternativa ao *seriatim* chama-se *per curiam*. Nele, quem se manifesta ao final do processo é o órgão decisor, ao invés de seus membros. As manifestações individuais dos membros podem ser restritas em diferentes níveis. O sistema judicial francês, por exemplo (Raffaelli, 2012, p. 18), submete-se ao princípio do sigilo das deliberações. O Conselho de Estado francês decidiu que este princípio veda não só a publicação de divergências, mas mesmo a apresentação de decisões como unânimes, já que isso identifica a posição de cada membro. Na Europa continental, apenas a Espanha e a Estônia autorizam os membros de suas cortes ordinárias a publicarem divergências (Raffaelli, 2012).

Esses termos dizem respeito menos à decisão tomada que ao acórdão redigido posteriormente. Significa dizer que o individualismo na expressão coletiva da corte é diferente do individualismo na construção dessa expressão. Por exemplo, se estamos interessados nos debates prévios ao julgamento do caso, essa classificação proposta não resolve o problema. Tanto é possível haver *seriatim* deliberativa e com forte interação entre os magistrados, quanto *seriatim* meramente agregativa, sem efetivo debate entre eles (Mendes, 2013a, p. 65, nota 34; Mendes, 2015b, p. 131). Além disso, a informação sobre o grau de engajamento dos membros nos debates pode nem estar disponível. Em sistemas como o francês, por exemplo, a regra de formação da atitude coletiva simplesmente não é divulgada. Não se sabe se a decisão é tomada por barganha, simples votação, deliberação ou algum outro mecanismo.

entre esses termos. Em cortes como a Suprema Corte dos EUA, tanto os membros quanto ela própria produzem opiniões. Esse termo parece descrever um documento produzido por um julgador sobre um caso. Um voto, por sua vez, não poderia ser atribuído à corte, pois ele reflete uma proposta de um membro de manifestação da própria corte. Quando chamamos as manifestações individuais dos ministros do STF de votos, estamos tornando saliente seu caráter parcial, o fato de ele ser um componente da decisão final coletiva. Os votos no STF também costumam ser *opinions*, no sentido de serem decisões completas para o caso.

Apesar de não refletir necessariamente o processo de formação da atitude coletiva, a redação da decisão da corte pode ter implicações sobre como identificar a decisão coletiva. Ou seja, a interpretação da jurisprudência da corte, que é um exercício de atribuição de atitudes a um grupo, é determinada pelas informações documentadas nas decisões. Por exemplo, Kornhauser (2015, p. 56) entende que uma corte *seriatim* expõe uma natureza predominantemente agregativa, pois seus membros julgam como se estivessem decidindo sós. Mesmo que tenham deliberado dedicadamente, a publicação *seriatim* das posições dos membros indica uma decisão coletiva formada *a partir* de uma série de decisões individuais.

É verdade que uma prática deliberativa orientada para o consenso, como alguns deliberativistas prescrevem (Mendes, 2013, p. 563; Silva, 2013a, p. 16, nota 7), provavelmente restringe a quantidade de opiniões individuais publicadas. Para um observador externo, decisões de uma tal corte *seriatim* que valorize o consenso frequentemente se pareceriam com decisões *per curiam*¹⁹. De maneira semelhante, a imagem que decisões *per curiam* transmitem é de uma corte perfeitamente coesa, onde opiniões individuais dos membros não têm qualquer relevância. Decisões *seriatim* desencorajam a percepção de um julgamento consensual da corte, enquanto decisões *per curiam* desencorajam a percepção de julgamentos independentes de magistrados individuais.

3.2.2

Norma do consenso e as motivações para o dissenso

A capacidade de uma corte *per curiam* de produzir uma manifestação inteiramente de autoria coletiva depende, em algum grau, da existência de uma espécie de *regra de consenso* em sua deliberação interna (Ferejohn, Pasquino, 2004, pp. 1692 a 1697). Essa regra pode ser formal ou informal, oficialmente precluindo a manifestação individual dos membros, como na Corte Constitucional

¹⁹ Porém, como o caso francês indica, mesmo essas decisões *seriatim* consensuais afirmam implicitamente que os membros votaram juntos, dada a possibilidade sempre presente de publicação de votos divergentes.

Italiana e no Conselho Constitucional Francês, ou apenas desencorajando-as, como no Tribunal Constitucional Alemão.

Sunstein (2015, p. 114) faz uma distinção entre consenso real e uma norma de consenso. O *consenso real* é resultado de uma verdadeira convergência de opiniões entre os membros da corte. Nesse caso, uma decisão unânime reflete o fato de que não há opiniões divergentes entre eles. Já no caso da *norma de consenso*, a unanimidade pode surgir ainda que haja desacordos entre membros. Para encontrar uma solução que satisfaça a norma, as facções precisam ceder em suas posições para endossarem uma posição comum. Essa norma esconde do público as divergências internas que eventualmente emergem no processo de deliberação. A motivação por trás da adesão a tal regra é a ideia de que a corte não deve expressar desacordos, a não ser que tal expressão seja justificada por conta da intensidade do desacordo ou da magnitude do que está em jogo (p. 115)²⁰.

Como Sunstein está falando da prática dos EUA, onde as deliberações da suprema corte são tradicionalmente públicas, o argumento da norma de consenso não depende de uma política oficial. Trata-se de uma prática habitual, com uma dimensão normativa, identificável em algum período particular da história da corte. Mesmo em cortes que permitem a publicação de votos individuais, a frequência de decisões consensuais ou de divergências não depende unicamente das vontades e dos julgamentos dos magistrados.

A Suprema Corte dos EUA é um exemplo disso (Henderson, 2007, pp. 333 a 341; Sunstein, 2015, pp. 109 a 144). No início da década de 1940, a quantidade de decisões com voto divergente saltou de cerca de 10% para cerca de 60% de uma maneira abrupta. A essa mudança brusca deu-se com a ascendência do juiz Harlan Stone à chefia da corte. Stone foi o primeiro *Chief Justice* acadêmico, o que possivelmente explica sua inclinação pelo debate aberto e pela expressão individual (Henderson, 2007, p. 325). Diferentemente de seus antecessores, ele não via problemas em publicar ele próprio divergências e permanece, ainda hoje,

²⁰ No último capítulo, veremos que essa pode cumprir uma função muito importante na interação institucional da corte com os demais atores políticos. A psicologia social apresenta boas razões para que uma corte queira esconder suas divergências internas: a capacidade de um grupo de se apresentar como um ente autônomo está relacionada ao quanto seus observadores estarão dispostos a lhe atribuir atitudes e comportamentos intencionais. Alta entitatividade está positivamente correlacionada com a atribuição de intencionalidade a grupos.

como o *Chief Justice* proporcionalmente com mais votos divergentes publicados. O juiz Stone ativamente revogou uma regra tácita de consenso na Suprema Corte dos EUA.

3.2.3

Dois sentidos de colegialidade

Um dos argumentos contrários à ênfase que a manifestação individual dos ministros tem no processo decisório do STF é que ela ofende o valor da atuação colegial da corte (Silva, 2013)²¹. A noção de colegialidade está frequentemente ligada a ideia de que os membros da corte devem agir como um time. Ou seja, espera-se que se engajem no processo deliberativo buscando construir um entendimento comum, ao invés de adotarem uma postura adversarial. Os colegas devem idealmente participar da redação da decisão coletiva, contribuindo para que o texto resultante reflita da maneira mais fiel possível o posicionamento da coletividade da corte. Essa atitude é esperada mesmo daqueles que divergem da decisão final (Raffaelli, 2012, pp. 36 e 36; Silva, 2013, pp. 583 e 584)²². A decisão em cuja a redação final não há a participação dos demais membros é tida como o trabalho de um único juiz, ao invés de refletir o esforço coletivo do qual é resultado (Paterson, 2013, p. 130).

O primeiro sentido de colegialidade está intimamente ligado aos valores defendidos pelas teorias deliberativas da decisão judicial. Especificamente, ele diz respeito à ideia de que a busca do consenso deve ser uma meta do processo deliberativo. Para as teorias deliberativistas (Ferejohn, 2010, p. 76; Mendes, 2013, pp. 12 e 16; Silva, 2013), cortes são instituições cuja legitimidade deriva primariamente de sua capacidade de oferecer razões para suas decisões. Para que sejam capazes de manejar razões, essas instituições precisam que seus membros estejam dispostos a cooperar entre si para formar a melhor decisão possível, dadas

²¹ Sobre a relação da noção de colegialidade e a publicação de opiniões individuais na prática decisória do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ver Barceló, 1997; Raffaelli, 2012.

²² Silva (2015a, p. 197), por exemplo, critica a regra do Regimento Interno do STF segundo a qual o relator do caso deve, para fins de redação do acórdão, ser substituído caso seja vencido no julgamento. A razão é essa: isso pode ser interpretado como “um sinal de um individualismo incompatível com a ideia de decisões proferidas pela instituição e não pelos seus ministros individualmente considerados”.

as informações e os pontos de vista disponíveis entre eles. A cooperação na busca pelo melhor argumento requer disposição para convencer e ser convencido, o que idealmente faria com que os membros tendessem a convergir em suas posições, orientados pelos melhores argumentos disponíveis. Assim, o consenso é o ponto de chegada da deliberação colegiada ideal. Chamemos essa ideia de *colegialidade como cooperação*.

Podemos chamar o segundo sentido de colegialidade de *colegialidade como unidade*. Esse sentido reflete o argumento segundo o qual a coesão de uma corte sustenta a sua força institucional. Diferentemente da primeira concepção, essa noção de colegialidade não tem relação com a qualidade da decisão, mas com a sua percepção pelos demais atores políticos. Essa ideia remete ao vínculo etimológico do valor da solidariedade com a solidez do grupo, sua força na ação coesa de seus membros (Tuomela, 2013, p. 245).

A história da corte Marshall nos EUA ilustra bem a importância da aparência de unidade no jogo político (Henderson, 2007, pp. 313 e 315). Na primeira década de existência da Suprema Corte, as opiniões dos seus membros eram publicadas *seriatim*, com a indicação do placar ao final – de maneira semelhante ao STF atual. O *Chief Justice* Marshall, no início do século XIX, substituiu essa prática pela publicação de *opinions of the court* (90% das quais assinadas por ele próprio e redigidas anonimamente) e passou a desencorajar fortemente a publicação de divergências. O resultado foi a ascensão da Suprema Corte como um ator político central no cenário nacional, traduzindo conflitos políticos em linguagem jurídica e tomando controle do direito no âmbito dos estados.

Uma forma mais radical de se compreender esse sentido de colegialidade é como a expressão monológica da decisão institucional. A prática de não publicar votos divergentes é comum em sistemas jurídicos europeus. A França é um bom exemplo desse tipo de atitude, onde as posições individuais dos membros devem permanecer secretas (Raffaelli, 2012, p. 18).²³

²³ Um exemplo desse tipo de postura no Brasil é a do Ministro Fux, comentando sobre as sessões transmitidas ao vivo pela TV Justiça: “Eu acho que é o tipo da transparência hipócrita. Eu prefiro mais assim... Se a TV Justiça servisse para que, por exemplo, nós anunciássemos resultados, algum de nós fosse indicado para ser porta-voz do colegiado, explicasse a decisão. Agora, debate público...” (Fontainha, Mattos, Nuñez, 2016).

Há uma interseção importante entre essas duas concepções. Cortes devem ser movidas por razões e isso requer algum tipo de atitude cooperativa entre seus membros. A cooperação e o consenso, por sua vez, tornam a ação individual dos membros menos saliente para o observador externo, o que aumenta a *percepção* de que as cortes são movidas por razões²⁴. A importância de que a corte seja respeitada como um ente autônomo da soma de seus membros, como um ente com prerrogativas e responsabilidades próprias, fica clara na relação de seus membros com o órgão colegiado.

Um exemplo retirado da prática decisória do STF ilustra isso. Arguelhes e Ribeiro (2015) indicam três formas pelas quais os ministros agem individualmente, interferindo no equilíbrio de forças na arena política. Primeiramente, eles podem manifestar-se publicamente sobre seu posicionamento em questões politicamente controvertidas. Isso poderia desencorajar alguma medida incômoda para os ministros envolvidos sem que eles tenham que aguardar provocação, se submeter aos trâmites processuais e correr o risco de saírem vencidos em deliberação com seus pares. A segunda forma é através do abuso dos pedidos de vista. Uma enorme quantidade de pedidos extrapola o prazo, fazendo com que os processos fiquem suspensos indefinidamente. Os autores caracterizam o pedido de vista como “um poder individual de vetar a manifestação do tribunal sobre um determinado tema, por quaisquer razões” (Arguelhes, Ribeiro, 2015, p. 137). Por fim, os ministros podem individualmente fazer uso de sua posição na corte através de decisões monocráticas. Eles podem sustentar teses jurídicas controversas em decisões monocráticas, que possivelmente não seriam respaldadas pelo colegiado, e referenciá-las posteriormente na condição de “precedentes”.

Os três instrumentos refletem usos estratégicos da condição de membro da corte para satisfazer intenções privadas. Eles também constituem abusos das regras de atuação dos ministros (Arguelhes, Ribeiro, 2015, pp. 129, 136 e 138). As manifestações à imprensa ofendem o art. 36 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), que impede magistrado de expressarem opiniões sobre processos em curso. Os pedidos de vista têm prazo restrito, não maior que 30 dias; prazo que é

²⁴ Veremos adiante que a percepção de unidade é uma propriedade de grupos intimamente relacionada a fatores da psicologia do observador (O’Laughlin, Malle, 2002; Malle, 2010; Waytz, Young, 2012) e pode eventualmente ser afetada por vieses cognitivos (Pilialoa, Brewer, 2006).

extrapolado em tempos muitas vezes maiores. As decisões monocráticas são restritas a casos excepcionais, o que deveria evitar que os órgãos colegiados fossem alijados das decisões substantivas. Esses abusos dão-se pela quase impossibilidade de responsabilizar os ministros por esses desvios (Arguelhes, Ribeiro, 2015, p. 130, nota 21).

Os abusos de indivíduos de suas prerrogativas garantidas pelo pertencimento a uma instituição ilustram a importância da noção de unidade na interpretação dos precedentes. Ao fazer passar como jurisprudência da corte tese jurídica que nunca foi endossada pela instância competente, os ministros, talvez involuntariamente, expandem as fronteiras do ente coletivo contra mesmo os critérios mais claros de competência da corte. Por exemplo (Arguelhes, Ribeiro, 2015, pp. 142 a 146), o ministro Celso de Mello, e seguido posteriormente por outros ministros, citou diversas vezes *dicta* em sua decisão terminativa por perda de objeto na ADPF 45. Seus comentários sobre o mérito – irrelevantes em uma decisão terminativa – sugeriam teses controversas, inclusive contrárias à jurisprudência da corte. Essa “jurisprudência” tem embasado argumentos em diversos casos recentes no Supremo. A decisão que carrega essas teses, que não passou pelo crivo colegiado, não é um mau precedente por conta disso. O problema aqui não diz respeito à qualidade da decisão. A decisão é um *false* precedente, porque não foi tomada pelo ente competente para julgar o mérito.

3.3

Problema da demarcação das decisões coletivas

Vimos a importância das razões apresentadas pelas cortes em suas decisões. Vimos também que a atuação colegial é valiosa para corte também porque garante sua unidade de ação. É preciso considerar agora a relação entre as razões motivadoras das decisões da corte e a sua capacidade de se apresentar com um ente autônomo em relação à soma de seus membros.

Um dos problemas a serem enfrentados, que tem sido largamente negligenciado no Brasil, é, por incrível que pareça, a identificação dos julgamentos da corte. Não temos um modelo interpretativo capaz de distinguir,

pelo menos nos casos mais difíceis, manifestações individuais dos ministros dos posicionamentos coletivos da corte. Podemos chamar esse de o *problema da demarcação das decisões coletivas*. Essa questão não é respondida de maneira inequívoca nem pela legislação, nem pela prática judicial. Então, cabe nós, cidadãos interessados e intérpretes dos acórdãos, enfrentá-lo e propor soluções.

Podemos enunciar o problema da seguinte forma: a publicação dos votos individuais dos magistrados, *seriatim*, e a falta de uma enunciação das razões coletivas para decidir faz com que a razão de decidir da corte, quando e se ela de fato existe, seja potencialmente difícil de localizar²⁵. Isso é um problema porque há, no Brasil, uma demanda constitucional (art. 93, IX) e legal (art. 489, § 2º do novo CPC) para que as decisões sejam fundamentadas. A ocorrência dessa questão dificulta a identificação de precedentes e, conseqüentemente, a sistematização do direito por parte do STF.

Outra maneira de definir o problema é, nos termos do modelo de aceitação do conceito de agenciamento de grupo, como uma ambigüidade na determinação de quais atitudes foram conjuntamente aceitas pelos magistrados como atitudes da corte. Quando não há uma expressão coletiva, pela corte, das atitudes específicas que os membros concordam em atribuir à corte, o leitor da decisão pode não ter parâmetros inequívocos para determinar isso. Quando existem múltiplas formas igualmente razoáveis de se interpretar os limites entre julgamentos coletivos e julgamentos individuais dos membros, então temos a ocorrência do problema da demarcação.

Antes de levantarmos as informações importantes sobre os fundamentos coletivos no STF, algumas considerações preliminares ainda precisam ser feitas para delimitar o problema. Primeiramente, essa é uma questão de *interpretação* das decisões judiciais, e não propriamente uma questão relacionada ao processo

²⁵ Recentemente, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento da proposta de súmula vinculante nº 57, no dia 30 de junho de 2016, e falando sobre a importância da publicação da tese de repercussão geral, enunciou o problema da seguinte forma: “E resolve até um problema que é muito angustiante, que acontece em sede de ADIn, de ADC, dos procedimentos objetivos, dos processos objetivos, que é identificar de que se trata, quando que nós temos de fato um fundamento determinante. De fato, essa é uma dificuldade. Por mais que a gente possa dizer “ah, o fundamento determinante, a ratio decidendi deve vincular”, mas nós temos essa dificuldade. Quer dizer, de fato, o que que é fundamento determinante? Especialmente diante da nossa técnica de julgamentos de votos autônomos. Então, temos essa dificuldade. Com esse esforço que nós estamos fazendo, de identificar a tese, às vezes, isso é até maçante e desafiador, mas, ao final, nos temos um resultado, sobre o qual o próprio tribunal se debruçou” (Bogossian, Almeida, 2016).

decisório. É claro que informações sobre as práticas decisórias da corte são relevantes, mas elas não são suficientes. Outras informações sobre, por exemplo, as expectativas dos eventuais leitores das decisões também são relevantes. Por isso, este trabalho distingue-se de um ramo mais recente de estudos, um que tem como objeto as práticas decisórias da corte e a disposição de seus membros de deliberar e construir juntos a melhor solução para o caso. Esses autores, que podemos chamar de *deliberativistas*²⁶, como veremos adiante, estão interessados em apresentar um argumento normativo sobre a prática decisória no STF. O problema da demarcação é independente da qualidade da decisão coletiva tomada. Ele é resolvido com a aplicação de critérios de identificação de julgamentos coletivos aos acórdãos, sejam eles bem formulados ou não.

Outra consideração preliminar diz respeito a dimensão do problema. É raro que venha a ser o caso de uma decisão apresentar a multiplicidade de fundamentos que torna a demarcação problemática. A grande maioria das decisões do STF não é coletiva, mas monocrática (Veríssimo, 2008, p. 419). Dentre essas decisões coletivas, proferidas pelas turmas ou pelo plenário, grande parte é decidida ou por unanimidade ou por uma maioria clara, que concorda entre si com os fundamentos da posição majoritária (Klafke, Pretzel, 2013, p. 98; Almeida, Bogossian, 2016, p. 14). Em todos esses casos, as dificuldades inerentes à decisão *seriatim* não aparecem: se for possível falar em fundamentação coletiva no STF, em casos em que há consenso efetivo entre os ministros, o problema da demarcação da fundamentação coletiva não se impõe²⁷.

Mas eventualmente o problema se torna relevante. Ele tende a aparecer justamente nos casos de maior relevo e, por isso, que têm maior impacto na formação de precedentes²⁸. O problema manifesta-se no costume de não se

²⁶ Alguns dos trabalhos mais importantes nessa linha são: Vojvodic, et al, 2009; Mendes, 2010, 2012, 2013; Vieira, 2008; Sundfeld, 2012; Horbach, 2013; Rodriguez, 2013; Silva, 2013.

²⁷ O que não é o mesmo que dizer que decisões unânimes ou de maioria coesa não estão sujeitos ao problema. Por exemplo, dadas as práticas decisórias do STF, é razoável uma interpretação segundo a qual a corte, contra a constituição e a legislação processual, não oferece qualquer razão para decidir. Essa interpretação é razoável mesmo em caso de decisões unânimes porque, dentre outras coisas, não há redação coletiva de uma manifestação da corte. A dúvida sobre se razões coletivas são atribuíveis ou não à corte permanece mesmo em casos de consenso.

²⁸ Veríssimo (2008, p. 419) aponta que, nos casos que recebem decisões monocráticas, as demandas são ou manifestamente procedentes, ou manifestamente improcedentes. Por isso, os casos que merecem um posicionamento do colegiado são aqueles mais interessante para pessoas que não sejam partes no processo e que oferecem maiores oportunidades para o dissenso quanto aos fundamentos. A regra é que as decisões sejam tomadas pelos colegiados no STF, mas a

fundamentar *coletivamente* os posicionamentos *coletivos* das cortes. Isso significa que I) é possível que as decisões coletivas sejam fundamentadas, apenas não coletivamente; e II) os posicionamentos individuais dos membros das cortes também são fundamentados.

Primeiramente, como vimos, o problema da falta de fundamentação coletiva tende a ser um problema marginal no STF se considerarmos o volume de decisões que a corte produz. Nos julgamentos que já começam com um consenso sobre as razões para decidir, que são a grande maioria dos casos decididos, não há dúvidas para o intérprete. Para ele, pouco importa que a decisão não tenha sido construída coletivamente. Desde que ela seja clara e claramente endossada pelos ministros como decisão da corte, não há razões para crer que eventuais dúvidas quanto à atribuição de razões à corte vão ter consequências práticas.

Além disso, é costume na jurisprudência brasileira o uso da fórmula “nos termos do voto do relator” nas ementas de acórdãos, logo após o anúncio do resultado da votação. Por isso, mesmo naqueles casos mais difíceis, com maior dispersão de fundamentos, talvez ainda possamos atribuir uma fundamentação comum ao acórdão. Veremos adiante que há diferentes possibilidades de interpretação dessa fórmula, mas, literalmente, ela parece indicar que os fundamentos da decisão coletiva devem ser buscados no voto do relator.

Quanto ao segundo ponto, precisamos distinguir entre a fundamentação individual dos votos e a fundamentação coletiva do acórdão. É comum que os ministros ofereçam razões para suas posições, seja para tentar convencer seus colegas de sua posição, seja como justificativa para atores políticos externos à corte²⁹. A dificuldade está em distinguir a fundamentação dos votos da fundamentação da decisão coletiva.

Nossa discussão no primeiro capítulo sobre o conceito de agenciamento de grupo deve nos oferecer uma pista de onde buscar a *ratio decidendi* nas decisões

realidade é que a grande maioria das decisões são monocráticas (Vianna, 2012, p. 18). Isso é um indício de que essas decisões servem como um filtro informal, semelhante ao que existe para o certiorari da Suprema Corte dos EUA (Veríssimo, 2008, p. 416).

²⁹ Sobre essa dupla função da fundamentação das decisões, denominadas respectivamente deliberação interna e deliberação externa, ver Ferejohn, Pasquino, 2004, p. 1692. Mendes (2013, pp. 95 e 96) critica a falta de rigor dos autores na definição de deliberação externa, pois não está claro sobre se ela inclui ou não expressões individuais dos membros da corte. Faremos aqui uma interpretação mais abrangente do termo para que inclua qualquer posicionamento oficial no acórdão que tenha como destinatário autores externos à corte e que não sejam partes do processo.

ambíguas do STF: nas proposições jurídicas que os ministros, por omissão ou comissão, aceitaram como fundamento para decidir ao se posicionarem como membros da corte – em oposição às suas manifestações como magistrados individuais. Isso pode ser mais difícil que parece. A ideia é que a intenção de um agente, seja ele um indivíduo ou um grupo, precisa ser pelo menos consciente. Se buscamos as razões de agir de um ente com capacidades cognitivas, estamos buscando uma atitude proposicional do ente *que ele mesmo reconheceria como suas razões*.

Há uma discussão, que não será enfrentada aqui, sobre candor judicial (Schauer, 2009, pp. 173 a 175); sobre se as razões que a corte apresenta como justificativa para suas decisões são, ou devem ser, as razões que efetivamente motivaram a decisão. Como sustenta Schauer (2009, p. 180), o conteúdo normativo interessante está na justificativa apresentada pelo julgador, pois são as razões explicitamente endossadas que geram um compromisso – *prima facie*, ao menos – para casos futuros. Isso é verdadeiro ainda que a justificativa não reflita fielmente o processo cognitivo que conduziu o julgador à decisão. Assim, o fundamental não é descobrir as chamadas razões subjetivamente motivadoras, aquelas que intencionalmente causam a ação (Tuomela, 2012, p. 403). O mais importante para um leitor das decisões do STF é identificar com quais posições a corte se comprometeu em um determinado caso.

Para isso, precisamos primeiro encontrar critérios para distinguir as razões do grupo das razões de seus membros. Antes, relembremos a diferença entre as perspectivas dos membros e do grupo. Razões de grupo-agente não são razões de membro. Elas são logicamente diferentes, ainda que eventualmente elas possam coincidir. Tomemos o exemplo da Suprema Corte dos EUA, cuja prática firmou como regra o respeito aos próprios precedentes. Podemos dizer que essa corte tem razões de grupo-agente para decidir em favor de uma parte, cujo direito é respaldado por precedentes. Consequentemente, a corte dá a seus membros, em razão da existência de um precedente, razões de membros para votarem pela procedência do pedido – que é uma regra da corte decidir em conformidade com os precedentes (doutrina do *stare decisis*); e que, no caso concreto, os precedentes relevantes são favoráveis à parte recorrente.

Um membro pode individualmente endossar uma teoria que dê prioridade absoluta à manutenção dos precedentes e, motivado por isso, votar pela procedência do pedido. Nesse caso, há coincidência entre razões aceitas pelo grupo e razões pessoais do membro. Ele votaria da mesma forma caso estivesse julgando o caso só. Mas outro membro pode adotar uma posição diferente em relação aos precedentes: para ele, o fato de a corte ter decidido de determinada forma no passado não tem qualquer peso em decisões futuras. Mesmo nesse caso, considerando que o *stare decisis* é uma regra suficientemente importante para a corte, este membro terá a obrigação³⁰ – fraca, apenas perante os demais membros – de reconhecer essa regra como sua regra para decidir. Isso porque o grupo aceita a regra do precedente e o membro sabe disso.

Admitindo-se que atitudes de grupos são constituídas pela sua aceitação conjunta dos membros coletivamente e na condição de membros, uma solução para o problema deve passar pela identificação dessa efetiva aceitação. A pergunta a se fazer é: quais indícios temos de que os membros endossam um determinado conjunto de proposições como aceitas pelo grupo?

