

CRÍTICA À ESTRUTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DE TEORIA DA AGÊNCIA: REPENSANDO A RACIONALIDADE DA CORTE.

CRITIQUE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT STRUCTURE THROUGH THE
GROUP AGENCY THEORY: RETHINKING THE RATIONALITY OF THE COURT.

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Natalia Langenegger

RESUMO.

O propósito deste texto é construir uma análise da estrutura do Supremo Tribunal Federal (STF), considerando algumas disposições do regimento interno da Corte e o estudo de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista a noção de agente coletivo desenvolvido pela teoria da agência da ciência política (PETIT; LIST, 2011). O esforço argumentativo deste artigo se destina, no limite, a estabelecer um novo paradigma na discussão e formulação de críticas sobre a estrutura e organização do Poder Judiciário no Brasil.

O enfoque da discussão será descobrir se é possível sustentar a existência de uma racionalidade do Tribunal, própria de um agente coletivo, que seja autônoma e independente da racionalidade de seus membros.

Ao final, será argumentado que o STF possui um déficit de agência coletiva, resultado da ausência de racionalidade coletiva própria da Corte, decorrente em grande medida do modo como são regulamentados e empreendidos seus procedimentos decisórios.

PALAVRAS CHAVES: Teoria da agência; Supremo Tribunal Federal (STF); Estrutura; Organização; Deliberação; Agente Coletivo.

ABSTRACT.

The purpose of this article is to design an analysis of Brazilian Supreme Court's (STF) structure, considering some articles of the Court's rules of procedure and some case studies, keeping in mind the concept of collective agent developed by the Group Agency Theory from the political science (PETIT; LIST, 2011). The effort of this article is to establish a new paradigm for the debate and critique formulation about the structure and organization of the Judiciary Power in Brazil.

The article aims at identifying whether it is possible to sustain that the Court has its own rationality, result of being a collective agent, which is autonomous and independent from its member's rationality.

The article will conclude that STF has a shortage of collective agency, consequence of its lack of collective rationality which is caused specially by the manner how are regulated and held its decision making procedures.

KEYWORDS: Agency Theory; Brazilian Supreme Court (STF); Structure, Organization; Deliberation; Collective Agent.

1. INTRODUÇÃO.

É possível verificar um aumento expressivo nos estudos jurídicos¹ sobre reformas institucionais do judiciário no Brasil, consequência em grande medida das reformas implementadas nas últimas duas décadas. Destaque específico à emenda constitucional nº 45/2004 que, por exemplo, previu o controle da magistratura pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), implementou ouvidorias da justiça, integrou os antigos Tribunais de Alçada aos Tribunais de Justiça (TJ) e, também, à implementação da Secretaria de Reforma do Judiciário em 2007, responsável por coordenar ações para melhorar a efetividade dos serviços do judiciário e coordenar os processos de modernização.

Os principais argumentos abordados nesses estudos sugerem que o judiciário, embora tenha ganhado em produtividade decorrente das reformas implementadas, ainda sofre, de um lado, com a sobrecarga de demandas e, de outro, com a qualidade da atividade jurisdicional prestada. Recentes relatórios apresentados no programa *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça mostram, por exemplo, que a litigiosidade em primeira instância nos últimos três anos ainda permanece elevada².

No caso específico da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda que a implementação de institutos como a repercussão geral e a súmula vinculante tenha colaborado para a redução da quantidade de ações ajuizadas, os Ministros ainda lidam com alto número de processos³ ao mesmo tempo em que devem se preocupar com a qualidade de suas decisões.

Essas dificuldades da atuação jurisdicional estão geralmente relacionadas com questões sobre o desempenho e a qualidade decisória da Corte, especialmente no que diz respeito à transparência e à unidade argumentativa das decisões. Os trabalhos constatam, por exemplo, que a deliberação interna realizada entre os Ministros do STF é residual, tendo em

vista que é comum que os mesmos elaborem seus votos antes das sessões de julgamento e não se disponham a discuti-los com os demais Ministros⁴. Para esses estudos, o desempenho deliberativo das Cortes está diretamente relacionado com a busca por um melhor arranjo institucional que viabilize e potencialize a democracia⁵.

Uma das referências para esses trabalhos é J. Rawls (1997), que considera a necessidade de as decisões de um Tribunal constitucional refletirem valores políticos de justiça e razão pública, importando para cada caso a seriedade em que é desempenhada a deliberação no interior da Corte⁶, ou ainda R. Dworkin (2003 e 1982) , que sustenta a necessidade de um Tribunal estabelecer uma continuidade e diálogo interno com suas próprias decisões.

Esses autores, apesar das diferenças teóricas, compartilham a noção da necessidade do controle social por meio de uma atuação democrática do Tribunal. Para Rawls é o caso da deliberação autêntica que assegura a plena comunicação e interação do Tribunal com o mundo. Não se trata de uma deliberação forçada ou externa⁷, na qual os membros buscam convencer indivíduos externos ao grupo (como seria o caso de uma platéia), mas uma troca efetiva de argumentos com o propósito de decidir conforme as preferências e crenças da Corte. Enquanto para Dworkin o que é evidenciado é a necessidade de um próprio processo contínuo de julgamento, no qual haja o respeito aos precedentes e seja esclarecido e controlado pelos anseios da sociedade do mesmo modo que a elaboração de um romance em cadeia deve criar uma história contínua que não recomeça a cada novo capítulo.

Assim, a atuação de um Tribunal deveria ser orientada com vistas à concretização da razão pública, cuja finalidade é a própria concretização dos elementos constitucionais essenciais, sendo que o conteúdo dos elementos constitucionais essenciais deve ser oriundo de um amplo consenso social normatizado no texto da Constituição e, ao mesmo tempo, deliberado e aplicado pelo Tribunal.

Nesse contexto, por exemplo, relevante trabalho nacional que reflete essas ideias é o artigo “*Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*”, de Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso⁸. O texto demonstra, mediante o estudo de casos paradigmáticos, a existência de um déficit democrático no STF, tendo em vista a falta de transparência decisória e de uma suposta ausência de cultura de respeito aos precedentes.

Nessa perspectiva, o artigo põe em evidência o perigo da ausência de transparência e clareza no processo decisório empreendido pelo STF, haja vista a dificuldade de encontrar a

ratio decidendi das decisões, e conclui pela necessidade de o Tribunal respeitar os precedentes judiciais.

Sem dúvida, o artigo pontua algumas das dificuldades que o próprio desenho institucional do STF estabelece, já que, por vezes, os Ministros decidem os casos isoladamente, sem considerar os argumentos dos seus pares. Tal conduta certamente revela a inexistência de unidade decisória do Tribunal e que, no fundo, não se atenta à razão pública e ao respeito aos precedentes. Há, em verdade, apenas uma somatória de decisões individuais⁹ que torna difícil verificar qual foi a *ratio decidendi* ou, no mínimo, as razões da decisão tomada.

Todavia, assim como a maioria da produção acadêmica sobre o assunto, o mencionado artigo analisa a jurisdição constitucional apenas a partir de preocupações sobre o desempenho deliberativo da Corte e acaba desconsiderando a dificuldade metodológica de saber quem de fato é o STF.

O que será investigado nesse artigo, a partir do estudo de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade julgados pelo plenário do STF, é saber se esse Tribunal decide como um agente coletivo, dotado de uma voz única capaz de lhe conferir coerência decisória no decorrer do tempo. Em outras palavras, o que será esclarecido é a necessidade de existir uma racionalidade coletiva viabilizada por determinado desenho institucional da Corte e pelo modo como a deliberação é empreendida por seus membros.

