

---

# CORTES CONSTITUCIONAIS E VOTOS DIVERGENTES (“DISSENTING OPINIONS”): EM DIREÇÃO A UMA CORTE MAIS DEMOCRÁTICA E TRANSPARENTE?

*CONSTITUTIONAL COURTS AND DISSENTING OPINIONS:  
TOWARDS A MORE DEMOCRATIC AND ACCOUNTABLE COURT?*

---

*Flávio Novaes Outani*

*Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*

*Procurador Federal*

*Procurador-Regional Substituto junto à PFE/INCRA/SR-27*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceituação, origens e justificativas de existência do instituto; 2 Argumentos contrários à sua adoção; 3 Admissão do instituto pelas diversas Cortes Constitucionais; 4 Comparativo estatístico da dissidência e considerações; 5 Breve reflexão específica sobre a realidade brasileira; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo traçar um panorama descritivo e também crítico acerca da admissão e eventual uso do instituto do voto divergente (“dissenting opinion”) pelas diversas Cortes Constitucionais do Brasil e da Europa continental, sem descurar de traçar alguns paralelos com as suas origens nos EUA e na Inglaterra. Analisando primeiramente a admissão de tal instituto pelos diversos ordenamentos jurídicos comparados, será traçado, em seguida, um comparativo quantitativo da frequência com que as divergências ocorrem em algumas das Cortes sob exame, a partir de estudos jurídicos e estatísticos já realizados nesse sentido. Na sequência, impõe-se uma análise mais crítica acerca dos dados encontrados, além de brevemente analisada a postura específica do uso recente de tal instituto pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cortes Constitucionais. Voto Divergente. Brasil. Europa. Democracia Deliberativa.

**ABSTRACT:** The present work aims to draw a descriptive but also critic picture of the possibility and, eventually, the use of the institute of the dissenting opinion by the many Constitutional Courts in Brazil and continental Europe, without disregarding the parallels with its origins in the USA and England. First analysing if the different and compared legal orders admit it, a quantitative comparison of the incidence of dissent in some of the Courts under analysis will take place, based on the legal and statistical studies already published regarding such data. Furthermore, a more critical analysis of these informations is due, and also brief considerations regarding its recent use by the brazilian Supreme Court.

**KEYWORDS:** Supreme Courts. Dissenting Opinion. Brazil. Europe. Deliberative Democracy.

## INTRODUÇÃO

Apontado por Virgílio Afonso da Silva como algo “inevitável” (SILVA, 2015, p. 205) não é necessário um olhar científico para notar que a existência de opiniões dissonantes e divergentes ocorre naturalmente no cotidiano humano, especialmente quando abordados temas política ou moralmente sensíveis, além de diversos outros, obviamente.

A não unanimidade de opiniões, portanto, é encarada com naturalidade no dia a dia dos cidadãos, ao menos em países onde vigente um regime democrático de fato, não apenas de direito.

No âmbito das Cortes Constitucionais, por sua vez, esse cotidiano também não é diferente, tendo em vista que os seus integrantes, enquanto membros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário do respectivo Estado, também têm opiniões jurídicas muitas vezes radicalmente opostas às de seus pares nos Tribunais em comento.

Todavia, nem sempre a estes é permitido revelar suas opiniões divergentes ou mesmo convergentes, isto é, baseadas em fundamentação diversa, quando de um julgamento, tornando-se pública meramente uma decisão final da Corte enquanto manifestação coletiva da mesma, em suposto uníssono – pouco importando se a mesma, internamente, fora ou não unânime quando da deliberação por parte dos juízes componentes do Tribunal.

Esta última praxe relatada está especialmente presente na Europa continental, muito embora, hoje, diversos desses países de tradição civilística (“civil law”) já tenham reformado seus ordenamentos jurídicos de forma a admitir a publicação dos chamados votos divergentes e convergentes.

O Brasil, embora tradicionalmente filiado à família romano-germânica do Direito, há muito admite tal instituto cujas origens, como será visto adiante, encontra raízes no âmbito dos sistemas jurídicos da chamada “common law”.

A produção científica a partir da publicação dos votos não unânimes é apontada como “vastíssima, em diversos idiomas” (SILVA, 2015, p. 205) e em inúmeros países onde admitidos (KELEMEN, 2013, p. 1345), comparando-se o seu papel mesmo ao de promotor da pluralidade e da democracia dos próprios indivíduos e grupos de interesse existentes na sociedade, em sintonia com as linhas mestras da teoria de Habermas.