Outra maneira de colocar a mesma questão é imaginando uma espécie de “metavotação” (Kornhauser, Sager, 1993, pp. 9 e 10). Por exemplo, na votação de um caso, o resultado indica uma corte dividida. O resultado vencedor obteve apenas pouco mais que a metade dos votos. Uma metavotação sobre qual é o posicionamento da corte poderia adotar a seguinte forma: “a maioria votou em favor do resultado *x*. Devemos agora adotar esse resultado como o julgamento da corte?” Podemos supor que, estando a corte funcionando regularmente, o resultado dessa segunda votação será unanimemente favorável. Ou seja, mesmo aqueles que se posicionaram contrários à posição que acabou vencedora geralmente aceitam que a posição vencedora é aquela a ser atribuída à corte. Ao posicionarem-se sobre uma proposta de julgamento para a corte, os membros estão tacitamente aceitando a legitimidade do procedimento de decisão e, conseqüentemente, aceitando como legítimo seu resultado – ainda que discordem dele.

³⁰ A obrigação será decorrente do pertencimento ao grupo. Ela pode implicar também numa obrigação jurídica, mas não necessariamente. É possível imaginar uma corte que dê a seus membros suficiente liberdade para decidir o quanto estão dispostos a cooperar entre em favor de uma visão comum de sua própria prática decisória. O STF é provavelmente um exemplo.

O resultado de uma metavotação assim sobre o *resultado* do julgamento seria presumivelmente incontestado, unânime, porque esse é o principal objetivo da atuação da corte. Uma corte que não é capaz apresentar uma resposta jurisdicional clara não é um agente. Mas é possível que a metavotação seja incapaz de garantir um resultado incontestado em relação aos *fundamentos* da decisão tomada. Problemas na formação de decisões coletivas fundamentadas, como o dilema discursivo e o problema da demarcação, emergem porque não há um protocolo de decisão inscrito no conjunto de regras procedimentais da corte. A falta de um acordo claro entre membros sobre como a corte forma suas atitudes gera incertezas para o observador quanto a como se posiciona a corte em cada caso específico.

3.4

Conclusão

Razões para decidir são um ponto central do trabalho das cortes, principalmente de cortes superiores. Porém, a prática de publicar decisões *seriatim* pode gerar incertezas sobre como identificar as razões para decidir da corte em um determinado caso. Há, por exemplo, certa controvérsia sobre como são formadas – ou mesmo se existem – atitudes coletivas no STF, uma corte que publica decisões *seriatim*. É possível interpretar os acórdãos do STF como indicando a completa ausência de fundamentação coletiva para as decisões (Silva, 2015a, pp. 197 e 198) ou, por causa da frequência com a qual a expressão “nos termos do voto do relator” aparece nas ementas de acórdãos, como indicando que a fundamentação coletiva é delegada aos fundamentos expostos no voto do relator (Almeida, Bogossian, 2016). A publicação de votos individuais é uma informação relevante sobre a natureza das atitudes coletivas na corte, mas não é necessariamente a única. Veremos no próximo capítulo algumas características próprias do STF a serem levadas em conta.

4

Julgamentos de grupo no Supremo Tribunal Federal

Explicar um comportamento intencional frequentemente envolve fazer suposições sobre os estados mentais do agente. Como nossas informações sobre o que se passa na cabeça de outras pessoas é indireta e limitada, contamos com intuições sobre processos psicológicos – a chamada teoria da mente³¹ – que fazem o trabalho de dar sentido a comportamentos, correlacionando-os com possíveis estados mentais. Para grupos públicos, cujos processos decisórios são transparentes aos observadores, a situação é diferente. Não precisamos recorrer às suposições da teoria da mente para explicar o comportamento intencional desses grupos. Muitas vezes, a explicação mais confiável sobre suas ações é dada pelo próprio grupo, quando ele registra o histórico de formação de suas decisões.

Apesar disso, a atribuição de razões a grupos nem sempre é baseada em observações sobre seus processos públicos de formação de atitudes coletivas. Com muita frequência, vemos os mesmos mecanismos psicológicos mobilizados na imputação de razões a indivíduos mobilizados também na imputação de razões para grupos. Um fator especialmente relevante aí é a aparente coesão do grupo em busca de um objetivo comum. A percepção de unidade do grupo parece ofuscar as evidências disponíveis sobre o histórico de formação de atitudes intencionais do grupo.

Este capítulo considerará como o STF apresenta a si próprio através de seus acórdãos. Ele inicia com uma análise da formação de suas decisões e da natureza individualista desse processo, além de considerações sobre como essas características afetam sua capacidade para formar uma jurisprudência. Por fim, será avaliado como a prática habitual da corte de redação de seus acórdãos enseja o problema da demarcação.

³¹ Podemos definir teoria da mente como “rede de pressuposições fundamentais que as pessoas fazem sobre o agenciamento humano, sobre sua relação com a mente e sobre seu lugar no mundo físico” (Malle, 2004, p. 29)

4.1

Processo decisório no STF

4.1.1

Problema da demarcação no STF

O STF é um ente com capacidade de produzir juízos sobre proposições jurídicas. Devemos assumir isso como inevitável, dado que a corte tem competências que são atribuídas a ela. Pouco importa se ela é um agente coletivo real ou meramente fictício³². Julgar, por exemplo, ação direta de inconstitucionalidade de lei *significa* formular juízos em resposta a esse tipo de demanda judicial, e esses juízos cabem à corte. Portanto, para admitir a existência de juízos de grupo, é preciso ter clareza sobre o que quer dizer, para o Supremo, formar juízos de grupo e como identificá-los.

É comum que cortes supremas ou tribunais constitucionais³³ produzam uma decisão única de seus membros, algo que podemos chamar de opinião da corte (*opinion of the court*). Como vimos, não há tal coisa no STF; suas decisões são *seriatim*. Na corte brasileira, as decisões das turmas ou do pleno são publicadas em acórdãos, que são compostos pela agregação em sequência dos votos de cada ministro, precedidos por uma ementa. Cada processo tem um relator, que é responsável por redigir a ementa do acórdão e publicá-lo caso sua posição prevaleça no julgamento. Caso o relator seja vencido, a responsabilidade pelo acórdão passa ao Ministro que formulou o primeiro voto da posição que prevaleceu (art. 135, §§ 3º e 4º, RISTF)³⁴.

Por causa dessa ausência de uma *opinion of the court*, não há nos acórdãos do STF uma declaração das razões de decidir da corte. A votação em audiência estabelece se a corte decidirá ou não, e em que medida, pela procedência do pedido. Não há em seus julgados qualquer expressão clara, acima de qualquer

32 Sobre a natureza fictícia de grupos-agentes, ver Tuomela, 2013, pp. 46 a 50.

33 Sobre o processo coletivo de formação das decisões nas cortes constitucionais européias, ver Raffaelli, 2012; Kelemen, 2013. Sobre tais processos na suprema corte dos EUA, ver Kornhauser, Sager, 1993.

34 Há uma exceção. Caso o relator do caso seja, na audiência, convencido de posição diferente da sua, ele pode mudar seu voto e permanecer como relator do acórdão. É o que ocorreu no caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388; Silva, 2015, p. 198). Em processos com revisor, e caso ele componha a maioria vencedora, este torna-se o relator do acórdão.

dúvida, de quais razões devem ser atribuídas à corte. Cada ministro, em seu voto, indica suas posições fundamentadas a respeito do caso e indica qual solução entende que a corte deve adotar para o caso. Além disso, a ementa do acórdão traz um resumo da decisão da corte. Às vezes, esse resumo elenca razões que motivaram a decisão. Mas esse não é um guia confiável para as razões da corte, pois sua redação não segue um padrão único e possivelmente depende do estilo de cada ministro-relator.

O problema da demarcação no STF surge da falta de informações claras sobre o que constitui um posicionamento coletivo da corte. Como ela não tem o hábito de escrever coletivamente suas decisões, o leitor não conta com um guia claro de como distinguir posicionamentos coletivos de posicionamentos individuais. O ministro Gilmar Mendes comentou, em audiência, sobre essa dificuldade: “Quer dizer, de fato, o que que é fundamento determinante? Especialmente diante da nossa técnica de julgamentos de votos autônomos” (Bogossian, Almeida, 2016).

Recentemente, tem-se formado uma literatura sobre um tema relativamente novo, mas fundamental para a compreensão do direito brasileiro. O tema é o processo decisório do STF, seus limites e suas consequências para a prática jurídica no Brasil³⁵. Uma preocupação comum a grande parte dos autores é a falta de um compromisso compartilhado entre os ministros de formarem decisões verdadeiramente coletivas. Eles diagnosticam os problemas na formação das decisões coletivas e fazem sugestões de como corrigir esses vícios.

4.1.2

Crítica deliberativista

Um importante campo de investigação sobre o processo decisório no Judiciário tem despontado no Brasil ultimamente. Alguns autores identificam como resultado da boa deliberação, do livre exercício da argumentação, a convergência de opiniões e, por isso, reconhecem na falta de convergência entre

³⁵ Ver, por exemplo: Klafke, Pretzel, 2014; Rodriguez, 2013; Silva, 2013; Sundfeld, 2012; Vieira, 2008.

os membros de um corpo deliberativo um indício de má deliberação. Geralmente vinculados à teoria deliberativa da democracia (Mendes, 2013; Silva, 2013), eles apontam a qualidade da argumentação nos tribunais como uma fonte de legitimidade. Portanto, o consenso é tido como um elemento indispensável ao exercício legítimo da função dos tribunais. Segue abaixo uma breve relação de alguns dos principais exemplos de autores que sustentam argumentos dessa natureza.

Virgílio Afonso da Silva (2013) critica o atual estado da arte da teoria constitucional por não distinguir entre os diferentes tipos de cortes constitucionais ao discutir a legitimidade da revisão judicial. Um dos pontos centrais desse debate é a qualidade da deliberação nos tribunais em comparação com outras instituições políticas. Como um dos principais argumentos em favor (ou contra) da legitimidade dos tribunais para invalidar leis diz respeito à qualidade de sua deliberação, é nisso que o autor se concentra. Para ele, não é possível pensar no problema da última palavra sobre a Constituição, por exemplo, na Alemanha e nos Estados Unidos sem considerar as diferenças nos processos deliberativos do Tribunal Constitucional Alemão e na Suprema Corte Estadunidense.

A diferença central entre essas cortes é a prevalência ou não da prática de deliberação interna, ou seja, deliberação que tem como meta exercitar sua natureza colegiada, ao invés de atender às expectativas dos não-membros. Colegialidade envolve todas as atitudes que tornam os membros do tribunal parte de uma tarefa conjunta. Um dos traços da colegialidade é a “disposição de falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos, mas como uma instituição (deliberação que busca consenso)”³⁶. Ou seja, dentre outras coisas, a legitimidade política dos tribunais depende de sua capacidade de formar consensos entre seus membros. Por quê? Segundo o autor, “basta comparar os seis elementos [da colegialidade] (...) com as condições de deliberação’ que são comumente mencionadas na literatura da democracia deliberativa”³⁷. Como os

36 (vi) *the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation)* (p. 563).

37 *It suffices to compare the six elements stated above with the “conditions for deliberation” that are usually mentioned by the literature on deliberative democracy* (p. 563).

deliberativistas não se dedicam a pequenos corpos colegiados³⁸ (p. 563), a relação entre deliberação e colegialidade não é comumente discutida. Porém, segundo Silva, “mudar o foco do debate para as cortes necessariamente conduz ao conceito de colegialidade”³⁹.

A relação entre legitimidade e capacidade de formar consensos também é apontada por Carlos Horbach (2013) ao tratar sobre o déficit deliberativo no STF. Assim como Silva, Horbach não gasta muito tempo explicando a relação, que lhe parece “evidente”:

A mescla de diferentes visões sobre o plural fenômeno jurídico é algo a se desejar numa corte suprema, mas não menos desejável deve ser a capacidade de composição e acordo entre seus membros. Somente assim as decisões da mais alta instância judiciária poderão expressar, no maior grau possível, um consenso não só formal — resultante da simples e mecânica soma de votos —, *mas também um consenso material, o que propiciará um evidente incremento no que toca à legitimidade* (ênfases adicionadas).

Carlos Ari Sundfeld e colega (2012) criticam o STF afirmando que

uma característica presente na prática do STF é a de decidir por meio de votos que se limitam a expor o resultado e os fundamentos individuais de cada julgador. Não se percebe nos acórdãos do Tribunal uma preocupação de proferir resultado acompanhado de razões colegiadas que o embasem (p.24)

Os autores estão afirmando, em suma, que os ministros do STF são excessivamente personalistas e que isso prejudica a construção de uma jurisprudência própria do Tribunal. Isto porque, “mesmo sendo formadas em órgãos colegiados, as decisões não se tornam propriamente coletivas” (p.25).

Não muito depois, no mesmo texto, os autores seguem afirmando que “falta, atualmente, um trabalho mais intenso de deliberação colegiada, que permita a formação e a comunicação aos jurisdicionados das *razões da Corte que informam suas decisões*” (p. 26, ênfases adicionadas). Também destacam que “é essencial que o processo decisório seja remodelado, de forma a *produzir decisões que expressem genuinamente a posição e os argumentos do Tribunal*, e não

38 Silva desconsidera o trabalho de James Fishkin (2011) sobre as pesquisas deliberativas (*deliberative polls*), mecanismos de consulta popular deliberativamente otimizado. Fishkin é claro ao rejeitar a busca por consenso como meta para os grupos de deliberação, que decidem por meio de votações sucessivas.

39 *What I argue is simply that shifting the focus of this debate to the courts necessarily leads to the concept of collegiality* (SILVA, 2013, p.563).

somente os dos seus ministros, formulados isoladamente” (p. 29, ênfases adicionadas).⁴⁰

Conrado Mendes (2012) analisa a prática da deliberação nos tribunais. Novamente, a capacidade de convergir aparece como um requisito para uma deliberação saudável. Seu tom, porém, é um tanto mais cuidadoso, já que admite que diferentes arranjos institucionais possam justificar a adoção de decisões *seriatim*, desde que sejam produto de verdadeira deliberação. Apesar disso, Mendes cobra dos magistrados o esforço árduo para alcançar opiniões comuns. A decisão *seriatim*, não deliberativa, é o tipo mais problemático de acórdão, “porque indica o descaso com qualquer promessa da deliberação (*mesmo que cada opinião individual tente argumentar da melhor maneira possível*)” (p. 66, ênfases adicionadas).

José Rodrigo Rodriguez dedica seu segundo capítulo de seu livro recente (2013) a criticar o que denomina de “justiça opinativa” (p. 63), que pode ser entendida como a prática dos membros dos tribunais de não fundamentar suas decisões seguindo padrões públicos de racionalidade, mas meramente expressando opiniões pessoais (p. 69). Um indício desse tipo de prática é o uso excessivo de argumentos de autoridade nos votos (p. 71). Outro é a formação das decisões colegiadas por meio da agregação das posições de seus membros sem a elaboração de um voto vencedor único (p. 76). Há, portanto, dois níveis de irracionalidade: o individual e o coletivo (p. 81). Por um lado, a falta de compromisso de cada membro em ser fiel a um parâmetro de racionalidade vicia a decisão coletiva. Por outro lado, “o modo como todos usam o argumento de autoridade também é uma consequência do como se estrutura a decisão coletiva nos tribunais, isto é, como uma votação por maioria, ao invés de haver a formação de uma verdadeira decisão coletiva” (p. 81).

Uma consequência da prática da justiça opinativa é que, através dela, não é possível que os magistrados falem adequadamente em nome da instituição da qual

40 Algumas outras passagens nesse sentido: “de um modo geral, as características do processo decisório exercido pela Corte conduzem a decisões com falhas na formação e na comunicação das *razões colegiadas* que as embasam” (p. 39); “[instrumentos como a repercussão geral e a súmula vinculante] dependem da identificação precisa do que foi decidido pelo STF e das razões utilizadas para tanto” (p. 39).

fazem parte, mas apenas em nome próprio. Por isso, é comum que, mesmo quando a decisão colegiada é unânime, cada ministro queira expressar sua opinião em casos de grande repercussão. Para que possam formar uma decisão única, os tribunais precisariam parar de argumentar de maneira opinativa e deveriam passar a construir decisões em conjunto, segundo padrões comuns de racionalidade.

Essa ideia de que, ao alinharem suas posições, os ministros fazem emergir a expressão do tribunal como um ente autônomo está presente em outros autores. Além do já mencionado Carlos Ari Sundfeld, Oscar Vilhena Vieira (2008), em sua análise do papel político do STF, afirma que:

Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal (p. 458, ênfases adicionadas).

A busca pela opinião ou pelas razões de decidir do tribunal é curiosa. Se os ministros não interagem suficientemente para tomar decisões propriamente coletivas, quais são as posições e os argumentos genuínos do Tribunal? É difícil entender como tais razões sequer podem existir nesse contexto. Se o hábito dos ministros é o de avaliar privadamente os argumentos do caso e debater unicamente o resultado final, a ideia de razões *do Tribunal*, razões aceitas pela entidade formada pelos ministros agindo concertadamente, parece misteriosa. Porém, talvez, a linguagem descritiva seja apenas uma manifestação aberrante de um modelo normativo de decisão judicial coletiva. A literatura jurídica contemporânea parece justificar esse tipo de interpretação. Um número crescente de autores tem criticado os tribunais, em especial o STF, por falhas em sua deliberação interna.

4.2

Precedentes

Essa discussão é relevante para a interpretação das decisões judiciais. A identificação das razões coletivas para decidir no julgamento de uma corte como o STF interessa principalmente a quem lê os acórdãos em busca de precedentes. Por

isso, devemos ser capazes de traduzir a noção de agenciamento de grupo para em termos jurídicos.

Decisões coletivas STF possuem importantes implicações normativas para todo o sistema jurídico, já que elas formam jurisprudência e podem afetar as decisões futuras dessa e de outras cortes. O compromisso com razões para decidir manifesta-se como argumento de precedentes: espera-se que uma corte respeite suas decisões passadas. Uma característica importante, mas amplamente negligenciada dos precedentes é o caráter colegiado de sua origem. No caso do STF, as decisões finais de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, tais como as decisões de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Recurso Extraordinário (RE)⁴¹, são de competência ou das turmas ou do pleno do tribunal. E são essas as decisões que vão futuramente fundamentar ou barrar recursos, justificar teses jurídicas, motivar previsões sobre decisões futuras, etc.

Se essas decisões são de competência dos órgãos colegiados, e se os acórdãos expressam tanto intenções coletivas dos órgãos quanto intenções individuais de seus membros – como veremos adiante –, então é fundamental que o intérprete seja capaz de distinguir as duas manifestações ao ler os acórdãos. Juridicamente, somente as partes coletivas da decisão podem ser admitidas como exercício de uma competência coletiva. Se um ministro expressa algo sem pretender que sua manifestação seja lida como parte da decisão coletiva (critério subjetivo), ou se sua atitude não é endossada pelos demais ministros, segundo as regras de formação da atitude coletiva do grupo (critério objetivo), essa manifestação não faz precedente.

Pode haver alguma incerteza quanto à identificação de quais são exatamente esses critérios de identificação de grupos específicos. O STF é um caso especialmente interessante, pois não há nada que estabeleça inequivocamente qual é o meio mais adequado para interpretar suas decisões. Nem a Constituição,

⁴¹ As implicações *erga omnes* no controle difuso são mais limitadas, mas existem. Acórdãos de julgamento de recursos extraordinários repetitivos geram jurisprudência a ser observada pelos juízes e tribunais (art. 927, III). Além disso, a decisão sobre a repercussão geral do recurso, um dos seus requisitos, gera uma tese que, tal como uma súmula, deve ser publicada separadamente (art. 979, §2º); presumivelmente, para orientar os magistrados sobre o entendimento da corte.

nem as regras regimentais ou processuais, nem mesmo as suas manifestações são claras a respeito de como resolver o problema dos limites do conteúdo coletivo de seus acórdãos.

Nada impele a corte a seguir seus próprios precedentes. Podemos argumentar que existe uma obrigação moral ou política para tanto. Mas a prática demonstra que não existe um hábito rigoroso de seguir precedentes nessa corte. Por isso, adotar a leitura dos próprios precedentes pelo STF como indício de sua autocompreensão pode ser enganoso. Por um lado, ao interpretar, afirmar ou rejeitar seus próprios precedentes, a corte está oficialmente manifestando-se sobre como interpretar suas próprias manifestações. Mas, por outro, outras coisas estão em jogo. Se, por exemplo, a corte não que se ver vinculada a suas decisões passadas e, ao mesmo tempo, não quiser passar ao público a imagem de uma corte política, ela pode se sentir motivada a usar o argumento de precedentes estrategicamente. Assim, a corte poderia alterar sua leitura dos precedentes em cada caso, aplicando, em cada momento, os critérios de interpretação das manifestações coletivas que produzem os resultados que considera mais satisfatórios. Por isso, em uma corte que não adota o respeito aos precedentes como uma regra séria, a sua leitura de seus próprios precedentes não é um guia confiável de sua autocompreensão.

4.2.1

Novo Código de Processo Civil

Num sistema onde vigora a doutrina do *stare decisis*, o direito é parcialmente constituído pelas razões que fundamentam casos judiciais precedentes. Em tal sistema, as cortes tratam regras enunciadas por decisões passadas da mesma corte ou de corte superior como regras e, assim, como vinculantes (Alexander, Sherwin, 2008, p. 32; Schauer, 2012, p. 130). Nem sempre é fácil identificá-las, já que as decisões não costumam ser redigidas de forma a expor a regra aplicada em sua forma canônica. Por isso, descobrir o direito aplicável pode exigir um esforço não trivial de interpretação de decisões judiciais. Uma dada razão para decidir apresenta-se como regra para um determinado caso, explicitamente enunciada como tal na fundamentação da

decisão ou não, quando apresentada pelo julgador na fundamentação da decisão como justificativa para a decisão. É na *ratio decidendi*, portanto, que o julgador futuro vai buscar a regra do precedente.

O Brasil nunca adotou a doutrina do *stare decisis*. Mais do que isso, argumentos de precedentes nunca tiveram um papel importante na prática judicial brasileira (Marinoni, 2009, p. 12). A motivação subjacente a esses dispositivos do NCPC é a de consolidar no Brasil um sistema hierárquico de precedentes (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010). Como indicado, não há uma cultura de respeito aos precedentes na jurisprudência brasileira.

O novo CPC tenta mudar isso. No seu art. 926, ele exige que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”. Já o art. 927 determina que os juízes e tribunais respeitem decisões em controle concentrado de constitucionalidade, sumuladas ou recorrente dos tribunais superiores. Esses dispositivos pretendem garantir que os tribunais superiores cumpram o que a comissão legislativa que redigiu o anteprojeto do código entende como sendo uma de suas funções essenciais: “proferir decisões que *moldem* o ordenamento jurídico, objetivamente considerado” (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010, p. 17).

É curioso que o art. 927 exija observância vertical e horizontal (inciso V) dos precedentes apenas em caso de decisões *reiteradas* dos tribunais superiores, como no caso de súmulas e recursos repetitivos. O respeito vertical aos precedentes decorre de um compromisso com a hierarquia no Judiciário, o que é exigido pelo primado da segurança jurídica (exposição de motivos, p. 17). Às razões para o respeito horizontal aos precedentes, além da segurança jurídica, soma-se o compromisso moral que oferecer justificção para uma decisão gera ao magistrado (Schauer, 1995, p. 647). Se é esse o caso, que diferença faz se as decisões são recorrentes ou não? Como argumenta Marinoni (2009, pp. 45 e 46), “não há razão lógica para se exigir decisões reiteradas, a menos que se parta da premissa de que o Supremo Tribunal Federal não se importa com a força de cada uma das suas decisões e supõe não ter responsabilidade perante os casos futuros”.

Precisamos considerar o papel do STF na garantia de coerência do sistema jurídico brasileiro. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é considerado misto, pois atribui competência para fazer declaração de inconstitucionalidade a qualquer magistrado, pela via incidental, e ao STF, abstratamente e na condição de corte constitucional. Por isso, parece ser importante que o Judiciário mantenha algum sentido de coerência diacrônica em suas decisões. A razão (Marinoni, 2009, p. 42) é que, nesse sistema, a palavra final sobre a interpretação da Constituição é do Judiciário, já que a legislação não vincula os juízes. E, por isso, o STF, na condição de órgão mais alto do Judiciário e de intérprete privilegiado da Constituição, precisa ter a prerrogativa de definir a melhor interpretação da Constituição contra o restante do Judiciário.

Segundo Marinoni (2009, p. 44), o sistema europeu de controle concentrado de constitucionalidade garante a coerência na leitura da Constituição dando eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade. Fora do controle concentrado, prevalece a supremacia da lei. Assim, o Judiciário está sempre vinculado pelo Legislativo e pelo Tribunal Constitucional ou equivalente. Já no modelo estadunidense, o direito constitucional apresenta-se como *common law*, no qual a regra é o *stare decisis*. Os juízes são controlados de cima por um sistema de precedentes vinculantes. No Brasil, onde os juízes não estão rigorosamente vinculados nem pelo Legislativo, nem pela *common law*, a coerência do sistema constitucional está, pelo menos teoricamente, sob constante ameaça⁴². Esse estado de coisas demanda que o STF tenha maior papel na determinação do direito. Para que o STF possa fazer isso, seus precedentes precisam ter uma autoridade maior do que têm tido historicamente.

A formação de um sistema de precedentes hierárquico que o NCPC visa cristalizar uma tendência que já se delineia há algum tempo. Desde a primeira constituição republicana (1898) a questão é discutida, e a adoção formal de mecanismos que operem para contornar a ausência (e aproximar o ordenamento brasileiro) de um sistema de precedentes pode ser também vista ao longo do século XX. Contudo, o exemplo mais significativo é o da súmula vinculante, instituída em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45. Ela torna obrigatória

⁴² Esse estado de coisas, no Brasil, é agravado por uma série de questões de desenho institucional. Sobre a relação entre o modelo de controle de constitucionalidade, precedentes e instabilidade na prestação jurisdicional, v. Bogossian (2016).

jurisprudência consolidada do STF, através de um enunciado produzido segundo os requisitos da Lei nº 11.417/2006. Segundo a lei, as súmulas vinculantes têm, em regra, eficácia imediata (art. 4º) e autoriza reclamação ao STF de decisão que contrariá-la (art. 7º).

O próprio STF faz pressão para ampliar sua autoridade em relação ao restante do Judiciário quanto a sua competência constitucional. Por exemplo, o ministro Gilmar Mendes (2004) defende a atribuição de efeito *erga omnes* imediato a decisões plenárias em sede de recurso extraordinário, que, por força do art. 52, X, da Constituição Federal, competiria privativamente ao Senado estabelecer.

4.2.2

Importância das manifestações individuais dos membros da corte

Por que, então, em decisões coletivas, os órgãos colegiados publicam manifestações individuais e parciais dos membros? Cortes como o conselho constitucional francês ou o tribunal constitucional italiano (Troper, Grzegorzcyk, 1997, Raffaelli, 2012, pp. 18 e 19) publicam apenas a expressão coletiva do órgão julgador, sem deixar espaço para posições individuais não endossadas coletivamente. O que levam os órgãos judiciais colegiados brasileiros a publicarem acórdãos com as manifestações individuais dos membros?

Talvez existam razões históricas, jurídicas e sociológicas para isso, mas podemos tentar esboçar uma resposta funcional. Podemos avaliar as circunstâncias a partir do ponto de vista do que se espera dos membros do tribunal ao produzirem suas decisões. Os magistrados costumam redigir suas decisões previamente, antes da audiência de decisão propriamente. Portanto, sua análise do caso não é propriamente coletiva⁴³. Existem, pelo menos, duas perspectivas que o magistrado pode adotar ao redigir seu voto: ele pode raciocinar inteiramente no modo-nós, tratando seu voto unicamente como proposta de voto coletivo e, assim,

⁴³ A rigor, em geral, ela é coletiva, sim. O gabinete dos desembargadores e ministros dos tribunais é composto por uma equipe de juristas que, liderada pelo magistrado, formula coletivamente as manifestações que serão subscritas pelo magistrado. Ao afirmar que o voto é produzido individualmente, estou assumindo que a equipe que compõe a banca de cada magistrado é um ente unitário e representado pelo próprio magistrado.

pensando unicamente nas razões que a corte deve coletivamente aceitar; ou ele pode conciliar o raciocínio em modo-nós com considerações do *modo-eu*.