Diante desse propósito, o artigo se concentrará em indicar que existe um problema estrutural da racionalidade coletiva do STF devido ao fato de a Corte não atuar de forma autônoma em relação aos seus membros e, portanto, não fazer valer as suas próprias preferências e crenças. Deveria ser possível supor uma racionalidade das decisões do Tribunal, que resultaria em uma coerência das decisões por ele proferidas ao longo do tempo¹⁰.

O argumento será construído a partir do referencial da teoria da agência, cuja principal contribuição é a noção de agência coletiva. Para os fins do estudo, o agente coletivo é aquele que possui identidade e autonomia próprias em relação aos seus membros, sendo capaz de agir conforme suas próprias preferências e crenças.

Ao final, será investigado, mediante o estudo de casos, se é possível afirmar ser o STF é um agente coletivo. Para tanto, será importante verificar a conduta dos Ministros no momento das decisões e como essas decisões individuais se relacionam com a decisão final da Corte.

Antecipando as considerações, será indicado nos casos analisados que o STF possui um déficit de agência coletiva, resultado de um problema na formação de sua racionalidade coletiva.

2. POR QUE O DEBATE DA TEORIA DA AGÊNCIA IMPORTA PARA A ANÁLISE DO PROCESSO DECISÓRIO DOS TRIBUNAIS?

Perguntar se o STF é um agente coletivo é, na verdade, uma questão de ordem prática sobre a análise do desenho institucional do Tribunal e especificamente sobre sua estrutura e seu procedimento de deliberação. A teoria da agência possibilita um referencial teórico para analisar a razão pela qual o Tribunal deveria ser compreendido enquanto agente dotado de uma identidade própria decorrente de suas crenças e preferências e, ao mesmo tempo, possuidor de autonomia em relação aos seus membros.

Realizar esta análise do STF segundo as lentes da teoria da agência importa porque, enquanto órgão que dá razão à vontade pública, expressa na Constituição e nas leis, e que determina as condutas de terceiros na sociedade, esse Tribunal deve possuir uma voz única¹¹. Assim como um indivíduo, um agente coletivo deverá ser capaz de satisfazer alguns requisitos mínimos de clareza e consistência argumentativa para que terceiros reconheçam e possam reagir às suas atitudes. Por isso, considerando o exercício de uma Corte, cujas determinações são mandatórias, a exigência de clareza e consistência se faz ainda mais necessária porque indivíduos externos à sua composição devem ser capazes de compreender e cumprir suas determinações.

Deste modo, uma dificuldade que se coloca é saber como é possível identificar as verdadeiras motivações e consequências de uma decisão se ela possui 11 votos distintos e isolados. Não se refuta a possibilidade de haver a redação de votos separados por cada um dos Ministros, mas se exige que os votos possuam uma coerência interna que permita, após sua agregação, seja possível identificar claramente a motivação e posicionamento próprios da Corte.

A ideia de um Tribunal possuir uma voz única decorre da concepção básica de que a Corte possui uma racionalidade própria e distinta dos seus membros. Isso significa que apesar de uma Corte ser composta por um grupo específico de juízes, sendo que cada um é dotado de racionalidade individual, a sua atuação deverá ser pautada conforme seus próprios propósitos determinados em lei. A Corte não pode se reduzir a uma mera composição de juízes, mas, ao

contrário, deverá corresponder a uma agência distinta do grupo de juízes que a integram, com uma racionalidade própria para decidir conforme suas preferências e crenças.

Mesmo que a racionalidade de um Tribunal seja expressa pelo posicionamento agregado de juízes sobre os casos que lhe são submetidos, o fato é que essa razão existe previamente aos seus membros e tem suas funções preestabelecidas pela Constituição e demais leis. Em outras palavras, o Tribunal existe e possui as mesmas funções independente de haver modificação nos quadros de juízes que o compõem.

Entretanto, cumpre observar que autonomia da racionalidade do Tribunal em relação ao posicionamento dos seus membros pode ser considerada moderada. Isto porque esse órgão judicante é colegiado e, portanto, depende da superveniência das decisões individuais dos juízes para confirmar a decisão final da Corte. Em outras palavras, o Tribunal não existe sem seus membros, apesar de sua racionalidade ser distinta dos mesmos que a compõem.

Na seqüência serão apresentadas as bases da teoria da agência que auxilia na compreensão da noção de agência coletiva. A aproximação da ideia de agência coletiva com a atuação do Tribunal ocorrerá por meio da explicação do paradoxo doutrinário e, depois, serão evidenciados os problemas relacionados à formulação da racionalidade coletiva do Tribunal.

a. O AGENTE COLETIVO E O PARADOXO DOUTRINÁRIO.

A teoria da agência é aplicada em diversas áreas de estudo¹². Todavia, para o propósito deste artigo, é interessante a abordagem de List e Petit (2011), que apresenta uma possibilidade lógica da existência do agente coletivo. Para esses autores o agente é necessariamente aquele capaz de agir conforme sua racionalidade, segundo suas representações e impressões estabelecidas sobre o mundo.

Como será abordada, no caso do agente coletivo, a possibilidade é transferida para investigar se determinadas coletividades possuem racionalidades distintas dos seus membros. Por isso, por exemplo, o interesse para Petit e List será discutir as possíveis formas de agregar as decisões individuais (*aggregation functions*) e as qualidades desejáveis (*desiderata*) para formar um *design* organizacional a partir das preferências e crenças dos agentes coletivos.

O ponto de partida nesse debate, na verdade, ocorre em um momento anterior, na diferenciação entre a ação coletiva e o agente coletivo. Isto porque as ações coletivas nem sempre são oriundas da atuação de um agente coletivo. Caso não verifique uma agregação das

atitudes intencionais dos indivíduos de tal maneira que se materialize num agente distinto dos mesmos que se envolvem, não é possível sustentar que existe uma agência coletiva.

É o caso, por exemplo, de observar uma torcida de futebol que pula aleatoriamente no estádio para comemorar o gol do seu time e acaba deteriorando a estrutura precária do estádio, ou de um grupo de indivíduos envolvidos numa passeata e acaba atrapalhado o trânsito na região – em ambos os casos não é possível admitir a existência de um agente coletivo, mas apenas uma agregação de pessoas e relações de implicações sobre os eventos (torcida de futebol e deterioração da estrutura, ou grupo de indivíduos numa passeata e trânsito), já que não se observa uma relação de dependência nos casos.

Nesse sentido, agrupamentos não podem ser qualificados meramente como agentes coletivos¹³, da mesma forma que não é possível reduzir um Tribunal ao conjunto de juízes que integram a Corte. Para esse estudo, o importante é verificar a existência efetiva de agentes coletivos com identidade e autonomia própria, independente dos membros que integram.

Para tanto, é necessário perceber que agentes coletivos podem existir de fato e, sobretudo, agir conforme suas próprias preferências e crenças sobre o mundo. A variação de exemplos é muito grande já que qualquer grupo por si só é potencialmente um agente coletivo, basta observar a existência de uma própria racionalidade coletiva¹⁴.