As publicações acima mencionadas abrangem não apenas estudos acadêmico-científicos a partir de votos divergentes, mas também estudos quantitativos e estatísticos, que servem de base para o estudo do jurista que os analisa, em especial para fins comparatistas.

O presente trabalho, portanto, tem por objetivo não apenas enxergar lado a lado os diversos ordenamentos jurídicos pesquisados,

identificando quais admitem ou não que os integrantes das respectivas Cortes Constitucionais emitam opiniões divergentes e, ainda, com que frequência o fazem; também é objeto deste estudo exercer um juízo crítico mínimo acerca das eventuais causas e consequências das discrepâncias e/ou semelhanças eventualmente encontradas, o que possui relevância tanto sob o ponto de vista jurídico quanto sociológico e de outras ciências sociais.

Finalmente, analisando especificamente a realidade brasileira, todos os dados eventualmente postos a lume serão confrontados com a atuação divergente do STF mais recente, repensando-se as linhas mestras traçadas pelo instituto sob exame para enxergar criticamente o papel que a Corte vem desempenhando.

Destarte, antes de exercer qualquer dos juízos críticos narrados, mostra-se necessário primeiramente definir o chamado instituto ou fenômeno jurídico dos votos divergentes e concorrentes/convergentes, como será realizado abaixo.

## 1 CONCEITUAÇÃO, ORIGENS E JUSTIFICATIVAS DE EXISTÊNCIA

A existência da chamada “dissenting opinion” pressupõe uma decisão não unânime por parte de um órgão colegiado, podendo a divergência se referir unicamente à conclusão, mas também quanto à motivação, ao fundamento do voto (são os chamados votos divergentes, na semântica da língua portuguesa).

Estes últimos, apesar da distinta fundamentação, quando convergentes quanto à conclusão são chamados de votos concorrentes (“concurring opinions”) ou divergentes quanto à mera fundamentação, pois, via de regra, não alteram o resultado final do julgamento, salvo, dependendo das normas de julgamento pertinentes, quando não há uma maioria claramente formada na Corte (a chamada “majority opinion” – voto da maioria), recorrendo-se ao instituto da “plurality opinion”, também dependendo do ordenamento analisado – este último figura como verdadeira técnica de julgamento que também encontra correspondência no sistema pátrio (“voto médio”, grosso modo – ver, por todos: MOREIRA, 2005, p. 655).

Esclarece-se, desde já, que, para os efeitos específicos do presente estudo, não serão detalhados os efeitos do pronunciamento de um voto divergente em um julgamento, bastando uma compreensão do instituto da “dissenting opinion” enquanto aquele que expressamente permite que seja proferido um voto individual divergente e que o mesmo venha redigido separadamente ou individualizado suficientemente para que sejam conhecidas publicamente as suas razões de decidir.

Há, ademais, quem estabeleça uma distinção entre “dissenting opinion” e “dissent” na doutrina americana (LAFFRANQUE, 2003, p. 163), traçando paralelos com a “abweichende Meinung” no Tribunal Constitucional alemão, mas tais nuances parecem ser quase que meramente linguísticas<sup>1</sup>, que também serão irrelevantes para o presente estudo, sem contar o fato de que os primeiros termos parecem ser usados indistintamente pelos profissionais e estudiosos americanos<sup>2</sup>.

Prosseguindo-se na caracterização, é relevante registrar brevemente a origem histórica do instituto, que remonta ao direito anglo-saxão (EUA e Inglaterra), como aponta Laffranque (2003, p. 164), em especial em face da competência judicante atribuída à Câmara dos Lordes inglesa (“House of Lords”), que, ao exercê-la, decide seriatim, isto é, “em série”, individual e sequencialmente pelos julgadores, cada um emitindo uma opinião distinta e declarada publicamente – em oposição a uma decisão per curiam, por exemplo, que é tomada pelo conjunto de uma Corte.

Tal forma de julgamento foi inicialmente adotada no âmbito da Corte Constitucional americana até o fim do século XVIII, sendo que, a partir da chamada “Corte de Marshall” (“Marshall’s Court” - 1801/1835), os votos dos “Justices” americanos passaram a ser somados individualmente e os que divergiam da opinião final da Corte poderiam acrescentar o seu voto divergente (ou mesmo convergente), que também seria tornado público (LAFFRANQUE, 2003, p. 163).

