

De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal

*Whom the Dissenters Dissent From:
Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court*

Virgílio Afonso da Silva*

Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

A existência de decisões não unânimes em órgãos colegiados é inevitável. Mais do que isso, a não unanimidade é quase uma tendência natural, especialmente em se tratando de órgãos que decidem questões moral e politicamente polêmicas. Ainda assim, no caso de tribunais constitucionais e supremas cortes, há uma enorme variação na frequência com que as divergências se tornam públicas e há também tribunais que não permitem que o dissenso interno seja conhecido pelo mundo externo¹.

A literatura sobre votos divergentes em tribunais superiores é vastíssima, em diversos idiomas. De forma geral, é possível afirmar que a tendên-

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (vas@usp.br). A pesquisa que deu origem a este artigo teve financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo FAPESP 2011/01066-0). Partes do resultado da pesquisa foram apresentados e discutidos no Seminário de Pesquisa que organizo em conjunto com os professores Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo na Faculdade de Direito da USP. Agradeço aos participantes os comentários que ajudaram a melhorar o texto. Gostaria também de agradecer a Guilherme Benages Alcantara e Tatiana Alvim a hospitalidade em Brasília durante às minhas visitas ao Supremo Tribunal Federal.

1 Para um panorama acerca desse tema nos tribunais constitucionais europeus, cf. KELEMEN, 2013. Salvo engano, não há estudo comparativo sobre a prática dos votos divergentes em tribunais constitucionais e supremas cortes na América Latina.

cia 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.

No Supremo Tribunal Federal, praticamente todas as decisões nos casos mais polêmicos têm votos divergentes. Mesmo naqueles casos em que a decisão final é unânime, há ao menos divergências argumentativas que podem ser relevantes. Esses são os votos que, em alguma cortes, são chamados de votos concorrentes, porque, embora não divirjam do resultado final, divergem do caminho para se chegar a ele. Talvez não haja (e se houver, são poucos) tribunais com tantos votos divergentes e concorrentes quanto o Supremo Tribunal Federal². De forma geral, contudo, pouco se questiona esse fato. Ele costuma ser simplesmente encarado como um produto natural da tradição e da forma de decisão adotada no STF.

Este artigo não tem como objetivo fazer uma análise crítica dessa prática³. Este texto expõe parte dos resultados de uma pesquisa que pretendia compreender o que os próprios ministros do STF pensam da prática de-

2 Embora seja difícil encontrar estatísticas comparáveis entre si para subsidiar essa afirmação, o simples fato de que, nos casos mais importantes, mesmo decisões unânimes costumam ser a soma de 11 votos concorrentes parece ser um bom indicativo de que poucos tribunais têm tantos votos divergentes e concorrentes como o STF. Como afirmado, as estatísticas existentes são de difícil comparação. Por exemplo, no Tribunal Constitucional alemão, desde que os votos individuais (divergentes ou concorrentes) passaram a ser permitidos, em 1971, foram 154 decisões com votos individuais, em um universo de 2137 das decisões publicadas no repositório oficial, ou seja, apenas 7,2% das decisões têm algum voto individual (cf. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2014). No STF, dados mostram que, no caso das ADIs, por volta de 1/4 das decisões não são unânimes, isto é, contêm ao menos um voto divergente (cf. OLIVEIRA, 2012, p. 144). Como essa estatística inclui apenas a dicotomia unânime/não unânime, ela não permite identificar as inúmeras decisões unânimes com votos concorrentes. 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.

3 Para uma análise crítica, cf. SILVA, 2013, pp. 583-584.

liberativa e decisória desse tribunal⁴. No âmbito específico da divergência nas votações, procurou-se analisar (1) como os ministros explicam a quantidade de votos divergentes; (2) como eles avaliam essa grande quantidade de votos divergentes e concorrentes; (3) se eles veem alguma diferença entre voto divergente e voto vencido; (4) se existe alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir de forma explícita; e (5) como eles relacionam a publicação de tantas divergências e o grande volume de trabalho no tribunal. A cada uma dessas questões é dedicado um tópico deste artigo. Antes, contudo, faço uma pequena explicação sobre a pesquisa no âmbito da qual este texto se insere, especialmente de seus objetivos mais gerais e de sua metodologia.