Petit e List especificam a possibilidade lógica da existência de agentes coletivos a partir da apresentação três características da agência, a saber, a possibilidade de criar estados representacionais, estados motivacionais e a capacidade de relacionar e processar esses estados para cumprir determinadas funções. Isto pode ser percebido pelo trecho transcrito abaixo:

“O que é, portanto, um “agente coletivo”? É um grupo que apresenta três características de agência, (...). Contanto que isso seja atingido, o grupo terá estados representacionais, estados motivacionais, e a capacidade de processá-los e agir diante deles enquanto uma agência. Assim sendo, o grupo será organizado de modo a buscar a concretização de certas motivações e o fará considerando certas representações sobre como o mundo é. Quando ações são tomadas em nome do grupo – por exemplo, por seus membros ou representantes – elas são feitas para a satisfação dos desejos do grupo e conforme as crenças do grupo”

¹⁵ (PETIT; LIST, 2011, p. 32, tradução nossa).

Para o propósito deste artigo, essa situação será caracterizada como uma possibilidade de identificar uma racionalidade coletiva independente das racionalidades dos membros que integram um determinado grupo – a racionalidade coletiva não é a soma das racionalidades individuais dos membros de um grupo, mas é autônoma em relação às crenças e propósitos dos seus membros. Portanto, caso um determinado grupo possua uma racionalidade própria, ele será reconhecido como um agente coletivo.

Todavia, a possibilidade de sua existência lógica não deve ser confundida com a própria existência dos agentes coletivos¹⁶. Para que o agente coletivo concretize suas motivações conforme suas representações, não basta apenas ter uma racionalidade coletiva, mas é preciso ter capacidade para agir.

Nesse sentido, para verificar a existência fática de um agente coletivo deve prevalecer inicialmente uma relação de superveniência¹⁷ entre as atitudes dos membros e as ações do agente coletivo, que ocorre por intermédio da operação de uma função de agregação. O objetivo dessa função de agregação¹⁸ é reunir todas as atitudes intencionais dos membros de uma dada coletividade, capaz de satisfazer a racionalidade final do agente coletivo. Portanto, caso não se verifique uma adequada função de agregação operando, será possível verificar uma inconsistência do agente.

Um importante exemplo dessa inconsistência, abordado por Petit e List (2011), é o caso do paradoxo doutrinário (*doctrinal paradox*), apresentado por Kornhauser e Sager, a partir da agregação do julgamento da maioria (*majoritarian judgment aggregation*). Esta função de agregação, tipicamente utilizada por Tribunais¹⁹, consiste em adotar como decisão do agente coletivo a posição tomada individualmente pela maioria dos juízes votantes.

O caso é o seguinte: uma Corte composta por três juízes vai decidir sobre a condenação de um réu. A Corte se manifesta sobre os seguintes fatos:

- O réu era contratualmente obrigado a não fazer certa ação *X* (primeira premissa);
- O réu fez certa ação *X* (segunda premissa);
- O réu é responsável pelo inadimplemento do contrato (conclusão).

Segundo a dogmática jurídica, a conclusão é verdadeira se e somente se as duas premissas forem verdadeiras (a obrigação e a ação são condições necessárias e suficientes para a imputação de responsabilidade). Cada juiz decide os fatos da seguinte maneira:

	Obrigação?	Ação?	Responsável?
Juiz 1	Verdade	Verdade	Verdade
Juiz 2	Verdade	Falso	Falso
Juiz 3	Falso	Verdade	Falso
Maioria	Verdade	Verdade	Falso

Considerações:

- O veredicto da Corte é apenas a soma simples e distinta da soma da maioria dos votos em cada premissa e conclusão;
- O resultado é duplamente inconsistente, já que (i) não considera o resultado das decisões dos juízes sobre as premissas e (ii) não observa a doutrina legal;
- Conclusão ¹: Se considerar a doutrina legal como requisito para a racionalidade de Corte, há comprometimento da racionalidade;
- Conclusão ²: A função de agregação não funciona adequadamente para o caso;
- Conclusão ³: Se a racionalidade é requisito para a consideração de um agente coletivo (tendo em vista a necessidade da formação de crenças e preferências sobre o mundo) e a função de agregação não opera adequadamente para o caso, então a Corte não é um agente coletivo.

Portanto, este julgamento resultou em um paradoxo doutrinário, que poderia ser resolvido apenas por um controle dos resultados das premissas de cada juiz, ou seja, a decisão final será resultado da combinação entre os resultados encontrados pela soma simples das premissas de cada juiz e não pela soma simples dos resultados finais encontrados por cada juiz. Os resultados seriam os seguintes:

	Obrigação?	Ação?	Responsável?
Juiz 1	Verdade	Verdade	Verdade
Juiz 2	Verdade	Falso	Falso
Juiz 3	Falso	Verdade	Falso
Maioria	Verdade	Verdade	Verdade

Todavia, esta decisão seria racional do ponto de vista dos juízes 2 e 3? Espera-se que de cada juiz decida segundo as preferências e crenças sobre o mundo que acreditem serem as verdadeiras, não apenas acidentalmente, mas de maneira confiável e fundamentada.

Assim sendo, é possível observar na passagem do nível da decisão individual (de cada juiz) para o nível da decisão coletiva (do Tribunal), a partir da função de agregação do julgamento da maioria, um comprometimento da decisão final do ponto de vista da racionalidade da Corte, uma vez que ela será incoerente e inconsistente, inclusive, com as preferências iniciais da maioria dos juízes²⁰.

b. O PROBLEMA DA RACIONALIDADE COLETIVA DO TRIBUNAL.

Diante das considerações expostas, é possível identificar um suposto problema de racionalidade coletiva do Tribunal quando suas preferências e crenças previamente estabelecidas não são observadas pelos juízes que a compõem.

De fato esse problema é resultado da operação inadequada da função de agregação, já que não é suficiente para agregar de tal maneira as decisões individuais dos juízes para fazer valer as crenças e preferências do Tribunal. Nesse sentido, duas considerações devem ser destacadas.

Primeiro, deve ser observada a autonomia da Corte em relação aos seus membros, pois, como já apresentado, a Corte deve se orientar em vistas à realização da razão pública, expressa na Constituição e materializada na sociedade como um todo – momento esse anterior à própria deliberação da Corte em cada julgamento e independente das decisões individuais de cada juiz. Tal fato evidencia, portanto, a necessidade de estabelecer uma função de agregação adequada capaz de atender e preservar, a um só tempo, essa exigência do Tribunal.

Segundo, em que pese considerar os juízes como um corpo colegiado que apresentam as mais diversas razões em seus votos, inclusive divergentes, ainda existe a exigência primordial de todo e qualquer voto proferido ser racional, compreendido aqui em relação as preferências e crenças de cada indivíduo. Caso contrário, quando não se observar a racionalidade dos seus membros, conforme a relação de superveniência necessária, não haverá nenhuma decisão racional da Corte.

Assim, por exemplo, como visto no paradoxo doutrinário, seria possível verificar que, segundo uma estrutura estabelecida para o procedimento de tomada de decisão, as preferências individuais de cada juiz deveriam ser ao menos racionais para que fosse agregada de tal forma capaz de materializar a racionalidade coletiva da Corte.

Para confirmar esta hipótese será retomado o paradoxo doutrinário apresentado acima. Será operada novamente a função de agregação majoritária com vistas a considerar o posicionamento de cada juiz sobre as premissas que lhes são submetidas, mas dessa vez será admitida a possibilidade de troca de argumentos entre os juízes de tal maneira que ocorra uma deliberação ótima e desejável que leve em consideração os interesses da Corte.

