

A DISSIDÊNCIA COMO VALOR À COLEGIALIDADE: UM EXAME SOBRE A ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DE VOTOS DISSIDENTES PARA A LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES EM TRIBUNAIS

THE DISSENT AS A VALUE TO COLLEGIALITY: NA EXAMINATION ABOUT ARGUMENTATION AND REASONING OF DISSIDENTING VOTES TO THE LEGITIMACY OF DECISIONS IN COURTS



Recebimento em 03/12/2020
Aceito em 20/01/2021

Ricardo Tinoco de Goes¹

RESUMO

Pelo presente artigo busca-se estudar o valor do voto dissidente nos julgamentos realizados pelos Tribunais, precisamente para o fim de assegurar legitimidade democrática às decisões que são tomadas a partir da adoção do princípio da colegialidade. Aponta-se que a fundamentação das decisões judiciais é fruto da atividade interpretativa, enquanto que a justificação pública de seus conteúdos resulta da argumentação voltada à persuasão. Defende-se que a invocação da colegialidade, a fim de que a minoria composta por votos dissidentes adira à maioria de votos convergentes, somente possa ocorrer quando tanto a fundamentação, como a argumentação, contidas nos votos em divergência, sejam recolocadas em discussão, a fim de que fundamentos e argumentos uniformes, que muitas vezes compõem essas minorias dissidentes, possam influenciar as posições majoritárias que, não raro, são firmadas com base num heterogêneo modo de interpretar e de argumentar juridicamente. Propõe-se, assim, que os julgamentos, segundo a tradição, proferidos por simples soma de votos, resultem da construção discursiva que também leve em conta os argumentos lançados em dissidência, ainda que do debate, assim travado, possam emergir novas razões que os superem, tornando possível, então, que prevaleça, legitimamente, o princípio da colegialidade.

Palavras-chave: Dissidência. Tribunais. Colegialidade. Legitimidade. Decisão.

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UFRN, Professor Adjunto IV do Curso de Direito da UFRN, Departamento de Direito Processual e Propedêutica.

ABSTRACT

Through this article, the value of the dissenting vote on trials at Courts is searched, precisely for the means of assuring democratic legitimacy to the decisions which are taken as of the adoption of the collegiality principle. It is stated that the reasoning of judicial decisions is a fruit of the interpretative activity, whereas public justification of its contents is a result of the argumentation directed to persuasion. It is defended that the invocation of collegiality, in order to make the minority composed by dissenting votes adhere to the majority of converging votes, can only occur when both reasoning and argumentation, contained within the votes in divergence, are replaced in discussion, so as to allow uniform reasoning and arguments to influence majority position, that often are firm based on a heterogeneous way of juridical interpretation and reasoning. It is, therefore, proposed that the trials uttered by the simple addition of votes, according to tradition, result of the discursive construction that also takes in consideration the casted arguments in dissent, even if from the debate, held in such a manner, can emerge new reasons that overcome them, making it possible, thus, the prevail of the collegiality principle with legitimacy.

Keywords: Dissent. Courts. Collegiality. Legitimacy. Decision.

1 INTRODUÇÃO

Dedica-se o presente estudo a tratar do valor intrínseco presente nos argumentos que compõem os votos dissidentes nos julgamentos empreendidos por Cortes e Tribunais, tendo em vista a composição de votos outros que por convergirem em suas conclusões, terminam por integrar as maiorias constitutivas nos julgamentos proferidos em segundo grau de Jurisdição.

Em princípio, examinaremos o que significa a dissidência, quando em mira uma Teoria da Decisão Judicial que se centra na diferença entre fundamentar e argumentar sobre conteúdos fáticos e jurídicos. Com isso, o estudo se desenvolverá denotando a não incomum possibilidade de julgamentos por maioria exteriorizarem um número menor de razões homogêneas no conjunto dos votos majoritários, em detrimento de um número maior dessas razões no total de votos minoritários, o que se presta a indicar o paradoxo entre a quantidade dos votos proferidos e o conteúdo constitutivo de cada um deles.

Mais ainda acentuada é essa percepção quando se verifica a não incomum hipótese de que, malgrado convirjam sobre alguns fundamentos, os votos majoritários terminam externando

argumentos discrepantes quando da adução de suas razões orais, explorando aspectos sobre a mesma fundamentação que não concorrem para uma mesma linha de coerência e coesão, tornando, com isso, frágeis as conclusões a que chegam.

De outra banda, aqueles proferidos em minoria, por muitas vezes convergirem tanto em relação aos fundamentos, como com referência aos argumentos lançados em debate, fazem denotar uma uniformidade de sentido que não é, por igual, percebida nos votos que se somaram para constituir a maioria.

Com esteio nesses aportes, o ponto a abalçar a finalidade almejada pelo estudo é, então, a apresentação de uma reflexão sobre a legitimidade da decisão judicial colegiada que, inobstante atenda ao princípio majoritário para a proclamação do seu resultado, termina muitas vezes por conter maior uniformidade, seja nos fundamentos, seja nos argumentos, dos votos exarados em minoria. Isso se verifica a considerar a conclusão sobre o provimento ou não da espécie recursal, bem assim sobre o acolhimento ou não do objeto da demanda, pelo Tribunal, quando do uso de suas competências recursal e originária, respectivamente.

