

Gonet Branco: 30 anos de STF do Ministro Marco Aurélio

14/06/2020

Quando comentei com uma amiga de Ministério Público que havia recebido convite da **ConJur** para publicar uma nota de reconhecimento pelas três décadas de judicatura do Ministro Marco Aurélio no Supremo Tribunal Federal, ouvi dela a observação de que a tarefa era simples, porque a ninguém ocorreria senão o vaticínio do lugar distinguido a ele reservado na crônica histórica da corte. Não há como negar-lhe razão.



O ministro Marco Aurélio participou com proeminente realce de todos os

mais importantes julgamentos da fase mais esuziante da história do tribunal, não somente com substanciais votos vencedores em casos emblemáticos, como também com instigantes votos dissidentes — sempre, num caso e noutro, com a marca da fundamentação rigorosa.

Nos chamados votos vencidos, o Ministro Marco Aurélio, porém, transluz de modo ainda mais sensível a sua integridade de juiz. É o caso de reverenciá-lo também nessa produção intelectual que pode admirar o leigo e alguns juristas menos atentos, mas que, na verdade, apresenta singularidades de suma importância para a jurisdição constitucional. Acorrem-me, aqui, prontamente à memória dois desses votos vencidos bastante significativos.

No primeiro, o ministro empunhou, na companhia do ministro Sepúlveda Pertence, a tese de que fere o princípio constitucional da individualização da pena que o legislador, em abstrato, estabeleça a proibição de progressão do regime de cumprimento de pena dos condenados por crime hediondo (HC 69.657, Pleno, j. 18.12.1992).

No segundo, adotou a doutrina da mais ampla da liberdade de expressão, que o levou a recusar a caracterização do crime de racismo em discurso de deplorável conotação racista, no qual, entretanto, não avultou perigo de dano para o povo agredido. Essa foi a tônica do seu voto no conhecido caso Ellwanger (HC 82.424, Pleno, j. 17.9.2003).

Nesse último precedente, houve uma verdadeira proclamação de princípio a que o Ministro Marco Aurélio foi fiel durante toda a sua trintenária presença no Plenário e nas Turmas do STF. O ministro invocou Kelsen, para ressaltar que *"a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria"*. Em seguida, lê-se a sua profissão de postura na corte: *"Venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário"*.

De fato, o voto minoritário, expresso, publicado e assinado, além de ser uma antiga tradição na nossa praxe pretoriana, é de substancial relevo para o papel da jurisdição constitucional numa democracia, especialmente quando a corte constitucional se detém em temas com alto potencial de discordância na sociedade. O voto que disputa com a maioria certamente que contribui para a função pacificadora da jurisdição, na medida em que revela que a posição não acolhida no julgamento, acaso partilhada por segmentos da população, foi, apesar disso, levada a sério, a ponto de merecer voto consciencioso e apurado de integrante da alta corte.

Não obstante essa e outras utilidades que se podem predicar ao voto vencido, a sua admissibilidade não é uma constante no Direito comparado. O receio de que o tribunal pareça dividido e instável, no contexto de uma estratégia ansiosa por firmar a imagem da corte como ator único no cenário social, leva alguns sistemas a vedar a divulgação das posições de magistrados desacolhidas pela maioria nos procedimentos de decisão. Chega-se ao extremo, como noticia Georg Vanberg [1], de se cobrar juramento de segredo dos magistrados sobre as deliberações internas da corte. É significativo que mesmo numa corte constitucional paradigmática como a alemã, somente em 1970 tenha sido formalmente admitida a divulgação dos votos dissidentes [2].

No Brasil, em que os debates dos julgamentos são acompanhados em tempo real pela TV Justiça — fruto ela própria de projeto de lei apresentado pelo Ministro Marco Aurélio como presidente da corte e sancionado por ele próprio como presidente da República em substituição —, as inibições desses tribunais europeus soam bizarras.

Estamos, nesse particular, mais próximos dos Estados Unidos. Ali, embora o processo decisório da corte ocorra a porta cerrada, são comuns os votos vencidos, assinados e publicados; as suas consequências práticas são, de sua parte, objeto de constantes e interessantes estudos doutrinários, que mesclam aspectos jurídicos, de ciência política e de estatística. Estudos dessa ordem ainda aguardam, entre nós, os devotados pesquisadores que merecem, mas as apreciações elaboradas nos Estados Unidos já são de proveito para uma inicial abordagem comparativa com a realidade brasileira.