Assim sendo, será desejável que cada juiz explicithe as razões de seu posicionamento no caso, conforme argumentos claros e sinceros, e sobretudo racionais. Desta forma, seria possível admitir, por exemplo, que o juiz 2 fosse livremente convencido pelos seus pares que a ação de fato ocorreu e, portanto, teríamos o seguinte resultado:

	Obrigação?	Ação?	Responsável?
Juiz 1	Verdade	Verdade	Verdade
Juiz 2	Verdade	Verdade	Verdade
Juiz 3	Falso	Verdade	Falso
Maioria	Verdade	Verdade	Verdade

O resultado encontrado indica que a racionalidade coletiva da Corte foi preservada, mesmo tendo o juiz 1 divergido sobre uma das premissas. O aspecto desse julgamento que deve ser observado é que as preferências e crenças do Tribunal foram zeladas na medida em que foram consideradas para a formação das decisões individuais de cada juiz. Nessa perspectiva, considerando a sinceridade argumentativa a partir da dogmática pertinente ao caso, não houve nenhuma inconsistência na atuação da Corte.

Disso decorrem algumas ponderações. Em primeiro lugar, deve ser observado que para Petit o problema do paradoxo doutrinário se resolve com uma solução do tipo “tudo ou nada”, já que não seria possível preservar numa mesma estrutura as preferências das decisões individuais e a preferência da decisão coletiva. Trata-se de uma escolha relacionada à própria da estrutura que preservará a racionalidade individual (segundo caso apresentado) ou a racionalidade coletiva (terceiro caso apresentado, considerando a possibilidade de deliberação entre os pares). Nas palavras do autor:

“Expresso em sua forma mais geral, o dilema ilustrado nesses casos é que a coletividade de indivíduos que é solicitada a julgar sobre certos assuntos racionalmente interligados deve tomar uma difícil escolha de garantir ou não que a coletividade apresente razão para os padrões de julgamento que adota. Pode permitir uma tomada coletiva de decisões responsiva aos votos dos indivíduos sobre todas as questões, e assim permitir uma ausência de razão coletiva. Poderá também forçar razão coletiva pela redução da forma como a tomada coletiva de decisões é responsiva à votação individual. Em resumo, poderá individualizar ou coletivizar a razão e não pode haver as duas opções”²¹ (PETIT, 2001, p. 110, tradução nossa).

Em segundo lugar, essa discussão é uma questão sobre o *design* institucional ótimo, no sentido em que se busca esclarecer qual é a melhor estrutura organizacional do Tribunal que possibilite, a partir de dada função de agregação dos votos, a melhor decisão final. Ou seja, *a priori* o problema em questão não diz respeito ao conteúdo das decisões, mas sobre as estruturas e formas de tomada de decisão no Tribunal. Interessa investigar a maneira pela qual os juízes são individualmente agregados, numa dada estrutura²².

Para o propósito do estudo, defende-se a autonomia do Tribunal, com uma identidade própria, para evitar a associação e a manipulação dos seus membros. Aliás, seria possível afirmar que se fossem consideradas as próprias preferências e crenças da Corte sobre o mundo, a possibilidade de manipulação e o controle de inconsistências de seus membros seriam minimizadas pela própria estrutura.

É a estrutura de um Tribunal que deveria ser delineada de tal forma que possibilitasse fortalecer a autonomia desse agente coletivo como um todo, na qual seja capaz de reconhecer posicionamentos e padrões de ações (sobretudo discursivas²³) e, inclusive, segundo a leitura de Petit, ser responsável por suas ações.

Nesse diapasão, J. Rawls já defendia na obra *Liberalismo político* (1993) um papel atuante do Tribunal, verdadeiro agente coletivo, independente de seus membros, no sentido em que devia não apenas controlar a constitucionalidade das leis e exercer a jurisdição constitucional, mas também ser um paradigma institucional, determinando, em cada caso, o conteúdo da razão pública²⁴.

Diante do exposto, fica esclarecido porque o debate da Teoria da agência e seus desdobramentos no campo da Ciência Política e da Teoria do Direito importam para repensar

o papel e a atuação dos Tribunais. Isto porque se admitirmos o Tribunal como um agente coletivo, certamente se estará referindo a um agente com identidade e autonomia própria, independente de seus membros.

A teoria da agência fornece subsídios para essa discussão, sobretudo para enriquecer o debate do melhor *design* institucional e apontar caminhos para as reformas, segundo qualidades desejáveis em cada estrutura.

É dizer, no presente caso, a Teoria da agência busca apresentar um *design* organizacional ideal da estrutura do Tribunal, com capacidade de formar crenças verdadeiras sobre o mundo e, cumulativamente, lidar com as tendências dos seus membros com vistas a um agir estratégico, e ao mesmo tempo conseguir estabelecer espaços de deliberação autêntica e esferas de controle individual para os seus membros.

Apesar desse texto não avançar sobre a discussão de modelos de estruturas (o que demanda análise criteriosa da estrutura setorizada do Tribunal, discutindo e testando diferentes tipos de funções agregadoras, para indicar as qualidades desejáveis em cada caso) e nem discutir a importante questão da responsividade dos juízes perante a Corte, a proposta é delinear um espaço para a crítica e abrir caminho para a formulação de propostas de uma reformulação do Poder Judiciário que leve em consideração, sobretudo, a preocupação de discutir estruturas possíveis e desejáveis capaz de reforçar o Tribunal como agente coletivo.

Na seqüência será apresentada uma análise de casos práticos julgados pelo STF com o propósito de indicar algumas inconsistências na atuação deste Tribunal, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade concentrado. Será possível confirmar o comprometimento da sua caracterização como agente coletivo.

3. UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF EM CASOS DE CONTROLE CONCENTRADO

Ainda que a possibilidade da crítica seja limitada²⁵, o objetivo é investigar a possibilidade de responder se o STF é um agente coletivo a partir de um estudo do processo de decisão empreendido em dois casos julgados pela Corte.

A escolha por casos de controle concentrado se deve ao fato de geralmente serem apreciados pelo plenário do STF, que permite uma análise de processo deliberativo empreendido por todos os 11 Ministros que compõem a Corte, e também porque geralmente possuem grande repercussão no cenário político e social nacional. Os casos selecionados para

este fim são: *Caso desmembramento de municípios* – ADI nº2.395-1 e *Caso monopólio dos Correios* - ADPF 46, obtidos de outros trabalhos desenvolvidos sobre o tema da deliberação no Supremo Tribunal Federal (Klafke, 2010 e Machado, Cardoso e Vojvodic, 2009).

A análise apenas considerará o julgamento dos feitos pelo colegiado do STF. Isto é, será analisada apenas a maneira pela qual os ministros votaram nos casos. Não será posta em questão a qualidade das decisões e/ou dos votos - o que seria necessário recorrer à uma análise criteriosa de mérito, com o fim de analisar juridicamente os votos de cada juiz. Para tanto, além do regimento interno do Tribunal, será também importante considerar as leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, que dispõem, respectivamente, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O primeiro caso analisado será o *Caso Desmembramento de municípios*. A ação direta de inconstitucionalidade nº2.395-1 foi requerida pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul em face da Emenda Constitucional nº 15/1996, que deu nova redação ao §4º do artigo 18 da Constituição Federal²⁶. Alegava-se que a referida Emenda violaria o principio federativo, elevado a cláusula pétrea pelo artigo 60, §4º, inciso I, da Constituição Federal. É possível separar os argumentos da requerente da seguinte maneira:

- Não cabe à lei complementar federal regular o período dentro do qual seria possível a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios (primeira premissa), já que não existe nenhuma relação com o pleito eleitoral (premissa x);
- Não cabe à lei ordinária federal estabelecer os requisitos para as alterações territoriais dos municípios, já que se configura a usurpação da competência estadual (premissa y);
- A Emenda Constitucional nº 15/1996 é inconstitucional, tendo em vista a ofensa ao principio federativo (conclusão).