Kelemen (2013, p. 1346-1347), ao analisar os ordenamentos jurídicos europeus, em contrapartida, identifica como “mito” a apontada tradição dos sistemas continentais de manter-se em segredo ou não registrar os votos divergentes, chegando a citar exemplos que datam do século XV na Espanha (“voto reservado” – embora estes não fossem publicados), mas também exemplos regionais da Itália e da Alemanha, cuja região de Württemberg chegava a permitir mesmo a publicação de votos divergentes até meados do século XX.

Na maior parte dos exemplos europeus apontados, contudo, o voto divergente era mantido em segredo e, mesmo quando divulgado, limitou-se a uma prática regionalmente isolada e pouco frequente, parecendo mais cientificamente apurada a conclusão pelas origens anglo-saxônicas do instituto.

---

1 A distinção feita seria, em suma, praticamente o mesmo que comparar semanticamente uma “divergência” surgida nos debates e a sua efetiva concretização como “voto divergente” ou vencido.

2 Apenas a título de exemplo do uso mencionado, dentre inúmeros outros: <<https://www.thenation.com/article/whats-the-point-of-a-supreme-court-dissent/>> e <[https://www.washingtonpost.com/opinions/the-power-of-a-supreme-court-dissent/2015/10/29/fbc80acc-66cb-11e5-8325-a42b5a459b1e\\_story.html?utm\\_term=.9167b7ae9b53](https://www.washingtonpost.com/opinions/the-power-of-a-supreme-court-dissent/2015/10/29/fbc80acc-66cb-11e5-8325-a42b5a459b1e_story.html?utm_term=.9167b7ae9b53)>

Em relação às justificativas apontadas para a sua existência, a seu turno, tornando públicas as divergências entre julgadores, elas são as mais diversas possíveis, conforme registra tanto a doutrina brasileira quanto a estrangeira.

Representando a primeira, merece destaque a opinião de Virgílio Afonso da Silva (2015, p. 205–206), que, inclusive, afirma ser mais recorrente encontrar opiniões em defesa da adoção de tal procedimento que o contrário, senão veja-se:

De forma geral, é possível afirmar que a tendência é ver a possibilidade de divergência com bons olhos. Se a divergência existe, seria um erro escondê-la, diria o argumento mais geral de todos. Outros argumentos frequentes sustentam que a possibilidade de divergência pública tende a respeitar mais a autonomia do juiz, possibilitar um maior diálogo do tribunal com a sociedade, aumentar a aceitação social das decisões judiciais e, por fim, e talvez como argumento mais recorrente, costuma-se dizer também que a divergência minoritária de hoje pode ser uma decisão à frente de seu tempo, com o potencial de se tornar opinião majoritária no futuro.

A doutrina norte-americana faz ecoar este último argumento, sendo relevante citar passagem famosa do “Chief Justice” Charles Evans Hughes (1930–1941), que definiu a divergência como “um apelo ao cambiante espírito da lei, à inteligência de dias futuros em que uma decisão posterior poderá corrigir o erro que o juiz divergente acredita que a Corte tenha cometido”<sup>3</sup>.

Os exemplos práticos dessa máxima são muitos e bastante cultuados nos EUA, citando-se em especial o voto divergente proferido em “Plessy v. Ferguson” (1896), apontado como triunfante 58 anos mais tarde<sup>4</sup>, quando do também famoso julgamento “Brown v. Board of Education” (1954), tido como modelar para a questão da segregação racial naqueles país, dentre diversos outros casos também paradigmático.

Também é relevante registrar que há quem aponte para a divergência como fruto do pluralismo existente na sociedade, também em linha com a “aceitação social” apontada por Virgílio Afonso da Silva acima, mas além dela: seria até mesmo uma forma de defesa e de afirmação dos ideais das minorias como partes legítimas do processo democrático de formação da opinião

3 Tradução livre de: “A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of law, to the intelligence of a future day when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting justice believes the court to have been betrayed”.

4 Exemplificativamente, confira-se: <[https://www.washingtonpost.com/opinions/the-power-of-a-supreme-court-dissent/2015/10/29/fbc80acc-66cb-11e5-8325-a42b5a459b1e\\_story.html?utm\\_term=.993d80b3cf69](https://www.washingtonpost.com/opinions/the-power-of-a-supreme-court-dissent/2015/10/29/fbc80acc-66cb-11e5-8325-a42b5a459b1e_story.html?utm_term=.993d80b3cf69)>.

estatal, em sintonia com os ideais teorizados por Habermas, além de reforçar a sua noção de democracia deliberativa (HABERMAS, 2007, p. 277 et seq.)<sup>5</sup>.

