



RACIONALIDADE FALIBILISTA E FUNDAMENTAÇÃO COLETIVA EM DECISÕES COLEGIADAS

Lincoln Mattos Magalhães¹

Jânio Pereira da Cunha²

RESUMO

O estudo indaga como os Tribunais em geral, e, em especial as cortes superiores devem deliberar e fundamentar decisões tomadas em colegiado, considerando, especificamente, o que dispõe o dever de motivação dos pronunciamentos judiciais de que particularmente trata o art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil de 2015. A pesquisa se desenvolve em três níveis: o primeiro expõe premissas do falibilismo popperiano destacando sua ideia de que o conhecimento é resultado de escolhas racionais sujeitas à crítica permanente; o segundo, examina de que modo os aportes de Karl Popper dialogam com a dinâmica do dever de motivação das decisões judiciais no âmbito dos tribunais, e em que medida podem contribuir para a construção de decisões mais alinhadas com o paradigma constitucional democrático; e o terceiro, por fim, busca identificar um modelo adequado de fundamentação decisória coletiva como solução a meio-termo entre o método agregativo presente nas práticas e discursos dos tribunais brasileiros, e o sistema *per curiam*, adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

PALAVRAS-CHAVE

Fundamentação; Decisões; colegiadas; Falibilismo; crítico

FALIBILIST RATIONALITY AND COLLECTIVE GROUNDS IN COLLEGIATE DECISIONS

ABSTRACT

The study asks how the Courts in general, and in particular the superior courts, should deliberate and substantiate decisions taken in collegiate, considering, specifically, what the duty of motivation of the judicial pronouncements that art. 489, § 1, IV, of the Civil Procedure Code of 2015. The research is carried out on three levels: the first exposes

¹ Mestre e doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil. Professor do Centro Universitário UNIATENEU. Advogado em Fortaleza/CE. (lincolnmagalhaes@gmail.com)

² Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Doutor e Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). (janiopcunha@hotmail.com).





premises of Popperian fallibilism, highlighting his idea that knowledge is the result of rational choices subject to permanent criticism; the second examines how Karl Popper's contributions dialogue with the dynamics of the duty to motivate judicial decisions within the courts, and to what extent they can contribute to the construction of decisions that are more aligned with the democratic constitutional paradigm; and the third, finally, seeks to identify an adequate model of collective decision-making as a compromise between the aggregative method present in the practices and discourses of Brazilian courts, and the per curiam system, adopted by the Supreme Court of the United States

KEYWORDS

Rationale; Decisions; Collegiate; Fallibilism; Critical

1 INTRODUÇÃO

Há alguns meses, no auge da crise sanitária provocada pela epidemia da COVID-19, milhares de apoiadores do Governo de Jair Bolsonaro saíram às ruas em várias capitais do país defendendo a implementação de uma agenda bem peculiar.

Na paisagem das reivindicações chamavam a atenção bandeiras, cartazes e discursos de ordem pedindo o fechamento do Congresso Nacional e do STF, a instauração de um regime militar, a reedição do Ato Institucional nº 05 e a cassação do mandato de prefeitos e governadores.

Ideologias à parte, movimentos dessa índole trazem à tona velhas reflexões: em nome dos valores que lhe dão alicerce, a democracia deve suportar o radicalismo e ser deferente aos intolerantes? É possível fazer algo em defesa da democracia quando o próprio povo se autodetermina a viver sem liberdade?

Como já se cogitava desde a Grécia antiga, a democracia, de fato, plasma um aparente paradoxo: por meio de um processo formalmente democrático a maioria pode outorgar o poder nas mãos de um ditador. Esse dilema, que envolve o binômio liberdade vs tolerância, se por um lado parece insolúvel à primeira vista, por outro é, senão, o que convida Karl Popper a participar do debate.

Em “A sociedade Aberta e os Seus Inimigos”, Popper tenta desconstruir as bases do pensamento autoritário propondo uma mudança de enfoque a partir de uma lógica racional e objetiva de superação do voluntarismo como obstáculo epistemológico; para ele,



o problema fundamental da política não reside em saber “quem irá governar ou tomar decisões”, mas, sim, em conseguir organizar instituições sólidas que sejam capazes de fiscalizar o governante, e que estejam aptas, se necessário, a retirá-lo do poder sem o uso da violência (POPPER, 1974).

Em Popper, com efeito, o desempenho do poder é uma empreitada necessariamente crítica, reflexiva e conjectural. Aquele que o exerce não é fonte de um conhecimento *a priori*, ou de uma autoridade absoluta. Ao contrário, suas escolhas são falseáveis e seus atos suscetíveis de responsabilização e de controle de racionalidade. Na política, como em qualquer ciência, as perguntas devem sempre anteceder as respostas.