Em linha com esse propósito, buscará ainda a pesquisa sustentar, já em face da uniformidade possível antevista nos fundamentos e argumentos que compõem a minoria dissidente, que o pleito de um julgamento colegiado, fundado na premissa da unanimidade e em respeito à colegialidade, para ser adotado com a frequência com que ocorre em países como Brasil e para bem atender ao primado da legitimação das decisões judiciais, teria que pôr a fundamentação e a argumentação que sediam os votos dissidentes em renovado ambiente discursivo, a fim de que suas razões, muitas vezes lançadas já ao final do julgamento, possam ser postas ao crivo da dialeticidade inerente ao ato de julgar.

Aqui não serão enfrentados aspectos relevantes, igualmente relacionados ao tema pesquisado, como as soluções a advirem da adoção do chamado voto médio ou, ainda, a estilização do procedimento de decisão colegiada a depender da classificação do ato decisório, se *per curiam* ou *per seriatim*, em especial porque a pesquisa rumará para conclusões que independem de um ou de outro modelo para a prolação de julgamentos colegiados.

O propósito central será, basicamente, trilhar um percurso que, ao final, poderá oferecer conclusões voltadas a promover o caráter deliberativo e argumentativo de votos dissidentes que, sem embargo de serem previamente fundamentados, devem ser dispostos à finalidade de bem servirem à construção legítima da decisão colegiada no ambiente jurisdicional das Cortes e Tribunais do país.

2 SOBRE A INTERPRETAÇÃO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS: BREVISSIMAS

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO SIGNIFICADO DE FUNDAMENTAR E DE JUSTIFICAR DECISÕES JUDICIAIS

Por imperativo constitucional presente em muitas Constituições Republicanas, os julgamentos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos e fundamentadas as razões de decidir.

No Brasil, igual impositividade encontra-se presente no texto maior, a partir da dicção contida no art. 93, IX, cuja literalidade faz elevar os fundamentos jurídicos das decisões judiciais ao patamar da essencialidade, isto é, ao plano do que se mostra irrefragável e imprescindível à própria validade normativa desses atos de poder.

Ocorre que a previsão constitucional, por confortar-se ao sentido normativo, como dito, e por relacionar a fundamentação à validade da norma extraída da decisão judicial, requer o devido cuidado, em especial no tocante à identificação dos objetos que compõem tais fundamentos.

Dessa percepção ergueu-se, no âmbito da Teoria da Decisão Judicial, a definição de que na fundamentação das decisões provenientes do Poder Judiciário encontram-se as *razões de decidir*, isto é, o conjunto de elementos alusivos ao convencimento judicial sobre as teses jurídicas expostas pelos sujeitos do processo e que decorrem da interpretação que o órgão jurisdicional realiza sobre os fatos e os fundamentos constitutivos, respectivamente, da causa de pedir exposta pela parte demandante e da sua correspondente resistência, retratada no exercício concreto do direito de defesa pela parte demandada.

Assim, a interpretação, enquanto atividade de atribuição de sentido aos fatos e ao direito deduzidos em Juízo, refere-se diretamente à fundamentação que deve integrar, por imposição constitucional, o ato de decidir. Na tradição, ela corresponde à finalidade devotada à fixação do sentido e do alcance das regras jurídicas, a partir do caso concreto posto em julgamento (MAXIMILIANO, 1961, p. 23). Já na contemporaneidade atine ao desvelamento desse sentido, a partir da fusão de horizontes que se dá por meio da linguagem como condição de possibilidade para a interpretação do sujeito intérprete (PASQUALINI, 2005, p. 175).

Ao interpretarem as regras e também os princípios jurídicos, juízes e tribunais terminam por expressar, seja por uma ou por outra via, o sentido normativo a preponderar no julgamento mesmo e, por consequência, por construir, em desdobramento, um novo conteúdo normativo, agora endereçado diretamente à situação concreta que mobilizou o aparato jurisdicional do Estado e que se fez materializado por intermédio do processo.

Acontece que esse imbricamento entre *interpretação e fundamentação* atende à exigência constitucional citada, mas apenas parcialmente, isso a considerar a natureza republicana da Carta

Constitucional e o atendimento ao interesse público primário a que o modelo democrático de Estado visa tutelar.

Ao se agregar àquela forma de Estado à informação democrática para o exercício dos poderes constituídos, elemento de definição intrínseco que igualmente se associa às Repúblicas Constitucionais, a dualidade interpretação/fundamentação mostra-se insuficiente, passando a exigir da atividade cometida ao Poder Judiciário outra espécie de compromisso, igualmente endereçado ao interesse público, mas agora sediado no plano da *justificação pública* (POGREBINSCHI, 2005, p. 450) das decisões judiciais.

A tarefa de justificar, ainda que também relacionada à exposição das razões que servem de base para a prolação das decisões judiciais, está, de sua vez, atrelada ao exercício não mais da interpretação, mas essencialmente da *argumentação judicial*, daí a necessária distinção a realizar-se entre interpretar e argumentar² sobre o Direito, tendo em mira a reserva constitucional de prover a resolutividade dos conflitos jurídicos marcados pela veiculação de uma pretensão juridicamente resistida.