De início cumpre observar que a conclusão é verdadeira se alguma (ou ambas) das duas premissas (x e/ou y) forem verdadeiras. Cada ministro decide os fatos da seguinte maneira²⁷:

	Premissa X?	Premissa Y?	Inconstitucional?
Min. Relator Gilmar Mendes	Falso	Não se manifestou	Falso
Min. Cármen Lúcia	Não se manifestou	Não se manifestou	Falso
Min. Ricardo Lewandowski	Não se manifestou	Não se manifestou	Falso
Min. Eros Grau	Não se manifestou	Não se manifestou	Falso
Min. Carlos Britto	Falso	Não se manifestou	Falso
Min. Cezar Peluso	Não se manifestou	Não se manifestou	Falso
Min. Marco Aurélio	Verdadeiro	Não se manifestou	Verdadeiro
Min. Celso de Melo	Falso	Não se manifestou	Falso
Min. Sepúlveda Pertence	Não se manifestou	Falso	Falso
Min. Ellen Gracie	Não se manifestou	Não se manifestou	Falso
Min. Joaquim Barbosa		Ausente justificadamente	
Decisão²⁸	Não se manifestou	Não se manifestou	Falso

Considerações:

- Todos os ministros presentes na sessão decidiram, apesar da maioria não ter se manifestado sobre as premissas;
- Apenas cinco ministros se manifestaram sobre alguma das premissas x ou y, sendo que outros cinco não se manifestaram sobre nenhuma das premissas x ou y, apenas acompanharam o relator e um ministro estava ausente justificadamente;
- Nenhum ministro se manifestou em cada voto sobre todas as premissas alegadas pela requerida;

- Apesar da maioria dos ministros não terem se manifestado, o veredicto da Corte é apenas a soma simples e distinta da conclusão de cada ministro;
- Conclusão: A ação foi julgada improcedente, tendo em vista que a maioria dos ministros decidiram pela não inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº15/1996, mesmo que a maioria dos ministros não tenha se manifestado sobre as premissas.

O segundo caso analisado será o *Caso Monopólio dos Correios*. Em síntese, a ação proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED questiona a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 da Lei nº 6.538/78, que prevê o monopólio de entrega de correspondências no território nacional à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. As questões levantadas pelo Ministro Relator Marco Aurélio, e que foram abordadas por todos os demais Ministros, ainda que sob ângulos diferentes²⁹, foram:

- A natureza dos serviços postais (serviço público ou atividade econômica); e
- O regime de prestação (privilégio ou monopólio) dos serviços postais.

Duas novas questões foram acrescentadas ao debate no curso da votação, uma sendo prejudicial à outra, a saber:

- O conceito de carta; e
- A constitucionalidade dos tipos penais referentes à violação do monopólio do Estado sobre os serviços postais.

A primeira questão foi apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa³⁰ e somente foi abordada³¹ por outros três Ministros³², sem que fosse alcançado consenso entre eles³³. A segunda questão foi solucionada em debates orais, importando na anuência por unanimidade dos Ministros votantes ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes³⁴, mas permaneceu incerta devido à indefinição pelo colegiado sobre o conceito de carta. Sem saber quais condutas se enquadram como serviço postal, não há como saber quais atividades praticadas por empresas privadas serão consideradas crime.

A ação foi julgada improcedente por uma maioria de 6 Ministros³⁵. Por ter iniciado a divergência, o Ministro Eros Grau foi incumbido de redigir a ementa da decisão que, como se

sabe, condensa as soluções atribuídas ao caso pelo Tribunal. Todavia, ela não foi fidedigna aos votos dos Ministros que compuseram a corrente majoritária no caso³⁶.

Considerações:

- Todos os ministros presentes na sessão decidiram e se posicionaram sobre as questões apresentadas pelo Ministro Relator;
- Apenas 4 dos 10 Ministros³⁷ se posicionaram sobre o conceito de carta, sendo que somente 2 deles compuseram a corrente vencedora e não houve formação de consenso sobre a questão;
- A constitucionalidade dos tipos penais foi abordada por todos os Ministros em debates orais, mas restou irresolvida devido à falta de solução sobre o conceito de carta, que era prejudicial a este debate.
- O veredicto da Corte é apenas a soma simples e de conclusões distintas de cada ministro;
- A ementa não foi fidedigna aos votos dos Ministros que adotaram a posição majoritária do caso;
- Conclusão: A ação foi julgada improcedente, tendo em vista que a maioria dos ministros decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 6.538/78, mesmo que tenham restado irresolvidas questões em debate. Além disso a decisão final veiculada não foi fidedigna aos votos dos Ministros que compuseram a corrente majoritária do caso.

Diante do exposto, é possível perceber que em ambos os casos faltou unidade institucional e decisória que permitisse apontar uma identidade própria e autonomia da Corte. Houve, quando muito, uma simples somatória de votos individuais e isolados dos Ministros.

O resultado dos casos consistiu em uma somatória da solução final atribuída ao caso por cada um dos Ministros³⁸, sem que para isso fossem consideradas as *ratio decidendi* adotadas. No caso *Desmembramento de municípios* a maioria dos Ministros decidiu sem ter se manifestado especificamente sobre as questões em debate, o que *per se* já demonstra uma ausência de racionalidade no processo decisório. No caso *Monopólio dos correios* o quadro é ainda mais dramático: além de alguns Ministros não terem manifestado especificamente sobre as questões em debate, houve premissa que nem sequer foi considerada pela maioria do pleno.

Esta conduta de os Ministros se limitarem a apenas acompanhar o voto de outro Ministro é autorizada pelos artigos 22, da lei nº 9.868 e 11, da Lei nº 9.882, que permitem seja proclamada a decisão em ADI e ADPF se num ou noutro sentido tiverem se manifestado pelo menos seis ministros. No mesmo sentido, os artigos 21, da lei nº 9.868 e 9º, da Lei 9.882, requerem a presença de pelo menos oito ministros na sessão de julgamento.

Não há nas mencionadas leis exigência de troca de argumentos entre os ministros e tampouco é evidenciada a necessidade de uma deliberação autêntica no interior do Tribunal. Há apenas a exigência de que seja atendido um requisito de formalidade da lei (exigência de formação de *quorum*) para que a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal seja legitimada.

A análise das determinações constantes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal referentes ao julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade apenas corrobora este entendimento. O procedimento de julgamento em plenário está disposto no artigo 135 do mencionado diploma legal e determina que, após a leitura do relatório e do voto do Ministro Relator, os demais Ministros apresentarão seus votos na mesma ordem inversa de antiguidade (o primeiro a votar, após o relator, é o ministro mais novo na Casa, e o último, antes do presidente, é o mais antigo) e individualmente. Quando não houver pedido de vista dos autos (art. 134), a sessão de julgamento deverá iniciar e encerrar na mesma sessão (art. 139). A decisão será proferida logo após a decisão, e a ementa será redigida pelo relator ou relator para o acórdão (art. 96)³⁹. Atualmente, algumas práticas que promovem espaço para deliberação prévia entre os Ministros têm sido ocasionalmente adotadas, mas não há determinação legal que preveja tal possibilidade⁴⁰.