Sob essas reflexões, no entanto, o que diria Popper se assistisse a um julgamento do Supremo Tribunal Federal em um desses casos de grande repercussão pública? Qual seria sua reação ao ver que os onze ministros de nossa Corte Suprema (independentemente de sua composição circunstancial), mesmo em deliberações colegiadas, se acostumaram a decidir como se fossem “ilhas”, (MENDES, 2010) sem internalizar divergências, sem levar em conta os argumentos uns dos outros (e dos demais interessados) e sem submeter suas hipóteses decisórias a uma efetiva abertura dialética.

Para além de uma simples provocação imaginativa, a experiência que ora se propõe inspira um questionamento prático e central: com base nos aportes teóricos de Karl Popper, como os Tribunais (em especial os superiores) devem realmente fundamentar suas decisões tomadas em colegiado, considerando, especificamente, o que dispõe o art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil de 2015?

Delimitado o objeto, o tralho é dividido em quatro partes. Sucedendo esta introdução, o segundo capítulo aborda algumas noções subjacentes à falibilismo popperiano, destacando sua rejeição ao método indutivo e sua ideia de que o conhecimento é resultado não de observações espontâneas ou da repetição de fenômenos da natureza, mas de escolhas racionais sujeitas à crítica permanente.

A terceira sessão, por sua vez, examina o dever de fundamentação dos pronunciamentos judiciais no âmbito colegiado apontando, de que forma o emprego e a utilização do marco teórico de Karl Popper dialogam com a dogmática processual em vigor, e em que medida podem contribuir para a construção de decisões mais alinhadas com o paradigma democrático.



O quarto e último *capítulo* discorre sobre a prática deliberativa dos tribunais superiores no Brasil e os critérios pelas quais estabelecem seus vereditos. Busca-se, sob essa premissa, contornando-se certas dificuldades culturais oriundas de uma tradição processual autoritária, identificar um modelo adequado de fundamentação coletiva como solução a meio-termo entre o método agregativo e o sistema *per curiam*, adotado pela Suprema Corte norte-americana.

O item final dá lugar a uma sessão de desfecho dedicada a um resumo crítico das ideias expostas e a uma conclusão analítica acerca dos resultados alcançados.

2 O CRITICISMO EPISTEMOLÓGICO E A OPÇÃO PELA RACIONALIDADE EM POPPER

Em termos de linguagem epistemológica, o que se entende por racionalidade crítica? É possível se alcançar a verdade e o conhecimento mediante critérios racionais? Ou seria o conhecimento um simples efeito de certas apreensões humanas observacionais ou intuitivas?

No enfrentamento a essas e outras questões, desenvolveu-se, de início, a ideia *dogmática* que o conhecimento decorre de uma ingênua confiança na capacidade da razão, e a verdade, por sua vez, anima-se em proposições pré-estabelecidas e invulneráveis ao questionamento reflexivo.

Tal abordagem não compreende o conhecimento como um problema filosófico, nem o reconhece em sua função intermediária entre sujeitos e objetos, fundando-se na crença de que estes se colocam absolutamente diante daqueles de forma direta e na exata dimensão de sua substancialidade (HESSEN, 1980).

Opondo-se à compreensão mística e ao dogmatismo epistemológico de larga difusão em tempos pré-socráticos, o filósofo escocês, David Hume, escreveu, em 1740, sua obra seminal, “Tratado da Natureza Humana”, na qual, embora não expressamente, se assume como um cético, ou como um descrente da razão. Segundo ele, o conhecimento é, basicamente, uma empreitada sensorial (ceticismo), que se inicia com observações. O indivíduo observa os fenômenos, percebe que estes percorrem um ciclo de repetição e, a partir daí, passa a fazer prognósticos e armazenar memórias, que, uma vez combinados, resultam na formação de juízos e de conceitos lógicos.



Nas cogitações de Hume, no entanto, o ser humano projeta o futuro, mas sob a incômoda incerteza de que os fenômenos que observou no passado irão necessariamente voltar a ocorrer. Sua posição epistêmica, nesse sentido, embora eventualmente se mostre importante e capaz de contribuir de algum modo para a sobrevivência da espécie, além de não superar dificuldades metafísicas já enfrentadas (ainda que não tematizadas) pelo dogmatismo, não confere previsibilidade ao sujeito, não lhe oferece segurança e não lhe permite ter “certeza” sobre praticamente nada.

A título de responder a essas conjecturas, em “A Lógica da Pesquisa Científica” e “A Lógica das ciências Sociais”, publicadas pela primeira vez em 1934 e em 1967, respectivamente, Popper propõe um resgate metodológico do conceito de razão, partindo da premissa de que a racionalidade não é propriamente uma característica, ou uma faculdade subjetiva inata ao indivíduo, mas uma escolha consciente, ou um *projeto* voluntário que pressupõe um aprendizado sobre algo.

Segundo Popper, o conhecimento humano não é um influxo ou um desenredo de meras observações. Ele começa e termina em problemas os quais nada mais são do que incômodos cognitivos que conduzem o sujeito a uma posição de questionamento, ou de indagação em face de determinado objeto (POPPER, 2004).