Justificar uma decisão judicial, então, é oferecer razões estabelecidas em forma de argumentos jurídicos e estes, de sua vez, são proferimentos linguísticos lançados a partir de outras razões, também apresentadas pelos demais sujeitos do processo. Assim ocorre porque no processo são lançadas razões estilizadas dialeticamente e que, por força do contraditório e da isonomia de oportunidades, são sucessivamente postas em debate, a partir das manifestações oferecidas de parte a parte.

Diferenciam-se, substancialmente, fundamentação e justificação das decisões judiciais,

²Essencial se afigura no presente estágio do desenvolvimento da Teoria do Direito a definitiva compreensão acerca da distinção ontológica entre interpretar e argumentar juridicamente, em especial para uma adequada formulação em torno da Teoria da Decisão Judicial. À parte as diferenças marcantes que distanciam as denominadas Escolas da Hermenêutica Jurídica, há um ponto que as une, desde a defesa de uma interpretação mecanicista e ultranormativista radicada na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, como nos adverte Norberto Bobbio, até a vertente da Hermenêutica Filosófica de Hans Georg-Gadamer, como bem ressalta Lênio Streck. Referimo-nos ao liame mantido entre a tarefa de interpretar e a de oferecer as bases normativas, assim consideradas como os fundamentos normativos que dão sustentação à decisão judicial. Nesse sentido, a interpretação se compromete com o oferecimento de fundamentos que explicam porque a decisão judicial também se reveste do caráter normativo imanente à lei, já que também edificada segundo uma base normativa e não descritiva do fenômeno jurídico. Sua destinação reside no oferecimento de motivos que lhe conferem as mesmas características presentes nas leis, a saber: sua origem heterônoma (heteronomia), sua potencialidade coercitiva (coercibilidade), sua expressão imperativa (imperatividade) e sua estrutura consequencial (sanção), com a ressalva do endereçamento concreto que possui, à diferença da natureza genérica com que se revestem as normas legisladas (generealidade-abstração). Já a argumentação jurídica tem como compromisso a exposição das razões públicas que servem à aceitabilidade racional da norma estruturada na decisão judicial. Fruto da reflexão filosófica que compreende os vínculos originários que o Direito mantém com a sociedade a que se destina e sendo as razões jurídicas, antes, razões que têm uma pertença pública, é exigência do Estado Democrático que as decisões judiciais ofereçam, pela argumentação que nelas se sedia, uma justificabilidade pública endereçada à sociedade civil.

porque ao fundamentar a decisão o órgão jurisdicional está a construir a interpretação que, extraída ou desvelada³, dos fatos e das regras jurídicas, compõe a resposta normativa reclamada pela situação concreta posta em julgamento. De seu turno, ao justificar a decisão, o mesmo órgão oferece argumentos que se balizam pelas teses de que se valeram as partes e até dos terceiros que eventualmente tenham intervido no processo. Assim procedendo, o órgão de Jurisdição passa a exercer um poder de persuasão racional, no sentido de construir um convencimento destinado ao auditório público para o qual se projeta, democraticamente, o conteúdo da decisão judicial.

Nesse teor, nas razões que compõem a fundamentação de sentenças, por exemplo, estribam-se fundamentos e argumentos, ambos situados, respectivamente, nas análises estática e dinâmica dos fatos e das normas (regras e princípios) que constituíram a tese e a antítese de que se valeram, dialeticamente, as partes para controverterem sobre o Direito em Juízo.

Com ser assim, os órgãos jurisdicionais colegiados, ao realizarem a interpretação do caso posto em julgamento, constroem a fundamentação de cada voto segundo um sentido que se revela a partir das linguagens presentes nas narrativas fornecidas pelas partes em suas razões recursais e que se fundem com o horizonte de sentido partido da compreensão dos membros das Cortes. Trata-se de um resultado advindo do encontro ou da fusão de linguagens inseridas em cada horizonte expressado por cada sujeito do processo.⁴

De acordo com essa mesma lógica, desveladas as fundamentações de cada voto, os Tribunais por seus membros argumentam entre si sobre esses fundamentos, verbalizando em asserções e proferimentos que compõem uma argumentação voltada ao convencimento uns dos outros (BEZERRA NETO, 2018, p. 254)⁵, a partir de reflexões, exemplificações e fórmulas lógicas que se concentram na potencialidade persuasiva que a linguagem assegura (RODRIGUEZ, 2015, p. 40-44). Cuida-se, assim, a argumentação, de uma metalinguagem, quer dizer, uma linguagem em segundo nível que já se volta sobre os fundamentos de cada voto proferido. Esse é o esquema mental básico a presidir o binômio fundamentação/argumentação numa teoria da decisão judicial.

³A depender da matriz que se adote. Se radicada na tradição da filosofia da consciência, como se dá com as escolas hermenêuticas clássicas e seus métodos de interpretação ou se centrada na ruptura promovida pelo giro linguístico ou reviravolta linguístico-pragmática que se encorpou, por exemplo, na hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer e sua estreita ligação com o ontologismo existencial de Martin Heidegger.

⁴A fusão de horizontes significa o encontro dos sentidos partidos dos sujeitos que interpretam, a partir de suas pré-compreensões sobre o objeto interpretado, internalizadas na linguagem que os envolve. Ao se falar desse encontro, não se está a dizer de que exista uma mesma compreensão sobre o objeto, mas que o sentido desvelado se dá pelo ponto de confluência existente entre esses horizontes, a permitir o desvelamento para cada um dos intérpretes.