Na primeira abordagem, os votos são apenas propostas de decisão coletiva, ou seja, relevante apenas no momento de formação da atitude coletiva do órgão. Por isso, nenhuma informação relevante, do ponto de vista jurídica, se perde caso as propostas derrotadas não forem publicadas. Sua função exaure-se na audiência, em especial se a formação do julgamento colegiado for meramente agregativo. Se, por outro lado, for costume na corte a deliberação entre os membros e a construção participativa de uma decisão coletiva, os votos individuais podem transmitir explicações importantes de argumentos desenvolvidos. Ainda assim, sua função é parcial. Atitudes que não forem objeto de aceitação coletiva não são atitudes atribuíveis ao grupo. Enquanto meras propostas, elas não compõem necessariamente a expressão coletiva do órgão.

A segunda abordagem, que combina considerações em modo-nós e em modo-eu na formação do acórdão, atribui outros propósitos ao voto. Por exemplo, ao votar, o magistrado também expressa sua posição particular sobre determinado assunto. Isso pode ser importante por diversas razões. Pode ser importante como parte da chamada *deliberação externa* (Ferejohn, Pasquino, 2004; Silva, 2009, p. 211; Mendes, 2013), a troca de argumentos entre órgão judicial e atores políticos externos. Como esse diálogo entre instituições não é uma função juridicamente regulada, mas uma atividade política, ela não está restrita por competências jurídicas. Os membros individuais têm tanto direito de se manifestar publicamente quanto o órgão dos quais fazem parte. É claro que isso assume que a deliberação externa é algo positivo, uma função relevante da jurisdição, e uma crítica a essa suposição é possível. Mas, se aceitarmos que essa atividade de deliberação externa é respeitável, parece natural aceitar também que os magistrados estão em condições de realizá-la individualmente tão bem ou melhor que coletivamente.

Assim, há uma boa razão para que os acórdãos publiquem expressões individuais dos magistrados: pelo menos nos casos em que existe a prática da deliberação externa, as atitudes individuais também são de interesse público.

Outro aspecto do problema é que os componentes individuais e os componentes coletivos nem sempre estão claramente distintos nos acórdãos. Nos

EUA, há uma prática de redação de *opinions of the courts* nas quais as atitudes coletivamente aceitas como atitudes da corte são explicitamente apresentadas e o que não pertence a esse documento não deve ser tratado como coletivamente aceito. No caso brasileiro não há essa prática, o que pode ser fonte de frustração para o intérprete (Silva, 2013). Mas talvez também haja uma boa razão para que isso aconteça. Uma hipótese é que pode haver uma disputa velada sobre os limites da aceitação coletiva das propostas de atitudes da corte apresentadas nos votos. Quando não há controvérsias sobre os fundamentos de uma decisão, os votos, em geral, são sucintos. Quando há controvérsia sobre os fundamentos mesmo entre aqueles que concordam sobre a decisão no dispositivo, os membros têm interesse nos critérios de determinação dos limites da aceitação coletiva. Como esses critérios não podem ser fixados previamente, em alguma medida eles precisam ser negociados em cada caso (Kornhauser, Sager, 1993). Simplesmente deixar o problema em aberto, para ser resolvido pelos posteriores intérpretes das decisões, pode ter a vantagem de evitar mais uma instância de conflito no colegiado.

4.3

Redação dos acórdãos

4.3.1

Acórdão no STF

Há um esforço para que seja formada uma prática centralizada de uniformização da jurisprudência nacional, e a promulgação da Lei nº 13.105/15, conhecida como novo Código de Processo Civil (NCPC), em vigor desde março de 2016, foi um passo importante nessa direção. O NCPC exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas. Especificamente, seu art. 489, parágrafo 1º, inciso III estabelece que não deve ser considerada fundamentada uma decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Mas quando o código exige fundamentação de qualquer decisão judicial, o que exatamente ele quer dizer quando inclui o acórdão? O próprio código, em seu art. 204, define acórdão como “julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. É

importante destacar que “acórdão” é tratado no art. 489, §1º, como “decisão”⁴⁴ e, no art. 204, como “julgamento”⁴⁵. Essa equivocação parece ainda mais relevante se considerarmos o que ele diz em seu art. 11 (repetindo o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal): “todos os *juízos* dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as *decisões*, sob pena de nulidade” (ênfases adicionadas). O dispositivo demonstra que os dois termos não são sinônimos e que a questão não é inconsequente, já que envolve a validade dos atos processuais.

O acórdão – ou o que se chama de inteiro teor do acórdão –, na realidade, é um documento que registra o resultado do julgamento de um órgão colegiado. Sua parte inicial, chamada de espelho de ementa, contém um cabeçalho; uma ementa resumindo a matéria discutida, normalmente destacando algumas proposições jurídicas que foram objeto de deliberação; e o acórdão propriamente dito, que explicita a decisão do colegiado. Seguem-se o relatório e a transcrição dos votos do relator e dos demais ministros, que são geralmente lidos em audiência. A transcrição dos votos é uma coleção de manifestações individuais sobre como o caso deveria ser resolvido. Cada voto indica, além de uma posição individual sobre qual deve ser a resposta da corte para a demanda, as razões que justificam essa posição individual do ministro. Por fim, há um extrato de ata da audiência, onde há o anúncio do resultado da votação.

Assim, o acórdão pode expressar o julgamento coletivo do colegiado e os julgamentos individuais dos membros, sem distingui-los claramente. Como as cortes brasileiras não costumam adotar um procedimento explícito para a aceitação coletiva de razões para decidir, pelo menos algumas decisões são tomadas sem fundamentos consistentes e coletivamente aceitos. Mas o novo CPC explicitamente exige que acórdãos sejam fundamentados, dentre outras coisas, em razões que não “se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, o que exclui decisões sem fundamento coletivamente aceito como adequado para aquele específico caso.

⁴⁴ “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que...”

⁴⁵ “Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.”

Uma das possibilidades é que as cortes brasileiras precisam passar por uma reformulação profunda em seu modelo decisório, garantindo que suas decisões terão sempre fundamentação coletivamente aceita. Essa possibilidade especialmente radical parece exigir mais do que o necessário da fundamentação das decisões. Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 74) sustentam que a exigência de fundamentação das decisões judiciais serve tanto de garantia para as partes, pois possibilita a impugnação da decisão, quanto como meio publicamente acessível de proteção do bom funcionamento das instituições judiciais.

Um acórdão relata uma série de processos cognitivos diferentes (Kornhauser, Sager, 1993, p. 24). Dentre outras coisas, e além do próprio julgamento da questão jurídica analisada, ele relata conclusões intermediárias resultante da deliberação na corte e as justificações, final e intermediárias, para as conclusões acertadas pelo grupo. As justificações e as decisões são apresentadas na forma de raciocínio prático, ou seja, sujeitas às exigências de coerência e consistência. Em outras palavras, espera-se que os julgadores abordem racionalmente o problema jurídico em questão. Mas, além disso, a corte precisa levar em conta que suas decisões e razões para decidir serão lidas como compromissos para decisões futuras e como instruções para cortes inferiores. Há duas motivações distintas e potencialmente incompatíveis no esforço para a formação de um acórdão: a expressão de um processo interno de formação racional de um julgamento coletivo; e as consequências que as razões apresentadas na decisão presente terão nas expectativas do público em relação a decisões futuras.

A fundamentação de decisões expressa as razões que a corte tem para tomar determinada decisão. Isso é dizer que nela estão as razões motivadoras do grupo-agente. Mas ela também traz outras informações que não podem ser classificadas dessa forma. Um exemplo disso são os *obiter dicta*, afirmações que figuram na fundamentação da decisão, mas que não afetam o julgamento. *Obiter dicta* podem efetivamente expressar atitudes coletivas, mas não expressam razões motivadoras de uma dada decisão.

Também podem figurar nas decisões coletivas sem compor as razões de grupo-agente da decisão da corte votos divergentes. Em cortes onde existe a

prática de publicação de dissidências junto com a decisão do caso⁴⁶, a posição coletiva da corte divide espaço com opiniões individuais dos membros. Isso significa que o leitor será capaz de descobrir a história da deliberação da corte sobre o caso. Além disso, ele precisa tomar cuidado para distinguir o que são posições individuais e minoritárias do que são posições coletivas, oficiais da corte.

Há duas dimensões de intencionalidade coletiva no processo decisório da corte: uma dimensão doutrinária e uma dimensão estrutural. Apenas posições estruturalmente coletivas e doutrinariamente relevantes para o resultado do caso é que compõem o conjunto das razões motivadoras do grupo-agente para a decisão.

O acórdão é uma obra coletiva e isso pode gerar algumas dificuldades. Como cada magistrado tem, individualmente, suas próprias motivações para adotar uma posição ou outra, há sempre o risco de surgirem inconsistências no acórdão, como o problema do dilema discursivo (Kornhauser, Sager, 1993, pp. 10 a 17; List, Pettit, 2011, pp. 43 a 46), ou ambiguidades, como o problema da demarcação. Isso fica especialmente claro nos casos de *dispersão de fundamentos*.

4.3.2

Dispersão de fundamentos

A decisão final de um caso julgado pela corte é formada pelos votos individuais os magistrados. Os votos são tanto propostas para o julgamento final do caso, a ser proferido pela corte, quanto posições particulares de cada membro sobre o caso. Ou seja, o voto cumpre uma dupla função: é a expressão oficial de cada magistrado e uma proposta de expressão coletiva da corte. Com a agregação das posições individuais, a corte decide a qual das propostas irá aderir, contando a quantidade de votos que cada uma das possíveis respostas para o caso angariou maior quantidade de adesões. Mas, como os votos também representam a posição individual dos magistrados, as adesões podem ser motivadas por razões diferentes.

⁴⁶ Frequentemente, isso não é o caso. Sobre como as regras que as supremas cortes e tribunais constitucionais europeus adotam em relação a possibilidade de votos divergentes, ver Raffaelli (2012).

Admitindo-se que essas funções sejam analiticamente distinguíveis, é natural que nem todo voto seja fundamentado. Um ministro pode desejar agir como elemento constitutivo da corte, adotando uma posição sobre qual deve ser o resultado final do julgamento, ao mesmo tempo em que abre mão de se posicionar quanto ao que ele próprio considera ser a melhor solução para o caso. Klafke e Pretzel (2014) sugerem que há duas decisões que os ministros precisam tomar em cada decisão do STF: uma quanto ao dispositivo e outra quanto ao fundamento da decisão. Quando o ministro decide não publicar voto e seguir a posição do relator, ou de qualquer outro membro, então ele está ratificando seus fundamentos também. Por outro lado, quando ele decide redigir um voto, ainda que concorde com a posição majoritária, ele rejeita a fundamentação dos demais. Isso permite a ocorrência do que se denomina dispersão de fundamentos.

A noção de dispersão de fundamentos pode ser definida 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” (Leite, Brando, 2016, p. 3); “a apresentação fragmentada e plural das razões, mesmo que idênticas, em diversos votos” (Klafke, Pretzel, 2014, p. 97).

Leite e Brando (2016, pp. 4 a 11) entendem que a dispersão de fundamentos em ações de controle concentrado dá-se por causa de três características do seu processo decisório. Uma delas é o princípio da causa de pedir aberta, segundo o qual a corte pode apreciar o pedido face a qualquer norma constitucional, ainda que ela não tenha constado como causa do pedido da parte autora⁴⁷. Com a causa de pedir aberta, as possíveis razões para decidir multiplicam-se, e as chances de uma mesma decisão ser sustentada por razões independentes na deliberação aumentam. Outra característica conducente à dispersão é a indeterminação linguística do texto constitucional. Suas vagezas e incongruências criam oportunidades para múltiplas interpretações de suas normas, o que pode gerar disputas sobre os fundamentos das decisões da corte.

⁴⁷ Desde que a causa de pedir não tenha sido vício meramente formal (p.6).

Esses dois fatores são importantes, mas não são determinantes. A dispersão de fundamentos existe independentemente deles, ainda que eles facilitem sua ocorrência. O terceiro fator é, segundo os autores, condição necessária e suficiente. Trata-se do que chamam de regra de maioria decisória simples. O art. 173 do RISTF estabelece que, ao fim da audiência de julgamento em processo de controle concentrado, “proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros”. Os autores interpretam essa determinação como uma restrição quanto ao escopo da decisão da corte: “os fundamentos apresentados pelos ministros não têm relevância para a formação do *quórum* decisório” (p. 5). A condição é necessária porque a alternativa, uma regra decisória que incorporasse os posicionamentos sobre os fundamentos, eliminaria o risco de dispersão. Suficiente, porque ela é independente das outras causas.

4.4

Conclusão

Há um conflito entre a prática de publicação de votos individuais no STF e a sua capacidade de ação colegial. As regras, explícitas e implícitas, de formação e publicação da decisão da corte permitem a publicação de votos individuais. Mais do que isso, como lembra Silva (2013, p. 577), e Klafke e Pretzel (2014), a prática decisória do STF permite tanto a publicação de votos divergentes, quanto a mera concordância com o voto do relator ou algum outro voto divergente. Isso sem qualquer registro de um compromisso conjunto dos membros em torno de uma fundamentação coletiva para a decisão. Da perspectiva do intérprete, a identificação das razões para decidir atribuíveis a toda a corte fica prejudicada.

Podemos esperar que a corte corrija suas deficiências e passe a identificar claramente suas posições coletivas. A crítica ao individualismo na deliberação do Supremo é muito importante, mas também é de longo prazo. Uma eventual mudança nas práticas processuais da corte será lenta. Além disso, ainda precisaremos recorrer a décadas de jurisprudência passada. Por ora, teremos que lidar com uma Suprema Corte pouco cuidadosa com seus julgamentos coletivos e com acórdãos mal formulados.

Três modelos interpretativos das decisões do Supremo Tribunal Federal

O problema da demarcação parece afetar a capacidade do STF de produzir precedentes que possam ser considerados como vinculantes pelas outras autoridades judiciais. Não há trabalhos que lidem diretamente com esse problema, mas podemos identificar na literatura algumas possibilidades de solução. Duas dessas alternativas podem ser reconhecidas como premissas de trabalhos anteriores sobre o STF e, por isso, talvez sejam mais intuitivas. A terceira é nova, mas reflete algumas características das decisões coletivas da corte⁴⁸.

Uma, que podemos chamar de *agregativista*, baseia-se na ideia de que as atitudes de um grupo são formadas pela agregação as atitudes individuais relevantes de seus membros. Assim, o critério para identificar *ratio decidendi* coletiva no STF seria a adesão da maioria dos ministros⁴⁹ às teses jurídicas propostas como razões para decidir pelos membros da corte. Nas palavras de Costa (2014, p. 124), “é necessário, ademais, cotejar a fundamentação do voto do relator com os motivos expostos pelos demais ministros, a fim de verificar se houve algum argumento comum que os conduziu todos, ou a maioria, a votar no sentido que votaram”. Essa também é a proposta de Schauer (2009, p. 53, nota 30) para a interpretação das decisões das cortes britânicas, que, como as brasileiras, não redigem *opinions of the court*. Segundo ele, numa turma de três juízes, um

⁴⁸ Certamente, o número de possibilidades é maior. Por exemplo, é possível aplicar diferentes protocolos de agregação aos acórdãos e, com isso, obter diferentes resultados. Estamos indicando aqui as três possibilidades que, segundo os indícios que temos disponíveis, a própria corte admitiria.

⁴⁹ Uma questão em aberto é se os votos a serem agregados são da totalidade dos ministros ou apenas dos ministros que compõem a maioria vencedora quanto ao dispositivo. Há argumentos dos dois lados. Kornhauser e Sager (1993, p. 11) defendem, como um método de decisão possível, que a corte produza sua decisão de maneira estruturada, decidindo sobre cada premissa e proferindo a única decisão compatível com essa série de decisões parciais. Eles chamam esse método de votação questão-a-questão. Nesse modelo, a maioria relevante seria a da totalidade da corte, já que a decisão sobre os fundamentos precede a sobre o resultado. No caso do STF, Klafke e Pretzel (2014, pp. 92 e 93) apontam a falta de um “placar da fundamentação” nos acórdãos e afirmam que, diferentemente de outros tribunais, a maioria relevante é a que concorda com o resultado. Em entrevista (2015b, pp. 116 a 119), os próprios ministros pareciam divididos sobre se os votos da posição minoritária poderiam ser considerados divergentes, no sentido de contribuir para o convencimento da corte, ou meramente vencidos. O problema merece uma reflexão mais detida, o que não caberia no escopo deste artigo.

deles vota contra o recorrente, outro vota a favor pelas razões x , y e z , enquanto o último vota a favor também, mas pelas razões p , q e x . A única razão compartilhada pela maioria é x ; logo, x é a *ratio decidendi* corte para a decisão.

A segunda proposta, *negacionista*, sugere que simplesmente não há fundamentação coletiva das decisões da corte. Por não estruturarem sua decisão nem pela aplicação de uma norma de consenso – pela qual a corte sempre se expressa unanimemente, exceto em casos de divergência muito grave (Sunstein, 2015, pp. 114 e 115) –, e nem através de um procedimento de agregação das propostas de fundamentação das decisões da corte (Kornhauser, Sager, 1993, p. 11; Klafke, Pretzel, 2014, pp. 92 e 93), a corte não assumiria qualquer posição quanto à fundamentação de suas decisões. Argumentos "do tribunal" quase⁵⁰ nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. “Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal” (Mendes, 2010).

Por fim, o modelo *delegacionista* atribui ao relator o papel central de prover fundamentação para a decisão coletiva. Parece inegável que a expressão “nos termos do voto do relator” tornou-se um elemento fundamental das ementas dos acórdãos. A interpretação literal de seu significado indica a função determinante do voto do relator na fundamentação da decisão coletiva. Haveria uma verdadeira delegação da corte ao relator para a fundamentação da decisão. Ao usarem sistematicamente a fórmula em suas ementas, e ao não criticarem a prática de remeter os fundamentos coletivos ao voto do relator, os ministros tacitamente afirmam a delegação na quase totalidade dos acórdãos. Segundo essa abordagem, a fundamentação da corte é idêntica à fundamentação do voto do relator do acórdão.

Lembremos que a regra é que a redação do acórdão fique a cargo do primeiro ministro a proferir o voto prevalente, tenha sido ele o relator original ou

⁵⁰ Uma dificuldade para essa posição é definir se a falta de uma posição é necessária, dados os procedimentos de decisão do STF, ou se é um resultado contingente do quão raro é os ministros formarem um consenso sobre as razões para decidir. Conrado Mendes (2010) indica que isso é resultado da precariedade da deliberação, que faz com que a corte pareça-se com um arquipélago de “11 ilhas” que não se comunicam. Já o ministro entrevistado por Virgílio parece entender que, *em princípio*, não pode haver fundamentação coletiva: “o Supremo não vota como instituição” (Silva, 2015a, p. 197).

não (exceto quando este muda de posição em audiência). Se considerarmos que a fórmula “nos termos do voto do relator” nas suas ementas remete o leitor às razões expressas no voto do relator do acórdão, então temos a seguinte regra para a fundamentação dos acórdãos: *o primeiro ministro a proferir um voto vencedor acaba fornecendo, através da fundamentação de seu voto, as razões de decidir da corte.*

As três posições assumem que, a não ser quando explicitamente afirmado ou por interpretação clara da prática analisada, as regras constitutivas da ação coletiva na corte regem suas práticas *em geral*. Ou seja, podemos considerar que o STF entende a si próprio como um agente autônomo que precisa tomar diferentes tipos de decisão. As decisões podem ser variadas, mas o julgador é um só, o STF como ente coletivo, e sua organização intencional é fundada em uma série de regras constitutivas gerais.

Essa é uma abordagem incomum. Em geral, estudam-se as práticas decisórias do STF de maneira compartimentalizada, seja por princípio (Silva, 2013; Leite, Brando, 2016, p. 4), seja por razões pragmáticas, para viabilizar uma investigação empírica, por exemplo (Falcão, Cerdeira, Arguelhes, 2011; Klafke, Pretzel, 2013). É provável que a corte tenha incentivos diferentes ao decidir casos de maior impacto político e isso é normalmente relevante. Mas a corte, como qualquer grupo-agente, é regida não só pelas regras jurídicas, mas também por regras internas de organização e formação de atitudes coletivas. É importante distinguir as regras jurídicas das regras de formação de atitudes coletivas.

É compreensível que se queira compartimentalizar a investigação empírica sobre o STF, já que ele permite tipos muito diferentes de processo. O apelo de se tratar essas variadas expressões da corte como se fossem expressões de órgãos distintos⁵¹ é claro. Mas a metáfora vai até certo ponto. Mesmo em processos de diferente natureza, a corte decide com a mesma composição e está sujeita ao mesmo regimento interno (RISTF). Não é que a distinção não exista; ela existe e é fundamental para a compreensão das atividades da corte. O problema está em

⁵¹ Esse é a conclusão do relatório da pesquisa empírica realizada pelo projeto Supremo em Números, realizado pela FGV Rio (Falcão, Cerdeira, Arguelhes, 2011). O nome do relatório é especialmente ilustrativo desse tipo de atitude: o Múltiplo Supremo.

extrapolar das características nas quais a diferença é observável para as características onde ela não foi observada, seja por falta de dados, seja porque ela não existe mesmo. Para que o recurso a essa dicotomia seja convincente, ela não pode ser simplesmente assumida. É necessário um argumento adicional demonstrando ou que há evidências empíricas que esse é o caso, ou que a dicotomia se impõe por força de outras considerações normativas. Silva não apresenta tal argumento.

5.1

Agregativismo

Aplicado à busca pela *ratio decidendi* em decisões coletivas, o modelo agregativo indica um caminho para a identificação dos fundamentos coletivos da decisão. Especialmente, não importa a disposição subjetiva do membro ao proferir seu julgamento. A diferença entre modo-nós e modo-eu é irrelevante aqui. O que precisa ser levado em conta são as atitudes individuais que, tomadas em conjunto, fazem emergir a atitude coletiva. Ainda mais importante, essa relação de superveniência verifica-se pela agregação das atitudes individuais, através da aplicação de alguma regra de agregação – sendo a regra da maioria a escolha natural na falta de determinação expressa do grupo (List, Pettit, 2011, pp. 43 e 44).

Schauer (2009, p. 53, nota 30) oferece uma proposta de interpretação de decisões coletivas para casos em que não há opinião da corte. Ele assume que sempre, mesmo em decisões *seriatim*, as cortes nos dizem as razões que as levaram a decidir de determinada maneira (Schauer, 2009, pp. 52 e 53). Schauer (2009, p. 53, nota 30) sugere duas abordagens para a identificação da *ratio decidendi* do caso. Cortes como a Suprema Corte dos EUA dizem exatamente qual são essas razões de decidir em sua *opinion of the court*. Nesse caso, na maioria das vezes, as razões de decidir estão claramente descritas na fundamentação da decisão. Já em cortes *seriatim*, como as britânicas ou as brasileiras, nas quais não há a prática de publicação de uma *opinion of the court*, ele entende que o conjunto de razões é composto pelas proposições jurídicas que

forem endossadas pela maioria dos membros⁵². Em situações complexas, podemos dizer que a posição do STF é o denominador comum das posições de seus membros. Para usar um exemplo oferecido pelo próprio Schauer (2009, p. 53, nota 30): numa turma de três juízes, um deles vota contra o recorrente, outro vota a favor pelas razões *x*, *y* e *z*, enquanto o último vota a favor também, mas pelas razões *p*, *q* e *x*. A única razão compartilhada pela maioria é *x*; logo, *x* é a *ratio decidendi* da decisão.⁵³

Essa solução aplica a mesma lógica da votação sobre o dispositivo para a fundamentação. Da mesma forma que a decisão da corte é estabelecida pela soma das posições individuais e adesão à posição majoritária, esse modelo sugere que as razões de decidir da corte são formadas pela atitude majoritária dos Ministros quanto a cada proposição jurídica oferecida por eles como parte da razão de decidir da corte. Isso significa assumir que, ao apresentarem seus votos fundamentados, os magistrados estão propondo que a corte tome uma posição quanto aos argumentos relevantes. As propostas podem ser individualizadas e comparadas. Em suma, o que chamamos de voto seria, na verdade, um conjunto de votos sobre cada proposição jurídica de interesse sobre o caso; a posição individual do Ministro sobre a procedência ou não do pedido seria apenas um de seus votos.

O dever de fundamentar as decisões pode justificar a aplicação de um critério agregativista. Ao definir que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, a Constituição Federal (art. 93, IX) pode estar apenas exigindo algum tipo de justificação para as decisões. Nesse caso, bastaria que as razões

⁵² Mais uma vez, é importante distinguir entre regra de decisão adotada pela corte e regra de interpretação adotada por terceiros para compreender a jurisprudência. Aqui, Schauer está falando do segundo tipo de regra.

⁵³ Segue o trecho da nota de Schauer, livremente traduzida e com sublinhados adicionados: A extração da *ratio decidendi* é uma questão muito mais importante na Grã-Bretanha que nos Estados Unidos, porque sob o tradicional processo recursal britânico, assim como em outros países da *commonwealth* britânica, não é obrigatório que haja uma opinião majoritária única ou uma opinião da corte. Os três, cinco, ou mais magistrados que recebem o caso tipicamente apresentam seus próprios votos individuais. O resultado alcançado pela maioria desses magistrados é o resultado do caso, mas determinar sobre o que é o caso é inevitavelmente um processo de determinar quais proposições jurídicas e quais razões atraíram a concordância de uma maioria dos magistrados. Assim, se o magistrado A decide em favor da parte autora pelas razões *x*, *y* e *z*; o magistrado B decide em favor da parte autora pelas razões *p*, *q* e *x*; e se o magistrado C decide em favor da parte ré; então a *ratio decidendi* é *x*, a razão (e a única razão) compartilhada por uma maioria de magistrados. Onde a prática de opiniões individuais não existe, como não existe nos Estados Unidos (exceto na medida em que uma Suprema Corte crescentemente dividida parece mover-se nessa direção), a questão de se determinar a *ratio decidendi* é menos complexa.

apresentadas sejam aceitáveis e que tenham sido conjuntamente aceitas pelos ministros.

Outra possibilidade é que a exigência seja maior; não só que sejam *oferecidas* razões para as decisões, mas que essas razões efetivamente *motivem* a decisão. Essa distinção não parece ser relevante no caso de um juiz individual, já que os processos psicológicos que produzem suas decisões não são públicos. Mas não podemos dizer o mesmo em relação a julgadores coletivos. O processo de formação de uma decisão judicial coletiva é publicamente acessível a todos os cidadãos. Em princípio, é possível descobrir se uma decisão coletiva foi tomada por causa das razões apresentadas ou não⁵⁴. Por isso, uma interpretação mais forte do dever de fundamentar faz sentido nesse caso. Pode ser que o comando constitucional exija das cortes que aceite como sua decisão aquela que é respaldada pelas razões que endossam para decidir⁵⁵.

Além disso, há uma intuição de que, exceto em circunstâncias especiais, uma decisão de um grupo no qual todos os membros gozam da mesma dignidade deve ser respaldada pela maioria de seus membros. Significa dizer que o protocolo de decisão mais intuitivo em circunstâncias normais, preservando-se uma certa equidade na consideração dos votos individuais

As duas intuições indicam que os ministros *devem* admitir como decisão da corte aquela implicada pelas posições endossadas pela maioria dos ministros. É certo que essa é uma posição normativa sobre o processo decisório e, como tal, não nos diz nada sobre como efetivamente são tomadas as decisões. Mas, dada a incerteza provocada pelo problema da demarcação, parece razoável preferir uma interpretação caridosa do trabalho da corte. Em caso de dúvida, um agregativista pode preferir uma leitura dos acórdãos que segundo a qual os ministros cumprem seu papel na formação da decisão coletiva.