2. A pesquisa e sua metodologia

Como dito acima, este artigo é parte dos resultados de uma pesquisa mais ampla, sobre a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal. Essa pesquisa baseou-se sobretudo em entrevistas com ministros do STF. Essas entrevistas não tinham o objetivo de saber o que se passa no interior da sala de julgamento, já que as sessões do STF são públicas e suas sessões plenárias, transmitidas ao vivo. As entrevistas tinham como objetivo compreender como os próprios ministros do STF encaram o processo deliberativo do qual participam.

Como a forma de deliberação e decisão no STF é a mesma há décadas, cada novo ministro se vê, sem grandes possibilidades de variação, compelido a seguir o rito deliberativo ditado pela tradição e pelo regimento interno. Isso não significa, contudo, que todos os ministros encaram seu papel individual em uma instituição coletiva como o Supremo Tribunal Federal da mesma forma. Em outras palavras: as informações a que temos acesso por meio da extrema publicidade a que estão submetidas as atividades dos ministros do STF não são suficientes para compreender o papel que os próprios ministros pretendem desempenhar, tampouco nos dizem o que cada ministro pensa da atual forma de decisão nesse tribunal. Não é factível supor que todos os ministros tenham a mesma compreensão sobre o papel da colegialidade, dos votos divergentes, sobre a função do relator,

4 No âmbito da mesma pesquisa, já foi publicado um primeiro artigo, sobre o papel do ministro relator na deliberação no STF (cf. *Id.*, 2015).

sobre a importância de um pedido de vista ou sobre os efeitos da extrema publicidade na prática deliberativa do STF.

Essa parece ser uma lacuna na produção acadêmica sobre o Supremo Tribunal Federal. De um lado, temos acesso a uma quantidade cada vez maior de informações (via banco de dados na internet, TV Justiça, canal do STF no *You Tube* e até mesmo no *Twitter*), de outro, nem sempre sabemos o que aqueles que produzem essas informações (os ministros e ministras) pensam sobre a forma como elas são produzidas. As entrevistas tinham como função fornecer subsídios para conhecer melhor a prática deliberativa do STF a partir de um material não disponível até então.

Todas as entrevistas foram gravadas e depois transcritas. Antes de iniciar cada entrevista, foi assegurado ao entrevistado que as informações seriam usadas de forma anônima. Como o objetivo da pesquisa não é expor a opinião individual dos ministros, mas construir um cenário coletivo a partir de visões individuais, o anonimato nas declarações não compromete os resultados. Pelo contrário, ele tem o potencial de deixar os ministros à vontade para expor de forma mais sincera suas opiniões⁵.

Para manter o anonimato, os nomes dos ministros foram substituídos por letras. Embora não haja nenhuma ordem reconhecível nessas letras, uma divisão clara foi feita: as letras A a I representam ministros no exercício da função (no momento da entrevista), enquanto as letras N a U indicam ministros que, ao tempo das entrevistas, já estavam aposentados. Ao longo do texto, não faço distinção entre ministros e antigos ministros, a não ser nos casos em que isso tenha me parecido conveniente, para deixar alguma contraposição mais clara. De qualquer forma, é sempre possível saber se se trata de um antigo ministro ou de um ministro atual com base nas letras.

Como regra geral, a despeito de suas agendas congestionadas, os ministros foram extremamente receptivos aos objetivos da pesquisa. Em vários casos, dispuseram-se até mesmo a fazer mais de um encontro para que as entrevistas pudessem ser feitas no ritmo ideal. Como foram poucos os ministros que se recusaram a conversar, é possível supor que os resultados obtidos têm um grande potencial explicativo sobre a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal⁶.

5 Essa metodologia foi inspirada na metodologia usada por Uwe Kranenpohl em trabalho sobre o Tribunal Constitucional alemão (cf. KRANENPOHL, 2010).

6 Dentre os ministros e ministras que estavam no exercício de sua função durante a realização da pesquisa, apenas 4 se recusaram, apesar das inúmeras tentativas, a conceder entrevistas: Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Rosa Weber.