⁵Diz o autor, nesse mesmo sentido: “A justificativa, todavia, somente surge como expressão verba, oral ou textualmente, e é isso que faz com que o magistrado tenha que materializar sua decisão através de um ato de fala (ilocucionário) ou por escrito, o que representa a conclusão da sua atividade jurisdicional.” (BEZERRA NETO, 2018, p. 254)

Se assim se denota quando em mira o processo judicial em curso perante os órgãos jurisdicionais monocráticos ou singulares, mais se vê a importância desse liame entre a fundamentação e a justificação judicial nos processos submetidos a julgamento por Cortes e Tribunais. É o que veremos com mais vagar em passo seguinte, dedicado exclusivamente ao exame desse ponto específico.

3 A LEGITIMIDADE CONTEUDÍSTICA DAS DECISÕES COLEGIADAS: UMA IMPOSIÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apresentada a diferença essencial entre fundamentação e justificação das decisões judiciais, sendo as duas, nessa ordem, relacionadas respectivamente à interpretação e à argumentação judiciais, importa agora carrear essas asserções para outro plano, igualmente relacionado ao princípio democrático, vetor da funcionalidade dos poderes constituídos no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Estamos a nos referir ao conceito de legitimidade e a inevitável complementação que o mesmo exerce sobre o conceito de legalidade.

A legitimidade, durante quase todo século XX foi compreendida, no Direito, como mera refração da validade das normas jurídicas. Norma legítima seria aquela cujo fundamento de validade estivesse claramente demonstrado, a partir do encadeamento normativo e escalonado advindo da estrutura piramidal da ordem jurídica (*stufenbau*).

Com essa informação, a construção ultranormativista de Hans Kelsen centrou no conceito de relação de imputação esse encadeamento de normas superiores e inferiores, todas elas atadas pelo sentido de validade formal que, por derradeiro, encontraria na norma fundamental hipotética seu ponto último de apoio e de fundamentação (KELSEN, 2000, p. 169-170).

Superados os eventos dramáticos produzidos pelos dois grandes conflitos mundiais, viu-se que foi a partir do advento da então República de Weimar, no tocante ao primeiro, e, depois, com a irrupção dos movimentos neoconstitucionalista e pós-positivista, quanto ao segundo, que uma nova informação mais precisa e influente sobre a legitimidade das normas jurídicas grassou na ciência jurídica, ensejando o surgimento de uma considerável reviravolta no modo próprio de compreender-se a validade das normas de Direito.

Forjada no sopro democrático que varreu o mundo, a partir das novas Cartas Políticas, a legitimidade das normas jurídicas, antes vista como consequência da validade formal sediada na hierarquização de leis e atos normativos, passou a ser compreendida no universo conteudístico dos textos legais, consoante os fins que, neles consagrados, guardassem convergência com os que foram eleitos pelo Poder Constituinte de cada Estado em sua fundação constitucional



(BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 56-57) tendo em mira o que depois veio a se cunhar com a amplitude das expressões “constitucionalização da ordem jurídica.” (GUASTINI, 2006, p. 239)

A legitimidade das leis e dos princípios, defluente da normatividade infraconstitucional, passou a ser aquilatada se e na medida em que sua sintonia constitucional fosse percebida, isso em cada situação que requeresse a aplicação de tais fontes, seja para presidir as relações jurídicas que se desenvolvem no cotidiano da sociedade, seja para bem pacificar os conflitos que aportam no Judiciário e que precisam de uma solução com sentido constitucional (BONAVIDES, 2008, p. 318).

Era preciso demonstrar a confluência entre tais fontes normativas e a Constituição, por sua força normativa. E essa necessidade mais se reforçava quando chamadas à concretude as atividades de interpretar e de argumentar juridicamente, isso no âmbito de atuação do Poder Judiciário e, certamente com mais peso e ressonância, nas Cortes e Tribunais que o constituem, no caso brasileiro e na maioria dos sistemas judiciários, a partir do segundo grau de Jurisdição.

Interpretar e argumentar conforme a Constituição passou a ser o modo próprio de assegurar a legitimidade das normas jurídicas e, com mais veras, quando de suas aplicações aos casos concretos (MOREIRA, 2012, p. 163-193). Essa conjunção entre fundamentação e argumentação a partir do texto constitucional de uma só vez atende ao compromisso substancial das decisões com as finalidades eleitas pela Carta Política, assim como oferece resposta ao anseio público de poder reconhecer, nesse seu conteúdo, o compromisso das decisões judiciais com o que constitucionalmente foi deliberado, a partir do respeito a ser devotado ao poder constituinte que originariamente o preparou.

4 LEGITIMIDADE CONTEUDÍSTICA E NATUREZA DELIBERATIVA DAS DECISÕES COLEGIADAS

O prestígio obtido pela hermenêutica constitucional coincide exatamente com essa mudança de rumos verificada no sentido alcançado pela legitimidade das decisões judiciais, comprometida, como dito, com a constitucionalização dos direitos e, sobretudo, com a principiologia constitucional.