Todos os argumentos acima assumem especial relevância ao serem conjugados com o papel jurídico-político atribuído aos Tribunais Constitucionais, obviamente, conforme já anotado por Kelemen (2003, p.1350 et seq.).

## 2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SUA ADOÇÃO

É de igual relevância também expor os argumentos em sentido contrário à divulgação das dissidências já mencionadas, colhendo-se pareceres da lavra da doutrina italiana acerca do tema – já adiantando-se que a Corte Constitucional Italiana é uma das poucas que não admitem a publicação ou conhecimento de votos divergentes dos integrantes da Corte (KELEMEN, op.cit., p. 1345).

Cassese (2009, p. 13-15) aponta para o fato de que o segredo favoreceria a certeza do direito, da interpretação jurídica, além do fato de que a independência dos juízes nomeados a termo, como ocorre na Itália, poderia ser ameaçada pela publicação de seus pontos de vista individuais, dentre outros.

O argumento que aponta como mais adverso, no entanto, é o da perda de prestígio e da própria independência da Corte, caso os julgadores sejam “seduzidos” pela possibilidade de exaltação da própria personalidade em seus votos, configurando o que é apontado pela doutrina americana como “self-remarking”, segundo narra.

Gorlani (2002), a seu turno, alerta também para a possibilidade de subtração da função “unificante, jurídica, política e moral” que a Constituição exerce, além de relatar, como Cassese, acima, também a inconveniência do instituto para o sistema italiano, que frequentemente vê alterada a composição de sua Corte Constitucional, ao contrário do sistema americano, que confere vitaliciedade aos seus “Justices”.

Este último permitiria a manutenção da composição da corte americana por um longo período de tempo, de certa forma favorecendo a consolidação das opiniões formadas e apenas evoluindo lentamente as mudanças em sua jurisprudência; ao revés, na corte italiana poder-se-ia assistir a uma “babel de vozes” (GORLANI, 2002, p. 3) em função das frequentes substituições.

Veja-se, assim, que os argumentos contrários à publicação das divergências não se limitam ao direito, tangenciando os campos da sociologia, ciência política e até da psicologia.

5 Ver, ainda: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/senhor-voto-vencido-marco-aurelio-diverge-pelas-minorias>>. Acesso em: 13 out. 2017.

### 3 ADMISSÃO DO INSTITUTO PELAS DIVERSAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Analisadas a conceituação, origem e alguns dos argumentos contrários ou a favor ao tema em exame, torna-se mais do que relevante “corporificá-lo” em alguns ordenamentos jurídicos, trazendo-se exemplos reais para ilustrar as semelhanças e diferenças entre eles.

O extenso estudo de Kelemen (2013, p. 1347), tido como pioneiro na área, é bastante recente e aponta para o fato de que apenas as Cortes Constitucionais da Áustria, Bélgica, França, Itália e Luxemburgo não admitem a publicação dos votos divergentes de seus integrantes (KELEMEN, *op.cit.*, p. 1347).

Segundo a mesma obra, os demais países europeus continentais, a seu turno, modificaram os seus ordenamentos de forma a permitir a instauração e conhecimento das divergências instauradas, a exemplo da Alemanha, que foi o primeiro país europeu a introduzir a prática pela via legislativa, expressa, no intervalo entre 1969 e 1971 (proposição legislativa e regulamentação pela Corte, após positivação legal, respectivamente).

Na sequência, Portugal (1981) e Espanha (1985) aprovaram os seus respectivos diplomas legais autorizativos, traçando a autora ainda panorama amplíssimo da realidade europeia – há referências aos sistemas grego, romeno, lituano, dentre diversos outros (KELEMEN, *op.cit.*, p. 1348-1350).

É interessante notar, ainda, que a Corte Constitucional alemã, mesmo antes do regramento legal que modificou o sistema da “não divulgação” até então vigente, passou a publicar a quantidade de votos “a favor” e “contra” desde 1952 (KELEMEN, *op.cit.*, p. 1348) e, excepcionalmente, também votos divergentes, como no conhecido caso da revista “Der Spiegel” de 1966 (cujo resultado fora um empate em “4 a 4”), apontando-se também casos outros em que o juiz Willi Geiger, em particular, publicara voluntariamente votos divergentes por ele proferidos (COLLINGS, 2015, p. 86), marcando o que Kelemen apontou como uma evolução gradativa da praxis por parte do tribunal alemão, motivada talvez por razões circunstanciais, mas que marcaram a história tanto do país quanto do instituto na Corte (COLLINGS, *ibidem*).