⁵⁴ Apenas em princípio, porque talvez seja impraticável. É possível, por exemplo, que a deliberação pública seja apenas um teatro para mascarar algum acordo prévio entre os ministros. Nesse caso, o consenso formado em sessão de julgamento teria apenas a aparência de causa imediata do julgamento coletivo.

⁵⁵ Na definição do problema da demarcação, considerou-se a versão mais fraca do dever de fundamentação. A dificuldade de se distinguir claramente as posições individuais das coletivas ocorre, em parte, porque não está claro o que é exigido da corte em relação à fundamentação de suas decisões. Uma leitura forte desse dever, uma que exige causalidade, fará com que o intérprete do acórdão busque por posições efetivamente endossadas no curso do julgamento; e isso parece privilegiar a interpretação agregativista.

5.1.1

Dificuldades com o agregativismo

Uma dificuldade da ideia de agregar posições individuais dos ministros é que não é óbvio como as informações do caso devem ser organizadas para que as posições majoritárias sejam aferidas e quais atitudes devem ser agregadas para formar a posição coletiva da corte⁵⁶. Em um caso de decisão por maioria, deveríamos considerar todas as teses sustentadas pelos membros no curso da tomada de decisão; ou apenas aquelas sustentadas pelos membros que concordaram, ao final, com o resultado do julgamento?⁵⁷ Devemos considerar apenas aquilo que consta claramente dos votos ou também as informações que podem ser indiretamente inferidas? O que fazer quando a agregação das posições individuais gera inconsistências? Adiante, veremos dois problemas que podem surgir como consequência da abordagem agregativista.

5.1.2

Problema da simplificação dos votos

A proposta simplifica demais o processo de deliberação interno da corte por assumir que um voto individual pode ser dividido em posicionamentos independentes sobre proposições jurídicas. Nos tribunais brasileiros, cada voto é apresentado como uma decisão arrazoada para o caso. Interpretá-los como um conjunto de atitudes independentes sobre proposições jurídicas pode ignorar as

⁵⁶ Uma pergunta potencialmente interessante é se a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é relevante para a agregação das manifestações individuais. Estamos assumindo aqui que não é: se uma maioria ou todos os magistrados sustentam alguma tese jurídica, então, segundo o modelo agregativista, ela deve ser atribuída à corte. Além de não ser uma discussão particularmente relevante para a jurisprudência brasileira, que não distingue claramente entre *dicta* e razões de decidir, ela parece ser independente do problema da formação de julgamentos coletivos nas cortes. Da mesma forma que julgadores individuais podem manifestar opiniões pouco relevantes para o caso em questão, também podem as cortes. Mas é possível pensar em um argumento contra a inclusão de *dicta* dentre as manifestações da corte enquanto grupo. Como as competências decisórias da corte são parte de suas regras constitutivas, então é provável que manifestações que extrapolem a competência da corte podem não ser atribuíveis a ela. Há evidência empírica nesse sentido (Jenkins, et al, 2013).

⁵⁷ Marmor (2005, p. 125) levanta a mesma objeção a modelos agregativos, só que tendo em vista a atribuição de intenção legislativa.

verdadeiras intenções individuais dos Ministros ao participar da formação das atitudes coletivas da corte.

Usando a linguagem de Kornhauser e Sager (1993, p. 11), o exemplo de Schauer assume que a corte optou por um modelo caso-a-caso para o processo decisório. Os membros chegaram independentemente a uma conclusão individual sobre como o colegiado deveria julgar o caso e apresentaram votos individuais, propondo uma resposta e expondo as razões que os motivaram. Mais do que uma opinião sobre a melhor resposta para o problema jurídico apresentado, um voto transmite uma proposta de julgamento coletivo. Em casos de dispersão de fundamentos, a interseção do conjunto de razões pode não ser relevante como fundamento para o caso, ou consistente, ou aceita pela maioria dos juízes-membros.

Consideremos algumas hipóteses sobre a construção dos argumentos jurídicos por parte dos membros individuais. O juiz-membro pode considerar que seu voto é uma soma de razões independentes. Cada argumento expressa uma razão que, por si só, é capaz de fundamentar decisivamente a posição adotada para o caso. Chamemos esse tipo de voto de disjuntivo⁵⁸. Uma outra possibilidade é que o voto seja composto por um conjunto de proposições dependentes entre si. Chamemos essa alternativa de voto conjuntivo. Um voto conjuntivo pode ser composto por um ou alguns argumentos cujas premissas constituem proposições jurídicas controversas e, portanto, rejeitadas pelos demais membros⁵⁹. Ele também pode ser composto por razões que pesam em favor de um determinado resultado de maneira não decisiva. Nesse caso, as razões são boas razões apenas quando consideradas em conjunto⁶⁰.

Suponha que uma corte esteja julgando uma autoridade pública que ocupa um cargo administrativo. Ele supostamente cometeu uma série de ilegalidades leves (p , q e r) e a corte deve, além de decidir se as imputações são verídicas, decidir se ele deve ou não perder o cargo (s). O magistrado A entende que ele cometeu todas as ilegalidades e, por isso, deve perder o cargo. O magistrado B discorda que ele tenha cometido r , mas acha que deva perder o cargo por ter

⁵⁸ Voto assim porque p ; também porque q ; e também porque r .

⁵⁹ Voto assim porque p , q e, portanto, r .

⁶⁰ Voto assim porque, ao mesmo tempo, p , q e r .

cometido p e q . Como ele entende que p , q e r são individualmente razões suficientes para a perda do cargo, seu voto é disjuntivo. Por fim, C também julga que o réu tenha cometido apenas p e q , mas discorda que isso seja motivo suficiente para a perda do cargo. O voto de C é conjuntivo porque considera que as três proposições relevantes para o caso só servem como razões para a condenação caso sejam conjuntamente verdadeiras. Assim, há uma maioria (B e C) que entende que houve o cometimento de duas das três ilegalidades (p e q) e há uma maioria que entende que o réu deve ser condenado (s), conforme indicado na tabela x:

Tabela x: exemplo de agregação indevida na formação de julgamento coletivo.

Magistrados	Fundamentos			Resultado
A	p	q	r	s
B (voto disjuntivo)	p	q	$\sim r$	s
C (voto conjuntivo)	p	q	$\sim r$	$\sim s$
Total:	p	q	$\sim r$	s

Alguém aplicando o modelo agregativo diria que essa corte julgou que s porque p e q – de maneira idêntica ao voto de B, portanto. Mas há uma informação importante faltando no exemplo e que cria embaraços para essa abordagem. Não sabemos se A concorda que cada uma das três supostas ilegalidades é individualmente suficiente para justificar a condenação. Ela não precisou esclarecer isso porque teria votado pela condenação independentemente. Se A, como C, tiver fundamentado conjuntivamente sua decisão, então a maioria dos magistrados *não* considera que p e q sejam suficientes para justificar a decisão tomada.

O que o exemplo mostra é que, quando os votos são apresentados como propostas completas para a formação de um julgamento coletivo – como é o caso do STF – elas não podem ser interpretadas meramente como um conjunto de atitudes sobre as proposições relevantes para o caso. O risco é que se perca informações relevantes no processo⁶¹.

⁶¹ O problema é com a *implicação*, e não com a aceitação das atitudes. Podemos dizer que, como a maioria acredita que p , q e s sejam verdadeiros, a corte aceita esse conjunto de proposições como verdadeiro. O que parece inaceitável é afirmar que a corte aceita s porque p e q . Como a

O agregativismo vale no caso do voto disjuntivo, onde cada razão vale independentemente. Basta que uma seja endossada pela maioria dos juízes-membros para que ela fundamente racionalmente a decisão. Nenhum dos membros tem qualquer razão para rejeitar uma decisão coletiva assim construída⁶². Mas o conjunto-interseção das razões dos membros em casos de dispersão de fundamentos quando há votos disjuntivos não serve para sustentar racionalmente a decisão colegiada. Portanto, nesse caso, não há *ratio decidendi*; ou há *ratio decidendi*, mas ela pode não ser convincente da perspectiva interna dos magistrados.

5.1.3

Problema do dilema discursivo

O agregativismo esbarra no problema das inconsistências internas, como o chamado dilema discursivo (List, Pettit, 2011). O problema foi identificado pela primeira vez por Lewis Kornhauser e Lawrence Sager (1993) nas decisões da suprema corte dos EUA, que o denominaram de paradoxo doutrinário. Posteriormente, Christian List e Phillip Pettit (2011, p. 46) formalizaram e generalizaram o problema, demonstrando que uma votação majoritária sobre proposições inter-relacionadas⁶³ pode gerar julgamentos de grupo inconsistentes, mesmo que cada membro seja, ele próprio, consistente.

Quanto aos métodos de formação de decisão que uma corte pode adotar, Kornhauser e Sager (1993, p. 11) apontam dois. Os membros podem ser consultados sobre o que pensam que deve ser o resultado do caso, considerado em sua integralidade. Segundo esse método, cada membro manifesta-se sobre uma única questão: o resultado do caso. Os autores chamam esse protocolo de *votação caso-a-caso*. A alternativa é a formação de decisões baseadas nas opiniões dos membros sobre cada questão relevante para o julgamento. Nesse caso, cada

abordagem agregativista foi definida como um método para a identificação da *fundamentação* coletiva da corte, ela precisaria caracterizar a formação, no nível do grupo, da relação de implicação entre as proposições. E o exemplo demonstra que isso nem sempre é possível.

⁶² ADI 2591: a dispersão deu-se quanto a questão *obiter dictum*. Os fundamentos da decisão foram preservados, pois havia consenso quanto a isso.

⁶³ A ideia de proposições interconectadas abrange qualquer situação em que o fato de uma proposição ser verdadeira ou falsa repercute de alguma forma na veracidade ou falsidade das demais. Isso pode ocorrer por uma necessidade lógica, como em um argumento.

membro vota sobre todas as questões⁶⁴ e posteriormente são agregadas as posições individuais e o julgamento da corte é formado por inferência lógica, dadas as atitudes da maioria sobre as proposições jurídicas relevantes para o caso.

No modelo questão-a-questão, a relação entre as proposições é dada pela doutrina jurídica. O direito vigente pode estabelecer que o valor de verdade de um conjunto de proposições é interdependente. Mas o dilema discursivo pode emergir de qualquer inter-relação entre as proposições. Por exemplo, um grupo pode formar uma atitude sobre um argumento qualquer votando sobre cada uma de suas proposições. Considere o seguinte argumento (List, Pettit, 2011, p. 46): as emissões globais de dióxido de carbono estão acima de 6,5 bilhões de toneladas por ano (proposição ' p '); se as emissões de dióxido de carbono estiverem acima desse patamar, então a temperatura global vai aumentar pelo menos 1,5 C° nas próximas três décadas (proposição ' $p \rightarrow q$ '); a temperatura vai aumentar pelo menos 1,5 C° nas próximas três décadas (proposição ' q '). Cada uma das três proposições tem um valor de verdade próprio, mas eles não são independentes. Ignorar a relação de inferência estabelecida pela segunda proposição pode colocar o julgador em uma situação de inconsistência e, por isso, irracionalidade. Como fica claro na tabela abaixo, é possível que os membros do grupo mantenham enquanto grupo um conjunto de atitudes inconsistente ($p, p \rightarrow q, \sim q$).

Tabela 1: exemplo de dilema discursivo

	p	$p \rightarrow q$	q
A	Sim	Não	Não
B	Não	Sim	Não
C	Sim	Sim	Sim
Maioria	Sim	Sim	Não

Tomemos o exemplo do julgamento do agente público com uma pequena alteração. Haveria dilema discursivo se, por exemplo, B concordasse que p , q e r são conjuntamente necessários para a condenação e tivesse decidido absolver o réu por entender que p e r são verdadeiros, mas que q é falso. Nessa hipótese, a

⁶⁴ A não ser que o julgamento seja organizado previamente de forma a esclarecer quais são as proposições jurídicas relevantes, cada membro tem a liberdade para escolher sobre o que se manifestar.

agregação das atitudes dos membros sobre as razões para decidir dá um resultado diferente da agregação das atitudes dos membros sobre qual deve ser a decisão. Isso significa que a posição majoritária da turma é, ao mesmo tempo, que não há razões para decidir em favor do recorrente e que a turma julga em favor do recorrente. Especificamente, o agregativismo afirma que a corte entende que o réu cometeu as ilegalidades que deveriam motivar a condenação e, ao mesmo tempo, que ele não será condenado. Ao absolver, a corte teria tomado uma decisão sem suporte racional. A tabela 2 demonstra a inconsistência:

Tabela 2: segundo exemplo de dilema discursivo.

Magistrados	Fundamentos			Resultado
A	p	q	r	s
B	p	$\sim q$	r	$\sim s$
C	p	q	$\sim r$	$\sim s$
Total:	p	q	r	$\sim s$

5.2

Negacionismo

Um dos Ministros entrevistados por Silva (2015, p. 197) sugere uma abordagem bem diferente para o problema da demarcação. A pergunta dizia respeito à regra segundo a qual o relator para o acórdão não deve ser o relator do caso quando este for vencido, mas o responsável pelo primeiro voto da posição vencedora:

Ao serem questionados se isso não seria um indício de que a opinião pessoal está acima da opinião da instituição, em geral os ministros não entenderam dessa forma. Seja, de um lado, por entenderem que a opinião da instituição não precisa necessariamente ser algo monolítico, como salientou o ministro E: "a soma de mais da metade dos membros faz com que isso seja a instituição"; seja, de outro lado, por entenderem que não existiria algo como uma "opinião da instituição", nem no STF, nem em outros tribunais superiores: "eles não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição" (Silva, 2015, p. 197)

Chamemos essa proposta de *negacionismo*. Ela pode soar radical, já que pede que abandonemos algumas esperanças caras quanto à racionalidade do direito, mas é possível que ela reflita melhor a prática decisória do STF. Em linhas

gerais, essa proposta pede que paremos de procurar a *ratio decidendi* de todas decisões colegiadas.

O negacionismo é uma posição que requer evidências da aceitação coletiva por parte dos membros para atribuir atitudes à corte. Essa aceitação precisa ser em modo-nós. Que o membro de uma corte tenha endossado uma tese jurídica não é relevante caso ele não tenha endossado a tese *na condição* de membro. Por isso, o que é determinante é que haja evidências da intenção conjunta dos membros de que determinadas atitudes sobre proposições jurídicas sejam lidas como a fundamentação da decisão. É possível que isso simplesmente não exista no STF.

O que dizer das decisões consensuais? A grande maioria dos casos julgados pelo Supremo não motivam divergências; envolvem ou decisões monocráticas, ou decisões colegiadas unânimes (Oliveira, 2012, pp. 141 a 145): desde 2005, mais de 70% dos acórdãos do plenário foram decididos por unanimidade (Almeida, Bogossian, 2016, p. 283). Nesses casos, parece fazer sentido falar em razões comuns porque eles são julgados com base em razões efetivamente aceitas por todos. Por exemplo, um magistrado que siga o relator, está endossando em bloco as teses jurídicas defendidas pelo relator. Se todos fizerem o mesmo, então todos endossaram não só a mesma solução para o caso, mas também o mesmo conjunto de razões para decidir. Mas mesmo nesses casos, não é claro que os Ministros conscientemente estejam endossando essas razões como razões da corte. Como o resultado do julgamento é baseado unicamente no placar aferido em audiência, o protocolo de decisão do STF é caso-a-caso – não há qualquer outra decisão tomada pela Corte além da decisão sobre o julgamento final do caso (Kornhauser, Sager, 1993, p. 11). Por isso, é possível interpretar seus acórdãos como um expressando um posicionamento da Corte *apenas* sobre o resultado do julgamento.

Esse modelo interpretativo tem vantagens políticas, porque restringe as ambições dos que buscam no Judiciário direito novo. Ela também tem vantagens interpretativas, em especial, por ser generalizável – já que não gera riscos de inconsistências – e por não exigir convergência entre os membros. Ao contrário, ela dá espaço para que os membros julguem e se expressem livremente, sem preocupação com as implicações normativas de suas decisões. O que é

apropriado, já que as decisões com tais implicações são sempre de competência de órgãos colegiados.

Schauer (1994, p. 634) nos lembra que a prática judicial pode nos deixar acostumados às decisões fundamentadas, já que muitas das decisões mais importantes realmente são acompanhadas de fundamentos. Mas que de muitas decisões jurídicas, mesmo de algumas decisões judiciais, nunca se espera mais que uma simples asserção não fundamentada. O negacionismo sugere que a distinção entre decisões fundamentadas e não fundamentadas não se dá apenas de acordo com o tipo de decisão, mas também depende da intenção dos membros de formarem uma posição coletiva. Em caso de controvérsia sobre os fundamentos da decisão, devemos considerar que a decisão não é fundamentada.

Outra vantagem é que essa abordagem parece ser mais fiel às expressões da Corte que a anterior. Ao contrário do modelo agregativista, o negacionismo leva a sério a decisão, consciente ou não, dos membros da corte de não formarem juntos razões para decidir. O agregativismo busca convergências entre os julgamentos individuais dos membros independentemente de eles pretenderem que esses julgamentos sejam tratados dessa forma. No caso do STF, que é uma corte que tende a tomar decisões sem fundamentos coletivos, sua prática sugere que seus membros *não* pretendem que seus votos sejam lidos dessa forma. A interpretação literal dos acórdãos privilegia a interpretação negacionista, já que o individualismo da formulação dos votos (Silva, 2013, pp. 577 a 580) indica a ausência de aceitação por parte dos Ministros de razões comuns para decidir como grupo.

Esse modelo não é particularmente inovador. Especificamente sobre o processo decisório no STF, Klafke e Pretzel (2013, pp. 93 e 94) entendem que existem dois tipos de decisão no STF: a decisão quanto ao dispositivo e a decisão quanto à fundamentação. Como não existe nos acórdãos a divulgação de um placar quanto à fundamentação, talvez esse resultado possa ser identificado na ementa. Por entenderem que há uma dupla decisão entre fundamentação e dispositivo, os autores sugerem que votos simplesmente registrados em ata, sem uma declaração anexada ao acórdão, devem ser considerados votos não fundamentados, neutros em relação a qual deve ser a razão de decidir da corte. Para os autores, decisões cuja maioria é composta por votos desse tipo tem como

fundamentação as razões de decidir do relator não por subscrição, mas por omissão, dos demais membros. A interpretação de Klafke e Pretzel segue o mesmo princípio do negacionismo.

Mesmo alguns Ministros do STF aparentemente adotam essa interpretação. Em dois artigos recentes, Silva (2015) descreve entrevistas que realizou com ministros e ex-ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o processo deliberativo na corte, especificamente, sobre o papel do ministro-relator. Sua conclusão é que a prática deliberativa da corte esvazia a função do relator nos casos mais importantes, tornando-o quase indistinguível dos demais membros. Em contrário, sustentamos ser possível argumentar que o relator tem uma importância muito maior que normalmente se atribui a ele. Nessa leitura, o relator dá voz à corte. É o voto do relator do acórdão⁶⁵ que torna a decisão coletiva, que às vezes não passa de um agregado de posições conflitantes, em algo coerente e racional.

Silva apresentou os resultados de uma série de entrevistas com atuais e antigos integrantes do STF⁶⁶. Segundo o autor, aquele texto é parte uma pesquisa mais ampla, que pretende compreender o que os próprios Ministros pensam das práticas deliberativa e decisória do STF. Dentre os pontos considerados, falou-se sobre a redação de acórdãos. Todos os Ministros indicaram de forma unânime apoio à prática de troca da relatoria quando o relator original é vencido, sem, contudo, “ver nisso um sinal de um individualismo incompatível com a ideia de decisões proferidas pela instituição e não pelos seus ministros individualmente considerados” (Silva, 2015, p. 197). Neste ponto, Silva destaca duas interessantes opiniões: enquanto um ministro afirma que “a soma de mais da metade dos membros faz com que isso seja a instituição” (Silva, 2015, p. 197) – o que caracterizaria uma postura agregativista –, outro respondeu afirmando que “o Supremo não vota como instituição” (Silva, 2015, p. 197), respaldando uma postura negacionista.

⁶⁵ O relator do acórdão nem sempre é o ministro que relatou o caso originalmente. Caso o relator seja vencido, a responsabilidade pelo acórdão passa ao ministro que formulou o primeiro voto da posição que prevaleceu (art. 135, §§ 3º e 4º, RISTF).

⁶⁶ Os ministros e ex-ministros entrevistados foram: Ayres Britto, Carlos Velloso, César Peluso, Dias Toffoli, Enrique Lewandowski, Eros Grau, Francisco Rezek, Gilmar Mendes, Ilmar Galvão, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello, Moreira Alves, Nelson Jobim, Luís Roberto Barroso, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Teori Zavascki. Eles expressaram suas opiniões anonimamente.

5.2.1

Problema do dever de fundamentação

Um problema do modelo é a determinação do NCPC (art. 489, parágrafo 1º, inciso III) de que os acórdãos precisam ser fundamentados. O negacionismo aparentemente viola esse dispositivo ao permitir acórdãos com fundamentação inconsistente. Pode-se argumentar que é necessário um sistema de precedentes rigoroso e baseado na autoridade do STF para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, dada a forma como o sistema de controle de constitucionalidade historicamente se estruturou no Brasil⁶⁷. Como conciliar a defesa de um modelo minimalista de interpretação dos acórdãos do STF com o respeito ao novo modelo de precedentes do novo CPC?

É importante lembrar que estamos tratando de modelos interpretativos. O negacionismo baseia-se numa compreensão da prática decisória tal como ela é e de uma concepção de agenciamento de grupos. O ônus de garantir o controle de demandas futuras deve ser do próprio STF. Não cabe a nós, os intérpretes de seus julgados, atribuir à corte posicionamentos que não podem ser atribuídos a ela, mas apenas a parte de seus membros. Se for o caso de que a melhor forma de interpretar algumas decisões do STF como não fundamentadas, não importa que a legislação exija algo diferente.

É claro que cabe ao intérprete fazer interpretação caridosa em casos de incerteza. Mas essa leitura negacionista não significa necessariamente que a exigência de interpretação está sendo completamente desconsiderada. Afinal, os ministros sentem-se individualmente impelidos a fundamentar seus votos. Aliás, eles podem ser criticados justamente por isso: segundo Silva (2013, p. 570), a prática de os ministros redigirem votos completos antes mesmo de ouvir o relator indica um individualismo extremo e a falta de uma atitude cooperativa entre os membros. Os votos individualmente fundamentados, junto com a publicação de decisões *seriatim*, podem ser uma estratégia da corte para lidar com sua incapacidade de produzir decisões coletivamente fundamentadas.

⁶⁷ Sobre as peculiaridades do sistema misto brasileiro e a necessidade de se exigir respeito aos precedentes do STF, ver Marinoni, 2009.

O suposto negacionista parece insinuado em ainda outro tipo de situação: no problema da “jurisprudência” das decisões monocráticas, apontado por Arguelhes e Ribeiro (2015, pp. 138 a 146). Ele é apresentado pelos autores como uma forma de ação política estratégica, em que o ministro abusa de sua competência para decidir monocraticamente para contornar o colegiado e tentar alterar unilateralmente a jurisprudência da corte. Se não há fundamentos colegiados, então faz sentido recorrer aos posicionamentos individuais dos ministros como fonte jurisprudencial. Não haveria, nessa leitura, outra forma de encontrar razões para decidir senão em decisões individuais.⁶⁸

Tanto o problema dos votos redigidos privadamente, quanto o da “jurisprudência pessoal” indicam um excesso de zelo dos ministros na justificação e defesa de suas opiniões individuais, além de uma limitação institucional da corte de formar suas atitudes coletivamente. Eles são, dessa forma, possíveis evidências de que o negacionismo capta uma característica importante do agenciamento de grupo no STF.

O art. 489, parágrafo 1º, inciso V, do NCPC também pode causar problemas para o intérprete negacionista. Ele afirma que não será considerado fundamentado o acórdão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Ou seja, ao citar um precedente, o juiz precisa ser capaz de identificar seus motivos determinantes. O juiz negacionista encontra-se num dilema aqui: ele precisa encontrar no acórdão que cita razões que, de fato, não existem. Para ele, razões em um acórdão do STF são apenas individuais, já que a corte não produz fundamentos coletivos para decidir. Como a decisão expressa no acórdão é fundamentalmente coletiva, já que a competência para decidir é coletiva, isso significa que a decisão simplesmente não é fundamentada. Logo, para ele, não há fundamentos determinantes para os acórdãos do STF.

⁶⁸ Veremos adiante que também podemos fazer uma interpretação delegacionista desse tipo de situação.

5.3

Delegacionismo

Em um trabalho sobre o processo decisório no STF, Virgílio (2013, pp. 569 e 570) sustenta que o papel que a prática decisória da corte dá ao relator gera efeitos profundos e negativos sobre a performance deliberativa do STF. Convêm considerar sua posição quanto ao papel do relator na deliberação do Supremo para entender a motivação das entrevistas. Ele lembra que, diferentemente de outros tribunais constitucionais ou cortes supremas, o voto do relator não pode ser visto como uma espécie de rascunho para a decisão colegiada principalmente porque o voto não é circulado entre os demais ministros previamente à sessão de julgamento, que deste modo não podem se preparar adequadamente para uma efetiva deliberação; ademais, a sessão de julgamento não é uma sessão de deliberação, mas meramente para a leitura sequencial dos votos (previamente preparados) de cada ministro, o que também inibe a prática deliberativa (2013, p. 570).

O papel do relator está sendo questionado em relação a sua função no processo deliberativo, mas é possível que ele seja importante por outras razões. O acórdão, cuja relatoria sempre é trabalho do ministro que apresentou o primeiro voto da posição vencedora⁶⁹, é o registro a manifestação coletiva da corte. Infelizmente, também é o registro as manifestações individuais dos ministros em audiência. Portanto, em uma decisão tomada pela corte, é fundamental que sejamos capazes de identificar as expressões que são propriamente da corte enquanto ente coletivo. É possível que a figura do relator⁷⁰ seja a chave para resolver essa questão.

A abordagem negacionista baseia-se na ideia de que não há nos acórdãos do STF evidências da intenção conjunta de aceitar razões conjuntas para decidir. A falta de uma *opinion of the court* nos acórdãos do STF, ou mesmo de um

⁶⁹ A exceção é quando o ministro-relator, ou revisor, muda sua posição durante a audiência. É o que ocorreu no caso Raposa Serra do Sol (PET 3388), no qual o relator original mudou sua posição, segundo um colega seu, para manter-se como relator do acórdão (Silva, 2015, p. 198).

⁷⁰ Virgílio está preocupado com a relatoria como elemento da deliberação. Mesmo quando trata do relator para o acórdão, ele o faz questionando se a substituição do relator vencido não seria um “sinal de individualismo” (Silva, 2015, p. 197). Como estamos preocupados aqui com o resultado final da deliberação, e não com a condução do processo, nosso argumento não põe em questão as posições mais importantes do autor.

esforço coletivo de construir uma decisão da corte, parece indicar isso mesmo. Mas será que não existe outros indícios menos diretos de tal intenção conjunta?