Essa percepção, todavia, ao ser conduzida ao processo assume contornos de maior complexidade frente à realidade sociológica que os conflitos jurídicos apresentam. Ora, uma percepção isolada do texto maior, mesmo indicando, com abstração e generalidade, qual o fim perseguido pela regra constitucional, inevitavelmente pode atingir um grau bem mais agudo para o desvelamento do sentido da norma, quando enfeixado esteja com os fatos trazidos ao processo



pelos seus sujeitos. É missão da Jurisdição reduzir a complexidade desse contexto fático-jurídico e ela assim o fará todas as vezes que para decidir, necessariamente, tiver de fundamentar e de argumentar sobre as razões do Direito estribadas no caso concreto.

Erige-se como meio para o atingimento desse propósito, nos julgamentos proferidos pelas Cortes e Tribunais, o modelo deliberativo das decisões colegiadas. Ele advém de prestigiosa corrente teórica precursora de que a legitimação dos atos de Poder e, no caso específico, do poder advindo da Jurisdição, só se realiza mediante o exercício da *pretensão de correção racional do discurso jurídico*, a significar que é pelo uso do argumento persuasivo, mas racionalmente elaborado e situado em condições prévias de validade, que é possível aos órgãos colegiados deliberarem no sentido de produzirem a decisão jurídica democraticamente legítima.⁶

Deliberar significa produzir decisões mediante o uso de um procedimento discursivo conducente a consensos. No âmbito dos órgãos colegiados que compõem a estrutura do Poder Judiciário, tal asserção assume o significado de que todas as razões componentes da fundamentação dos votos produzidos pelos membros do tribunal podem ser postas à mesa para discussão.

Além disso, devem os membros dos colegiados agir com compromissos prévios sobre a *inteligibilidade*, a *verdade*, a *veracidade* e a *retitude* de suas participações argumentativas, sendo a *verdade* constitutiva do compromisso com a realidade objetiva, isto é, que o argumento parta do sentido comum e fiel à compreensão sobre o que é dito; a *veracidade* indicativa do compromisso de que o proferimento verbalizado seja representativo também de uma crença pessoal no seu conteúdo e a *retitude* denotativa de que ele – o proferimento – exteriorize fidelidade aos ouvintes, ou seja, expresse honestidade em relação aos que estão também participando das discussões endereçadas à prolação da decisão judicial. A condição de *inteligibilidade*, nesse panorama, aparece como o compromisso básico de falar para ser compreendido, utilizando-se expressões que, sem embargo de serem situadas no contexto do que tecnicamente é produzido pelo Direito, não abuse e não se insira no espaço de erudição que dificulte ou mesmo impeça a compreensão semântica das palavras (GÓMEZ, 2003, p. 49).

Impõe-se observar que toda essa construção, desde o começo, eleva o compromisso dos participantes, membros das Cortes e Tribunais, com o conteúdo jurídico da decisão posto à

⁶Trata-se aqui da recepção dos ensinamentos partidos da Teoria Discursiva do Direito que, forte nos postulados da argumentação jurídica, sedia a validade da resposta jurídica advinda da decisão judicial a partir do atendimento aos pressupostos comunicacionais que são todos racionalmente estabelecidos. A observância desses pressupostos assegurará que o conteúdo da decisão espelhe o sentido de correção que a racionalidade dialógica e discursiva logra assegurar, funcionando como um antídoto aos apelos subjetivistas denotativos do solipsismo judicial. Para tanto, confira-se ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. (trad.) Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

argumentação que é entronizada no procedimento discursivo. Decidir, assim, é deliberar, quer dizer, é arrematar um convencimento que deve e precisa ser construído legitimamente, ao ensejo da argumentação realizada *aqui e agora* a considerar o espaço dialógico e discursivo inerente às sessões de julgamento.

E diga-se mais: esse espaço conducente ao debate e à argumentação deve atender a um procedimento em que todos os juízes, integrantes da instância julgadora, detenham as mesmas condições de participação, com simetria concernente ao tempo e à forma destinados à argumentação. A decisão, para ser mais preciso, é fruto direto do poder de argumentar e de fundamentar, segundo aquele amálgama já enaltecido e que aqui se arregimenta para bem frisar-se que assim torna-se possível conceber a decisão como deliberação e esta como expressão de uma validade reconhecida legitimamente em seu conteúdo.

5 O VOTO DIVERGENTE E SUA POTÊNCIA À FUNDAMENTAÇÃO E À ARGUMENTAÇÃO JUDICIAIS

Mas o conteúdo indicativo dessa legitimidade não é, concretamente, em cada caso que subjaz ao exame judicial, um dado prévio, uma base preestabelecida. Se a Constituição reúne disposições que indicam escolhas democráticas, sua invocação, mesmo que em sentido puramente interpretativo, não pode afastar-se desse postulado e, com isso, deve sujeitar-se ao debate e à argumentação, arena própria para o aparecimento das dissidências (ORAA, 2000, p. 499).⁷

Submetida à riqueza da contingência e da pluralidade que absorve todo o conjunto de conflitos emergentes do tecido social, sugerindo uma casuística marcada por amplas possibilidades (AMADO, 1997, p. 104), a fundamentação das decisões judiciais mais se enriquece, democraticamente, quando decorrente da consideração dos votos dissidentes lançados em colegiado. São eles que motivam a reflexão, tanto mais porque situados no mesmo plano valorativo no qual se esgrime a posição majoritária que nos julgamentos vai se formando.