Nos EUA e na Inglaterra, conforme já apontado anteriormente, a prática remonta ao início do século XIX ou mesmo anteriormente, quando analisados os votos preferidos por outras cortes que não a constitucional (no caso inglês), sendo interessante fazer um breve paralelo desta com a realidade brasileira.

Também no Brasil a praxe não tem origens legislativas e já aparecem nos primeiros anos de funcionamento da Corte, relatando André Rufino do Vale, citando Emilia Viotti da Costa (COSTA, 2007, p. 35-36), que:

[...] o tribunal se transformava em verdadeiro “teatro” aberto ao público, o qual lotava a sala das sessões para aplaudir as sustentações orais de advogados como Rui Barbosa e se manifestar a favor ou contra um ou outro voto, muitas vezes sob as advertências do presidente.

Data de há muito, portanto, a praxe de proferirem-se os votos de forma seriada também no STF, além de permitir-se a divergência expressa, cada Ministro debatendo livremente a sua fundamentação e o seu voto, tendo o público integral acesso aos mesmos hoje em dia, inclusive por meio televisivo.

#### 4 COMPARATIVO ESTATÍSTICO DA DISSIDÊNCIA E CONSIDERAÇÕES

Em linha com as diretrizes anteriormente traçadas para o presente estudo, é relevante trazer à colação alguns – dos muitos – dados estatísticos existentes acerca dos diversos tribunais constitucionais, podendo-se mesmo esboçar brevemente um mapa de sua incidência nos diversos ordenamentos.

Primeiramente, é curioso notar que o próprio “Bundesverfassungsgericht” fornece tal informação consolidada, apontando que o Tribunal Constitucional Alemão registrou, desde 1971 (quando regulamentada a possibilidade de divergência expressa) até 2016, apenas 162 casos de um universo de 2.206 constantes do repositório oficial (“Official Collection of Decisions”) em que fora proferido ao menos um voto em separado, divergente ou convergente (“Sondervotum”)<sup>6</sup> – ou seja, meros 7,34% do total.

Ainda que consideradas apenas as decisões do repositório oficial, tais dados contrastam – e muito – com os disponíveis sobre a realidade brasileira; o chamado “Anuário da Justiça” (em edição especial, abarcando os anos de 2006 a 2015), publicação privada que muito se assemelha a um repositório oficial, registrou que o Ministro Marco Aurélio, sozinho, inaugurou divergência em 161 das 514 decisões mais importantes selecionadas pela publicação – ou seja, em 31,32% delas, o que lhe rendeu mesmo o apelido de “Senhor Voto Vencido” (CARDOSO; MATSUURA, 2015).

Em dados referidos por Silva (op.cit., p. 224), um quarto (25%) das decisões em ADIs apresenta ao menos um voto divergente, sem contar os

6 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Annual Statistics 2016. Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik\\_2016\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik_2016_node.html)>. Acesso em: 12 out. 2017.

votos convergentes, não contabilizados na metodologia do estudo-fonte, concluindo o autor que:

O número de decisões com votos individuais no STF é, portanto, muito maior do que 25% do total (no caso das ADIs). No caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma corte notória por sua divisão ideológica, os votos divergentes também são frequentes e as decisões unânimes, menos comuns (cf., por exemplo, EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2012, p. 701: de 1946 a 2009, apenas 30% das decisões foram unânimes). Ainda assim, as divergências e concorrências são menos individualizadas do que no STF. Em outras palavras, uma decisão por 5 a 4 na Suprema Corte dos Estados Unidos pode ter apenas dois votos, o da maioria e o da minoria, enquanto que uma decisão por 6 a 5, no STF, tenderá a ter 11 votos individuais.

A realidade americana, a seu turno e conforme apontado acima, também mostra indícios de grande percentual de divergência, mas nem sempre foi assim, segundo minucioso trabalho publicado na *Harvard Law Review* de 2011.

Por cerca de 140 anos de seu funcionamento (de 1801 a 1940), a Corte dos EUA apresentou um índice de unanimidade de cerca de 90% (FROM CONSENSUS..., mar. 2011, p. 1307-1308), curiosamente; as constatações de Virgílio Afonso, no entanto, parecem ecoar a realidade daquele Tribunal dos dias de hoje, cujo dissenso supera bastante a unanimidade, limitada a cerca de meros 30% no período de 1946 a 2009.