Seguindo um modelo de combinação de dados empíricos, filtrados por concepções processuais, um grupo de notáveis da academia americana confirmou bastante do que se tinha por intuitivo a respeito dos votos dissidentes [3]. Alguns desses achados merecem registro, para fins de composição desta nota comemorativa.

O estudo demonstrou que o dissenso impõe custo para a maioria do Tribunal, obrigando-a a um esforço argumentativo mais acendrado. Por isso até, apurou-se que o dissenso nos tribunais americanos acaba guardando relação inversamente proporcional ao volume de trabalho da corte. O excesso de trabalho desanimaria a divergência num colegiado pouco inclinado a dispor de tempo para rever posições de imediata adesão geral.

Apontou-se também que o voto dissidente tem o efeito de reduzir a influência dos votos majoritários, despidos que ficam da aura de irretocáveis. A depender do tom em que vertidos, podem também gerar custo para a reputação dos juízes e do próprio tribunal, donde um outro curioso efeito reportado, o de a crítica da minoria gerar ressentimento no restante do colegiado, *"tornando mais difícil para o autor do voto de dissenso persuadir os demais juízes para segui-lo em outros casos"*. [4]

Esse ressentimento, de toda sorte, apresenta limitado alcance, e não tende a ser causa de dificuldades de relacionamento pessoal para o juiz mais propenso a votar vencido. A ser de outra forma, seria impossível a convivência entre os magistrados da Suprema Corte americana, considerando-se a taxa de 62% de acórdãos com voto vencido. Vale a transcrição do artigo a esse respeito:

"Pode-se pensar que a alta taxa de votos dissidentes na Suprema corte tornaria a vida (entre os juízes) intolerável, gerando uma aversão ao dissenso. Na realidade, estudos sobre a Suprema corte identificam períodos em que o relacionamento entre juízes do Tribunal era muito difícil (a década de 1940, por exemplo, e os anos 1970 e 1980 da corte Burger até a aposentadoria deste juiz), e outros períodos em que o relacionamento era bom, como no presente. Essas flutuações na colegialidade não parecem estar relacionadas com a frequência dos votos de dissenso" [5].

À parte essa investigação sobre efeitos do voto vencido no plano das contingências funcionais e pessoais, cabe salientar as virtualidades do voto vencido em cortes constitucionais no que tange ao seu papel na recomposição institucional do Direito Constitucional em busca do atendimento necessário aos desafios cambiantes do passar do tempo.

Há — bem sabido — uma relação entre tempo e cultura constitucional que enseja mecanismos de adaptação da ordem jurídica às mudanças imprescindíveis. Nesse passo, o sistema dispõe não apenas da opção por elaborar uma nova carta ou da formalização de emenda à Constituição, mas também da construção jurisprudencial. Tratando desta última, Peter Häberle enfatiza o papel crucial do voto de dissenso, como delicado instrumento oxigenação da ordem posta, tornada

necessária por exigências últimas da "dignidade humana e de valores humanos". Häberle contempla *"como na Suprema Corte americana interpretações constitucionais alternativas, que figuraram num certo momento como voto vencido, tornaram-se, no devido tempo, posições majoritárias"*, referindo-se também a exemplo paralelo na corte alemã [6].

Essas considerações servem para melhor aquilatar o papel não somente jurídico, mas histórico, dos votos dissidentes do Ministro Marco Aurélio, ao longo dos seus 30 anos no STF.

O seu voto vencido em 1992, no caso da progressão do regime de cumprimento de pena do condenado por crime hediondo, serviu de prelúdio para a reconstrução da jurisprudência uma dezena de anos depois. No HC 82959 (Pleno, j. 23.2.2006), o móvel da socialização do preso a que serve a progressão ganhou ênfase e apoio da nova visão da corte, passando-se a reconhecer que a fixação do regime de cumprimento também se inclui no domínio normativo da garantia da individualização da pena.

Esse é apenas um exemplo, entre tantos, que poderiam ser coligidos, a propósito da contribuição dos votos de dissenso do Ministro Marco Aurélio para a atualização da jurisprudência da corte, na linha do ideado e preconizado por Peter Häberle.