Assim sendo, o procedimento de julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade previsto no Regimento Interno não estimula a troca de argumentos entre os Ministros. Não surpreendentemente, normalmente não há deliberação durante a sessão ou, quando há, nem sempre significa a redução do dissenso entre os Ministros (Klafke, 2009, pp. 113 a 117). Na prática, e também porque não há nenhum estímulo institucional que incite o contrário, os ministros elaboram seus votos nos gabinetes e os levam prontos para a sessão de julgamento. Não há verdadeira argumentação ou tentativa de alcançar um consenso interno que permita a identificação de um posicionamento institucional da Corte. Em outras palavras, não há preocupação em estabelecer uma razão pública ou uma *ratio decidendi* do Tribunal.

Para o propósito deste artigo, a maneira como o STF tem se manifestado pode ser compreendida como resultado de um déficit de agência coletiva, no sentido de que inexistente estrutura suficientemente capaz de fomentar a adoção de uma decisão institucional e autônoma. O déficit de agência é um problema de desenho institucional porque o Tribunal não possui, sendo as normas que regem sua atuação, a capacidade ou estímulo suficientes para ser um agente autônomo em relação aos seus ministros.

A pretensão da crítica ora realizada ainda é inicial, uma vez que a análise se concentrou em apenas dois exemplos. Talvez esta conclusão possa ser estendida pela realização de outros estudos de caso que busquem verificar a ocorrência destes e outros vícios de agência do Tribunal. Além disso, neste momento não houve a pretensão de discutir o impacto da atribuição da qualidade de agência coletiva ao STF, sobretudo no impacto sobre sua relação com os demais Tribunais, com as partes do processo e com a necessidade de tutela jurisdicional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUEM DE FATO É O STF? DA NECESSIDADE DO EXAME DAS ESTRUTURAS DA CORTE.

O propósito do texto foi, a partir da teoria da agência, indicar a dificuldade de identificar quem de fato é o STF. Afinal, a dificuldade está em conseguir verificar, pela sua atuação, se essa Corte consegue corresponder às suas próprias preferências e crenças – já estabelecidas na Constituição, nos variados diplomas legislativos e na própria sociedade, naquilo que ficou apresentado nesse artigo como a razão pública de Rawls e na noção do romance em cadeia de Dworkin.

Nesse sentido, esse artigo propõe mais uma variável a ser considerada pelas diversas pesquisas que se preocupam em discutir os principais problemas do STF: a necessidade de examinar a estrutura da Corte. Apenas a título de exemplo, é possível perceber como o problema estabelecido no artigo “*Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*”, de Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso, segundo o qual haveria um déficit democrático no STF, tendo em vista a falta de transparência decisória e de uma suposta ausência de cultura de respeito aos precedentes, poderia ser enriquecido com o referencial da teoria da agência idealizada pela área da ciência política. Seria evidenciado que o suposto déficit democrático, no limite, decorre do próprio déficit de agência coletiva relacionada ao próprio funcionamento da Corte.

Os fundamentos teóricos abordados nesse trabalho são recentes e exigem uma maior reflexão para concluir posicionamentos mais substantivos. Todavia, o propósito deste trabalho foi explicitar um novo caminho, a partir da teoria da agencia, para repensar a atuação do STF. Em que medida as estruturas precisariam ser reformadas?

Esse texto não se propôs a desenvolver um posicionamento propositivo, mas apenas indicar a existência de uma incompreensão: saber quem é o STF. Mesmo não tendo pretendido responder a este questionamento, o artigo concluiu que o STF, da forma como estruturado por seu regimento interno, não é um agente coletivo por não possuir uma racionalidade própria. Resta identificar quais seriam as mudanças estruturais e decisórias necessárias para que o STF se apresente como um verdadeiro agente.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

DWORKIN, Ronald. “*Law as interpretation*”. Texas Law Review, v. 60, p. 527-550, 1982.

_____. “*O império do Direito*”. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JESSEN, M; MECKLING, W. “Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure”. Journal of financial economics, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976 (tradução disponível na Revista de Administração de Empresas FGV-SP, v. 48 – n 2. abril – junho, 2008).

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, A. M. F.; VOJVODIC, A. M.; CARDOSO, Evorah Lusci Costa . “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”. Revista Direito GV, v. 5, p. 21-44, 2009. Disponível em < <http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/>>

KLAFKE, Guilherme Forma. “Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal”. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP < http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164>

MORCK, R.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. “Management ownership and market valuation: an empirical analysis”. *Journal of financial economics*, v. 20, n. 1/2, p. 293-315, 1988 (tradução disponível na *Revista de Administração de Empresas FGV-SP*, v. 48 – n 2. abril – junho, 2008).

PETIT, Philip. *A theory of freedom: from the psychology to the politics of agency*. New York: Oxford University Press, 2001.

PETIT,P; LIST, C. *Group Agency: The possibility, design and status of corporate agents*. New York: Oxford University Press, 2011.

RAWLS, John. “The idea of public reason revisited”, *University of Chicago Law Review* 64 (1997): 765-807.

_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da . “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

¹Apesar desse artigo não se preocupar em analisar objetivamente a literatura jurídica nacional acerca do assunto, o leitor interessado poderá consultar os trabalhos de Virgílio Afonso da Silva (2009), Conrado Hübner Mendes (2011) e pesquisas desenvolvidas por núcleos de estudos constitucionais, tais como o Núcleo de Justiça e Constituição da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e a Sociedade Brasileira de Direito Público.

² Um indicativo do argumentado pode ser encontrado pela análise dos números de novos processos conhecidos no Estado de São Paulo, onde nos últimos três anos o número de ações conhecidas é elevado em comparação aos demais Estados. Assim, por exemplo, no ano de 2009 foram conhecidos no primeiro grau 2.565.581 processos e em 2010 foram conhecidos 2.439.691. Os altos números indicam que o índice de congestionamento ainda é elevado e reforçam a necessidade de implementação e investimento na disseminação de novos meios de solução de conflitos, como os exemplos da arbitragem, mediação e conciliação. Tais dados podem ser acessados pelos relatórios do justiça em números do Conselho Nacional de Justiça, disponíveis em <www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios> (acessado em 18 de agosto de 2012).

³Isto é perceptível pela verificação da quantidade de processos ajuizados, que em 2007 somou 112.938 processos e 66.873 em 2008. Embora tenha havido uma queda drástica no número de processos, o número continua elevado. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> (acessado em 18 de agosto de 2012).

⁴ Para uma boa compreensão do tema, o leitor interessado poderá consultar artigos de Conrado Hübner Mendes sobre o desempenho deliberativo do STF como uma ferramenta necessária para avaliação e aperfeiçoamento da adjudicação constitucional.

⁵ Como pode ser observado pela seguinte colocação: “(...) potencial deliberativo de Cortes Constitucionais e defender que a maximização do desempenho é um valor a ser perseguido independentemente de outras cogitações a respeito do melhor arranjo institucional da democracia.” (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 347).