Este e os outros artigos que expõem os resultados da pesquisa - todos publicados ou a serem publicados em revistas de acesso livre⁷ - não têm o perfil tradicional de um artigo acadêmico na área jurídica. Não é objetivo deste texto nem defender normativamente uma tese sobre o processo deliberativo no Supremo Tribunal Federal, nem ser descritivo a partir de uma perspectiva exclusivamente externa, tampouco fazer uma revisão de literatura sobre o tema investigado. O que se pretende, como foi delineado acima, é fazer uma tentativa de algo que poderia ser chamado de *descrição interna*. E, da mesma forma que as decisões do STF são o produto de 11 opiniões distintas que, de alguma forma, têm que se encaixar em um produto final, essa tentativa de descrição interna da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal também tenta construir a imagem de uma instituição a partir das opiniões individuais de seus membros. Com a diferença de que, no caso desta pesquisa, não são apenas 11 os ministros que formam o panorama geral, mas 17⁸.

Contudo, apesar de ser um texto que procura em grande parte apresentar as opiniões dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre questões ligadas à deliberação no tribunal, isso não transforma o artigo em uma simples colagem de opiniões. De um lado, há uma sistematização dessas opiniões, classificando-as e salientando as concordâncias e divergências; de outro, por mais que não fosse objetivo da pesquisa tomar partido em relação aos temas debatidos, em alguns momentos foi necessário expor certas contradições presentes nos depoimentos ou ainda deixar explícitos eventuais problemas fáticos a eles ligados.

Uma última explicação sobre a pesquisa e as entrevistas é necessária: o objeto das conversas não era a atitude dos ministros em todas as dezenas de milhares de decisões anuais. O foco eram exclusivamente as decisões mais importantes, mais polêmicas, que chamam mais a atenção do público. Essa é uma explicação importante porque várias das afirmações sobre o papel do relator, sobre a quantidade de votos divergentes, sobre a dinâmica da deliberação, valem apenas para esses casos. Assim, para usar

7 Embora não seja uma exigência da FAPESP, instituição que financiou a pesquisa, pareceu-me importante que os resultados da pesquisa, financiada com dinheiro público, ficassem disponíveis a todos, sem custo. Daí a opção por revistas de acesso aberto.

8 Os ministros e ex-ministros entrevistados foram os seguintes: Ayres Britto, Carlos Velloso, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Enrique Lewandowski, Eros Grau, Francisco Rezek, Gilmar Mendes, Ilmar Galvão, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello, Moreira Alves, Nelson Jobim, Luís Roberto Barroso, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Teori Zavascki.

um exemplo relacionado ao papel do ministro relator, se é verdade que na grande maioria das decisões os demais ministros tendem a segui-lo sem grandes questionamentos, isso não necessariamente ocorre nas decisões mais relevantes, mais polêmicas e que chamam mais a atenção do público externo ao tribunal. Nessas, mesmo que o relator faça parte do grupo majoritário, isso não necessariamente significa que os demais ministros seguiram os seus argumentos. O mesmo vale para a prática de levar votos prontos para a sessão de julgamento; isso costuma acontecer apenas nas grandes decisões.

Assim, uma pesquisa estritamente quantitativa poderia mostrar um cenário diferente daquele que serviu de pano de fundo para a minha pesquisa. No entanto, a escolha do foco parece-me mesmo assim justificada. Se o que se quer analisar é o papel do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, seu papel na relação entre os poderes, então não faz sentido investigar como os ministros se comportam nas decisões das dezenas de milhares de agravos de instrumento, por exemplo. O que importa é a atitude dos ministros nas decisões que fazem parte do cotidiano de todos os tribunais constitucionais, como aquelas sobre reforma política, financiamento partidário, aborto, pesquisa em células-tronco, casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, drogas, etc.⁹

3. Os votos divergentes e concorrentes

Em boa parte das supremas cortes ou tribunais constitucionais existe a possibilidade de se publicar votos individuais, divergentes ou concorrentes. Ainda assim, o STF tem algumas peculiaridades que o diferenciam de outros tribunais semelhantes. Em primeiro lugar, a enorme quantidade de votos divergentes. E, em segundo lugar, o fato de que os votos divergentes, quando feitos antes da própria deliberação, acabam se tornando meros votos vencidos e não conseguem estabelecer um diálogo com a posição majoritária do tribunal¹⁰.

Os votos divergentes são vistos com bons olhos por absolutamente todos os ministros do STF. Em relação à quantidade, também não há grandes

9 O texto deste tópico, que resume a metodologia e os objetivos da pesquisa sobre deliberação no STF, é repetido em todos os artigos que expõem os resultados dessa pesquisa.