Os acórdãos parecem oferecer tal evidência indireta. É muito recorrente que os acórdãos, no final de sua ementa, expressem que a decisão foi tomada, por maioria ou por unanimidade, "*nos termos do voto do relator*". Essa expressão, se interpretada literalmente, parece indicar que os fundamentos do acórdão podem ser encontrados inteiramente no voto do relator do acórdão (que, conforme o art. 135, §§3o e 4º do RISTF, será sempre o primeiro voto da posição vencedora; seja ele o relator original ou o voto que inaugurou a divergência). Segundo essa posição, o conjunto de atitudes que compõe a *ratio decidendi* não é formado coletivamente, mas é escolhido entre os votos previamente existentes. O ministro que "ganha", no sentido de ter a sorte de ter sido o primeiro a apresentar voto propondo a posição que virá a ser vencedora no julgamento, indica as razões que os demais ministros irão cancelar, na qualidade de membros e representantes do STF, como suas razões para decidir.

O STF usa pesadamente essa fórmula em suas decisões. Uma rápida pesquisa no banco de decisões do STF indica que esse é o caso⁷¹. Desde pouco mais de uma década atrás, praticamente todas as decisões do plenário do STF continham a fórmula. Entre 2005 e 2015, foram mais de 98% delas.

O delegacionismo leva a sério a manifestação da corte ao interpretar literalmente o costume de se utilizar a fórmula "*nos termos do voto do relator*"; respeita também a prática efetiva dos ministros, que, quando defendem firmemente uma posição diferente da maioria, dedicam-se especialmente à apresentação de bons argumentos em defesa de sua posição; não há riscos de inconsistência, pois o voto do relator já foi redigido como uma peça coerente em defesa da posição esposada pela corte; método simples de se distinguir posição coletiva das posições individuais.

⁷¹ Realizamos a pesquisa no banco de dados da jurisprudência do STF. Comparamos os resultados das pesquisas com os termos "termos mesmo relator ou relatora" e "nao termos nao relator nao relatora" ("mesmo", "ou" e "nao" funcionam como operadores lógicos que inclui no mesmo parágrafo, inclui alternativamente e exclui o termo subsequente, respectivamente). Restringimos a pesquisa aos acórdãos de decisões plenárias datados de 01/01/1980 a 01/01/2015, separados em períodos de 5 anos cada.

Mas qual é exatamente a função dessa fórmula? O relator do acórdão cria alguma coisa com ela? Se entendermos que a prática de contar votos envolve uma regra de decisão puramente caso-a-caso, então os ministros que compõem a maioria delegam inteiramente ao relator o poder de, como a fórmula, criar um acórdão fundamentado a partir de seu próprio voto (ou do voto do relator original, quando esse for outro). Assim, a fórmula teria um papel constitutivo da fundamentação coletiva.

Ela é utilizada tão frequentemente que podemos dizer que ela constitui uma regra costumeira da corte. Os ministros formulam suas posições já sabendo que, ao final, seja qual for o resultado, o relator do acórdão afirmará que a corte decidiu “nos termos do voto do relator”. Por isso, por ser uma regra, e não uma prerrogativa do relator, o trabalho de constituir a fundamentação coletiva já foi feito antes. Ele está embutido no processo decisório. Ao participarem do processo⁷², eles implicitamente *aceitam* que, uma vez formada a maioria, a fundamentação coletiva se segue automaticamente: é a fundamentação do voto do relator do acórdão.

Se aceitarmos que o uso da fórmula é uma regra costumeira da corte, o delegacionismo é consistente com a concepção de Tuomela de atitudes de grupo, segundo a qual a noção de razões de grupo exige a aceitação conjunta em modo-nós por parte dos membros do grupo (Tuomela, 2013, p. 123 e 124). Essa aceitação verifica-se através da existência de algum acordo explícito ou tácito entre os membros sobre qual atitude proposicional eles aceitarão coletivamente como atitude do grupo. A marca desse acordo, que não precisa ser escrito ou mesmo falado, é a intenção conjunta deles de agir coordenadamente de modo a garantir a intenção de grupo formada através do acordo.

A existência de uma prática consistente de apontar para o voto do relator parece indicar a existência de uma intenção da corte de delegar ao relator os fundamentos de seus votos. Os ministros demonstram ter a intenção conjunta de sempre, ou quase sempre, remeter os fundamentos ao seu próprio voto quando redigem um acórdão. É como se, por volta de 2005, tivesse havido um acordo tácito – e, portanto, a aceitação conjunta dos ministros – de se usar a expressão

⁷² Um ministro poderia objetar, o que afastaria a presunção de que ele aceita o delegacionismo. Em teoria, poderia. Não sabemos de qualquer objeção nesse sentido.

“nos termos do voto do relator” nos acórdãos. Assim, podemos dizer que os ministros aceitam abrir mão da pretensão de participar da fundamentação dos acórdãos em benefício do relator. E, por conta dessa aceitação conjunta, estamos justificados ao atribuir à corte a intenção de sempre delegar ao relator do acórdão os fundamentos de sua decisão.

5.3.1

O uso da expressão como prática habitual da Corte

Os procedimentos de formação da decisão coletivas no STF são, em sua quase totalidade, não misteriosos. As regras explícitas, as regras implícitas e os hábitos internalizados dos ministros são amplamente conhecidos⁷³ e suas consequências para o direito, objeto de intensa investigação recente. Mas ainda há pouca informação disponível sobre as regras e hábitos relativos à formação das razões conjuntamente aceitas pelos ministros para decidir. Vejamos um exemplo que diz respeito especificamente ao papel do relator na aceitação das razões da corte.

A redação de acórdãos no sistema brasileiro, e não somente no STF, dá ao relator uma curiosa posição de destaque. É comum encontrarmos, na ementa dos acórdãos, a expressão “nos termos do voto do relator” qualificando a enunciação da decisão proferida pela corte. Essa expressão tão recorrente é largamente ignorada nas discussões sobre deliberação judicial. Seu uso pode refletir, ainda que não diretamente, aspectos interessantes da construção do juízo coletivo. Tentaremos mostrar que o hábito de recorrer a essa fórmula nos diz algo tanto sobre a organização da deliberação, quanto sobre as atitudes individuais dos membros da corte ao se engajarem nessa deliberação.

Para sabermos o quanto ela tem sido efetivamente usada⁷⁴, recorreremos à página de pesquisa de jurisprudência do STF⁷⁵. Considerando as possíveis diferentes formulações alternativas que os relatores eventualmente usam (“nos

⁷³ Silva (2013) apresenta uma excelente aproximação ao tema.

⁷⁴ Os dados apresentados a seguir foram publicados em Almeida, Bogossian, 2016.

⁷⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acessado em 08/06/2016.

termos do voto do relator/da relatora/do ministro/da ministra”), foram feitas buscas usando a expressão “termos mesmo (relator ou relatora ou ministro ou ministra)”⁷⁶ e depois foram comparados os resultados da pesquisa com a expressão “nao termos”⁷⁷, restringindo os resultados às decisões plenárias⁷⁸. Surpreendentemente, o recurso à expressão torna-se absolutamente dominante na prática decisória do STF pós-2005.

Tabela 3: pesquisa pela fórmula nos acórdãos do plenário (sem restrição de tempo e comparação entre os períodos pré- e pós-2005), em valores percentuais:

	“termos mesmo (relator ou relatora ou ministro ou ministra)”	“nao termos”
Sem limite de tempo	16,32% (8713)	83,68% (44686)
Até 2005	3,87% (1782)	96,13% (44271)
Após 2005	94,38% (6931)	5,62% (413)

Figura 3: pesquisa pela fórmula nos acórdãos do plenário (sem restrição de tempo e comparação entre os períodos pré- e pós-2005), em valores percentuais:

⁷⁶ “Mesmo” funciona como um operador que busca instâncias em que as duas palavras que ele separa encontram-se no mesmo parágrafo. “Ou” funciona como um operador que busca por instância que contenham qualquer uma das duas palavras separadas por ele. Os parênteses servem para aplicar um operador a mais de uma palavra.

⁷⁷ “Nao” funciona como um operador que exclui qualquer resultado que contenha o termo imediatamente subsequente a ele.

⁷⁸ Uma possibilidade é que outros estilos estejam sendo usados para expressar a mesma ideia da expressa pela fórmula. Para testar essa hipótese, pesquisamos outras expressões equivalentes (como “conforme”, “de acordo” e “em consonância”). Nenhum desses termos apresentou resultados substanciais, e as poucas ocorrências encontravam-se em contextos diferentes (por exemplo, “conforme a legislação”).

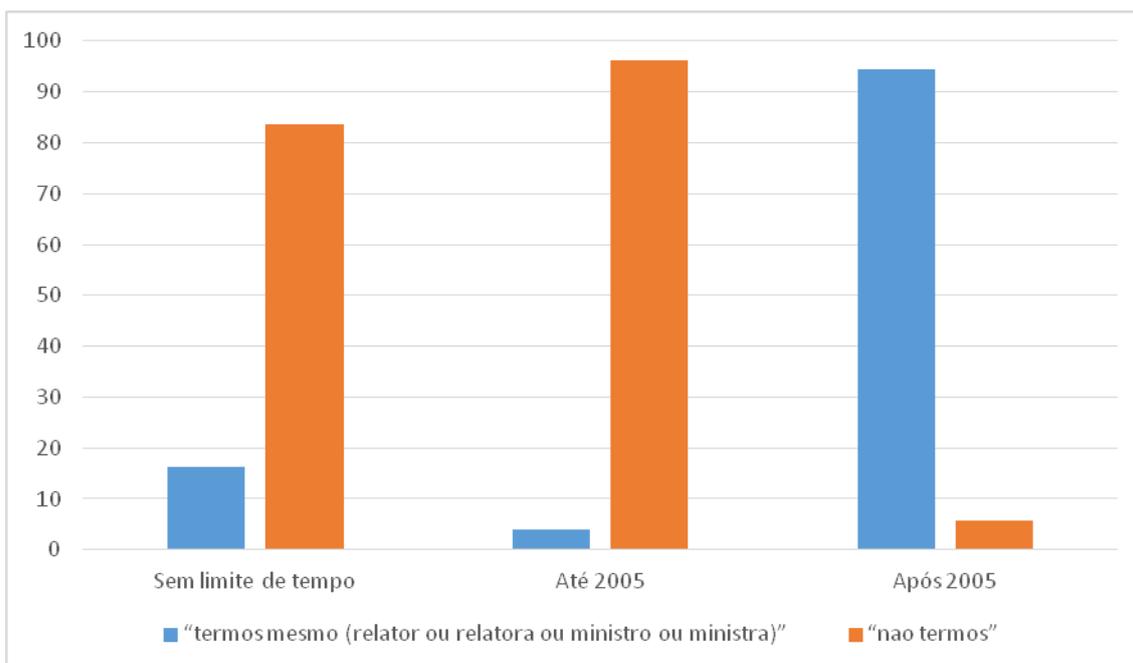
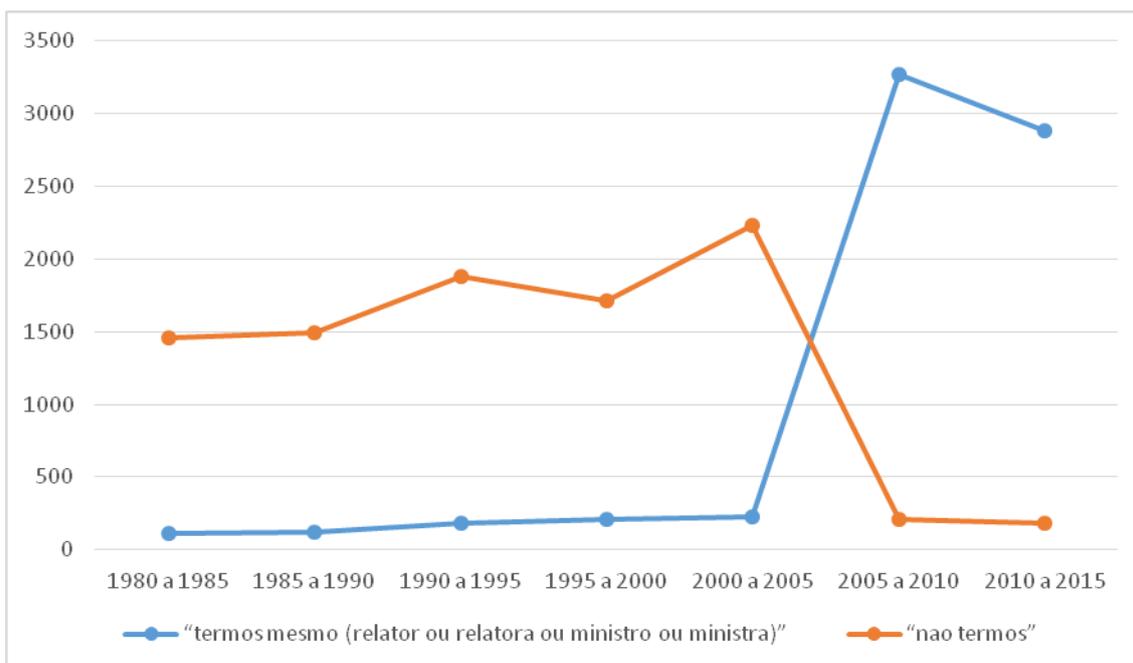


Tabela 4: pesquisa pela fórmula nos acórdãos do plenário (períodos de 5 anos, entre 1980 e 2015), em valores absolutos:

	"termos mesmo (relator ou relatora ou ministro ou ministra)"	"nao termos"
01/01/1980 a 01/01/1985	112	1461
01/01/1985 a 01/01/1990	124	1490
01/01/1990 a 01/01/1995	182	1881
01/01/1995 a 01/01/2000	213	1714
01/01/2000 a 01/01/2005	228	2229
01/01/2005 a 01/01/2010	3269	210
01/01/2010 a 01/01/2015	2882	179

Figura 4: pesquisa pela fórmula nos acórdãos do plenário (períodos de 5 anos, entre 1980 e 2015), em valores absolutos:



Por alguma razão, os ministros-relatores, em uma enorme quantidade de casos, fazem referência ao seu próprio voto ao redigir o resumo da ementa⁷⁹. Uma questão primordial para nosso argumento refere-se ao significado da expressão “nos termos do voto do relator”. Tomada literalmente, a expressão significa que a corte está remetendo os fundamentos da decisão aos fundamentos do voto do relator. Parece ser o caso que a percepção mais difundida na comunidade jurídica e acadêmica é esta, o que corrobora a igualmente disseminada noção que o ministro-relator estaria mais para "senhor do processo" do que "apenas um dentre onze", já que é o ministro que mais se ocupa com o caso (Silva, 2015a, p.184). Mas será que essa transferência é tão óbvia assim? Será esta uma presunção válida a ser feita – ou uma mera formalidade que não condiz com a prática dos agentes julgadores?

⁷⁹ Vemos que os ministros decidem “nos termos do voto do relator” tanto, na condição de relator, ao redigir a ementa, quanto ao produzir seus próprios votos como mero participante. Não abordamos o segundo sentido aqui porque não temos dados sobre o quão recorrente é o seu uso (a ferramenta de busca do STF só pesquisa palavras constantes do espelho de ementa, sem permitir buscas aos votos individuais dos ministros) e porque o uso da fórmula nos votos individuais cumpre uma função diferente de seu uso na ementa do acórdão. Em ambos os casos, há uma delegação. No caso do voto individual, um ministro delega a fundamentação de seu próprio voto a outro, o relator. A diferença do uso da fórmula na ementa é que, como veremos adiante, ela sugere uma delegação de uma pessoa *coletiva*, a corte, para um indivíduo, o relator. Isso tem implicações importantes para a interpretação de precedentes. No primeiro caso, o da delegação entre ministros, não há tais implicações.

Se a melhor interpretação de seu significado e do fato de que seu uso é um hábito recorrente for que ela indica o fundamento coletivo da decisão, então isso nos dá uma informação importante sobre o processo decisório da corte. Nesse caso, o hábito de decidir nos termos do voto do relator delimita as expressões que os ministros conjuntamente aceitam como sendo da corte. Isso também indicaria uma função fundamenta do relator, a de dizer ao público o porquê das decisões do STF, o que tem grandes implicações, dentre outras coisas, na tarefa indicada pelo novo Código de Processo Civil de criar no Brasil um efetivo sistema de precedentes.

A segunda possibilidade interpretativa – não literal – indicaria que os demais ministros não pretendem que a fundamentação da decisão da corte seja aquela apresentada pelo relator, mas apenas que o *dispositivo* – o resultado, a parte operativa da decisão – seja aquele apontado pelo ministro relator. Neste caso, seria necessário indagar onde encontrar a fundamentação da decisão *coletiva*.

Ainda é necessário questionar se é relevante o contexto em que o uso da fórmula ocorre: seja quando todos os ministros costumam levar seus votos prontos para a sessão de julgamento, o que costuma ocorrer em casos “difíceis” - ou, ao menos, casos mais polêmicos, aqueles que chamam mais a atenção tanto da comunidade jurídica quanto do grande público e da imprensa -, em contraste com os casos nos quais os demais ministros não prepararam previamente seus votos e costumam seguir o relator sem maiores considerações, geralmente considerados casos “fáceis”, de menor complexidade ou interesse, que representam a maioria dos processos na corte. É preciso notar que o relevante não é a natureza ou a dificuldade do caso em si, mas o comportamento dos demais ministros. Parece ser intuitivo considerar que quando os demais ministros não apresentam justificativa própria para seus votos, eles pretendem que a fundamentação adotada pela corte seja aquela apresentada pelo ministro relator (afinal, não há outra)⁸⁰.

⁸⁰ Esse critério é semelhante ao aplicado por Klafke e Pretzel (2014, p. 93). Os autores sugerem que há duas decisões que os ministros precisam tomar em cada decisão do STF: uma quanto ao dispositivo e outra quanto ao fundamento da decisão. Quando o Ministro decide não publicar voto e seguir a posição do relator, ou de qualquer outro membro, então ele está ratificando seus fundamentos também. Por outro lado, quando ele decide redigir um voto, ainda que concorde com a posição majoritária, ele rejeita a posição fundamentação dos demais. Leite e Brando (2016, p. 5)

Quanto aos casos em que os demais Ministros apresentam fundamentação própria, Silva (2015) pretende mostrar, com respaldo na opinião de alguns Ministros entrevistados, que o relator só é importante nos casos “irrelevantes”; nos casos relevantes o papel do relator ironicamente perde relevância, pois cada ministro, quando expõe o seu voto previamente preparado, “vai lá para defender aquele ponto de vista a qualquer preço” e “vota como se relator fosse” (Silva, 2015, pp. 191,192).

Precisaríamos descobrir se o uso da fórmula varia de acordo com os tipos processuais das decisões, importância política do caso ou algum outro fator relevante para a análise do caso. Dada a predominância do seu uso nos acórdãos do plenário (quase 95%), podemos dizer com segurança que, independentemente das motivações pessoais dos ministros e das diferenças processuais entre os casos, a presença da fórmula é uma marca do processo decisório do STF. Se ela tem qualquer conteúdo⁸¹, então ela diz algo sobre as regras internas de formação do julgamento de grupo na corte.

É preciso lembrar, de acordo com Silva (2015, p.185), que “como a forma de deliberação e decisão no STF é a mesma há décadas, cada novo ministro se vê, sem grandes possibilidades de variação, compelido a seguir o rito deliberativo ditado pela tradição e pelo regimento interno”. Como vimos, houve um aumento significativo a partir de 2005 no uso da fórmula na ementa e que isso se mantém relativamente estável desde então. Essa mudança ocorre em um contexto de igual aumento da proporção de decisões unânimes (em contraste a decisões majoritárias – como indicado na figura 3) e de um aumento de casos em que todos os integrantes da corte trazem votos previamente redigidos para a sessão de julgamento, tornando-a um “confessionário de onze” (Silva, 2015, p. 192). Ou seja, isso pode ser parte de um movimento coordenado da corte para garantir a

defendem algo parecido ao tratar do julgamento de ADI. Eles entendem que o art. 173, RISTF (“Efetuado o julgamento... proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros”) implica em uma limitação expressa do regimento interno à produção de uma fundamentação coletiva.

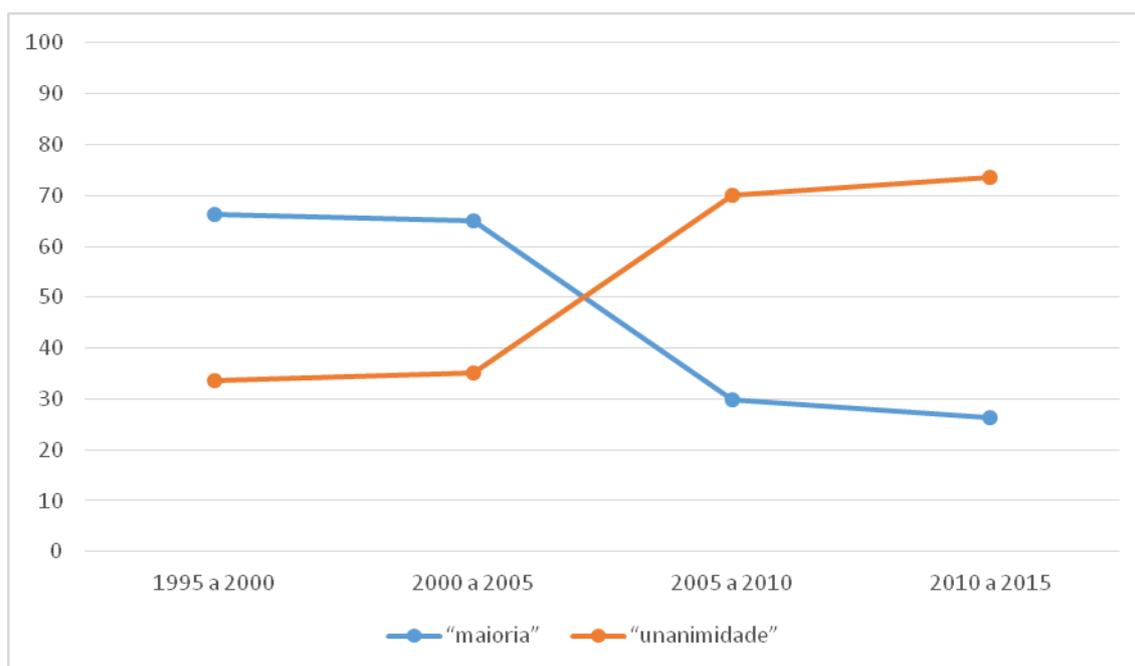
⁸¹ Uma possibilidade que não vamos considerar aqui é que ela não tenha qualquer conteúdo relevante, que seja só uma marca de estilo. Desconsideramos essa hipótese primeiramente porque consideramos que não há palavras supérfluas em uma manifestação oficial, especialmente em uma tão sucinta e precisa quanto uma ementa de acórdão. Em segundo lugar, a mudança tão aguda da prática por volta de 2005 indica algo intencional. Isso não ser amplamente reconhecido continua sendo, para nós, misterioso.

unidade em suas manifestações públicas, com decisões unânimes e com a fundamentação coletiva claramente fixada pelo uso da fórmula, enquanto preserva a independência mútua de seus membros, garantido que a possível dispersão de fundamentos seja inconsequente.

Tabela 5: pesquisa pelos temas “maioria” e “unanimidade” nos acórdãos do plenário (períodos de 5 anos, entre 1995 e 2015), em valores percentuais:

	“maioria”	“unanimidade”
01/01/1995 a 01/01/2000	66,35%	33,65%
01/01/2000 a 01/01/2005	64,95%	35,05%
01/01/2005 a 01/01/2010	29,83%	70,17%
01/01/2010 a 01/01/2015	26,42%	73,58%

Figura 5: pesquisa pelos temas “maioria” e “unanimidade” nos acórdãos do plenário (períodos de 5 anos, entre 1995 e 2015), em valores percentuais:



Outra possibilidade é que o aumento no volume de processos julgados tenha forçado a corte a fixar parâmetros para a interpretação futura de suas decisões. Com o uso da fórmula, o STF poderia orientar mais facilmente a interpretação de seus precedentes, indicando com mais clareza quais razões deveriam ser aceitas como as razões da corte. O STJ, criado em 1989, julga

usando a fórmula desde o início (figura 4). Sua criação sem dúvida previa a enorme quantidade de casos que teria que julgar ao longo do tempo. De fato, a quantidade de decisões proferidas pelo STJ tem crescido nos últimos quinze anos a uma taxa maior do que o STF (figura 5). Atualmente, a primeira profere substancialmente mais acórdãos por membro que a segunda. Essa hipótese – a de que o uso da fórmula é uma técnica das cortes para lidarem com o crescente volume de decisões coletivas a serem tomadas – precisa ser investigada com mais cuidado futuramente.

Tabela 6: pesquisa da fórmula nos acórdãos do STF (plenário e turmas) e do STJ (turmas), entre 1990 e 2015, em intervalos de cinco anos, em valores percentuais.

	STF, plenário e turmas: “ termos mesmo (relator ou relatora ou ministro ou ministra) ”	STF, plenário e turmas: “ nao termos ”	STJ ⁸² , turmas: “ termos mesmo (relator ou relatora ou ministro ou ministra)”	STJ, turmas: “ nao termos ”
01/01/1990 a 01/01/1995	25,5% (1661)	74,5% (4849)	92,6% (1541)	7,4% (123)
01/01/1995 a 01/01/2000	21,8% (1958)	78,2% (7035)	95,1% (4333)	4,9% (222)
01/01/2000 a 01/01/2005	8,6% (1262)	91,4% (13385)	99,8% (47521)	0,2% (77)
01/01/2005 a 01/01/2010	84,5% (18948)	15,5% (3481)	99,9% (94612)	0,1% (112)
01/01/2010 a 01/01/2015	93,8% (27677)	6,2% (1821)	99,9% (123339)	0,1% (99)

Figura 6: pesquisa da fórmula nos acórdãos do STF (plenário e turmas) e do STJ (turmas), entre 1990 e 2015, em intervalos de cinco anos, em valores percentuais

⁸² Utilizamos aqui a mesma metodologia que nossa investigação no STF. A página de busca de jurisprudência do STJ é: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acessado em 08/06/2016.