Com esse aporte, vê-se que aqui se assume como proposição, o valor imanente à dissidência, reconhecendo-lhe a potência que se faz necessária para a provisão de fundamentação e de argumentação dotadas de autenticidade.

⁷A compreensão advinda da interpretação que sedimenta os fundamentos da decisão, enquanto bases normativas que surgem da fusão de horizontes presentes no sujeito intérprete e no objeto interpretado de acordo com a história presente em cada um necessita como visto do empreendimento argumentativo destinado à justificação pública do conteúdo decisório, pois como explica o autor “a consciência histórico-efetual está aberta ao dinamismo da reflexão.” (ORAA, 2000, p. 499)

Veja-se que esse valor não se confunde com o sentido normativo advindo da previsão contida no § 3º do art. 941 do CPC, que superou a Súmula 320 do STJ, pois inobstante tenha prestigiado o voto dissidente, assim o fez unicamente para impor a sua integração no acórdão, não se dessumindo desse preceptivo legal qualquer endereçamento cogente para que o conteúdo da dissidência seja considerado para fins de promover a reavaliação das razões contidas nos votos majoritários. Em outras palavras: não se desconhece que a presença do conteúdo dissidente no acórdão representa uma valoração à posição que diverge da maioria, mas isso não lhe assegura o poder de influência argumentativa e discursiva sobre a maioria que esteja se formando.⁸

Em sua essência, o voto dissidente, quando atendidos os pressupostos enumerados no item IV, tem seu conteúdo partido da mesma base normativa que os votos convergentes. Contudo, sua fundamentação pode retratar o desvelamento de verdades não consideradas quando da construção interpretativa levada a efeito pela maioria. Está-se assim diante de uma realidade só, ressaída da mesma discussão normativa, de fundo constitucional, mas que se apresenta com acréscimos no âmbito da sua fundamentação, os quais precisam necessariamente ser postos ao debate. Nasce aí a potência para a fundamentação e para a argumentação que só a dissidência pode encetar. Surge aí a riqueza da diversidade que se põe como pressuposto para a construção da decisão judicial autenticamente legítima.

Como apontado, o voto dissidente traz novas facetas aplicáveis ao plano da fundamentação, isso porque o desvelamento propiciado pela interpretação traz a lume uma fusão de horizontes que se alarga para oferecer essas visões em acréscimo. Mas, então, importa indicar como isso se dá no espaço reservado à interpretação, já que esta é a origem da fundamentação que calça os votos proferidos nos julgamentos colegiados.

Sobre a dissidência na interpretação, o aspecto mais relevante, creio, é o que indica qual ou quais as teses jurídicas, examinadas a partir das alegações sobre os fatos aportados no processo, encontram apoio predominante na normatividade das fontes jurídicas, dentre elas, essencialmente, as leis, a jurisprudência e, sobretudo, agora, os precedentes judiciais, a partir dos fundamentos nucleares que os identificam (BUSTAMANTE, 2012, p. 272).

Ela – a dissidência - reporta-se à obtenção do sentido que tais fontes, intersubjetivamente, apontam, tomando em conta o que as partes envolvidas na controvérsia expressaram em suas

⁸Secundando a orientação normativa presente no art. 941, §3º do CPC, tem-se verificado posições jurisprudenciais que a prestigiam, tal como se vê no REsp 1.729.143/PR. Contudo, como já ressaltado, ditas posições limitam-se a valorar a dissidência pela sua só integração no corpo do acórdão, nada se observando quanto à necessária influência que o conteúdo dissidente deve produzir sobre a argumentação preponderante em sede dos julgamentos colegiados.

respectivas teses, assim dispostas em contraditório (VALADARES, 2018, p. 48). Ela denota a apresentação de uma leitura extraída não da consciência, mas das linguagens que fundidas discursivamente terminaram por desvelar, conferindo a tais fontes uma nova versão objetivamente pautada, tendo em mira o caso a decidir.

Em sequência, a dissidência, que assim aparece, ao impulsionar a argumentação entre todos os membros da Corte, atribuirá valor à decisão colegiada. Levará riqueza ao sentido de justiça que, republicanamente, se sobrepõe e se aplica também ao interesse público que informa o processo judicial.

Nesse prumo, a dissidência, no modelo *per seriatim* de que se vale o sistema judiciário brasileiro, poderá reunir fundamentos uniformes em maior quantidade, quando somados os votos que a totalizam. E, surpreendentemente, não é impossível que em sentido contrário, os fundamentos que compõem a maioria, ainda que alguns se somem, possam expressar uma pluralidade de razões que não expressem coesão e coerência quanto ao conteúdo em que se baseiam.

Com isso, aponta-se aqui a possibilidade de que uma dissidência bem fundamentada encontre maior uniformidade nas suas razões se comparada à fundamentação que deu base à maioria contraposta e vencedora. Essa constatação põe em xeque o princípio democrático exigível para as decisões judiciais colegiadas, isso porque a fundamentação, expressão latente do preceptivo contido no art. 93, IX da Constituição, em tais situações, consolida-se de modo muito mais evidente na minoria derrotada do que na maioria vencedora⁹ e, mesmo assim, em regra, termina por não ser considerada, dado ao fato de que é no quantitativo final que se define qual o julgamento a ser proclamado.