Se, em 1932, a “US Supreme Court” teve 16% de julgamentos não unânimes em relação ao total, já em 1942, apenas 10 anos mais tarde, esse número havia crescido para 44%, com 1,03 de média de divergências por julgamento, números estes que, em 1952, saltaram para impressionantes 78% (incluindo votos divergentes e concorrentes), com uma média de 1,80 divergências por julgamento – quase o dobro de 1942 (ibidem, p. 1312).

Estudiosos de inúmeras áreas se debruçaram sobre tais dados para explicar o porquê de tamanho aumento no período de apenas 20 anos; em apertada síntese, as explicações foram compiladas pelo estudo de Harvard de 2011 em 5 motivos principais, destacando-se, dentre outros, a composição idiossincrática e até inexperiente de membros da Corte nesse período, a “canonização” de dissidências anteriores, atraindo atenção a tais divergências passadas e a maior legitimidade democrática pelo debate e mesmo confronto de ideias distintas (ibidem, p. 1312-1317) – convergindo com a já apontada teoria habermasiana.

Todavia, apesar da estatisticamente comprovada “normalização” da dissidência nos EUA, o estudo em comento aponta como absolutamente inesperada a mudança que viria a ocorrer em favor, supostamente, do reforço da ideia de colegialidade na Corte, mormente através do uso simbólico do instituto do “Respectful Dissent”, segundo aponta.

A simples expressão simbolizaria um respeito dos juízes à coletividade da instituição e, ao mesmo, angariaria legitimidade popular e política ao resgatar a civilidade de outrora, além de demonstrar que a deliberação de fato ocorrera, em sintonia com o já apontado argumento de que a qualidade do debate democrático seria elevada pelo embate plural de ideias (ibidem, p. 1319).

Em conclusão, apontou-se que a nova figura de retórica que passou a “dominar” o discurso dos “Justices” nas décadas seguintes (até chegar a quase 70% de “adesão” – voluntária, aliás – nos dias de hoje) teve o potencial de conferir legitimidade adicional ao discurso da divergência e do uso respeitoso da própria retórica, que conferiu, por sua vez, maior legitimidade à Corte como um todo – independentemente da divergência instaurada –, sem prejuízo de, eventualmente, buscar-se o consenso em casos de grande relevância, como o já aludido “Brown v. Board of Education”, em 1954 (ibidem, p. 1320-1322).

Veja-se, portanto, que, apesar de os números apresentados pelos Tribunais alemão e americano serem frontalmente díspares, este último não deixou de buscar a colegialidade, ainda que inesperadamente e, como apontado, após período em que prevaleceu a temida “babel de vozes” apontada por Gorlani.

O tribunal alemão, a seu turno, apesar de instituir a prática há quase meio século, vem mantendo a sua jurisprudência regularmente unânime em sua quase inteireza, pelos dados oficiais apresentados, talvez imbuída de seu papel de conferir certeza e segurança ao ordenamento jurídico daquele país – e sem prejuízo de eventual divergência acerca de questões relevantes.

A realidade brasileira, finalmente, inevitavelmente parece tender para uma similaridade com os EUA; no entanto, é mister ressaltar ainda interessantíssimo e extenso estudo realizado pelo Nexo Jornal, que, ao analisar cerca de 9 mil decisões do Plenário do STF entre 2007 e 2017, apontou para um grau de convergência de cerca de 71,5% delas e, ainda, de cerca de 21% em que só um Ministro ficou vencido (e o Marco Aurélio Mello, sozinho, em 12%)<sup>7</sup>.

Tornando-se, de certo modo, controvertida a análise do cenário brasileiro, é mister que o mesmo seja analisado em tópico distinto, conforme abaixo.

7 Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/especial/2017/03/21/Como-os-ministros-do-Supremo-se-aproximam-ou-se-distanciam-entre-si-de-acordo-com-suas-decis%C3%B5es>>. Acesso em: 13 out. 2017.

## 5 BREVE REFLEXÃO ESPECÍFICA SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA

Apesar da profundidade do levantamento realizado pelo Nexo Jornal, persiste não como um mito, mas estatisticamente provado pelo outro estudo citado, conforme Virgílio Afonso da Silva (2015), que cerca de 25% das ADIs são julgadas de forma não unânime – talvez a classe mais relevante em curso no STF, ao lado de ADCs, ADOs e ADPFs, sendo que tais dados não foram questionados pelo estudo mais abrangente mencionado.