Identificado, assim, um problema, seguem-se as hipóteses (ou teorias experimentais) para solucioná-lo. Ato contínuo, passa-se à fase de eliminação de erros, ocasião em que as hipóteses serão testadas e eventualmente excluídas (ou refutadas). Aqui, a propósito, uma advertência se impõe: na formula popperiana de racionalidade como projeto é impossível se confirmar uma hipótese; testar uma hipótese (ou uma teoria) não significa certificá-la, ou endossá-la, mas, efetivamente, tentar fazê-la falhar.

Diante, pois, de várias hipóteses concorrentes, a lógica da racionalidade em Popper em “escolher” *conscientemente* a hipótese (ou a teoria) mais resistente, ou seja, a que mais foi testada e que melhor resistiu aos testes e *ataques* que sofreu (POPPER, 2004).

Uma vez racionalmente escolhida com base em tais critérios, a hipótese se convola em um enunciado válido, mas igualmente suscetível, ele próprio, de ser refutado a qualquer momento por outra teoria mais *forte* que seja capaz de lhe desconstruir. Daí por que se diz, na esteira de Popper, que o conhecimento é algo conjectural e que a verdade é sempre refutável e, portanto, provisória. Em suas palavras:



[...] a simples verdade é que a verdade é muitas vezes difícil de encontrar e, uma vez encontrada, pode facilmente perder-se de novo. As crenças errôneas podem revelar uma espantosa capacidade de sobreviver durante milhares de anos, ao arrepio da experiência, com ou sem ajuda de qualquer conspiração. [...] Esta falsa epistemologia, contudo, teve também consequências desastrosas. A teoria de que a verdade é manifesta – que pode ser vista por qualquer, conquanto este a queira ver – constitui a base de quase todas as espécies de fanatismo (POPPER, 2018, p. 47).

Ao se transportar esse raciocínio para os domínios da ciência do direito do direito, uma dificuldade desde logo se instala. É que a linguagem jurídica desponta tradicionalmente porosa e demasiadamente comprometida com esforços de retórica. Malgrado se suponha que o juiz articula sua fala em premissas de argumentação, ele, não raro, legitima seu discurso de modo pressuposto, a partir de uma posição de poder ou de autoridade que o imuniza e isenta de uma crítica racional permanente.

Esse, com efeito, é o desafio a ser enfrentado na próxima sessão. Na esteira dessa particular compreensão de racionalidade que ora se acolhe e se adota cumpre-se rediscutir o papel da fundamentação das decisões judiciais (em especial nos julgamentos colegiados) na construção de uma sociedade mais justa e democrática e na redução dos níveis de violência que a aplicação do direito encaminha.

3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO EM DECISÕES JUDICIAIS COLEGIADAS

A que se presta um processo judicial se o juiz pode decidir e arrazoar suas decisões conforme o seu livre convencimento? Em termos de legitimação dos provimentos judiciais, qual exatamente é o sentido e a dimensão democrática do dever de fundamentação judicial se ao juiz se faculta contornar a legalidade e impor concessões às garantias processuais, a pretexto de observar critérios indemarcados de equidade e de justiça?

Dentre as *inovações* instituídas pelo Código de Processo Civil de 2015, o art. 489, §1º não só ocupa uma posição de destaque como certamente é um dos que mais ensejam discussões e atraem desconfianças. Afinal, ele abriga uma tentativa relativamente ousada e singular – embora não necessariamente bem-sucedida – de sistematizar o discurso judicial, conferindo-lhe maior racionalidade, mediante a fixação de critérios normativos específicos e padronizados.



No que tange às situações ali estabelecidas, na ausência das quais uma decisão judicial, para todos os efeitos, não se considera adequadamente fundamentada, interessa em particular aos fins deste recorte, a hipótese descrita no respectivo inciso IV. Reza, a propósito, o dispositivo:

[...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador [...]

Nesse sentido, cabe indagar, no ambiente das decisões judiciais, o que efetivamente significa e o que está por trás da obrigação atribuída pelo legislador aos juízes de enfrentar *todos os argumentos* deduzidos no processo capazes, em tese, de subverter suas próprias conclusões.

Tal questionamento é de todo relevante, uma vez que, mesmo após a entrada em vigor do CPC de 2015, e contrariando aparentemente a literalidade do enunciado em tela, diversos tribunais pelo país, inclusive o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ)³, continuam a prestigiar antiga orientação jurisprudencial segundo a qual o juiz não é obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir sua decisão (BRASIL. STJ, 2016).

Como, então, equacionar essa disjunção, sem se enredar na amplamente difundida alegação de que os tribunais, em retaliação à aprovação do dispositivo, teriam iniciado uma campanha para esvaziá-lo⁴? O que, de fato, independentemente de certas suposições, os juízes devem, enfim, examinar, para que suas decisões plasmem sintonia com a exigência legal de que se cuida?