10 Cf. SILVA, 2013, p. 583.

críticas. Quando muito, há algumas tentativas de explicar essa peculiaridade do Supremo Tribunal Federal. Algumas dessas explicações têm íntima relação com a ausência de uma deliberação que anteceda a redação dos votos. Essas e outras razões serão analisadas nos tópicos seguintes.

4. Quantidade de votos divergentes: razões

Uma primeira possível razão para a existência de menos votos divergentes em outros países – e talvez a mais importante no que diz respeito ao processo deliberativo – é a possibilidade, nesses outros tribunais, de se debater antes de decidir. Isso é percebido por alguns ministros. Alguns, contudo, supõem que esse debate prévio em tribunais de outros países ocorre apenas informalmente. Assim, o ministro H afirma: "Eu quero crer que [em outros tribunais] nos bastidores haja discussão quanto ao mérito dessas decisões, coisa que não há aqui".

Informal ou não, a ausência de um debate prévio é salientada por muitos ministros como a causa para o número elevado de votos divergentes e concorrentes. Nesse sentido, o ministro F argumenta que "a ausência de uma reunião prévia para formatar o posicionamento evidentemente faz com que haja maiores divergências"¹¹.

No mesmo sentido, e fazendo menção à antiga prática de sessões administrativas, também conhecidas como sessão de conselho, o ministro O conclui: "Se tivéssemos uma sessão de conselho, em que todas as questões seriam debatidas amplamente com maior liberdade pelos ministros, eu acho que a divergência diminuiria".

Além da falta de conversa prévia, os ministros também reconhecem que a redação dos votos em momento anterior ao debate não somente prejudica a deliberação como também é responsável pelo elevado número de votos divergentes (e concorrentes). Nesse sentido foi a declaração do ministro D, ao tentar explicar a quantidade de divergências:

O modo como nós trabalhamos - levar votos já preparados - não leva a um debate saudável ou produtivo [...]. A gente não sabe quais são os argumentos do outro. [...] Eu acho que há uma falha estrutural, uma falha essencial no modelo deliberativo, por isso que há votos divergentes, [...] é muito mais difícil no nosso sistema alguém voltar atrás daquilo que apresentou.

11 No mesmo sentido são as declarações dos ministros B e R.

O elemento "quantidade de trabalho" também foi mencionado. Curiosamente, contudo, num sentido distinto do usual na literatura comparada. Se juízes de tribunais de outros países e autores que estudam comportamento judicial costumam apontar o excesso de trabalho como uma razão para a existência de *menos* votos divergentes e concorrentes¹² – haveria menos tempo para redigi-los – num dos tribunais com maior carga de trabalho no mundo, o STF, a quantidade de trabalho foi apontada como uma razão para a existência de mais, não de menos, votos divergentes (ou concorrentes). Segundo o ministro H, um fator para o número menor de votos divergentes em outros países "seria o amadurecimento da causa. *Lá eles não têm pressa. Aqui nós temos pressa*". Em outras palavras, a quantidade de trabalho empobrece a deliberação e isso levaria a um aumento do número de divergências.

Outro importante fator para o número de divergências, e que é analisado em maior detalhe em outro trabalho¹³, é a publicidade. Mesmo antes de esse tema ser suscitado nas entrevistas, vários ministros já a mencionaram como um problema, nesse caso específico por aumentar o número de divergências. Nesse sentido, o ministro C afirmou que "o sistema da publicidade tal como está hoje leva inevitavelmente a essas manifestações de divergência". No mesmo sentido, o ministro F afirmou que não é possível aparar as arestas que levam a tantas divergências em razão "do formato de decisão do Supremo, que é ao vivo em cores; ou seja, o debate se dá naquele momento da sessão". Antigos ministros também recorreram a explicações semelhantes. O ministro P, por exemplo: "eu tenho impressão de que a votação em aberto tem muito a ver com isso [número de votos divergentes]".

Mas há também ministros que não estabelecem uma relação direta entre a quantidade de votos divergentes e a forma de deliberar. Nesses casos, várias foram as razões mencionadas. Uma delas foi a tradição:

Essa tônica da independência dos magistrados que é, digamos assim, um atributo muito considerado pelos membros dos tribunais [faz com que] cada um se repete com o direito legítimo de elaborar um voto que seja divergente. Isso é algo que faz parte da nossa tradição histórica¹⁴.