⁶ Sobre essa noção destaca-se o seguinte posicionamento de Rawls: “*The Idea of public reason specifies at the deepest level the basic moral and political values that are to determine a constitutional democratic government’s relation to its citizens and their relation to one another. In short, it concerns how the political relation is understood (...) It is imperative to realize that the idea of public reason does not apply to all political discussions of fundamental questions, but only to discussions of those questions in what I refer to as the public political forum. This forum may be divided into three parts: the discourse of judges in their decisions, and especially of the judges of a supreme court; the discourse of government officials, especially chief executives and legislators; and finally, the discourse of candidates for public office (...)*” (RAWLS, 1997, p. 767)

⁷ Não basta a deliberação externa dos ministros com a sociedade civil, por meio das consultas com entidades de classes, audiências públicas, *amici curie*, ou até mesmo a cobertura televisionada das sessões. Não se questionam essas possibilidades, porém o problema está justamente na relação entre os ministros, isto é, na troca de argumentos e no processo decisório do STF.

⁸ Artigo publicado na Revista Direito GV, São Paulo, n.º. 9., Jan. – Jun. 2009. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/>>

⁹ As autoras consideram alguns problemas no julgamento do STF. “*Primeiro, a dificuldade dos próprios ministros em identificar qual é a questão em discussão. Cada ministro decide sobre um ponto e não há a formação de rationes acerca do mesmo problema. Segundo, o ministro relator não consegue identificar quais foram as rationes de seus colegas e, portanto, não consegue identificar qual foi a ratio decidendi do julgamento, considerando somente a sua como prevalecente*” (MACHADO; VOJVODIC; CARDOSO, 2009, p. 35).

¹⁰ Apesar de não ser abordado nesse artigo, é importante destacar que essa problemática também se desdobra em outra, a saber, a responsividade das decisões proferidas por cada Ministro com a racionalidade da Corte. A responsividade consiste no comprometimento das decisões individuais de cada juiz com a racionalidade coletiva da Corte. É fundamental que cada juiz se preocupe com o propósito da Corte ao se posicionar diante de um novo caso para que seja garantida a racionalidade coletiva e as consequentes clareza e consistência de atuação da Corte.

¹¹ Nesse contexto, a voz única consiste em um posicionamento único da Corte. Isto não significa que a decisão deverá ser veiculada como uma decisão institucional que não demonstre o posicionamento de cada juiz. Não se está defendendo que a decisão deverá ser veiculada de tal ou qual modo, mas que, independentemente de serem publicados ou não os votos dos juízes, que seja possível identificar qual é exatamente o resultado da deliberação coletiva.

¹² A formulação inicial e de maior destaque da noção de agência foi no estudo em *Law & Economics*, com os trabalhos de Jesen e Meckling (1976) e depois com Morck, Shleifer e Vishny (1988). O propósito era discutir formas ótimas para diminuir os custos da agência. Trata-se de uma discussão específica no desenvolvimento da linha de pesquisa em governança corporativa, com o objetivo de resolver os problemas das alocações de capitais entre os acionistas e dos objetivos conflitantes de participantes individuais. Cumpre esclarecer que a teoria da agência de Jesen e Meckling não contribui muito para verificar se um Tribunal é ou não um agente coletivo. Segundo os autores, a empresa não é um indivíduo, mas apenas uma ficção legal que serve como foco para um processo complexo, no qual os objetivos conflitantes dos indivíduos são trazidos ao equilíbrio dentro de uma estrutura de relações contratuais. Todavia, os autores iniciam a discussão pelo fornecimento de uma definição clara de agência enquanto um contrato no qual uma ou mais pessoas engajam outra pessoa (o agente) para desempenhar alguma tarefa em seu favor, envolvendo a delegação de autoridade para a tomada de decisão pelo agente. Ainda assim, é possível, nesses termos, começar a pensar o Tribunal a partir do seu *design*, isto é, como uma estrutura organizacional que cumpre funções

Cumpre observar que a discussão sobre identidade e autonomia está totalmente excluída com Jesen e Meckling, já que para esses autores a questão da agência é resolvida contratualmente.

¹³ Nesse mesmo sentido Petit esclarece: “*Groups or groupings that collectivize reason may be usefully described as integrations of people, or integrated collectivities, or perhaps social integrates. This way of speaking emphasizes the fact that the collectivity involved integrates members into collective patterns of judgment and decision that respect the demands of reason at the collective level. It sounds a contrast with those groups and groupings that do not reason at all or that individualize the use of reason. These we naturally describe as aggregations of people, or as aggregated collectivities, or just as aggregates*” (PETIT, 2001, p.113).

¹⁴ Petit e List reforçam esse entendimento: “*To count as an agent, a group must exhibit at least a modicum of rationality. And so its members must find a form of organization that ensures, as far as possible, that the group satisfies attitude-to-fact, attitude-to-action, and attitude-to-attitude standards of rationality*” (PETIT; LIST, 2011, p. 36). Importante perceber que nesse referencial teórico a compreensão da racionalidade está ligada com o

padrão de funcionamento ou performance do agente, conforme suas preferências e crenças em dado espaço e tempo.

¹⁵Texto original: “*What, then is a ‘group agent’? It is a group that exhibits the three features of agency, as introduced above. However this is achieved, the group has representational states, motivational states, and a capacity to process them and to act on that basis in the manner of an agent. Thus the group is organized so as to seek the realizations of certain motivations in the world and to do so on the basis of certain representations about what that world is like. When action is taken in the group’s name – say, by its members or deputies – this is done for the satisfaction of the group’s desires, and according to the group’s beliefs.*”

¹⁶Esse aspecto é interessante já que a autonomia epistemológica do agente coletivo não deve ser confundida com a sua ontologização, já que nesse último caso dependente dos seus membros para existir de fato. Petit e List esclarecem o importante ponto: “*While the agency achieved by a group supervenes on the contributions of its members – while it is not ontologically autonomous – it is autonomous in another related sense (...) The autonomy we ascribe to group agents under our approach is epistemological rather than ontological (...) This is because the beliefs and desires of a group agent generally supervene on the beliefs and desires of its members only in a holistic manner that allows the group’s attitudes on some propositions to come apart from its members’ attitudes on them.*” (PETIT;LIST, 2011, p. 76)

¹⁷A superveniência é explicada como uma relação de dependência. Os autores apresentam: “*Formally, we say that one set of facts, say B supervenes on another, say A, if and only if, necessarily, fixing the A-facts also fixes the B-facts*” (PETIT; LIST, 2011, p.65).

¹⁸Petit e List definem a função de agregação da seguinte maneira: “*(...) an aggregation function is a mapping that assigns to each profile of individual attitudes towards the propositions on the agenda, the collective attitudes towards these propositions, which are also modeled as an assignment of Yes’s and No’s to them*”. (PETIT;LIST, 2011, p.48)

¹⁹Esta é, inclusive, a função de agregação utilizada pelo STF no julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

²⁰O interesse destacado é justamente a responsabilidade dos juizes, já que também prevalece uma inconsistência do ponto de vista da decisão final isto porque os juizes 2 e 3 não acreditavam que o acusado era responsável. Nesse mesmo sentido Petit apresenta a dificuldade: “*It consists in the fact that the standard practice whereby judges make their individual decisions on the case, and then aggregate their votes, can lead to a different result from that which would have ensued had they voted instead on whether the relevant considerations obtained, and let those votes dictate how the case should be resolved*” (PETIT, 2001 p.106).