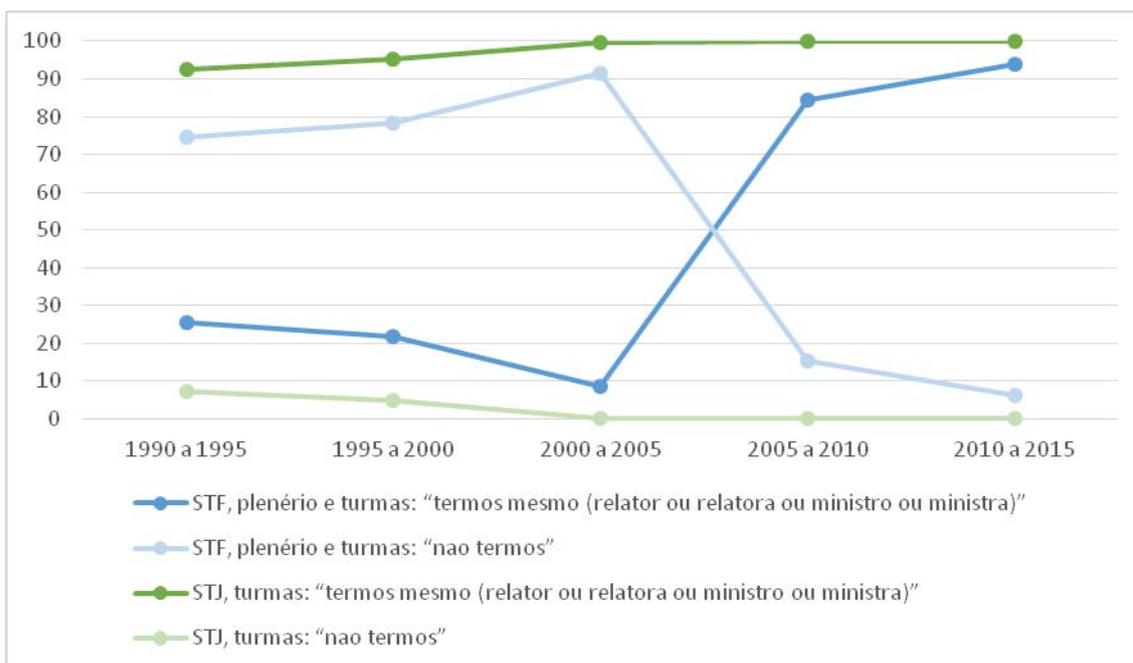
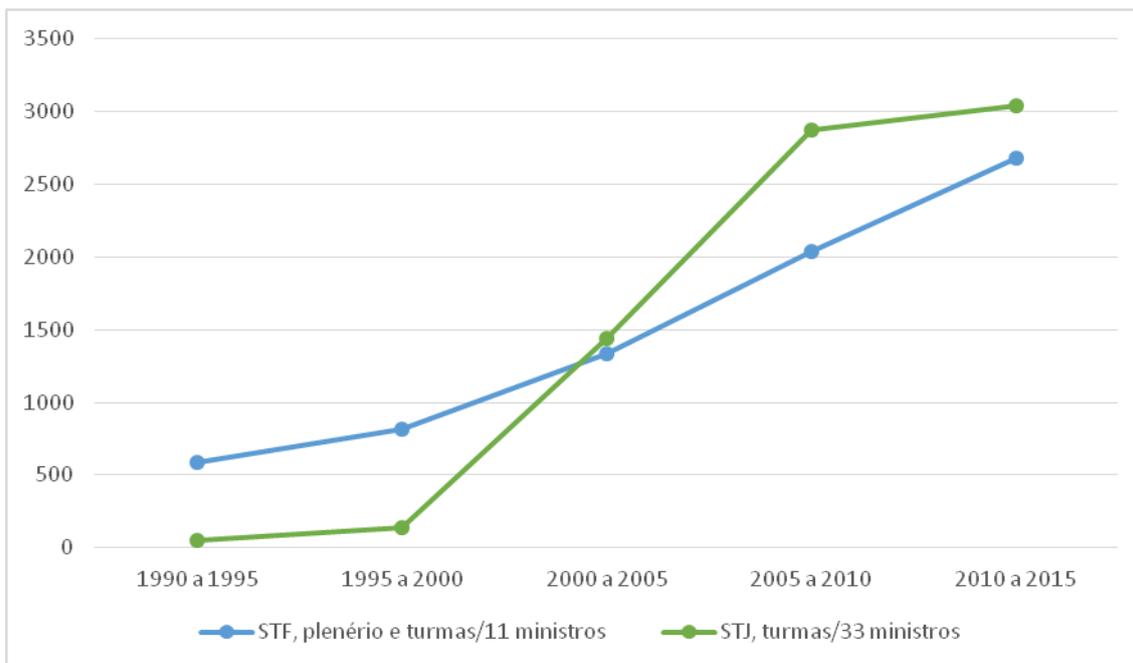


Tabela 7: número de acórdãos, por ministro, com e sem o uso da fórmula no STF (plenário e turmas) e no STJ (turmas), entre 1990 e 2015, em intervalos de cinco anos, em valores absolutos.

	STF, plenário e turmas/11 ministros	STJ, turmas/33 ministros
01/01/1990 a 01/01/1995	591,8	50,4
01/01/1995 a 01/01/2000	817,5	138
01/01/2000 a 01/01/2005	1331,5	1442,4
01/01/2005 a 01/01/2010	2039	2871,4
01/01/2010 a 01/01/2015	2681,6	3040,5

Figura 7: número de acórdãos, por ministro, com e sem o uso da fórmula no STF (plenário e turmas) e no STJ (turmas), entre 1990 e 2015, em intervalos de cinco anos, em valores absolutos



As causas para essa mudança drástica ainda não são claras, mas parece ser o caso que se desenvolveu uma regra⁸³ informal nas cortes indicando o uso da expressão na ementa da decisão a ser publicada. A ementa é a parte mais relevante da decisão para a prática jurídica, não só pelo sistema de indexação e publicação das decisões, mas também pelo fato serem, em larga escala, os elementos utilizados para fazer referência à decisão citada. Como sustentado antes, a aplicabilidade de uma decisão prévia determina-se não pelo dispositivo da decisão mencionada, mas por seus fundamentos determinantes, por seu *holding*, que indica qual é a razão mais geral que justifica a decisão, abrangendo situações como o caso julgado e potencialmente casos futuros (Schauer, 2009, pp. 52 e 53). Logo, quando o relator usa a fórmula na ementa, ele indica que a corte não adota somente o dispositivo indicado no voto do relator, mas também os fundamentos por ele indicados.

Além disso, o fato de ocorrer a troca de relator – do relator original para o chamado “relator para acórdão” – quando o relator original faz parte da minoria votante parece corroborar que a fundamentação da opinião da corte deva ser

⁸³ Utilizamos “regra” aqui num sentido coloquial, como um hábito recorrente. Está claro que o uso da fórmula se tornou habitual, pois os ministros ativamente escrevem “nos termos do voto do relator” na grande maioria das ementas que redigem. No atual momento da pesquisa, não temos condição de afirmar que há um componente normativo nessa prática. Ainda não podemos dizer se a omissão da fórmula é criticável pelos demais.

encontrada no voto do ministro que redige o acórdão, quem quer que ele seja. Isso se verifica ainda que se “desvalorize” o papel do relator e da ementa, como indicou um ministro, ao falar sobre o relator para acórdão (Silva, 2015, p.196):

Isso tinha um significado importante numa época em que não tinha esse sistema de votos individuais, numa época em que o acórdão significava aquilo que o colegiado acordou. Então, obviamente que a redação era a redação dos fundamentos, não era só da ementa. Hoje, o acórdão [...] é o conteúdo dos votos, então ali já tem votos vencidos e votos vencedores. O relator hoje redige a ementa.

O ministro citado por Silva adota uma concepção agregativista, mas o trecho indica que é possível uma leitura delegacionista – e que esta era a mais correta ao menos até a proliferação de votos individuais.

Como a figura 3 demonstra, houve em 2005 uma drástica mudança na prática de redação dos acórdãos no STF. Antes disso, menos de 4% dos acórdãos usavam a expressão “nos termos do voto do relator”; depois disso, ela apareceu em quase 95% dos acórdãos. Ela não aparece apenas em uma quantidade marginal de decisões. Por isso, parece razoável supor que, atualmente, ao entrar na audiência de julgamento, cada ministro *espera* que, seja qual for ao resultado final, a decisão seja tomada “nos termos do voto do relator”. Podemos dizer que o uso da fórmula é uma prática habitual e constitui evidência de que os membros aceitam a proposta do relator para a fundamentação.

Talvez haja alguma dúvida quanto à melhor interpretação da expressão. Ela não faz referência a “fundamentos”, mas a “termos”. Para que o delegacionismo faça sentido, é preciso aceitar que as duas ideias, nesse contexto, possam ser consideradas sinônimas, ou ainda, que a última inclua a primeira. Este parece ser o caso. A maneira mais óbvia de entender os termos do voto é como o conteúdo literal adotado por seu autor. Nas palavras do ex-Ministro Néri da Silveira (Fontainha, Silva, Santos, 2015, p. 84): “de acordo com o relator, significa que [a Corte] adotou os fundamentos do voto do relator”.

Por isso, se a corte, ao decidir, remete aos termos do voto do relator, a interpretação mais natural seria a de que a delegação se refere à totalidade do voto do relator do acórdão – que, lembremos, não é necessariamente o relator do caso, mas, em regra, o primeiro ministro a apresentar voto na posição vencedora. Nessa interpretação, o voto do relator substitui integralmente a decisão da corte. Ou

melhor, a decisão da corte é o voto do relator somado ao placar da audiência, que especifica a parte dispositiva da decisão. Isso certamente inclui *obiter dicta*, além das razões diretamente relevantes para a decisão. Porém, apenas a *ratio decidendi* interessa como precedente (Schauer, 2009, p. 50). Assim, segundo essa interpretação, *obiter dicta* no voto do relator podem ser atribuídos à corte⁸⁴, mas apenas a *ratio decidendi* tem implicações jurídicas⁸⁵.

É muito raro que alguém trate do uso da fórmula. O ex-ministro Néri da Silveira faz menção a isso em sua entrevista ao projeto História Oral, da FGV-Rio (Fontainha, Silva, Santos, 2015, pp. 83 e 84). O ex-ministro parece interpretar a expressão “nos termos do voto do relator” de fato como uma remissão que o relator faz ao próprio voto:

A Constituição atual, a Constituição de 88, que todos os julgamentos serão públicos e motivados. Então, é preciso que seja público, aberta a sessão. Agora que tem televisão, mais do que público, o país todo, universalizado o conhecimento, e motivado. De acordo com o relator, significa que adotou os fundamentos do voto do relator. Mas o normal é que nesses casos importantes todos pronunciam o seu voto, isto é, a fundamentação do seu voto. Isso é próprio de todos os tribunais hoje no Brasil” (sublinhou-se)

Existe uma prática habitual de se utilizar a expressão na redação dos acórdãos. Ela é tão recorrente e inconteste que podemos supor que os ministros esperem, mesmo antes de a decisão coletiva ser tomada, que a fórmula será utilizada pelo relator do acórdão. Além disso, a melhor interpretação de “nos termos do voto do relator” parece ser que a decisão é tomada pelas razões expostas pelo relator do acórdão em seu voto. Nas palavras de Néri da Silveira, “De acordo com o relator, significa que [a corte] adotou os fundamentos do voto do relator” (Fontainha, Silva, Santos, 2015, pp. 83 e 84).

Por isso, por não questionarem o uso recorrente da fórmula, os ministros estão tacitamente aceitando que a fundamentação da decisão coletiva é aquela do voto do relator do acórdão. Nesse sentido, o uso da expressão é semelhante a

⁸⁴ Como veremos adiante, o STF já enfrentou uma situação como essa em Embargos de Declaração na ADI 2591, de 2006. Lá, a corte rejeitou explicitamente a inclusão na ementa de *obiter dicta* presente no voto do relator, mas não endossada pelos demais ministros.

⁸⁵ A atribuição de uma atitude à corte pode ter um interesse prático ou teórico, ainda que não jurídico. Por exemplo, argumentos expressos em votos divergentes podem ter um efeito futuro, adiantando posições que posteriormente poderão inspirar uma mudança no entendimento da corte (Ginsburg, 2010, p. 4). Oficialmente, não importa se um *dictum* pode ou não ser imputado à corte, já que essa inspiração para casos futuros não depende da autoridade da corte. Mas é possível que a atribuição à corte torne o argumento mais convincente. Por isso, a atribuição de *obiter dicta* à corte talvez não seja completamente inconsequente.

outras regras decisórias praticadas pela corte. Cada ministro está comprometido a aceitar o resultado da votação, ainda que seja diferente do seu preferido, porque sabe que o critério previamente estabelecido para a formação do julgamento coletivo é o placar da votação. De forma análoga, podemos dizer que os ministros têm o compromisso de aceitar os fundamentos do voto do relator do acórdão porque a regra da delegação é, para cada julgamento pós-2005, previamente estabelecida como critério de demarcação das razões coletivas para decidir.

5.3.2

Problema ilegitimidade por falta de deliberação

Esse modelo pode ser criticado por limitar o potencial racional do processo decisório. Autores deliberativistas (Mendes, 2013; Silva, 2013) atribuem à capacidade de promover debates em termos racionais a legitimidade das decisões políticas das cortes. Se as decisões não são de fato deliberadas, elas parecem menos legítimas. Em especial, a fórmula “nos termos do voto do relator” serve apenas para encobrir a falta de efetiva construção colegiada das decisões nas cortes brasileiras. Aceitar como *ratio decidendi*, e, portanto, como jurisprudência e como fonte secundária de direito, uma fundamentação que segue esse critério seria desmerecer a natureza colegiada desses órgãos. A formação do julgamento da corte é coletiva apenas quanto ao dispositivo da decisão. Quanto à fundamentação, ela é individual.

5.4

Avaliando as propostas

Um ponto de partida para avaliar qual abordagens é a mais adequadas para compreendermos os precedentes do STF é a perspectiva da própria corte. Qual é o protocolo de decisão do STF sobre os fundamentos de suas decisões? Em um grupo democrático, no qual todos os membros participam com igual autoridade na formação das atitudes coletivas, os membros coletivamente concordam sobre quais devem ser as atitudes do grupo e, por causa disso, estão comprometidos a

aceitar essas atitudes como atitudes do grupo. Os conflitos que podem emergir entre os membros sobre quais devem ser as atitudes do grupo são ordenados por regras de decisão previamente aceitas.

Isso parece significar que, quando há consenso, há concordância entre os ministros sobre quais devem ser os fundamentos da decisão da corte e, por isso, um compromisso de aceitá-los enquanto tais. Mas esse não é necessariamente o caso. Para isso, é preciso que as propostas de atitudes coletivas para o grupo estejam de acordo com o seu *ethos*. Não basta que os membros concordem, é preciso também que a atitude a ser atribuída esteja adequada com os propósitos do grupo e tenha sido endossada com respeito às suas regras constitutivas. Por isso, uma condição para que os fundamentos dos votos individuais sejam atribuíveis à corte em caso de consenso é que as práticas decisórias da corte autorizem essa atribuição. Como não há regras claras quanto à formação de atitudes coletivas quanto às razões para decidir, é preciso descobrir indiretamente o que a corte considera como suas regras de decisão. É preciso investigar sua autocompreensão.

Parece que enfrentamos um dilema ao refletirmos sobre qual papel o STF entende ter o relator em suas decisões tomadas. Por um lado, desde 2005, praticamente todas as decisões continham a expressão “nos termos do voto do relator”, indicando que a corte delega ao relator a tarefa de fundamentar sua decisão. Mas, por outro, as entrevistas de Silva, (2015a, p. 197) demonstram outro dado aparentemente determinante. Todos os ministros entrevistados manifestaram-se, de um modo ou de outro, de maneira contrária a esse entendimento. Eles adotaram ou uma posição segundo a qual "a soma de mais da metade dos membros faz com que isso seja a instituição", ou simplesmente o entendimento de que “o Supremo não vota como instituição”.

Como o STF compreende a si próprio, então? Primeiramente, vale notar que a disparidade entre a redação das ementas e as respostas às entrevistas é algo intrigante. Não há razão evidente para que, de maneira tão brusca, o uso da fórmula tenha se tornado uma regra quase invencível. E é surpreendente que isso não tenha sido sequer mencionado na literatura, já que elas tinham o papel do relator como tema central.

Mas é fundamental fazer uma distinção entre essas duas evidências. Ambas são expressões de membros do STF. Mas apenas as manifestações oficiais, em acórdão, podem ser atribuídas à corte. É verdade que a corte só fala quando seus membros falam, mas nem sempre que seus membros falam a corte fala também. Se buscamos a autocompreensão *da corte*, precisamos recorrer às manifestações dos ministros quando eles se manifestam na condição de ministros.

A autocompreensão da corte, que percebemos pela leitura dos acórdãos, indica que a corte efetivamente delega ao relator os fundamentos de sua decisão. O uso da fórmula é uma prática habitual, que permanece com o passar dos anos e a troca dos ministros⁸⁶. Não é, portanto, uma escolha pessoal dos ministros.

Há dois limites importantes para a interpretação delegacionista. O primeiro é evidente: ela só é útil quando a expressão “nos termos do voto do relator” é efetivamente utilizada. Ela não resolve o problema da demarcação para uma grande quantidade de decisões, em especial aquelas pré-2005. Além disso, como uma das premissas dessa posição é que o uso da fórmula seja uma prática habitual, mesmo aquelas poucas decisões anteriores a 2005 que utilizam a fórmula não podem ser lidas dessa perspectiva. A delegação não é consequência meramente do uso da fórmula, mas da *certeza* prévia de que ela será utilizada ao final do julgamento. Quando seu uso é esporádico, é difícil caracterizar intenção conjunta e prévia de todos os ministros que participam da decisão, em oposição à intenção pessoal do ministro relator de transmitir uma informação.

O delegacionismo é limitado, mas não é estritamente incompatível com as outras abordagens. Ainda que consideremos que o uso habitual da expressão “nos termos do voto do relator” seja uma marca da intenção conjunta dos membros de delegar ao relator a fundamentação coletiva, teremos que decidir como interpretar decisões que não indiquem claramente tal intenção conjunta.

Foi dito acima que os problemas de decisão coletiva emergem da falta de um protocolo de decisão inscrito nos procedimentos de formação dos julgamentos coletivos. Mas o delegacionismo afirma que tal protocolo formal e previamente

⁸⁶ Apenas três ministros – Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes – tomaram posse antes de 2005, quando o uso da fórmula se tornou habitual.

estipulado *existe* na prática decisória do STF⁸⁷. Poderíamos enuncia-lo da seguinte forma: os casos são decididos conforme a posição majoritária sobre o resultado do caso, e os fundamentos de tal decisão são aqueles presentes no voto individual proferido pelo ministro que vier a ser o relator do acórdão.

Ou seja, essa interpretação afasta a ocorrência de qualquer problema de formação de julgamentos coletivos, já que ela atribui à corte um protocolo previamente definido para *todas* as suas decisões coletivas. Os intérpretes de acórdãos encontrariam dificuldade na identificação de fundamentos coletivos apenas por não reconhecerem a remissão aos fundamentos do voto do relator como uma regra constitutiva da prática decisória da corte.

5.5

Exemplos de acórdãos do STF

Alguns exemplos de situações dessa natureza serão úteis para ilustrar o problema da demarcação no STF com mais clareza. Consideremos agora as implicações práticas das conclusões apresentadas até aqui para a interpretação de algumas decisões específicas do STF, através de uma análise sucinta de alguns acórdãos do STF sobre a relação entre posições expressas em votos individuais e o julgamento coletivo pela corte em casos específicos. Os acórdãos foram selecionados a partir de menções na literatura, especialmente a que se dedica às práticas decisórias nessa corte. Como a pesquisa na ferramenta de busca do banco de jurisprudência do STF restringe-se ao espelho da ementa dos acórdãos, não é possível fazer uma busca sistemática por informações contidas nos votos dos ministros.

Após uma breve descrição do caso concreto, serão consideradas principalmente três informações sobre cada acórdão interpretado. Primeiramente, se a decisão da corte é anunciada como tendo sido tomada “nos termos do voto do relator”. Essa é uma informação importante porque pode, pelo menos nas decisões

⁸⁷ Certamente também existe na prática decisória de outros tribunais. Vimos que o STJ, por exemplo, sempre apresentou suas decisões com a expressão “nos termos do voto do relator”. É provável que essa seja uma prática bastante comum no Judiciário brasileiro.

pós-2005⁸⁸, indicar uma intenção coletiva de remeter aos votos do relator a fundamentação do acórdão. Outro ponto é se há inconsistências no conjunto de atitudes endossadas em julgamento pelos ministros. Isso pode caracterizar a existência de dilema discursivo – uma situação na qual o método de formação da decisão coletiva interferiria de maneira determinante no resultado final. Por fim, outra informação relevante é a formulação que o relator dá à ementa. Há uma grande variação no detalhamento das ementas. É importante descobrir se o relator inclui ou não as proposições jurídicas endossadas por outros ministros e que ele não tenha tido explicitamente endossado durante a sessão.

Deve ser demonstrada ao final a relevância das considerações oferecidas na tese. Especificamente, que a dificuldade de demarcação clara das proposições coletivamente aceitas pode ser um problema concreto para a interpretação da jurisprudência do STF. A escolha dentre modelos interpretativos razoáveis pode ter consequências práticas importantes. Dependendo de qual abordagem adotamos para escolher as informações relevantes para delimitar os julgamentos coletivos, teremos diferentes opiniões sobre a *ratio decidendi* da corte.

A primeira decisão é a da Ação Direta de Inconstitucionalidade 354, de 1990. Essa ação dizia respeito a uma lei eleitoral que criava novas regras para o escrutínio de cédulas eleitorais com incongruências entre o nome do candidato e o número da legenda. Seu art. 2º, que era o objeto da ADI, previa o vigor imediato das disposições, o que significava que a lei produziria efeitos nas eleições do mesmo ano de sua promulgação. O Partido dos Trabalhadores, autor da ação, alegou que o dispositivo violava o princípio da anualidade, já que a lei alterava o processo eleitoral. Assim, o art. 2º deveria ser declarado inconstitucional e a lei não deveria produzir seus efeitos no mesmo ano de sua promulgação.

Esse exemplo cumpre os requisitos para a ocorrência do dilema discursivo. Tal como foi compreendido pelos ministros, a procedência do caso dependia da ocorrência simultânea de duas condições: a verificação de que a (I) lei alterava o

⁸⁸ Vimos que uma das premissas da interpretação delegacionista dos acórdãos do STF é que o uso da expressão possa ser caracterizado como uma prática habitual. Isso significa que essa é uma abordagem limitada às decisões pós-2005. Mas isso significa apenas que a presença da expressão em casos anteriores não é determinante, da perspectiva delegacionista, para resolver o problema da demarcação. Ela ainda pode oferecer informações importantes sobre as intenções do relator do acórdão quanto à fundamentação do julgamento. Nenhum dos exemplos anteriores a 2005 aqui mencionados utiliza a expressão.

processo eleitoral (hipótese em que cabe falar do princípio da anualidade); e a confirmação de que (II) o princípio da anualidade não deveria ser afastado por alguma razão. Se as proposições I e II forem verdadeiras juntas, então a ação deveria ser julgada procedente e (III) o art. 2º da lei é inconstitucional. Se I, ou II, ou ambas forem falsas, então III também será falsa. A tabela abaixo apresenta esquematicamente o posicionamento de cada ministro sobre cada uma das proposições e o placar. Pode-se perceber que o conjunto dos posicionamentos da maioria é inconsistente:

Tabela 8: distribuição dos votos individuais na ADI 354/1990.

<u>Perfis dos votos na ADI 354/90</u>	<u>Condições para a procedência do pedido</u>		<u>Decisão procedência do pedido</u>
	I) A lei altera o processo eleitoral	II) O princípio da anualidade deve ser aplicado	III) É inconstitucional a aplicação imediata da lei
- M. Aurélio - C. Velloso - C. de Mello, - S. Pertence - A. Passarinho	Sim	Sim	Sim
- S. Sanches	Sim	Não	Não
- O. Gallotti (relator) - C. Borja - P. Brossard, - M. Alves - Silveira (presidente)	Não	Não	Não
Placar (total):	Sim (6)	Não (6)	Não (6)
Placar (maioria):	Não (5)	Não (6)	Não (6)

Quando foi verificado o empate em cinco a cinco quanto ao dispositivo, o presidente ministro Néri da Silveira proferiu seu voto pela improcedência do pedido, concordando com o relator e outros três ministros no dispositivo e no fundamento. O voto do ministro Sydney Sanches é intermediário entre as duas posições e, por isso, a causa da inconsistência. Sanches sustenta que o objetivo da

norma constitucional “foi evitar expedientes condenáveis que procuravam alijar candidaturas ou partidos, em favor de outros”, ao invés de “impedir alterações louváveis na legislação eleitoral durante o ano de campanha” (42). Segundo ele, a alteração que a lei promove é louvável e, por isso, não sujeita ao princípio da anualidade. Ele dá a entender⁸⁹ que a lei altera o processo eleitoral, mas que o princípio não deve ser aplicado por não prejudicar qualquer dos participantes. A constituição permitiria casuísmos, mas não a quebra de ética no processo eleitoral.

Se o STF apresentasse uma posição comum do colegiado e continuasse seguindo a prática de decidir caso-a-caso, o resultado seria o mesmo (pela improcedência do pedido), mas o dilema seria ocultado. Alguém que lesse a decisão ficaria com a impressão que o STF decidiu que o princípio da anualidade pode ser afastado em determinadas circunstâncias, caso o relator redigisse o voto da corte nos termos em que votou. Mas, da forma como ela foi publicada, fica claro que a maioria dos membros majoritariamente rejeitou essa proposição.

Fica claro ainda que o resultado é sensível à forma como o caso foi estruturado. Ler a decisão dessa forma permite ver a corte não como um ente sensível a razões, mas como uma instituição formada por membros que debatem e discordam entre si. Nesse caso, não há as chamadas “razões do tribunal” a serem descobertas. Não é verdade que o colegiado decidiu que o dispositivo é constitucional porque a lei não alterava o processo eleitoral, nem porque o princípio da anualidade não deveria ser aplicado. Se tivesse que se manifestar oficialmente sobre essas questões, o colegiado teria rejeitado essas supostas razões. Isso seria verdadeiro mesmo se a corte formulasse uma decisão *per curiam*.

Para realmente escapar do dilema discursivo nesse caso, os ministros teriam que se comprometer a decidir consensualmente sobre cada uma das

⁸⁹ De fato, em nenhum momento ele afirma categoricamente que reconhece que a lei altera o processo eleitoral, mas que, mesmo assim, pretende julgar improcedente o pedido. Considerando que outros ministros entenderam que alterar a legislação eleitoral não implica necessariamente em alterar o processo eleitoral, é possível interpretá-lo como sustentando a mesma tese. Porém, o fato de Sanches ter qualificado o princípio da anualidade como aplicável apenas para “coibir os abusos” (44) leva a crer que, para ele, a restrição constitucional seria aplicável não fosse essa qualificação. Ao afirmar que o propósito do art. 16, CF é “evitar expedientes condenáveis” em prejuízo de algum dos atores eleitorais, ele parece querer propor uma interpretação restritiva, não literal, do princípio da anualidade, segundo a qual ele não seria aplicáveis à leis que gerem prejuízos eleitorais a candidatos, ainda que altere o processo eleitoral. O voto é pouco claro e conciso, mas expressa claramente uma contrariedade com os fundamentos da posição majoritária.

proposições levantadas. Para afastar completamente o risco do dilema, eles precisariam assumir uma posição comum sobre cada um dos argumentos, de ambas as partes, com potencial para alterar o resultado do julgamento. Além das óbvias limitações de tempo e energia, isso provavelmente multiplicaria as oportunidades para a ocorrência dos desvios da racionalidade que a psicologia social e moral têm estudado.

A ementa não indica qualquer razão para decidir, apenas enuncia o resultado. Não há, portanto, qualquer indicação por parte do relator de quais são as razões da corte para decidir. Além disso, não há no resumo do acórdão a expressão “nos termos do voto do relator”; o que é esperado, já que a decisão é de 1990. Assim, não é claro se os ministros estariam dispostos a atribuir à corte algum posicionamento sobre se uma lei que introduz normas relativas à apuração de votos altera ou não processo eleitoral. A ementa diz que tal lei “não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 (texto original)⁹⁰”, mas, lendo os votos, percebemos que os ministros não decidiram coletivamente se não infringe porque a lei não altera o processo eleitoral ou se não infringe porque a lei é abusiva.