Acima de tudo, trata-se, aqui, de um problema de epistemologia jurídica. Retomando-se, assim, a concepção de Karl Popper, que define a verdade como uma escolha racional resultante de um processo de eliminação de erros, o que se exige do juiz, ao

³ STJ, 1ª Seção. EDcl no MS 21315-DF. Relatora Ministra Diva Malerbo (Desembargadora Convocada do TRF3. Julgado em 16/08/2016).

⁴ Em que pese o Presidente da República tenha sancionado o dispositivo, “isso não foi bastante para que nichos da magistratura – que não incluem nem representam todos os juízes, evidentemente – tenham se dado por vencidos. [...] encontros de magistrados foram realizados e resultaram na edição de enunciados cuja utilização como parâmetro interpretativo resultará no esvaziamento do art. 489, § 1º, com reflexos deletérios nos arts. 7º, 8º e 10, todos do CPC/2015” (DELFINO; SOUZA, 2016).



fundamentar sua decisão, é que ele simplesmente demonstre que a solução que adotou para resolver o caso concreto foi a melhor possível dentre outras soluções concorrentes.

Em síntese, o dever que se impõe ao juiz por força do que dispõe o art. 489, §1º, IV é uma explicação arrazoada de que o argumento que lhe convenceu a decidir a causa deste ou daquele modo, foi, dentre vários argumentos que poderiam encaminhar conclusões distintas, o que mais resistiu aos testes de falibilidade a que se submeteu. A propósito, é pertinente o comentário de Machado Segundo:

Considera-se suficiente a fundamentação, e atendido o dever de indicá-la quando, a partir dela, for possível racionalmente aceitar a decisão – e inverter o ônus argumentativo para quem quiser se opor a ela – que deverá indicar os motivos pelos quais ela é equivocada, tal como, em termos semelhantes, ocorre na fundamentação de afirmações científicas em geral. (2016, p. 102).

Linhas gerais, e sob pena de que sua decisão seja nula, obriga-se o juiz a explicar não apenas que o levou a contemplar determinada *tese*, mas também a justificar por que as *teses* contrárias ou rivais a que o convenceu não eram verdadeiras ou não mereciam acolhida.

Imagine-se, por exemplo, que, em uma acusação processual de homicídio, três testemunhas sejam ouvidas. A primeira declara que viu o réu desferir tiros de revólver contra a vítima; A segunda, por sua vez, diz que, no momento do crime, o réu estava com ela em outra cidade distante a 500km do local do fato; e a terceira, por fim, informa que, apesar de não ter presenciado o delito, ouviu da própria vítima, em várias ocasiões, que esta pretendia cometer suicídio.

A cogitar-se em tal hipótese que o Juiz venha a se convencer da versão apresentada pela primeira testemunha, sua decisão nesse sentido só será adequadamente fundamentada se ele evidenciar os motivos pelas quais os demais depoimentos foram falseados e, portanto, não faziam jus a igual crédito.

Já no universo das chamadas fundamentações coletivas o tema descortina uma especificidade. A saber, sem prejuízo do regime de colegialidade que se adote, as decisões tomadas em colegiado decorrem de um somatório de decisões individuais, que são, ao fim consolidadas em um expediente único, o chamado *acórdão*.

Tratando-se, pois, o acórdão, de um ato jurídico que consubstancia o resultado de um julgamento colegiado mediante uma agregação de pronunciamentos singulares, o



critério de racionalidade que a ele (acórdão) se impõe carece de uma sistematização distinta.

Mesmo porque, a rigor, não obstante o acórdão configure uma decisão colegiada, e, nesse sentido, em tese, exija uma fundamentação que deveria ser coletiva, sua redação traduz, em geral, ou o espelho do voto do respectivo relator, ou, senão, um resumo da manifestação do membro-vogal cuja divergência tenha convencido a maioria.

De conseguinte, a fim de contornar tendências monológicas e voluntaristas que invariavelmente comprometem e contaminam a dimensão deliberativa das decisões colegiadas, recorre-se, aqui, novamente, às cogitações do falibilismo popperiano.

Antes, todavia, duas considerações sobre a aplicação do art. 489, §1º no ambiente dos tribunais: a primeira é que tal dispositivo obriga os juízes em sentido amplo a enfrentarem todos os argumentos deduzidos *no processo*, e não apenas as alegações apresentadas pelas partes (MACHADO SEGUNDO, 2021).

A segunda refere ao caráter pluricêntrico das fundamentações colegiadas, em razão do surgimento de outros atores processuais a exercer influência e a interagir dialeticamente no procedimento de construção de uma racionalidade coletiva democrática e participada

Sob tal perspectiva, a obtenção da *verdade decisória* no âmbito dos tribunais, constitui uma empreitada epistêmica certamente mais operosa e complexa do que a que se exige de um juiz singular em razão de igual tarefa.