Ao inverso: podem evidenciar simplesmente a intensa produção dos Ministros, ainda que em Plenário, para fazer frente ao enorme volume de processos que julgam diariamente, sem prejuízo da confirmação das conclusões registradas no Anuário da Justiça já mencionado de que pelo menos um terço das decisões mais relevantes selecionadas num período de 10 anos não foi unânime, em linha com os dados sobre as ADIs, acima.

Esses dados acerca das ações diretas, ademais, parecem contribuir para a crescente visão (ou mesmo “sensação”, não se pode descartar) de que o Supremo vem tendo a sua legitimidade democrática bastante criticada, talvez em linha também com a percepção acerca das demais instituições estatais pátrias nos dias atuais.

Chega-se a descrever o STF até mesmo como composto por “11 ilhas supremas”<sup>8</sup>, reforçando os primeiros dados apresentados, sendo percuciente a seguinte análise de Virgílio Afonso da Silva (2015, p. 224):

“É interessante notar, contudo, que muitos dos ministros veem problemas isolados na forma de deliberar do STF e que um dos principais problemas apontados foi o excesso de individualismo. Mas a identificação desse problema, curiosamente, não tem reflexos na visão que os ministros têm acerca da prática de sempre escrever votos individuais, longos ou curtos, divergentes ou concorrentes. A conclusão a que se pode chegar é a de que eles não parecem ver uma ligação *necessária* entre excesso de votos individuais e individualismo” (grifou-se)

Torna-se mais curiosa ainda a conclusão ao perceber-se que o estudo conduzido pelo autor acima ter, de fato, entrevistado pessoalmente uma grande quantidade de Ministros em atividade ou já aposentados à época

8 Cf. <<https://jota.info/artigos/onze-ilhas-supremas-ou-ministros-invisiveis-o-que-o-stf-reserva-para-2016-04022016>>. Acesso em: 15 out. 2017.

em que conduzidos, colhendo-se as distintas impressões pessoais dos mesmos acerca do fenômeno aqui destacado.

Assim, percebe-se claramente que o STF parece sofrer de muitas das grandes vicissitudes apontadas e temidas no tópico 2 acima, em especial aquela relativa à “babel de vozes”, narrada por Gorlani.

Contudo, ao contrário do que se possa imaginar, os dados das realidades alemã e, principalmente, americana (em especial relativas às décadas de 1950 e 60, acima) demonstram que, na verdade, o problema real não é a admissão do instituto em si do voto divergente; não é este um “mal” a ser combatido ou uma “boa prática” a ser seguida.

Contrariamente ao que se possa esperar, parece ser o uso de tal instituto pela Corte que lhe confere maior ou menor legitimidade democrática, tendo em vista que a Corte americana, apesar do enorme grau estatístico de dissidência, buscou meios de distanciar-se da pura individualização (tão comum no sistema *seriatim*), muitas vezes desconexa, para caminhar, quando “necessário” ou ao menos possível, para a formação de consensos eventuais, alterando a imagem pública da instituição.

Não se tratou, contudo, de mera “maquiagem” do papel da Corte, e sim de ações voltadas à melhoria da “substância” de suas decisões, ainda que meramente simbolizadas por alguma retórica (“I respectfully dissent”), como apontado pelo estudo de Harvard, mas especialmente em função da elevação do grau do debate travado – independentemente da existência de consenso ou dissenso.

No solo pátrio, todavia, exemplos recentes parecem demonstrar uso completamente diverso do instituto aqui tratado, fazendo-se proliferar as críticas acerca, para mencionar um caso, até mesmo do “voto de minerva” (desempate) de sua atual Presidente, cujos finos observadores exararam críticas no sentido de que chegou-se a proferir um voto divergente “terceiro”, fundamentalmente diverso de ambos que fizeram empatar um determinado julgamento em “5 a 5”, cujos motivos centrais ainda não foram completamente desvendados, tamanho o grau de obscuridade nele identificado<sup>9</sup>.