Assim, podemos afirmar, primeiramente, que a saída delegacionista não é aplicável ao caso. Não há qualquer indicativo de que existem razões coletivas conjuntamente aceitas pelos ministros. A ementa do caso é enxuta, afirmando apenas o resultado. Por fim, o caso não incorre no dilema discursivo, já que não há protocolo de decisão democrático – no sentido de dar a cada voto individual o mesmo peso – capaz de afetar o resultado final do julgamento. Mas os fundamentos da decisão, por sua vez, são sensíveis ao protocolo. Se lermos as manifestações individuais sobre as questões constitutivas do caso, concluiremos que a corte entendeu que a lei *altera* o processo eleitoral, já que seis dos onze ministros se manifestaram dessa forma. Mas, reconhecendo que essa é uma decisão caso-a-caso, e que os votos contrários foram efetivamente vencidos, então temos que cinco ministros dos seis que compõem a maioria entenderam que a lei *não altera* o processo eleitoral. Assim, dado o problema da demarcação, uma

⁹⁰ Em 1993, o artigo da Constituição foi emendado. Agora, o prazo de um ano não é de vigência, mas de aplicabilidade.

interpretação desse caso como um precedente, pelo menos no que se refere à concepção de processo eleitoral adotada, estará sujeita a incertezas.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, de 1992, a corte julgou um pedido de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais editados anteriormente à atual constituição. Os dispositivos eram constitucionais quando promulgados e, segundo o pedido, tornaram-se inconstitucionais a partir de 1988. O debate deu-se sobre o cabimento de ADI em hipóteses de inconstitucionalidade superveniente. A corte decidiu, por maioria de sete contra três, pelo não conhecimento da ação, entendendo que leis anteriores à constituição não podem ser declaradas inconstitucionais,

O julgamento foi marcado pela dispersão de fundamentos. A posição do relator, ministro Paulo Brossard, prevaleceu, mas foram apresentados argumentos novos no curso da audiência que, apesar de suportarem a posição vencedora, não podem ser atribuídos à corte coletivamente. O ministro-relator baseou seu voto quase que inteiramente em argumentos de direito constitucional e direito intertemporal para sustentar que não pode haver declaração de inconstitucionalidade com base em constituição posterior à lei. Ele apresentou a *tese da revogabilidade*, segundo a qual constituição posterior revoga lei anterior incompatível com ela e, por isso, não há inconstitucionalidade nesses situações. O Ministro Sepúlveda Pertence divergiu do relator apresentando como argumento, dentre outros, a *tese da recepção novatória*: toda a legislação é recriada quando uma nova constituição entra em vigor; assim, leis contrárias à constituição nova são recepcionadas e precisam ser declaradas inconstitucionais.

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves, que, assim com o relator, votou pelo não conhecimento da ação, respondeu os argumentos do ministro Pertence, sustentando que existem diferenças importantes entre os sistemas jurídicos mencionados e que o argumento da recepção novatória não pode ser admitida no direito brasileiro porque ele adota o sistema misto de controle de constitucionalidade.

Tabela 9: distribuição dos votos individuais na ADI 2/1992

Principais teses levantadas na	Tese da revogabilidade	Tese da recepção novatória	Sistema misto não permite a tese da recepção	Indefere o pedido
--------------------------------	------------------------	----------------------------	--	-------------------

ADI 2/97	(relator; indeferimento)	(deferimento)	novatória (indeferimento)	
Brossard	Sim	-	-	Sim
C. Mello	Sim	Não	Sim	Sim
M. Alves	-	Não	Sim	Sim
Velloso	Sim	Não	Sim	Sim
Gallotti	Sim	-	-	Sim
Sanches	Sim	-	Sim	Sim
Galvão	-	-	-	Sim
Pertence	Não	Sim	-	Não
Silveira	Não	Sim	-	Não
M. A. Mello	-	-	-	Não
Placar (todos):	Empate (5/10)	Não (8/10)	Não (6/10)	Sim (7/10)
Placar (vencedores):	Sim (5/7)	Não (7/7)	Sim (4/7)	Sim (7/7)

Apenas outros três ministros expressamente endossaram as razões de Moreira Alves para não conhecer da ação. Os outros silenciaram-se. A maioria absoluta da corte rejeitou, ou não endossou, a tese da recepção novatória, mas não necessariamente pelas razões do Ministro Moreira Alves. Apenas quatro dos dez participantes da decisão endossaram posição segundo a qual o sistema misto não permite a recepção novatória. Mais importante, a tese da revogabilidade, principal razão do relator para decidir pelo indeferimento, não recebeu o suporte da maioria dos Ministros. Houve empate.

Fundamentos apresentados pelo relator foram complementados por votos no mesmo sentido quanto ao dispositivo. A corte não fez qualquer esforço para esclarecer o quanto de cada voto individual deve ser atribuído à corte. Novamente, o acórdão não usa a fórmula “nos termos do voto do relator”. A ementa enuncia apenas a tese da revogabilidade.

5.6

Conclusão

Este capítulo termina em um impasse. Há bons argumentos a favor e contra qualquer uma das três estratégias interpretativas. Antes de tentarmos esboçar uma solução, podemos afirmar com alguma segurança pelo menos uma coisa. A prática deliberativa no STF tem sérios limites em sua no que diz respeito formar decisões que servirão futuramente como precedentes. Isso não é necessariamente ruim. Há fortes argumentos em favor de um Judiciário que se abstenha de tomar decisões definitivas sobre questões políticas controversas e que se restrinja a decidir um caso por vez, ao invés de tentar estabelecer regras para o futuro (Sunstein, 2015, pp. 142 e 143). Mas as exigências do NCPC quanto à fundamentação de decisões judiciais tornam essa limitação do STF um problema jurídico concreto. Ao não apontar de forma clara como interpretar suas próprias decisões, a corte está sujeita a alegações de violação do art. 489 do Código. Mais do que isso, o projeto de criação de uma prática de respeito aos precedentes fica comprometido por isso.

Quanto ao modelo mais adequado, algumas considerações podem ser feitas. Primeiramente, o modelo agregativo parece ser menos convincente, principalmente por não refletir a autocompreensão da corte. Os indícios de que os membros da corte dão ou uma interpretação negacionista ou a interpretação de delegação são muito mais fortes. Apesar de ser a única alternativa verdadeiramente coletiva de formação de *holding* da corte, ela não foi claramente afirmada pelos membros da corte.

Se usarmos como critério as posições dos membros da corte *manifestando-se como membros da corte*, talvez a melhor alternativa seja levar a sério a delegação para o voto relator como fonte de fundamentação coletiva. Essa é a única resposta institucionalmente expressa pelos membros da corte.

O STF é um grupo democrático, mas com uma peculiaridade. Seus membros têm basicamente duas tarefas: formar seus planos de ação e executá-los. Ao decidirem casos de competência da corte, os ministros apresentam em audiência propostas de posicionamento da corte e escolhem através de votação aquela a ser adotada. Posteriormente, cabe ao relator do acórdão dar os

encaminhamentos necessários. Ou seja, os demais ministros afastam-se do caso enquanto o relator prepara o acórdão para publicação, inclusive redigindo sua ementa. Se a expressão “nos termos do voto do relator” significar que as razões para decidir são as razões do relator, e se o uso dessa expressão for de fato uma prática constitutiva do STF, então a execução dos planos de ação da corte envolve apontar como justificativa da decisão da corte os fundamentos do voto do relator.

A pretensão deste capítulo foi a de começar a explorar um tópico de pesquisa sobre a jurisdição constitucional brasileira ainda praticamente intocado. Foi apresentado aqui um problema relevante para a interpretação dos precedentes do STF: a existência (ou não) de uma fundamentação coletiva para os acórdãos. Indicamos também três possíveis saídas para o problema. Além disso, foram apresentadas evidências em favor de uma dessas saídas, a saída chamada de delegacionismo. Não parece haver razões suficientes para achar que o problema está sequer próximo de ser resolvido; ou mesmo de que essa abordagem seja a mais condizente com a autocompreensão da corte. O problema da demarcação dos componentes coletivos do acórdão é conceitual, mas só pode ser resolvido a partir de uma compreensão empiricamente informada da estrutura e das práticas do STF. E a quantidade de informação disponível sobre como é efetivamente o processo decisório do STF ainda é incipiente. Ainda há um longo caminho pela frente.

O propósito aqui foi eminentemente descritivo, mas é possível fazer algumas considerações sobre as consequências normativas das conclusões aqui apresentadas. Um possível argumento em favor da delegação como regra é que esse é um método especialmente econômico de garantir a racionalidade das decisões. Ela evita problemas de envolvidos na formação da intenção coletiva por agregação, tal como o chamado paradoxo doutrinário (Kornhauser, Sager, 1993). Pode-se argumentar que ela retira o componente colegiado do processo decisório, já que o voto do relator é individual e pré-deliberativo. Mas a regra faz isso simplificando a leitura da decisão nos casos mais controversos, nos quais a dispersão de fundamentos pode corroer a clareza do acórdão.

Se a hipótese delegacionista for confirmada, então o voto do relator não pode ser considerado “um voto qualquer”. De certa forma, ele cumpre exatamente o papel que Virgílio sustenta ser do relator em tribunais de outros países e que não

poderia cumprir no STF. Ele serve como uma espécie de rascunho da decisão final. Segundo essa abordagem, o STF é uma corte *seriatim sui generis*⁹¹, uma que não se furta a responder às demandas por jurisdição fundamentadamente. Faz isso garantindo consistência interna de seus posicionamentos, sem precisar limitar o escopo de suas razões para obter consenso.

A formação da posição da corte sobre a fundamentação não seria propriamente coletiva, já que o plenário apenas se manifesta ratificando um voto previamente formado individualmente por um dos membros. Por isso, os benefícios da deliberação e da busca pelo consenso não são obtidos. Ainda assim, a natureza coletiva da decisão ainda pode gerar frutos positivos. O STF é uma corte com 11 ministros independentes, tanto entre si, quanto de coação externa, e seu método de escolha de relatores é por sorteio (art. 66, RISTF). Isso garante diversidade nas posições e uma mudança constante no estilo de redação, o que, considerando a natureza politicamente controversa de muitas das demandas julgadas pelo STF, pode ser considerado como algo positivo.

⁹¹ É possível argumentar que, para o delegacionista, haveria sim uma “opinion of the court” e, por isso, seria mais adequado chamar as decisões da corte de *per curiam sui generis*. Como a inexistência de fundamentação coletiva é justamente o que caracteriza o modelo *seriatim*, pareceria equivocado atribuir essa característica ao STF. Não obstante o apelo desse argumento, parece ser melhor manter a denominação *seriatim*, pois os acórdãos dão uma grande ênfase aos votos individuais. Além disso, a ideia de uma decisão *per curiam* parece fazer referência a decisões de autoria da corte. Para a interpretação delegacionista, os fundamentos das decisões são atribuíveis à corte não por autoria, mas por delegação. Há uma sutil, mas importante, diferença entre, de um lado, assumir a responsabilidade pela redação de um texto e, de outro, aceitar antecipadamente um texto que outra pessoa irá redigir como representativo da própria opinião. Dizer que os fundamentos do voto do relator são os fundamentos da decisão coletiva é uma simplificação útil, mas não muito precisa. Assim, para preservar a característica individualista da construção dos julgamentos do STF – que se reflete na redação de seus acórdãos – preferimos tratar seu modelo de decisão como um caso especial de *seriatim*.

6

Entitatividade e percepção do agenciamento de grupo nas cortes

6.1

Conceito de entitatividade

A questão da existência de grupos envolve questões controversas de ontologia social. Existem abordagens conflitantes e é difícil adjudicar os conflitos entre elas. Uma forma de abordar o problema é levar a sério a sugestão de Gilbert⁹² e buscar a origem dos conceitos sociais nos seus usos comuns. As pessoas agem a partir de uma compreensão desses conceitos. É importante entender os sentidos específicos que são incorporados nas ações que usam tais conceitos. E o meio mais confiável de se acessar as concepções populares é através da investigação empírica.

Este trabalho pretende argumentar que a preocupação com o consenso interno surge primeiro quando refletimos sobre *quem* decide, e não sobre *como* o fazem os que decidem. A caracterização ou não de um grupo como agente é intuitiva e, por isso, são mais rápidas que avaliações sobre a qualidade de suas decisões, por exemplo. Mais do que isso, há evidências de que essa avaliação intuitiva é condicionada por juízos morais. O que esse cenário indica é que nossa interação social com grupos é mediada por nossa atribuição, mais ou menos consistente, de seu caráter de ente autônomo.

A percepção de unidade do grupo pode causar certas expectativas. É possível, por exemplo, que a ideia de um grupo cuja a função seja formar decisões fundamentadas gere expectativas de coesão interna (Rutchick, 2008). A existência de dissidência interna, por exemplo, tornaria as causas da decisão do grupo mais complexas e enfraqueceriam a integridade do grupo (Waytz, Young, 2012). Se temos uma avaliação positiva do grupo, como temos em relação aos tribunais em alguma medida, então a dissidência é avaliada negativamente (Piliialoha, Brewer,

⁹² “In order to understand what people are doing, we need to understand their intentions. And intentions embody concepts” (Gilbert, 2003, p. 40).

2006). Veremos adiante que esse pode ser um caminho para explicar a suposição de que o consenso interno em cortes judiciais é um requisito da colegialidade. Para que possamos formular essa hipótese, é preciso elaborar a noção de entitatividade.

6.1.1

Grupo e entitatividade na psicologia social

No primeiro capítulo, mencionamos que é possível que a melhor interpretação das referências ordinárias a mente de grupos seja como metáfora, mas que as evidências experimentais indicam que as pessoas pensam em mente de grupos como algo real. Veremos agora alguns estudos que dão suporte a essa hipótese. (Knobe, Prinz, 2008; Malle, 2010)

Grupos servem um papel central na nossa interação social, em especial em nossos esforços de categorização dos eventos. Mas o termo “grupo” abrange vários significados. Ele pode significar um conjunto de pessoas que compartilham alguma propriedade comum ou um conjunto de pessoas que age de maneira articulada tendo em vista um determinado fim. Essas duas noções de grupo podem ser identificadas, respectivamente, como categorias sociais e grupos dinâmicos (Rutchick, et al, 2008, p. 906).

Apenas recentemente os processos psicológicos mobilizados na nossa interação social com grupos começaram a ser estudados, com o advento da disciplina da cognição social de grupos⁹³. Um conceito fundamental desse ramo é o de entitatividade (*entitativity*)⁹⁴, que pode ser definido como o grau em que grupos são percebidos como tendo a natureza de uma entidade distinta de seus membros (Hogg, 2009, p. 154; Levine, Hogg, 2010, p. 238). Ela é fundamental

⁹³ O estudo dos processos de grupo tem uma história mais longa e suas principais contribuições tornaram-se muito mais populares. Alguns experimentos são tidos como clássicos da psicologia social, tais como os de Asch e Zimbardo. Outro exemplo notável são as pesquisas sobre o fenômeno do *groupthink*, a que nos referiremos mais adiante. Para um levantamento do estado da arte da disciplina, ver Brewer (2015); Malle (2010).

⁹⁴ Algumas vezes, autores usam termos como “percepção de entitatividade”. Isso pode causar certa confusão, já que sua definição já remete à percepção do observador e, ainda que muitos fatores sejam próprios do grupo, pesquisas recentes (ver Brewer, 2015) mostram que fatores independentes do objeto observado, como os valores do observador, podem influenciar na atribuição.

em pesquisas em psicologia relacionadas a grupos por ajudar a indicar quais fatores fazem com que um dado observador esteja disposto a caracterizar uma coleção de indivíduos como um grupo. O conceito de entitatividade foi proposto por Donald Campbell (1958) e recentemente resgatado em trabalhos como os de David Hamilton (Hamilton, Sherman, 1996; Lickel, Hamilton, Wierzchowska, 2000). Os trabalhos que se seguiram ajudaram a esclarecer como grupos são categorizados pela cognição social.

Campbell (1958, p. 14) estava preocupado com as teorias sistêmicas dos agregados sociais, que buscavam, e ainda buscam, uma analogia com organismos vivos, nos quais as características de sistema são claras. Para ele, essas teorias precisariam ser capazes de formular hipóteses empiricamente testáveis. Essas hipóteses deveriam, dentre outras coisas, ser capazes de formular critérios de identificação do caráter entitativo de entidades de organizações sociais modernas, que atualmente não é visualmente tão clara quanto o era para tribos e clãs (Campbell, 1958, p. 15 e 16). O problema na identificação de tais critérios é que, por razões evolutivas, parece estranho tratar grupos sociais como entidades *reais*, da mesma forma que pedras ou xícaras, e mais natural tratá-las como meramente convencionais (Campbell, 1958, p. 17). Tendemos a identificar como reais objetos que, por indícios visuais, rapidamente somos capazes de identificar como entidades.

Para, ele avalia como princípios de entitatividade identificados em trabalhos na doutrina psicológica da *gestalt* são aplicáveis igualmente para objetos concretos e grupos sociais (Campbell, 1958, p. 17 e 18). Esses princípios sugerem características de objetos que podem fazer com que eles sejam percebidos como partes de uma mesma organização de coisas. Os princípios são: I) *proximidade*: conjuntos de elementos próximos são mais entitativos; II) *similaridade*: conjuntos de elementos semelhantes são mais entitativos; III) *destino comum*: conjuntos de elementos que se movem na mesma direção, ou que se comportam de maneira coordenada, são mais entitativos; e IV) *forma fechada (pregnancy)*: conjuntos de elementos que compõem uma organização espacial, com fronteiras definidas (tal como pontos que, alinhados, formam uma linha), são mais entitativos.

Esses princípios podem informar hipóteses empíricas sobre a semelhança de grupos sociais com entidades naturais. Por exemplo (Campbell, 1958, p. 18 a 20), teoricamente, podemos chegar a uma espécie de *coeficiente de destino comum* indexando os componentes de um ente (como as moléculas em uma pedra) e seus movimentos. Entes naturais ostentarão coeficientes altos entre seus componentes e baixos entre seus componentes e elementos externos. Grupos sociais podem ser avaliados da mesma forma. Uma tribo terá um coeficiente intra-entidade alto e um coeficiente inter-entidades baixo se comparado com um partido político; e, entre um pelotão e um batalhão, o coeficiente inter- é alto, mas não tão alto quanto o coeficiente intra-entidades.

O mesmo pode ser proposto para os demais princípios, e ainda outros princípios organizacionais da *gestalt*: eles podem ser usados para fornecer parâmetros numéricos para quantificar o grau de entitatividade de um sistema. De fato, modelos inspirados nesses princípios passaram a ser aplicados ao estudo de percepção de grupos. O próprio Campbell estava preocupado em organizar o campo das teorias sistêmicas da sociedade e defender a realidade, do ponto de vista psicológico, dos sistemas sociais.

Estudos sobre percepção de entitatividade demonstram algumas características do processo psicológico subjacente à cognição social de grupos. Uma dessas características é a sua natureza quantitativa. Grupos podem ter diferentes graus de entitatividade, dependendo de suas características intrínsecas e do contexto em que é observado. Além disso, o grau de entitatividade de um grupo varia de acordo com as motivações do observador (Brewer, 2015). Um observador pode identificar um grupo mesmo como agente ou como categoria, dependendo de quais de seus elementos são evocados (Rutchick et al, 2008). Por exemplo, a percepção de semelhanças físicas entre indivíduos sugere uma homogeneidade de traços psicológicos e, conseqüentemente, um grupo de indivíduos que compartilham esse traço. De maneira semelhante, a percepção de comportamento coordenado sugere objetivos compartilhados entre indivíduos e a existência de agenciamento coletivo (Ip et al, 2006).

O grau de entitatividade de um grupo pode determinar a forma como são feitas as cognições sociais sobre o grupo. Assim, indivíduos são em geral vistos

diferentemente de grupos, exceto se eles tiverem alta entitatividade (Lickel et al, 2000, p. 224). Algumas características são identificáveis como precursoras da percepção de entitatividade, tais como semelhança entre membros, objetivos comuns, destinos comuns, importância do grupo para seus membros, capacidade de organização, dentre outros (Hamilton, Van Acker, 2010, p. 238).

6.1.2

Entitatividade dinâmica

A literatura identifica dois tipos distintos de entitatividade, que correspondem a dois sentidos da palavra “grupo”. Wilder e Simon (1998), esclareceram uma ambiguidade no campo distinguindo o sentido categórico de da noção de grupo do sentido dinâmico. O sentido categórico é baseado na existência de semelhanças compartilhadas entre membros que os distinguem dos não-membros (os que não possuem essas características). O sentido dinâmico refere-se aos grupos formados por uma distribuição de funções entre seus membros, o que torna o grupo diferente e superveniente a seus membros. Grupos dinâmicos fazem coisas que seus membros não fazem, já que suas ações derivam da articulação das ações dos membros individuais, ao invés de derivar da extrapolação das ações de um membro estereotípico, como ocorre com grupos categóricos (Wilder, Simon, 1998, p. 38)

Existem dois tipos distintos de entitatividade, o categórico, ou essencial, e o dinâmico, ou agêntico (Brewer et al, 2004; Rutchick, 2008; Hamilton et al, 2011). O primeiro tipo descreve grupos formados pelo compartilhamento de alguns traços considerados essenciais pelo observador (etnia, status social, faixa etária). O segundo é evocado para explicar o comportamento de pessoas que compartilham metas e agem coordenadamente para atingi-las. Dependendo das informações disponíveis sobre os grupos, eles podem ser descritos segundo uma ou outra teoria (Rutchick, 2008). O que determina a identificação de um agente de grupo é saliência de elementos como objetivos comuns e coordenação (Brewer et al, 2004).

Entitatividade é condição para a inferência de intencionalidade a grupos (Dasgupta, Banaji, Abelson, 1999). Com relação a grupos com alta entitatividade, a atribuição de intencionalidade é semelhante a indivíduos (Sherman, Percy, 2010). Dados observados por O’Laughlin e Malle (2001) são consistentes com essa observação. Grupos funcionalmente estruturados em torno de um objetivo, quando tiveram seu comportamento explicado por observadores externos, tendiam a receber explicações mentalistas. Isso significa não só que tais grupos são vistos como agentes (potencialmente, com todas as consequências dessa atribuição, tal como responsabilização; Sherman, Percy, 2011), mas também como entes aos quais se pode atribuir estados mentais. Arguivelmente, grupos são vistos como capazes de estados representacionais, tais como crenças, desejos, autônomos, às vezes até diferente da totalidade de seus membros (Jenkins et al, 2014).

6.2

Entitatividade motivada

Os estudos sobre entitatividade dizem menos sobre a estrutura dos grupos do que sobre a forma como os observadores os percebem. A entitatividade dinâmica surge da percepção de fatores como cooperação e coordenação entre os membros do grupo. Essas são características evidentes em times esportivos ou equipes de resgate, por exemplo, mas podem não ser visíveis para formas mais sutis de ação coletiva. Nesses casos, o grau de entitatividade dinâmica pode ser produto tanto das crenças e motivos do observador, quanto das características do grupo (BREWER et al, 2004). O mundo social é confuso e o esse modelo ajuda a compreendê-lo.

O mundo social é enormemente complexo. Ainda assim, as pessoas em geral conseguem compreendê-lo bem sem precisar refletir ou estudar a respeito. A mente é adaptada para responder a estímulos sociais com enorme precisão e rapidez, mas a eficiência cobra seu preço. As categorizações que a mente está programada para fazer, que organizam o mundo social e oferecem soluções intuitivas para os problemas mais complexos (Hogg, 2009, p. 32), criam vieses persistentes em nossa compreensão do mundo social.

Vimos que avaliações de entitatividade são intuitivas. Heurísticas são atalhos mentais que geram aproximações eficientes, mas pouco precisas, de problemas de fato ou problemas morais (Sunstein, 2005, p. 532). Elas funcionam como atalhos mentais, substituindo a avaliação de algum atributo por outro, mais fácil de avaliar. Elas são estratégicas, no sentido de oferecerem respostas aproximadas a problemas complexos. Mas as heurísticas também geram erros sistemáticos. Entender o funcionamento de uma heurística torna os erros previsíveis.

Uma premissa do trabalho é que a Suprema Corte é um grupo com boa reputação. Por isso, a previsão dos autores é que há uma expectativa de que grupos bons tomem boas decisões, e que grupos maus tomem más decisões. Por isso, a expectativa – que se confirmou – é que as boas decisões fossem mais facilmente atribuídas à Suprema Corte e que as más decisões fossem explicadas com referência a outros fatores salientes – nesse caso, a ação de um subgrupo.

Isso indica a que a percepção de entitatividade pode ser condicionada a crenças e interesses do observador, especificamente à consistência de uma concepção prévia do grupo observado. Alta entitatividade é uma condição para atribuição de intencionalidade a grupos. Se a percepção de entitatividade é mediada por fatores estritamente relacionados aos interesses e crenças do observador, também o serão suas inferências sobre estados mentais de grupos. Por isso, pelo menos em algumas circunstâncias⁹⁵, a atribuição de razões a grupos está sujeita às motivações do observador.

A percepção de entitatividade dinâmica, ou seja, de racionalidade coletiva, em grupos gera uma atitude positiva em relação a esse mesmo grupo (PILIALOHA, BREWER, 2006). Isso significa que as pessoas atribuem mais facilmente uma decisão com a qual concordam ao grupo, caso o grupo já seja previamente avaliado positivamente. Por outro lado, elas tendem a atribuir uma decisão com a qual discordam a um membro ou subgrupo, alguém que leve a culpa pelo time. Isso indica um componente motivacional na entitatividade, um viés na percepção dos agentes de grupo.

⁹⁵ O escopo do trabalho de Pilialoha e Brewer é reconhecidamente limitado, especialmente por ter como finalidade a confirmação de uma teoria específica da cognição social, a teoria do equilíbrio. Por isso, é preciso tomar cuidado ao extrapolar as conclusões desse estudo.

6.3

Demarcação e entitatividade

Vimos no segundo capítulo alguns exemplos de atuação individual dos ministros do STF em detrimento do colegiado. Vemos agora que esse tipo de prática é deletéria de ainda mais uma forma: o uso político estratégico de prerrogativas individuais por parte dos ministros mina a entitatividade da corte. A exposição da ação de membros individuais torna as ações do grupo menos salientes (ver Waytz, Young, 2012).

O problema da demarcação também ganha outra dimensão quando levamos em conta a interação entre entitatividade e atribuição de intencionalidade a grupos. Esse é, principalmente, um problema para o observador, para alguém que adote a perspectiva externa ao grupo⁹⁶. Diz respeito à atribuição de intencionalidade e à explicação do comportamento de grupo. Por isso, um fator que ajuda a fazer surgir o problema da demarcação é a baixa entitatividade de um grupo: quanto mais baixa a entitatividade, mais difícil será a atribuição de razões ao grupo e, por isso, mais difícil será distinguir razões do grupo das razões individuais dos membros. Como Pilihaloha e Brewer (2006) demonstraram, a saliência de divergências na deliberação da corte tendem a afetar as explicações do comportamento da corte.

Definir o problema da demarcação como um problema de identificação dos posicionamentos da corte é uma simplificação. Mais do que isso, ele refere-se à dificuldade de identificar os *critérios* adequados para se atribuir uma atitude à corte; à determinação do protocolo de decisão adotado pela corte para definir os fundamentos de suas decisões. A incerteza quanto aos verdadeiros contornos dos julgamentos coletivos da corte é consequência dessa falta de clareza quanto aos critérios adotados pelos ministros para a atribuição de atitudes à corte.

Lembremos da noção de agenciamento de grupo por aceitação (Tuomela, 2012, p. 409; Tuomela, 2013, p. 39 e 40). Segundo essa concepção, o que nos permite falar em atitude de grupo é a intenção conjunta dos membros do grupo de

⁹⁶ Novamente, a perspectiva externa pode ser adotada por um membro do grupo.

aceitarem eles mesmos essa atribuição. Uma razão de membro é uma razão que o pertencimento dá aos membros para cooperarem com o fim de realizar as metas do grupo. Ela não é necessariamente a mesma que a ação do grupo-agente. Para ter a obrigação de fazer a sua parte na ação coletiva, um membro não precisa conhecer ou aceitar as razões para agir do grupo. O que ele precisa aceitar é a intenção de agir que o grupo formou com base nessa razão. E essa intenção conjunta, somada à crença de que os demais também aceitam essa intenção como do grupo, é, em linhas gerais, suficiente para comprometer o membro à sua parte nos planos do grupo.