Para efeito de sistematizar uma fundamentação coletiva, superando disfuncionalidades retóricas e evitando que a lógica do debate se converta em um monólogo e adquira feições essencialmente opinativas, cumpre ao tribunal reforçar seu espírito instituinte e compreender a ordem como um valor compartilhado e não como um conceito qualquer, com o qual cada um de seus membros possa de relacionar com personalismo e independência (RODRIGUEZ, 2013).

O que se quer dizer com isto, é que, nos domínios do processo decisório colegiado a fundamentação das decisões não deve refletir o entendimento deste ou daquele ministro, deste ou daquele desembargador, mas as razões do próprio tribunal. Em outras palavras, o acórdão não deve ser uma cópia ou um resumo do voto vencedor (do relator ou da divergência), mas, sim, “o próprio voto oficial da Corte” (RODRIGUES, 2013, p. 14)



capaz, a um só tempo, de absorver discordâncias e de gerenciar teorias rivais, com equilíbrio e adequação.

Nesse contexto, o pressuposto teórico-epistêmico para a obtenção da verdade nos julgamentos colegiados é exatamente o mesmo que se aplica e que se irroga às decisões monocráticas.

Única diferença é que, nos julgamentos colegiados, a quantidade de teorias e de hipóteses a serem falseadas é em número amplamente superior, incluindo-se nesse rol, além das teses arguidas pelas próprias partes, os contrapontos apresentados em votos de divergência, as cogitações dissonantes advindas do Ministério Público, de terceiros interessados, ou do *amicus curie* dentre outros argumentos que, em abstrato, possam desconstruir ou refutar o projeto original de decisão⁵.

A questão, no entanto, é que, no Brasil, a própria argumentação jurídica ocupa uma posição periférica e visivelmente secundária. Em um modelo no qual a formação coletiva de decisões judiciais admite que, em um mesmo pronunciamento (ainda que unânime) os seus fundamentos variem de desembargador para desembargador ou de ministro para ministro sem qualquer alteração do veredicto, percebe-se que, na prática, invés de tribunais, o que existe no sistema judicial pátrio são autênticos *feudos jurídicos* (VALE, 2019) que atuam sem reciprocidade dialógica e se preocupam mais com resultados do que as razões de decidir, assim como não têm o hábito de deliberar entre si sobre a melhor solução para casos concretos, e, aparentemente se mostram comprometidos em expor suas opiniões do que em enfrentar ou demonstrar a incorreção dos argumentos e teorias adversárias (RODRIGUEZ, 2013).

Oportuna, a esse respeito, a crítica de Fabrício Castagna Lunardi, abordando, em particular, o movimento decisório típico que domina a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

Do ponto de vista argumentativo, nas decisões colegiadas grande parte dos ministros do STF está mais preocupada em apresentar suas opiniões sobre a questão do que construir uma racionalidade jurídica acerca do entendimento da Corte. Assim, em grande parte dos casos, cada ministro do STF apresenta as suas

⁵ Nesse ponto, interessante a ideia de Alexandre Rufino do Vale, ao imaginar como o Juiz *Hércules*, representando em Dworkin como o juiz ideal, mas que, de resto é solitário em sua grandiosa missão interpretativa, “deveria se comportar em um ambiente em que tivesse que compartilhar o seu complexo labor hermenêutico com outros julgadores de qualidades e capacidades interpretativas diferenciadas (VALE, 2019, *E-book Kindle*, posição 24)



razões no seu voto sem a preocupação de construir as razões do Tribunal. Invés de uma Justiça deliberativa, há na prática uma justiça opinativa (2020, p. 196).

Esse, portanto, é o perfil que grassa no STF e possivelmente em quase todos os tribunais brasileiros. Manifestações já aprontadas com antecedência são lidas em sessões que mais parecem *saraus de literatura erudita*. Sustentações orais e outras manifestações como a intervenção do *amigo da Corte* são ignoradas sem nenhum constrangimento. E votos contrários são apresentados sem rebaterem, ou sem *testarem* os fundamentos dos votos anteriores. (LUNARDI, 2020).

À luz de tal realidade o próximo e derradeiro item examina como as interações deliberativas nos tribunais brasileiros costumam privilegiar a retórica, o individualismo e a naturalização de conceitos em prejuízo e em detrimento de estimular comportamentos institucionais dialéticos e propriamente argumentativos, propondo-se, ao fim, uma disciplina de deliberação colegiada destinada a otimizar e a qualificar o modo como as Cortes decidem e fundamentam coletivamente suas decisões.

4 O PROBLEMA DA INTERAÇÃO DELIBERATIVA: UMA SOLUÇÃO A MEIO TERMO ENTRE O SISTEMA AGREGATIVO E O MÉTODO *PER CURIAM*

Expôs-se no tópico anterior, que os tribunais brasileiros, em geral, e o STF, em particular, prestigiam um modelo de atuação que é, ao mesmo tempo, individualista, opinativo e não argumentativo. Conforme é intrínseca à herança social e política autoritárias, “o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente em função de uma argumentação não sistemática fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais” (RODRIGUEZ, 2013, p. 15).