²¹Texto original: “*Stated in its most general way, the dilemma illustrated in these cases is that a collectivity of individuals which is required to judge on certain rationally connected issues has to make a hard choice as to whether or not to ensure that the collectivity displays reason in the pattern of judgments it makes. It may let collective decision-making be responsive to the votes of individuals on every issue, thereby allowing collective unreason. Or it may enforce collective reason by reducing the extent to which collective decision-making is responsive to individual voting. In short, it may individualize reason or it may collectivize reason and it cannot have it both ways*”

²²Função de agregação e estrutura não se confundem: “*It is one thing to map out the logical space of possible aggregation functions a group may use to generate its intentional attitudes, as we have done in the last chapter. It is another to identify actual organizational structures by which a group can implement a given aggregation function as an agent*” (PETIT e LIST, 2011, p. 60).

²³De maneira geral, quando se passar a admitir discursivamente a existência do Tribunal, é possível reconhecê-lo como um agente coletivo. O autor diz: “*They will be persons and selves so far as they are capable of entering discourse with others as conversable interlocutors: in particular, capable of giving their world on various matters and then living up those words. I argued that any such collective subject can enjoy freedom in person, self and action. It will be a free person so far as it enjoys discursive control in its relations to other persons, individual and institutional*” (PETIT, 2001, p. 124).

²⁴Na sua obra Rawls parte da seguinte constatação: “*Observei no início que, num regime constitucional com revisão judicial, a razão pública é a razão de seu supremo Tribunal. Esboço agora duas questões a esse respeito: a primeira é que a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do Tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, mas não o de intérprete último da lei mais alta, e a segunda é que o supremo Tribunal é o ramo do Estado que serve de caso exemplar de razão pública*” (RAWLS, 1993, p. 281).

²⁵Considera-se limitada a crítica porque realizada mediante a análise de apenas dois casos julgados pelo STF, bem como seu regimento interno e as Leis nº 9.868 e nº 9.882/99.

²⁶Nova redação atribuída ao §4º do artigo 18 da Constituição é “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar

federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei."

²⁷ Para esclarecimento, os ministros que acompanharam o voto do Ministro Relator foram considerados como "não se manifestou", já que o fato de acompanhar o voto do relator pode significar apenas que segue com o resultado, e não necessariamente que concorda com as razões apresentadas. Além disso, em muitos votos, a fundamentação não segue nenhuma ordem de exposição, o que dificulta localizar expressamente às premissas X e Y e, portanto, para não prejudicar a análise foram consideradas como referência as premissas quando o ministro no voto se referiu aos termos "lei complementar federal" e/ou "lei ordinária federal" dentro do contexto da alegação feita pela requerida. Reitera-se que não foi dada atenção a qualidade do voto, mas apenas a sua articulação em relação às premissas suscitadas na ação. Aliás, nesse último ponto apenas para destacar que o Min. Relator Gilmar Mendes recorreu e transcreveu as manifestações da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da República e do voto do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI nº 2.381-1/RS. O voto da Min. Ellen Gracie não consta no inteiro teor do acórdão e, portanto, também foi considerado como "não se manifestou".

Por fim, apesar da maioria dos ministros não terem se manifestado sobre as premissas, todos que participaram da sessão votaram, já que seguiram o voto que julgou improcedente a ação.

²⁸ Segue a íntegra da decisão, apresentada no extrato de ata: "*O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Fernando Bolzoni e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli. Plenário, 09.05.2007*".

²⁹ O Ministro Relator, Marco Aurélio, se manifestou pela procedência da ação com fundamento em dois argumentos principais: *i*) o enquadramento de determinada atividade como serviço público ou atividade econômica varia conforme o contexto histórico. No caso específico da entrega de correspondências, o Ministro considerou que a atividade somente se manteve como monopólio enquanto não havia empresas privadas capacitadas para prestar o serviço, fato que não corresponde mais à realidade e que justifica a superação do monopólio e abertura do mercado, e *ii*) a natureza da prestação estatal do serviço postal deveria ser subsidiária à prestação do serviço pela iniciativa privada. Aduz que situações em que o Estado deve prestar serviços diretamente e em regime de monopólio são previstas expressamente na Constituição, o que não é o caso dos serviços postais. Assim, cabe ao Estado prestar tais serviços somente quando a iniciativa privada for ineficiente na sua prestação.

O segundo Ministro a votar foi o Min. Eros Grau que, embora tenha analisado as mesmas questões que o Ministro Marco Aurélio, iniciou a divergência e foi seguido pela maioria dos demais Ministros da Corte, motivo pelo qual se tornou relator para acórdão. No seu entender, os serviços postais são de natureza pública e devem ser prestados exclusivamente pela União em regime de privilégio.

³⁰ Após já terem votado os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau.

³¹ Nesse caso, os Ministros que não se manifestaram sobre o assunto nem mesmo se posicionaram sobre o tema em sua decisão final, ou seja, nem ao menos seguiram o posicionamento de algum outro Ministro que fundamentou seu posicionamento sobre o assunto.

³² Manifestaram-se sobre o assunto os Ministros Carlos Britto, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

³³ Para o Ministro Joaquim Barbosa, o conceito de carta está claramente definido no artigo 47 da Lei nº 6.538/78 e que, devido ao termo "comercial" contido no texto do mencionado dispositivo legal, estão incluídos no conceito os "*boletos bancários e notificações para cobrança de débitos, faturas de consumo de gás, luz e outras, bem como qualquer correspondência que contenha informação de interesse específico do destinatário*" (Supremo Tribunal Federal, ADPF 46, julgado em 5 de agosto de 2009, pg. 90). Para o Ministro Carlos Britto, o conceito de carta abrange atividades envolvendo comunicações privada e telegráfica, estando excluídas as atividades mercantis. Os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, por sua vez, consideraram deveras amplo o conteúdo do artigo 47 da Lei 6.538/78 e excluíram do conceito de carta os periódicos, jornais e boletos.

³⁴ O Ministro argumentou que o mencionado tipo penal se refere unicamente às condutas não autorizadas pela Lei nº 6.538/78 e que seu conteúdo deveria ser compreendido em conjunto com o conteúdo do artigo 9º da mesma Lei.

³⁵ Os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Carmen Lúcia julgaram improcedente a ADPF, o Ministro Marco Aurélio a julgou totalmente procedente e os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandoswki e Celso de Mello a julgaram procedente em parte.. O Ministro Carlos Britto modificou seu posicionamento após debates ocorridos durante a sessão do julgamento e acabou por acompanhar o posicionamento do Min. Eros Grau para julgar improcedente a ação.

³⁶ A ementa atribuiu natureza pública ao serviço postal, declarou que sua prestação deverá ser realizada exclusivamente pela União em regime de privilégio, e determinou que o tipo penal previsto no artigo 42 da Lei

6.538/78 deverá ter sua aplicação restrita ao conteúdo do artigo 9º da mesma Lei. Não houve menção ao debate acerca do conceito de carta.

³⁷ O Ministro Menezes Direito se declarou suspeito para apreciar a causa.

³⁸ A solução final consiste na declaração de “procedente, improcedente ou procedente em parte”.

³⁹ Haverá relator para acórdão quando o Ministro Relator restar vencido.

⁴⁰ Recentemente tem sido adotada a prática de envio pelo Ministro Relator aos demais Ministros de relatório sobre as principais questões debatidas no caso, e em algumas oportunidades os Ministros se reuniram previa e secretamente para debater alguns casos (Klafke, 2009, pp. 12 e 13).