Deixou-se transparecer, assim, que a legitimidade democrática não advém mormente de um ou outro voto particular divergente que eventualmente encontre guarida neste ou naquele setor da população ou instituições, e sim do papel desempenhado pela Corte como um todo quando do julgamento de questão constitucionalmente relevante, isto é: se os votos registrados ao final do julgamento demonstraram um “aumento”, a cada

9 Cf. <<https://jota.info/artigos/caso-aecio-carmen-lucia-quis-explicar-para-confundir-12102017>>. Acesso em: 15 out. 2017.

novo argumento apresentado, do debate democrático travado no seio da Corte, e não meramente uma pluralidade de votos diferentes apresentados em paralelo, ainda que extremamente bem embasados em suas próprias razões de decidir.

Nesse condão, a chave para o não desvirtuamento da faculdade de se poder estabelecer uma divergência (assumindo que isto seja desejável, tendo em vista a relevantíssima “função coletiva” estatal desempenhada pela colegialidade da Corte) parece residir no reforço que estes votos eventualmente conferem ao debate deliberativo dos 11 Ministros, apesar das eventuais (e certamente fundadas) divergências.

A troca e até o eventual embate de ideias, portanto, ainda que não alterem as conclusões finais e a *opinio juris* dos julgadores, parece mostrar-se como algo absolutamente imprescindível para atingir tal finalidade; diante de sua atuação mais recente, resta saber, assim, qual caminho seguirá o STF no futuro próximo – e distante.

## 6 CONCLUSÃO

Em função de todo o panorama traçado, é mister perceber que o instituto do voto divergente (“*dissenting opinion*”) é, sempre de forma fundada, admitido ou não pelos diversos ordenamentos jurídicos e Cortes Constitucionais trazidos à baila, atraindo a atenção de defensores e críticos à sua previsão pelos mesmos.

Já se encontra disseminada, no entanto, mundo afora a sua previsão, restando, hoje, apenas alguns poucos países da Europa continental fechados a essa possibilidade.

Nos demais, europeus ou não, percebe-se intensa variação estatística com que os votos divergentes são exarados no âmbito das Cortes Constitucionais analisadas, produzindo-se inúmeras análises acadêmico-científicas de diversas áreas a partir de tais dados e de casos específicos.

O Brasil, por sua vez, parece demonstrar que o instituto vem sendo usado hodiernamente da forma menos lembrada e relevante historicamente, quando comparado ao paradigma dos EUA (em especial nos anos 1930 a 1950); resta sem resposta, assim, a importante questão sobre se o STF efetivamente passará a primar, no futuro, pela colegialidade da Corte e pelo incremento do papel coletivo que pode vir a desempenhar para a República em detrimento do extremo individualismo hoje presente nos votos, configurando verdadeira “*babel*” de vozes e votos cada vez mais frequente ou, ao menos, evidente.

**REFERÊNCIAS**

\_\_\_\_\_. From Consensus to Collegiality: The Origins of the “Respectful” Dissent. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 124, n. 5, p. 1305 a 1326, mar. 2011.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Annual Statistics 2016*. Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik\\_2016\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik_2016_node.html)>. Acesso em: 12 out. 2017.

CARDOSO, Mauricio; MATSUURA, Lilian. “*Senhor Voto Vencido*”, *Marco Aurélio diverge e fala pelas minorias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/senhor-voto-vencido-marco-aurelio-diverge-pelas-minorias>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CASSESE, Sabino. Lezioni sulla cosiddetta opinione dissenziente. *Quaderni di diritto costituzionale*, n.4, 2009. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Opinione\\_dissenziente\\_Cassese.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Opinione_dissenziente_Cassese.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2017.

COLLINGS, Justin. *Democracy’s Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. Oxford, Oxford University Press, 2015.

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: *Chè cosa é la Corte costituzionale*. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc\\_Checosa\\_2016.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2016.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2017.

COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2. ed. 2007. p. 35-36 apud VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/e-preciso-repensar-a-deliberacao-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17 out. 2017.

GORLANI, Mario. *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*. Disponível em: <[http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/365.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/365.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

KELEMEN, Katalin. Dissenting Opinions in Constitutional Courts (August 1, 2013). *German Law Journal*, Charlottesville, 2013, v. 14, n. 8, p. 1345-1371. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2312396>>. Acesso em: 13 out. 2017.

LAFFRANQUE, Julia. *Dissenting Opinion and Judicial Independence*. *Juridica International*, Tartu, 2003, v. VIII, p. 162-172. Disponível em: <<http://www.juridicainternational.eu/?id=12590>>. Acesso em: 15 out. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. v. V, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 47, p. 205 a 225, jul./dez. 2015.