Nesse cenário, a linguagem dos tribunais, invés de circunscrever em um padrão discursivo metodologicamente estruturado, acaba por se construir em razão de habilidades individuais meramente retóricas de seus membros, e sem nenhuma preocupação por parte deles com a assimilação de um senso coletivo de esfera pública.

Sob tal movimento, o direito se torna refém de uma lógica oposta à ideia popperiana de racionalidade como projeto, passando a operar com base em elementos justificativos referenciados em um discurso impermeável à crítica permanente, cuja



legitimação está assentada na tradição e na própria autoridade do cargo, e não em uma prática argumentativa reflexiva e conjectural.

Acima de estarem comprometidos em maximizar respostas corretas por meio de fundamentações razoáveis, os debates judiciais no âmbito das Cortes ordinárias e superiores mais parecem disputas políticas de poder cujo vencedor será não o que tenha apresentado as melhores teorias e os melhores argumentos, mas o que demonstre maior capacidade de articulação para formar coalizões com seus pares.

Dito isso, a própria referência a julgamentos anteriores como critério de reconstrução argumentativa para resolver casos futuros “tende a ser feita apenas em função dos resultados, e não em função dos fundamentos, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para justificar sua decisão” (RODRIGUEZ, 2013, p. 15). Em semelhante sentido:

Os ministros decidem personificadamente e não como um órgão colegiado. Há um individualismo decisório extremo, em que cada ministro age mais individualmente do que como membro de uma Corte Constitucional [...]. Para o resultado final, vale mais a opinião de cada ministro sobre o tema do que sua argumentação. Com efeito, a argumentação fica em segundo plano, pois, na prática, não visa a fazer os outros ministros mudar de opinião. [...] O maior objetivo é tentar mostrar a consistência da opinião individual do julgador [...] a partir de sua erudição e de diversos argumentos de autoridade [...]. Talvez pela influência da cultura jurídica brasileira ainda reinante, coloca-se mais ênfase no argumento de autoridade (ethos) do que no seu conteúdo em si (logos). (LUNARDI, 2020, p. 195-196).

É possível identificar algumas razões para explicar esse estado de coisas. Lunardi (2020), por exemplo, compreende o déficit de interação deliberativa entre os membros dos tribunais brasileiros como consequência direta de três circunstâncias pontuais. São elas: a) na maioria dos julgamentos colegiados, os demais ministros, por motivos diversos, não leem o relatório e apenas acompanham o voto do relator (em alguns casos sem sequer dar importância ou prestar atenção para análise do caso); b) nos processos de grande repercussão pública, quando os demais ministros elaboram previamente seus votos, eles o fazem sem conhecer os votos de seus pares e sem tomarem em consideração os votos uns dos outros; e c) no Brasil adotou-se um modelo externo, agregativo, de contagem de votos em série, no qual a decisão final é obtida “pelo cômputo dos entendimentos manifestados por cada um dos ministros individualmente (MELLO, 2015, p. 173).



A primeira causa ou explicação relaciona-se com o tema da delegacionismo corporativo. Quando os processos não atraem a atenção da imprensa e do grande público, a decisão do caso tende a ser inteiramente deixada nas mãos à confiança do relator.

Por questões inclusive gerenciais, e para evitar que expedientes que não costumam dar visibilidade pública ocupem a pauta da Corte e consumam de forma substancial o tempo de seus membros, parece haver um consenso recíproco entre estes para deixar o julgamento fluir sem intervenções ou divergências (SILVA, 2015).

Já o segundo fator, por sua vez, que é possivelmente o que mais denuncia a questão do individualismo decisional no universo dos tribunais, revela uma prática curiosa, mas que se tornou habitual sobretudo desde quando as sessões do STF passaram a ser transmitidas em tempo real pela televisão (TV Justiça), Rádio Justiça e Canal do STF no YouTube. Nas causas de maior simbologia e impacto social, malgrado isso não seja obrigatório, cada ministro, além do próprio relator, antes mesmo de conhecer a posição dos demais, elabora o seu voto solitário para ser lido, resumido ou proferido na respectiva sessão de julgamento.

Como a maioria (ou todos) os membros da Corte levam seus votos já prontos, não obstante ignorem os votos de seus pares, esse hábito conduz a um efeito antideliberativo devastador, e estabelece um clima de fechamento geral à dialeticidade (SILVA, 2015).