Isso significa que a compreensão da capacidade de agir de um grupo depende do conhecimento das razões dos membros. São os membros que agem pelo grupo, e eles o fazem pela razão de terem, na condição de membros do grupo, a intenção conjunta de realizar uma ação coordenada. Em grupos estruturados como as cortes, a formação dessa intenção conjunta é organizada por regras de decisão. Neles, os membros aceitam a validade de um procedimento formal para definir o que eles aceitarão como conteúdo de sua intenção conjunta. Compreender a ação da corte pressupõe compreender esse procedimento.

O problema da demarcação não é necessariamente um problema de agenciamento da corte. Outra possibilidade é que o problema seja de interpretação ação intencional do comportamento de um grupo que não é claro em relação aos limites de seus julgamentos coletivos. Por que, então, se critica tanto a prática *decisória* da corte (por exemplo, Silva, 2013;), ao invés da redação dos acórdãos? Um comentário do ministro Gilmar Mendes ilustra isso (*apud* Bogossian, Almeida, 2016). Ele fala sobre haver uma dificuldade de identificação dos fundamentos coletivamente aceitos pelos ministros, “especialmente diante da nossa técnica de julgamentos de votos autônomos”. É evidente que há razões suficientes para esse tipo de crítica. Mas uma possibilidade, respaldada pelas pesquisas em cognição social, é que decisões consensuais simplesmente *parecem* mais intencionais e, por isso, mais motivadas por razões. Se isso for verdadeiro para o STF, então a relação entre o consenso – decisões unânimes ou de uma maioria que concorda quanto aos fundamentos – e a atribuição de julgamentos coletivos não é mediada por uma teoria sobre como esses julgamentos são formados. A relação seria mediada pela percepção da entitatividade do grupo.

É certo que a confirmação ou não dessa hipótese dependeria de estudo experimental. Mas há boas evidências de que essa é uma hipótese plausível. Como condição para a interação social com grupos, as pessoas aplicam intuitivamente teorias implícitas de percepção de entitatividade (Brewer, Hong, Li, 2004). Uma dessas teorias – teoria do agenciamento – é baseada na percepção de objetivos comuns dos membros, divisão de tarefas entre eles, suas interações intergrupos em função dos propósitos do grupo, proximidade física, dentre outros fatores. Entitatividade, medida através dessas variáveis, indica a percepção de um alto grau de interdependência entre os membros e a expectativa de que os membros cooperam para a realização desses objetivos (Ip, Chiu, Wan, 2006, p. 379). Os fatores que indicam alto grau de entitatividade são os fatores que indicam a atribuição da capacidade de os membros planejarem e agirem juntos, o que permite que se atribuam estados mentais aos grupos (Malle, 2004, p. 200).

É possível que existam vantagens para uma corte em se apresentar como um ente, mas para usufruir desse benefício, não é suficiente que a corte se compreenda como ente. É importante que a corte *se pareça* com um ente. O STF parece ser um bom exemplo disso. Se a hipótese delegacionista for pelo menos plausível, afirmações como a do ministro Gilmar Mendes deveriam soar estranhas. A publicação de votos individuais e a falta de uma decisão da corte coletivamente redigida não deveriam criar problemas para a identificação dos motivos determinantes de decisões tomadas nos termos do voto do relator. A interação entre entitatividade e intencionalidade coletiva pode explicar a maior facilidade de se dar explicações de razão para decisões consensuais em comparação com decisões com divergências, mesmo na presença de uma regra de delegação.

Novamente, faltam estudos empíricos que confirmem a relação específica entre práticas decisórias e modelos de redação de decisões judiciais e a atribuição de intencionalidade a cortes. Os estudos de Pilialoha e Brewer (2006) oferecem alguma evidência de que esse é o caso. Eles indicam que, no caso específico da Suprema Corte dos EUA, a ocorrência de divergência pode criar uma oportunidade para que o observador “desentifique” o grupo para preservar uma imagem positiva da corte.

Além disso, teorias psicológicas sobre o tema preveem isso. Por exemplo, Malle (2004, p. 209) prevê que evocar razões como explicação para comportamento de um grupo deve aumentar a percepção de sua unidade⁹⁷. Decisões *per curiam* oferecem um caminho mais direto para uma explicação de razões que decisões *seriatim*. Da mesma forma, é mais provável que decisões *seriatim* sem divergência indiquem um caminho mais direto para uma explicação de razão do que uma *seriatim* com divergência, que exige um esforço maior de interpretação e é potencialmente mais complexa. Assim, o modelo de Malle deve prever que, quanto mais coesa for a manifestação dos magistrados, mais entificada será a corte. E como a percepção de unidade do grupo conduz à percepção de capacidade de ação do grupo (Malle, 2004, p. 209), é possível estabelecer teoricamente uma relação entre decisões coesas e atribuição de intencionalidade.

6.4

Conclusão

A natureza institucional dos julgamentos de grupo tem bases sociais sólidas. A diferença entre a expressão dos membros do grupo como indivíduos e a expressão desses membros como *parte* do grupo é profundamente intuitiva. Recentemente, a psicologia social tem se ocupado disso. Uma série de estudos indica que as pessoas fazem essa distinção entre a expressão de um grupo e a expressão de seus membros. As pessoas tendem a preferir explicações que fazem referência a razões coletivas para explicar o comportamento de grupos de pessoas que agem em conjunto (O’Laughlin, Malle, 2002); tendem a tratar grupos, *e.g.* Suprema Corte, como entes autônomos e com controle de suas próprias ações quando eles tomam decisões consideradas moralmente corretas (e controlado por seus membros e facções internas quando tomam decisões moralmente incorretas; Piliatoha, Brewer, 2006); apresentam uma disposição de atribuir mais frequentemente estados mentais a grupos quanto menos salientes forem os seus membros (Waytz, Young, 2012); e, em determinadas circunstâncias, são capazes de atribuir estados mentais a grupos mesmo sem atribuí-los a qualquer de seus

⁹⁷ “In the case of an action description that does not by itself imply joint agency, the offering of a reason explanation should lead to greater perception of unity than the offering of a causal history explanation” (Malle, 2004, p. 209).

membros (e, vice-versa, atribuir estados mentais a todos os membros e não atribuí-los a quaisquer de seus membros; Jenkins et al, 2014).

A relação entre juízos de entitatividade e juízos de intencionalidade levanta uma interessante possibilidade de ação estratégica. Grupos que desejem aparentar racionalidade e controle sobre suas ações – traços característicos da ação intencional – terão mais sucesso se forem capazes de provocar juízos de entitatividade. Como a percepção de entitatividade é determinada por um conjunto de fatores diferente da percepção de ação intencional, esta segunda pode ser reforçada estrategicamente se a primeira for provocada. Por exemplo, esconder os interesses pessoais contraditórios dos membros torna menos salientes os estados mentais dos membros e aumenta a percepção de coesão e de objetivos comuns. Como consequência, é mais provável que as explicações das ações do grupo remetam a razões atribuídas ao grupo.

Por outro lado, também é possível que as maquinações do grupo sejam complexas a ponto de não ser possível identificar razões coletivamente aceitas pelos membros como a causa intencional da ação do grupo. Nesse caso, o grupo não é identificado como autor de suas ações ou como capaz de agir racionalmente – no sentido de agir motivado por razões que façam sentido. A baixa entitatividade pode comprometer as pretensões de um grupo que pretenda ser reconhecido como uma pessoa capaz de agir por conta própria. Isso significa que não basta a um grupo com tais pretensões ter regras que regulem a formação de suas intenções e a coordenação de seus membros eficazmente. O grupo também precisa *se apresentar* como uma entidade que pode agir.

A relação entre entitatividade e percepção de intencionalidade de grupo pode ser um problema para o enfrentamento do problema da demarcação no STF. A abordagem mais promissora do ponto de vista do modelo de aceitação é a delegacionista. Mas ela pode ser difícil de aceitar por reduzir a entitatividade da corte. Admitindo-se, com os deliberativistas, que a capacidade de fundamentação das decisões judiciais é um traço positivo para cortes, os estudos de Piliatoha e Brewer (2006) sugerem que preferiríamos atribuí-lo à própria corte. Mas Waytz e Young (2012) apresentam evidência de que a presença saliente da atividade mental de um membro esvazia a percepção de intencionalidade do grupo.

A proposta de remeter os fundamentos coletivos ao voto do relator, por um lado, daria um caminho claro para a interpretação das decisões da corte como produto de sua capacidade plena de produzir juízos fundamentados. Por outro, essa proposta também exigiria, para tanto, que déssemos ênfase à ação de um único membro, o que reduziria a entitatividade da corte. A conclusão – que precisaria ser verificada experimentalmente – é que o delegacionismo demanda algo que contradiz a psicologia da cognição social de grupos: que a atribuição de intencionalidade à corte se dê junto à sua desentificação.

7

Considerações finais

A proposta do presente trabalho foi apresentar as complexidades da noção da ação de grupos e as implicações que isso tem para a compreensão de decisões judiciais.

O primeiro passo foi determinar que as atitudes proposicionais atribuíveis que à corte, e não a seus membros, podem oferecer a melhor explicação para as decisões. As razões relevantes para o grupo-agente não são necessariamente as mesmas razões relevantes para cada membro do grupo. Os membros podem aceitar as razões de agir do grupo como suas próprias razões para, como membros do grupo, fazerem sua parte. Mas, além disso, também parece possível que um plano coletivo de ação seja suficientemente sofisticado a ponto de não só permitir, mas *exigir* que um ou alguns membros ajam em contrariedade ao objetivo último do grupo. Assim, torna-se necessário identificar as proposições jurídicas que os ministros endossam, no processo decisório da corte, apenas enquanto julgadores individuais. E, em oposição a essas atitudes, podemos identificar as atitudes proposicionais atribuíveis à corte, entendida como uma entidade distinta de seus membros.

Apresentar suas razões para decidir são um ponto central do trabalho das cortes; principalmente de cortes superiores, por conta da força normativa dos precedentes. Porém, as regras, explícitas e implícitas, de formação e publicação da decisão da corte garantem a publicação frequente de votos individuais. A prática de publicar decisões *seriatim* pode gerar incertezas sobre como identificar as razões para decidir da corte em um determinado caso. Ou seja, há um conflito entre a prática de publicação de votos individuais no STF e a sua capacidade de ação colegial.

Um ponto central desta tese dizia respeito a isso: a identificação e a análise do chamado problema da demarcação dos julgamentos coletivos na corte. Como o STF não identifica claramente, em seus acórdãos, qual é a fundamentação de suas decisões, não há como distinguir sem ambiguidade as razões endossadas por cada ministro individualmente das razões aceitas por eles conjuntamente como as razões da corte. Em casos em que há a ocorrência de dispersão de fundamentos, é

possível verificar que diferentes chaves interpretativas podem suportar diferentes atribuições de juízos coletivos à corte.

Essa dificuldade, batizada de problema da demarcação dos julgamentos coletivos da corte, tem repercussões normativas importantes. As exigências do novo Código de Processo Civil quanto à fundamentação de decisões judiciais tornam essa limitação do STF um problema jurídico concreto. Ao não apontar de forma clara como interpretar suas próprias decisões, a corte está sujeita a alegações de violação do art. 489 do Código.

Há três possíveis chaves interpretativas para solucionar o problema. Pode ser que o julgamento da corte seja formado pela mera convergência de conteúdos dos julgamentos individuais dos membros; essa é a posição agregativista. Mas pode ser também que um julgamento de grupo exija a caracterização de um acordo conjunto entre os membros. Como não há n STF a prática de formar claramente consensos sobre a fundamentação nos julgamentos, ou a corte simplesmente não fundamenta suas decisões (negacionismo), ou ela deixa que o relator do acórdão faa essa fundamentação (delegacionismo).

Quanto ao modelo mais adequado, algumas considerações podem ser feitas. Primeiramente, o modelo agregativo parece ser menos convincente, principalmente por não refletir a autocompreensão da corte. Se usarmos como critério as posições dos membros da corte *manifestando-se como membros da corte*, talvez a melhor alternativa seja levar a sério a delegação para o voto relator como fonte de fundamentação coletiva.

Assim, esta tese apresentou um problema relevante para a interpretação dos precedentes do STF: a existência (ou não) de uma fundamentação coletiva para os acórdãos. Indicamos também três possíveis saídas para o problema.

Outro ponto abordado pela tese diz respeito à psicologia da percepção de grupos-agentes. A natureza institucional dos julgamentos de grupo tem bases sólidas na psicologia social. A diferença entre a expressão dos membros do grupo como indivíduos e a expressão desses membros como *parte* do grupo é profundamente intuitiva. Uma série de estudos indica que as pessoas fazem essa distinção entre a expressão de um grupo e a expressão de seus membros. Esses são estudos sobre a chamada teoria da entitatividade.

A relação entre juízos de entitatividade e juízos de intencionalidade levanta uma interessante possibilidade de ação estratégica. Grupos que desejem aparentar racionalidade e controle sobre suas ações – traços característicos da ação intencional – terão mais sucesso se forem capazes de provocar juízos de entitatividade. Como a percepção de entitatividade é determinada por um conjunto de fatores diferente da percepção de ação intencional, esta segunda pode ser reforçada estrategicamente se a primeira for provocada.

Por outro lado, também é possível que as maquinações do grupo sejam complexas a ponto de não ser possível identificar razões coletivamente aceitas pelos membros como a causa intencional da ação do grupo. Nesse caso, o grupo não é identificado como autor de suas ações ou como capaz de agir racionalmente – no sentido de agir motivado por razões que façam sentido.

A relação entre entitatividade e percepção de intencionalidade de grupo pode ser um problema para o enfrentamento do problema da demarcação no STF. A abordagem mais promissora do ponto de vista do modelo de aceitação é a delegacionista. Mas ela pode ser difícil de aceitar por reduzir a entitatividade da corte. A proposta de remeter os fundamentos coletivos ao voto do relator, por um lado, daria um caminho claro para a interpretação das decisões da corte como produto de sua capacidade plena de produzir juízos fundamentados. Por outro, essa proposta também exigiria, para tanto, que déssemos ênfase à ação de um único membro, o que reduziria a entitatividade da corte. A conclusão – que precisaria ser verificada experimentalmente – é que o delegacionismo demanda algo que contradiz a psicologia da cognição social de grupos: que a atribuição de intencionalidade à corte se dê junto à sua desentificação.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Danilo; BOGOSSIAN, Andre. “Nos Termos do Voto do Relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 1, 2016.

ARICO, Adam; FIALA, Brian; GOLDBERG, Robert; NICHOLS, Shaun. The Folk Psychology of Consciousness. **Mind & Language**, vol. 26, n. 3, 2011.

ARICO, Adam. **The New Folk Psychology**. Tese de doutorado em Filosofia. Universidade do Arizona. 2013.

BARCELÓ, John. Precedent in European Community Law. In. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

BLOOM, Paul; VERES, Csaba. The Perceived Intentionality of Groups. **Cognition**, vol. 71, n. 1, 1999.

BOGOSSIAN, Andre; ALMEIDA, Danilo. É Possível Falar em Precedentes “do Supremo”? **JOTA**, 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/e-possivel-falar-em-precedente-supremo>.

BRATMAN, Michael. **Shared Agency: a planning theory of acting together**. Oxford: OUP, 2014.

BREWER, Marilynn. Motivated Entitativity: when we’d rather see the forest than the trees. In. STROESSNER, Steven; SHERMAN, Jeffrey (eds.) **Social Perception: from individuals to groups**. Nova Iorque, EUA: Taylor & Francis, 2015.

BREWER, Marilynn; HONG, Ying-Yi; LI, Qion. Dynamic Entitativity: perceiving groups as actors. In. YZERBYT, Vincent; JUDD, CHARLES; Corneille, Olivier (eds.) **The Psychology of Group Perception: perceived variability, entitativity, and essentialism**. Nova Iorque, EUA: Psychology Press, 2004.

CASTANO, E.; YZERBYT, V.; PALADINO, M.; SACCHI, S. I Belong, Therefore, I Exist: ingroup identification, ingroup entitativity, and ingroup bias. **Personality and Social Psychology Bulletin**, vol. 28, n.2, 2002.

CHURCHLAND, Paul. Eliminative Materialism and the Propositional Attitudes. **The Journal of Philosophy**, vol. 78, n. 2, 1981.

_____. Folk Psychology. In: Guttenplan, Samuel. **A Companion to the Philosophy of Mind**. Oxford: Wiley-Blackwell, 1995;

_____. Functionalism at Forty: a critical retrospective. **The Journal of Philosophy**, vol. 102, vo. 1, 2005;

CINTRA, A.; GRINOVER, A.; DINAMARCO, C. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed, São Paulo: Malheiros. 2011.

COSTA, Thales. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. **Revista Direito GV**, vol. 10, n. 1, 2014;

DASGUPTA, N.; BANAJI, M.; ABELSON, R. Group Entitativity and Group Perception: associations between physical features and psychological judgment. **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 77, n. 5, 1999.

DAVIDSON, Donald. Intending. In: _____. **Essays on Actions and Events**. Oxford: Clarendon Press, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, EUA: Belknap Press, 1986.

FALCÃO, J.; CERDEIRA, P.; ARGUELHES, D. **I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo**, 2011. Disponível em http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf;

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, vol. 82, n. 7, 2004;

FERNANDES, Eric; FERREIRA, Siddharta. Irrecorrível, Mas Nem Tanto: a revisão da tese na repercussão geral do recurso extraordinário. **SJRJ**, vol. 21, n. 40, 2014.

FONTAINHA, F.; SILVA, A.; SANTOS, C. (orgs.) **História Oral do Supremo (1988-2013)**, v.8: Néri da Silveira. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.

FONTAINHA, F.; MATTOS, M.; NUÑEZ, I. **História Oral do Supremo (1988-2013)**, v.12: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

FRENCH, Peter. Integrity, Intentions, and Corporations. **American Business Law Journal**, vol. 34, n. 2, 1996.

GAERTNER, Lowell; SCHOPLER, John. Perceived ingroup entitativity and intergroup bias: An interconnection of self and others. **European Journal of Social Psychology**, vol. 28, n. 6, 1998;

GILBERT, Margaret. The Structure of the Social Atom: joint commitment as the foundation of human social behavior. In. SCHMITT, Frederick. **Socializing Metaphysics: the nature of social reality**. 2003

_____. **Joint Commitment: how we make the social world**. Oxford: OUP, 2014;

GINSBURG, Ruth. The Role of Dissenting Opinion. **Minnesota Law Review**, vol. 95, n. 1, 2010.

GOLDMAN, Alvim. Theory of Mind. In. Margolis, E.; Samuels, R.; Stich, S. (eds.) **Oxford Handbook of Philosophy and Cognitive Science**. Oxford: OUP, 2012.

GOLDMAN, Alvin; BLANCHARD, Thomas, "Social Epistemology", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2015 Edition), EDWARD N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/epistemology-social/>.

HAMILTON, David; SHERMAN, Steven. Perceiving persons and groups. **Psychological Review**, vol. 103, n. 2, 1996.

HENDERSON, M. Todd. From 'Seriatim' to Consensus and Back Again: a theory of dissent. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, n. 363, 2007.

HONG, Ying-Yi; LEVY, Sheri; CHIU, Chi-yue. The Contribution of the Lay Theories Approach to the Study of Groups. **Personality and Social Psychology Review**, vol. 5, n. 2, 2001.

HORBACH, Carlos. É Preciso mais Deliberação no STF?, 2013. <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/e-preciso-mais-deliberacao-no-supremo-tribunal-federal>>

IP, Grace Wai-man; CHIU, Chi-yue; WAN, Ching. Birds of a Feather and Birds Flocking Together: physical versus behavioral cues may lead to trait- versus goal-based group perception. **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 90, n. 3, 2006.

JENKINS, A.; DODELL-FEDER, D.; SAXE, R.; KNOBE, J. The Neural Bases of Directed and Spontaneous Mental State Attributions to Group Agents. **PLoS ONE**, vol. 9, n. 8, 2014.

KELEMEN, Katalin. Dissenting Opinions in Constitutional Courts. **German Law Review**, vol. 14, n. 8, 2013.

KLAFKE, G.; PRETZEL, B. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 1, jan 2014.

KORNHAUSER, Lewis. Deciding Together. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 1, 1, 2015.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: adjudication in collegial courts. **California Law Review**, vol. 81, n. 1, 1993.

LEITE, F.; BRANDO, M. **Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal**. 2016. Manuscrito.

LEVINE, John.; HOGG, Michael. Entitativity. In. _____. **Encyclopedia of Group Processes & Intergroup Relations**, 2010.

LEWIS, David. Psychophysical and Theoretical Identifications. **Australasian Journal of Philosophy**, vol. 50, n. 3, 1972.

LICKEL, B.; HAMILTON, D.; WIECZORKOWSKA, G.; LEWIS, A.; SHERMAN, S.; UHLES, A. Varieties of groups and the perception of group entitativity, **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 78, n. 2, 2000.

LIST, Christian; PETTIT, Philip. Group Agency and Supervenience. **The Southern Journal of Philosophy**, vol. 44, 2006.

_____. **Group Agency: the possibility, design, and status of corporate agents.** Oxford: OUP, 2011.

MALLE, Bertram. **How the Mind Explains Behavior: folk explanations, meaning, and social interaction.** Cambridge, EUA: The MIT Press, 2004.

_____. Folk theory of mind: Conceptual foundations of human social cognition. In R. Hassin, J. S. Uleman, & J. A. Bargh (Eds.), **The New Unconscious.** Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2005.

_____. The Social and Moral Cognition of Group Agents. **Journal of Law and Policy**, vol. 19, n. 1, 2010.

MARINONI, Luiz. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, 2009.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory.** Oxford, GB: Hart Publishing, 2005.

MENDES, Conrado. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**, Opinião, 01 de fevereiro de 2010. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiS7PWA9ODPAhVifZAKHa96A3AQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Ffsp%2Fopiniao%2Ffz0102201008.htm&usg=AFQjCNFYVvnfzExWcjEDrw1Lq1vooTO8DA&sig2=RP-c-0dvrvtVX7WR8SWvNw>>. Acessado em: 05/10/2015.

_____. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In. VOJVOVODIC et al (eds.) **Jurisdição Constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Deliberative Performance of Constitutional Courts.* Manuscrito. 2013a. Disponível em:

<http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf>. Acessado em: 06/12/2013.

_____. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford University Press. 2013b.

MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 41 n. 162, 2004.

MOREWEDGE, C.; CHANDLER, J.; SMITH, R.; SCHWARZ, N.; SCHOOLER, J. Lost in the Crowd: entitative group membership reduces mind attribution. **Consciousness and Cognition**, n. 22, 2013.

NEWHEISER, A.; SAWAOKA, T.; DOVIDIO, J. Why do We Punish Groups? Entitativity promotes moral suspicion. **Journal of Experimental Social Psychology**, vol. 48, n.4, 2012.

NICHOLS, S.; STICH, S. **Mindreading**: an integrated account of pretence, self-awareness, and understanding of other minds. Oxford: Clarendon Press, 2003.

O'BRIEN, Lilian. **Philosophy of Action**. Londres: Palgrave MacMillian, 2015.

O'LAUGHLIN, M.; MALLE, B. How People Explain Actions Performed by Groups and Individuals, **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 82, n. 1, 2002.

OLIVEIRA, Fabiana. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 20, n. 44, 2012.

PETTIT, Phillip. Rationality, Reasoning and Group Agency. **Dialectica**, vol. 61, n. 4, 2007.

PETTIT, Phillip; SCHWEIKARD, David. Joint Actions and Group Agents. **Philosophy of the Social Sciences**, vol. 36, n. 1, 2006.

PILIALOHA, Brian; BREWER, Maryllin. Motivated Entitativity. **Group Processes & Intergroup Relations**, vol. 9, n. 2, 2006.

RAFFAELLI, Rosa. Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States. **Directorate General for Internal Policies**, 2012.

RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. Oxford, OUP, 1999.

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

RUTCHICK, Abraham; HAMILTON, David; SACK, Jeremy. Antecedents of Entitativity in Categorically and Dynamically Construed Groups. **European Journal of Social Psychology**, n. 38, 2008.

SCHAUER, Frederick. Giving Reasons. **Stanford Law Review**, vol. 47, n. 7, 1995.

_____. Precedent. In. Marmor, Andrei (ed.) **The Routledge Companion to Philosophy of Law**, 2012.

_____. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHLOSSER, Markus. Agency. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/agency/>>. Acessado em: 05/12/2015.

SEARLE, John. The Intentionality of Intention and Action. **Cognitive Science**, vol. 4, n. 1, 1980.

_____. Collective Intentions and Actions. In Cohen, P.; Morgan, J.; Pollack, M. (eds.) **Intentions in Communication**. Cambridge, Mass.: Bradford Books, MIT Press, 1990.

_____. **Making of Social World: the structure of human civilization**. Oxford: OUP, 2010.

SHANTON, Karen; GOLDMAN, Alvin. Simulation theory. **Wiley Interdisciplinary Reviews Cognitive Science**, vol. 1, n. 1, 2010.

SHAPIRO, Scott. Massively Shared Agency. In. VARGAS, Manuel; YAFFE, Guideon. **Rational and Social Agency: the philosophy of Michael Bratman**. 2014

SHERMAN, Percy. The Psychology of Collective Responsibility: when and why collective entities are likely to be held responsible for the misdeeds of individual members. **Journal of Law and Policy**, n. 19, 2010.

SILVA, Virgílio. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, 2009.

_____. Deciding Without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 11, 3, 2013, 557-584;

_____. “Um Voto Qualquer”? o papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 1, n. 1, 2015a.

_____. De Quem Divergem os Divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, 2015b.

STICH, Stephen; NICHOLS, Shaun. Folk Psychology. In. Stich, Warfield (eds). **The Blackwell Guide to Philosophy of Mind**. 2003

SUGDEN, Robert. Must Group Agents Be Rational? List and Pettit's theory of Judgement aggregation and group agency. **Economics and Philosophy**, vol. 28, n. 2, 2012.

SUNDFELD, C. A.; PINTO, H. M. Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. In. Vojvodic, A., et al (eds.) **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **The Constitution of Many Minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. Nova Iorque: Princeton University Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass. Moral Heuristics. **Behavioral and Brain Sciences**, n. 28, 2005.

SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae**: heroes, soldiers, minimalists, and mutes. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2015.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. (eds.) **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth, EUA: Ashgate, 1997.

TOLLEFSEN, Deborah. **Groups as Agents**. Cambridge: Polity Press, 2015.

TROPER, Michael; Grzegorzczak, Christophe. Precedent in France. In. Maccormick, Neil.; Summers, Robert. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TUOMELA, Raimo. Resenha de “Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents”. **Notre Dame Philosophical Reviews**. Disponível em: <<http://ndpr.nd.edu/news/27604-group-agency-the-possibility-design-and-status-of-corporate-agents/>>. Acessado em 02/06/2015

_____. **Social Ontology: collective intentionality and group agents**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013;

_____. Group Reasons. **Philosophical Issues**, vol. 22, n. 1, 2012, 402-418;

VERÍSSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”, **Revista Direito GV**, vol. 2, n. 4, 2008.

VIANNA, Renato. **A Atuação do Ministro Relator no Controle Abstrato de Constitucionalidade**: um estudo sobre a deliberação do STF. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2012.

VIEIRA, Oscar. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, 2008.

VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana; CARDOSO, Evorah. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, vol. 5, n. 1, 2009.

WAYTZ, Adam; YOUNG, Liane. The Group-Member Mind Trade-Off: attributing mind to groups versus group members. **Psychological Science**, vol. 23, n. 1, 2012.

WILDER, David; SIMON, Andrew. Categorical and Dynamic Groups: implications for social perception and intergroup behavior. In. SEDIKIDES, C.;

SCHOPLER, J.; INSKO, C. (eds.) **Intergroup Cognition and Intergroup Behavior**. Mahwah, EUA: Lawrence Erlbaum Associates, 1998.