Quando se estudam os seus votos de orientação avulsa ou minoritária no Plenário e nas turmas, mostram-se outras duas virtudes que merecem ser devidamente anotadas. Como se viu da pesquisa empírica americana, o excesso de serviço constitui fator poderoso para tolher a disposição dos juízes americanos em proferir votos vencidos. Provavelmente nenhuma outra corte no mundo terá carga de processos por integrante próxima à que vexa os ministros do Supremo Tribunal brasileiro. Nem por isso o Ministro Marco Aurélio se furta ao que a sua consciência jurídica indica como dever de oposição às majorias que se formam nos colegiados. Muito menos a sua atuação cede a estratégias de formação de apoios, apontadas em jurisdições estrangeiras como elementos não infrequentes de contenção de variantes interpretativas. De outra parte, mesmo que o enfrentamento da maioria com os seus votos divergentes tenha a energia das fortes convicções, não lhe são por isso causas de perturbação das relações pessoais [7].

Todas essas particularidades falam positivamente da personalidade do ministro que completa 30 anos de magistratura no STF. Mas também revelam a superioridade do ambiente da corte. Acerta, por isso, com precisão, Sergio Bermudes quando, ao prefaciá-lo o livro comemorativo dos 25 anos da atuação do ministro no Supremo Tribunal, afiançou que, *"na judicatura de Marco Aurélio, incandesce a orientação do Supremo de não cortejar ninguém"* [8].

Percebe-se, afinal, a preocupação constante nos votos do Ministro Marco Aurélio de preservar direitos das minorias e dos vulneráveis. Pode-se não concordar com as suas posições — daí mesmo as ocasiões em que é vencido —, mas não se nega a sua constante busca de coerência com os seus valores. Desponta entre tantos dos seus votos o máximo respeito pela liberdade de expressão, que se mostra eloquente no voto vencido do "caso Ellwanger".

O enaltecer dessa peregrina liberdade constitucional o aproxima ainda mais de outro impertérrito juiz, este americano, a quem muitas vezes o ministro é relacionado pelos votos antecipadores do futuro, embora vencidos no presente. Oliver Wendell Holmes também se deixava guiar pelo mais severo senso de dever e pela aderência irrestrita à liberdade de expressão. As semelhanças são acentuadas ainda pela coincidência de ambos os magistrados terem alcançado a fabulosa marca cronológica de três décadas nas respectivas supremas cortes. Nesse período, aqui e lá, a posteridade recebeu um denso legado de dedicação e de compromisso com as liberdades básicas. Com efeito, nem a corte americana, nem a brasileira, dão-se a compreender devidamente sem o concurso intelectual, corajoso e arrojado de cada um desses seus insígnis membros.

A título de fecho, permanece oportuno e bastante o juízo de Sergio Bermudes que associou o ministro Marco Aurélio à *"judicatura luminosa de um juiz que a história dirá marcante, porque, não importa se vencedor ou vencido, exerceu, destemidamente, a função de julgar, conforme os seus princípios, a sua ciência e a sua fé"* [9].

[1] The Politics of Constitutional Review. Tese doutorado, University of Rochester, 1999, mimeo., p. 75.

[2] Martin Borowski. "The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court". Ratio Juris. Março de 2000, Vol. 13, No. 1, p. 173



[3] Refiro-me ao estudo de Lee Epstein, William Landes e Richard Posner, “Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis”. *Journal of Legal Analysis*. Springer, 2011, vol. 3, n. 1, pp. 101-137.

[4] Ob. cit., p. 104.

[5] Ob. cit., p. 106.

[6] Peter Häberle. “The Constitutional State and Its Reform Requirements”. *Ratio Juris*. Março 2000, vol. 13 n. 1, p. 89.

[7] Neste ponto, o leitor terá que aceitar o meu depoimento de frequentador das Turmas do STF, na qualidade de membro do Ministério Público Federal, sobre a urbanidade e cordialidade com que invariavelmente se dão os encontros dos integrantes da Primeira Turma – a que o ministro Marco Aurélio pertence – antes e depois das sessões.

[8] Marco Aurelio. *Vencedor e vencido*. Rio, Forense, 2006, p. VII.

[9] Ob. cit, p. VIII.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jun-14/gonet-branco-30-anos-stf-ministro-marco-aurelio/>