Quando confrontados, ou desafiados por um entendimento contraposto, desembargadores e ministros, em lugar de se portarem em intercâmbio argumentativo ou à internalização de divergências, se muito, retomam a palavra para tentar replicar e ratificar sua posição anterior, sucumbindo, via de regra, a um viés cognitivo de trancamento⁶. Nesse sentido:

Essa visão é compartilhada por vários ministros, que argumentam que quem leva um voto pronto tende a "não querer refletir e querer brigar pelo seu voto", e que "o debate [acaba] sendo irrelevante, porque o sujeito já vem comprometido com uma linha". É interessante notar, contudo, que todos os ministros que fazem essas críticas também costumam levar seus votos prontos para a sessão de julgamento. E a suscitada perda de preponderância do relator, mencionada acima e salientada pelas opiniões de alguns ministros, é também reforçada, explicitamente pelo ministro G, que afirma que quando todos levam seus votos prontos, fica "mais difícil a modificação do seu voto, do seu entendimento, na

⁶ Tendência de manter escolhas anteriores conquanto tenham sido tomadas sem uma cognição plena da questão, pelo motivo de se sentir pressionado pelo tempo ou quantidade de trabalho (LYNCH, 2013).



medida em que cada membro componente do tribunal se prepara para votar como se relator fosse" (SILVA, 2015, p. 2015).

Eventual debate, com efeito, acontece apenas parcialmente e de modo pontual, muitas vezes mais com o objetivo de constranger a divergência do que em convencê-la ou fazê-la mudar de entendimento (LUNARDI, 2020). Sob esse enfoque, a consistência do julgamento final resulta deficitária e a decisão colegiada é formada não por critérios racionais, mas mediante simples agregação de manifestações individuais opinativas (RODRIGUEZ, 2013).

Em razão disso, a identificação da *ratio decidendi* dos pronunciamentos colegiados torna-se questão de larga complexidade, uma vez que os votos dos membros do órgão julgador, ainda que apontem para um resultado comum, o fazem por meio de fundamentos intrinsecamente dissonantes (LUNARDI, 2020).

A terceira e última questão a objetar a consecução da verdade (em termos popperianos) em julgamentos colegiados decorre do regime deliberativo acolhido pelos tribunais no Brasil, a saber, o chamado sistema *seriatim*, de apuração, ou de somatório simples de votos sucessivos, sem paralelos em outros sistemas de jurisdição constitucional (VALE, 2019).

Esse regime, no entanto, ressaí problemático, como se viu, tanto por estimular o voluntarismo individual dos membros da Corte disfarçado em vestes de decisões coletivas, quanto porque, de modo pouco perceptível, embora não sem gravidade, subverte a ordem de valor e de importância entre os fundamentos decisórios e os resultados dos vereditos, dificultando o reconhecimento e a aferição dos motivos determinantes dos pronunciamentos colegiados.

Em tal diapasão, a ideia que desponta imediata é buscar como solução hipotética a adesão ao modelo *per curiam*, interno e deliberativo, semelhante ao que adotado na Suprema Corte dos Estados Unidos, em que os membros do tribunal, antes de anunciar seus veredictos, reúnem-se secretamente para discutir o caso e em seguida decidem sempre por unanimidade, sem que suas possíveis divergências sejam levadas a público, o que, como supõem alguns, transmitiria à sociedade uma ideia unidade e de segurança jurídica.

No entanto, nenhuma garantia há de que esse sistema seja mais razoável do que os seus rivais, ou que possa efetivamente melhorar a realidade em vigor nas Cortes



brasileiras. Isso porque, em um regime fundado em deliberações secretas, os participantes são isentados do dever de oferecer razões jurídicas consistentes para sustentar suas hipóteses. Sob tais circunstâncias, invés de um esvaziamento da deliberação efetiva (como parece ser o problema de nossos tribunais), ter-se-ia um espaço maior para a inserção do poder de barganha e para a disseminação de coalizações políticas insondáveis. Nesses termos:

[...] o modelo institucional utilizado pelo STF, apesar de todas as suas imperfeições, no atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira, é preferível em relação ao modelo de reuniões prévias, interno e per curiam, pois se este fosse adotado, não se saberia, por certo, o que levou cada juiz a decidir (LUNARDI, 2020, p. 200).

Fabrizio Lunardi, todavia, indica a dramaticidade de tal situação. Se, de um lado, o sistema per curiam pode comprometer a transparência e a publicidade das decisões colegiadas, de outro, o modelo praticado no Brasil “reduz a qualidade da deliberação, limita o poder persuasivo da argumentação e favorece a lógica da personificação dos julgadores” (LUNARDI, 2020, p. 200).

Sugere-se, nesse cenário, como solução intermediária entre uma prática e outra, sem prejuízo de se fomentar igualmente a criação de mecanismos e técnicas para o alinhamento de nossa liturgia decisória coletiva aos paradigmas de uma racionalidade democrática, a implementação de um sistema similar ao que grassa no Tribunal Constitucional da Espanha, que congrega elementos da deliberação secreta com a necessidade de publicação ampla das manifestações dissidentes (divergentes e concorrentes) (VALE, 2019).