Aí reside a potência do voto dissidente: a possibilidade de provocar uma uniformidade

⁹Tive a oportunidade de encetar essa reflexão quando me propus a discutir o sentido do que seria um majoritarismo de *boas razões*, nem sempre correspondente ao majoritarismo constituído pelas conclusões presentes na maioria dos votos proferidos. Referi-me, então, ao que seria um majoritarismo dimensionado pela qualidade ou valor dos votos lançados, de sorte a convergirem para a formação de uma fundamentação uniforme e densa sobre a matéria em julgamento e que, nesse sentido, poderia estar presente não na maioria vencedora, mas na minoria derrotada. (Confira-se: GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de Jürgen Habermas*, Curitiba: Juruá, p. 222). Para melhor exemplificar, suponha-se uma Corte com 11 ministros que num dado julgamento decida por maioria de 6 a 5 de votos, mas que ao se perscrutar sobre a fundamentação contida nesses mesmos votos, verifica-se que a maioria (6 votos) é formada por dois fundamentos basilares, cada um servindo a 3 dos votos que a compõem. Por outro lado, ainda que vencida, a minoria composta pelos 5 votos denota uma só fundamentação a servir para todos eles, de modo coeso, íntegro e coerente. Nesse caso, a considerar exclusivamente a fundamentação, ter-se-ia uma maioria nos votos minoritários, ou seja, uma fundamentação única e sólida que serviu para 5 votos, em detrimento de duas fundamentações distintas que serviram, cada uma, para 3 dos votos que compuseram a maioria de 6 votos. (Igual posicionamento em: GÓES, Rachel Cardoso Tinoco de. **A Dissidência na Jurisdição Internacional para a formação da *ratiodecidenti*: uma análise da legitimidade das decisões internacionais a partir do caso do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente**. 2019. 69 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019).

que sedie os demais votos que com ela confluem, enfatizando em certos casos, o peso dessa fundamentação e, quiçá, da argumentação que com aquela também se soma, em detrimento da diversidade/pluralidade de fundamentos e argumentos, muitas vezes até desconexos, presentes nos votos que, juntos, constituem a maioria.

Considerando-se que é no valor intrínseco dessa fundamentação coesa e coerente presente na dissidência que partiremos ao exame de sua relação com o princípio da colegialidade.

6 A ARGUMENTAÇÃO SOBRE AS RAZÕES DO VOTO DIVERGENTE: PRESSUPOSTO PARA A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE EM CORTES E TRIBUNAIS

Como já assentado antes, enquanto a interpretação se destina a oferecer os fundamentos da decisão judicial, a argumentação se volta a justificar publicamente as razões dessa mesma decisão.

Estando assim, nesses termos, digo agora que o rol de argumentos que dão suporte à posição minoritária firmada no julgamento, finalmente precisa ser considerado e, com ele, retomados os debates, até que, vencida toda essa argumentação, construída que foi frente aos fatos e ao Direito postos em análise, possa à minoria, ao final e porventura, render-se à maioria que insiste em sagrar-se vencedora e exteriorizar, assim, o convencimento colegiado (VALADARES, 2018,p. 52).

Quer-se aqui definitivamente dar ênfase ao sentido propositivo presente nesse escrito, qual seja, o de que o respeito à colegialidade apresenta como pressuposto o respeito à minoria coesa e coerente, tanto quanto aos seus fundamentos, como quanto aos argumentos de que também se vale para sustentar a posição que conta com menor adesão da Corte. E esse respeito centra-se na obrigatoriedade de considerar-se a argumentação da minoria como capaz de promover, por exemplo, a reviravolta no entendimento que veio se formando e que por força do sistema *per seriatim* já tenha, porventura, alcançado metade mais um do quorum de julgamento.

Com isso, a legitimidade da maioria quantitativa pode ser ratificada pela superação do conteúdo dos argumentos esposados pela minoria, que deve ter suas afirmações postas à baila, por meio de proferimentos capazes de conduzirem à adesão ou à sua definitiva superação. Se adesões obtiverem, poderão superar a maioria provisória então reinante; se, do contrário, permanecerem com seus argumentos superados, aí sim, lugar haverá, para o respeito à colegialidade e, logicamente, à exposição, de público, da posição coesa da Corte.

O que não é possível é simplesmente sustentar-se que em respeito à colegialidade, os

votos minoritários, por serem dissidentes, têm que imediatamente oferecerem-se à adesão em favor da posição majoritária. Posição majoritária só há, numa Jurisdição Democrática, preocupada substancialmente com a legitimidade das decisões que profere, quando todos os argumentos dos votos dissidentes são analisados e racionalmente superados, pois como já dito, eles nascem de fundamentos desvelados de horizontes de sentido muitas vezes ocultos às pré-compreensões daqueles que totalizaram a maioria.

O valor da dissidência não é extraído da simples vontade de superar os fundamentos majoritários e os argumentos que os escudam. O valor da dissidência é representativo da qualificação do debate e da sempre possível retomada das conclusões parciais, antes edificadas, para a consolidação de outras mais robustas e duradouras. Definitivamente, não há como perenizar compreensões sobre casos jurídicos num juízo colegiado, quando os fundamentos que a princípio não receberam a adesão da maior parte dos juízes são menoscabados ou considerados inferiores do ponto de vista dos seus conteúdos, apenas porque numericamente não representam a posição majoritária.