Trata-se, por suposto, de experiência válida e possivelmente exitosa, uma vez que, ao mesmo tempo em que reconhece o caráter em alguma medida político da jurisdição (sobretudo da jurisdição constitucional), assimila a inevitabilidade de que seu exercício exige algum grau de negociação com vistas a equacionar conflitos políticos de grande importância (o que se dá com maior facilidade em deliberações secretas) (VALE, 2019).

Busca-se, com essa proposição, abrir-se um espaço propício “à maior liberdade de expressão dos juízes”, de modo a fomentar uma argumentação mais próspera, na qual se lavará em consideração mais detalhes sobre as questões discutidas, mais realista, relativamente à discussão e à forma como cada participante poderá enfrenta-la e, acima de



tudo, mais permeável à troca de argumentos e à internalização de discordâncias e de contrapontos cujas manifestações, pelo menos inicialmente, poderão ocorrer sem influência e a supervisão muitas vezes acrítica e ideologizada de certos consensos midiáticos ou majoritários (VALE, 2019). Estes, ao extremarem valores como a transparência e a publicidade a ponto de instituir a transmissão televisiva de julgamentos, teatralizam os julgamentos a inspiram o surgimento de figuras exóticas como o “magistrado estrela” e o “juiz super-herói” tão deletérios quanto dispensáveis para a afirmação da racionalidade como padrão de Justiça (VALE, 2019).

5 CONCLUSÃO

A ideia de escrutinar o modo como os tribunais devem decidir e fundamentar seus julgamentos, baseado na lógica popperiana de racionalidade falibilista como referencial teórico, enfrentou pelo menos três desafios de substancial importância.

No primeiro, buscou-se reproduzir e retomar algumas noções subjacentes ao conceito de verdade em Popper, identificando-o como resultado de uma empreitada necessariamente racional e projetiva.

Viu-se, com base em tal aporte, que o conhecimento começa e termina em problemas, mas se desenvolve mediante uma opção consciente por uma teoria que, submetida à crítica permanente, tenha sido, dentre outras rivais, a que mais resistiu aos testes de falseabilidade a que foi exposta.

No segundo, após verificar alinhamento da verdade popperiana com a ideia de provisoriedade e de “refutabilidade” permanente, passou-se ao questionamento sobre de que modo a epistemologia do falibilismo pode melhorar as práticas dos tribunais brasileiros em matéria de fundamentação coletiva.

Observou-se, nesse ponto, que, no regime brasileiro, a argumentação jurídica ocupa uma posição secundária e periférica, de modo que a formação coletiva de decisões judiciais ocorre à míngua de reciprocidade dialógica e em um ambiente em que desembargadores e ministros se preocupam mais com os resultados e placares dos julgamentos do que com as razões de que se valem para decidir e fundamentar suas manifestações.



E, no terceiro, examinou-se como a falta de uma tradição deliberativa nos tribunais pátrios contribui para o déficit de racionalidade das decisões colegiadas. Constatou-se que esse estado de coisas se relaciona ora com alguns hábitos procedimentais presentes nas Cortes brasileiras, ora com a adoção, de um modelo decisório aberto e opinativo, que compromete a força persuasiva da argumentação e estimula o decisionismo individual por parte de seus membros.

Ao fim, embora reconhecendo aporias nos modelos deliberativos e fechados de jurisdição (constitucional), propôs-se, como ideia alternativa, a solução acolhida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que agrega elementos do sistema *per curiam*, mas que também contempla o valor da transparência, mediante a necessidade de publicação e de enfrentamento crítico e racionalizado de posições dissidentes pelo relator.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. STJ. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21315-DF. 1ª Seção. Relatora Ministra Diva Malerbo (Desembargadora Convocada do TRF3. Julgado em 16/08/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518847&num_registro=201402570569&data=20160615&peticao_numero=201600141120&formato=PDF. Acesso em 19/04/2023

DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin. O Levante contra o art. 489, § 1º, incisos I a IV, do CPC/2015: o autoritarismo nosso de cada dia e a resistência à normatividade constitucional. Disponível em <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201652014457.pdf>. Acesso em: 24. Jun. 2021.

ENFAM. Seminário: O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil – Enunciados Aprovados. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-enfam.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

HESSEN, Johannes. Teoria do Conhecimento. Tradução de Antônio Correia. Coimbra: Armênio Armado, 1980.

LYNCH, Kevin The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. Denver, 2013.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na Política e a Política no STF: poderes pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O Direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.



MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo, 01/02/2010. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

_____. *A lógica das Ciências Sociais*. Trad. Estevão de Resende Martins. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro. 3. ed., 2004.

_____. *Conjeturas e Refutações*. Lisboa: Almedina, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Um Voto Qualquer: o papel do ministro relator*. *Revista Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro. v. 1, n.1, p. 180-200, 2015.

VALE, Andre Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. São Paulo: Almedina, E-book Kindle, 2019.