É fecunda e rica a natureza da argumentação judicial e a sua vocação construtiva pousa exatamente na sempre possível chance de compreender-se o *thema decidendum* pelo que a diversidade dos argumentos expostos pode contribuir.

O que esse escrito pretende apontar é a necessidade de que a adesão à colegialidade, a fim de que a decisão final do Tribunal seja o espelho de uma posição uniforme da Corte, somente ocorra após uma efetiva valorização dos votos dissidentes e minoritários, no sentido de reabrir-se, a partir deles, a argumentação sobre os fundamentos que deram esteio à interpretação neles estribada.

A legitimidade das decisões colegiadas transita claramente por essa linha que prestigia a fundamentação de todos os votos, tanto os majoritários como, sobretudo, os minoritários, posto que, nos últimos, o valor da dissidência está em permitir o esgotamento das chances para a obtenção da justiça do caso. Esse é o pressuposto axiológico para que, ao depois, superadas as chances de prover-se uma mudança no entendimento que já predomina, por maioria, no Tribunal, possa-se, agora sim, render-se a dissidência à colegialidade.

O valor da dissidência à colegialidade reside, então, na anuência da minoria à maioria estabelecida apenas quando evidenciadas as razões que confirmam a superação da fundamentação e da argumentação minoritárias. Ainda assim, essa superação trouxe ao conteúdo da posição majoritária a contribuição da minoria, já que toda fundamentação que serviu a esta foi enfrentada pela argumentação que, em segundo nível, também pousou sobre suas razões.

A colegialidade, nesse cenário, apresenta-se então como expressão legítima da posição da



Corte, resultado de um procedimento discursivo que considerou todos os argumentos expostos, um a um, pela correção racional exteriorizada em seus respectivos conteúdos (VALADARES, 2018, p. 39).¹⁰ Apenas assim, longe de expressar a vitória da maioria sobre a minoria, ela se afigurará como a resultante de um consenso procedimentalizado, cuja formação se deu, efetivamente, pela força do melhor argumento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo aqui desenvolvido buscou apontar o valor da dissidência nos julgamentos de Cortes e Tribunais. Enquanto arremate dos pontos que compuseram cada parte desse escrito, crê-se que a dissidência só é assim considerada na perspectiva de decisões que são tomadas pelo critério quantitativo das conclusões que externam. Contudo, a estatura constitucional do dever de fundamentar as decisões judiciais impõe que sejam eles, os fundamentos, os principais elementos a servirem para sediar a justiça da decisão.

No ponto, a legitimidade da decisão transita pelo binômio fundamentação/argumentação judicial e essa díade bem se localiza na densidade e uniformidade que os fundamentos e os argumentos expressados possam traduzir. O peso dessa densidade, não tão raro, pode centrar-se na minoria presente nos votos dissidentes que, em contraposição, pode refletir, em seus conteúdos, coesão, coerência e integridade.

Tomada essa premissa, vê-se que a invocação corriqueira do princípio da colegialidade, simplesmente para submeter a minoria dissidente à supremacia da maioria quantitativa, milita contra o ideário constitucional da legitimidade das decisões judiciais pela via de sua escoreita e adequada fundamentação.

Dizer-se, então, da necessidade de observar-se o princípio da colegialidade é antes atentar para a também imperativa importância de condicionar a aplicação principiológica citada à anterior exposição dos fundamentos e dos argumentos dissidentes na arena das discussões, oportunizando-se a reapreciação dos pontos que respaldam a homogênea fundamentação dissidente.

Ou seja: o valor intrínseco da dissidência repousa no prestígio à legitimidade contudística das decisões judiciais, que jamais deve ceder ao imperativo quantitativo das decisões

¹⁰Com apoio em Marie-Anne COHENDET defende o autor que a correlação entre a discussão de vários pontos de vista e a qualidade da decisão final é mérito da colegialidade, sendo esse o escopo que se toma no presente escrito, a fim de defender-se que o entrechoque dessa diversidade de compreensões sobre o mesmo tema a decidir deve assegurar àquelas que originariamente contaram com menor adesão a chance de influenciarem àquelas que obtiveram maior grau de aceitabilidade, qualificando o resultado.

tomadas pela soma de cabeças, posto que não é na dimensão aritmética das posições tomadas que se assenta o valor democrático da legitimidade da decisão judicial colegiada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMADO, Juan Antonio García. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?* São Paulo: Noeses, 2018.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado del Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GÓES, Rachel Cardoso Tinoco de. ***A Dissidência na Jurisdição Internacional para a formação da ratiodecidenti: uma análise da legitimidade das decisões internacionais a partir do caso do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente***. 2019. 69 f. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.

GÓMEZ, Manuel Herrera. Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 121, p.49, jul./set. 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turin: G. Giappichelli, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo Argumentativo Constitucional. In: ARGUMENTAÇÃO e

Estado Constitucional. São Paulo: Ícone, 2012.

ORAA, José Maria Aguirre. Pensar com Gadamer y Habermas. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, 2000.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre Argumentação e Interpretação. In: PERSPECTIVAS Atuais da Filosofia do Direito, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 101-143, 1998.

RICOEUR, Paul. *O justo*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: Técnicas de Persuasão e Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

VALADARES, André Garcia Reis Leão. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