12 Cf., por exemplo, GINSBURG, 1990, p. 142; SPRIGGS II; MALTZMAN; WAHLBECK, 1999, p. 501; EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2011.

13 Ainda não publicado.

14 G. Para uma visão crítica acerca da frequente associação entre o direito de divergir e a independência do juiz, cf. MENDES, 2013, p. 132.

Por fim, mais de um ministro associou o alto grau de divergência a alguma forma de heterogeneidade. O ministro E, por exemplo, mencionou três heterogeneidades diversas para explicar as divergências:

[1] chegam mais matérias moral e politicamente controvertidas no Supremo Tribunal Federal do que em outros tribunais constitucionais; [2] talvez a constituição brasileira tenha uma quantidade maior do que outras de cláusulas gerais, portanto conceitos jurídicos indeterminados, e de princípios, o que leva a diferentes visões de concretização; [3] ministros com maior grau de heterogeneidade.

De forma menos detalhada, mas no mesmo sentido, foram as declarações dos ministros I e Q. No primeiro caso, a ênfase foi um pouco menos na heterogeneidade e mais em uma alegada dinâmica social cambiante:

É que talvez nós vivamos numa sociedade muito dinâmica e cambiante em que o voto vencido de hoje pode amanhã ser o voto vencedor; talvez nas sociedades mais estáveis, como as europeias, por exemplo, em que a jurisprudência é mais estável também, não haja muito sentido você ter um voto divergente¹⁵.

O ministro Q apontou "a diversidade que nós somos como nação" e "a extensão e a plasticidade da nossa ordem jurídica: nós lidamos com o direito positivo cheio de ambiguidades".

Todas essas afirmações exigiriam, claro, algum lastro empírico. Não é o caso, aqui, de tentar fazer essa análise empírica de forma detalhada. Ainda assim, algumas dessas heterogeneidades parecem fazer pouco sentido, especialmente aquelas apontadas pelo ministro E. Não parece ser verdadeiro afirmar, em primeiro lugar, que chegam mais matérias moral e politicamente controvertidas no Supremo Tribunal Federal do que em outros tribunais constitucionais. Outros tribunais também decidem sobre casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, aborto, drogas, cláusula barreira, financiamento de campanhas eleitorais, dentre outros temas moral e politicamente controvertidos. Ainda mais difícil de sustentar é a suposta heterogeneidade dos ministros. Uma análise dos ministros que

15 I.

atuaram no STF desde 1988 mostraria um quadro bastante homogêneo: com raríssimas exceções, os ministros são homens, brancos, cristãos, casados (com pessoas do sexo oposto), classe média-alta, entre 50 e 65 anos de idade quando de sua posse, e, antes de chegar ao STF, foram advogados, promotores ou juízes¹⁶.

5. Quantidade de votos divergentes: avaliação

No tópico anterior, foram mencionadas as razões que os ministros encontram para justificar o elevado grau de votos divergentes e concorrentes. Ainda que algumas pareçam mais positivas, outras mais negativas e outras, claro, mais neutras, elas não estão necessariamente relacionadas com um juízo de valor definitivo dos ministros seja em relação à própria existência de votos divergentes na quantidade atual seja em relação à própria razão fornecida. Em outras palavras: quando um ministro afirma que há muitos votos divergentes porque não há conversa prévia, ele não necessariamente defende a existência de conversa prévia ou a diminuição dos votos divergentes.

Neste tópico, pretendo então sistematizar a avaliação que os ministros fazem das divergências nas decisões mais relevantes do STF. Como já mencionado anteriormente, todos os ministros defendem alguma forma de publicação de votos divergentes. Mas nem todos parecem estar satisfeitos com a quantidade atual desses votos. Ainda assim, a maioria parece entender que o modelo atual não precisa de alterações nesse aspecto. O valor do voto divergente, especialmente como contraponto no debate, foi salientado pela maioria dos ministros. Alguns exemplos:

Um voto divergente é um polo contrastante, então aguça o debate; os votos vencidos podem ser seminais, verdadeiras sementes¹⁷.

Eu tenho a impressão de que isso [voto divergente] é importante [...] como crítica ao caso. Eu mesmo, quando já me vejo vencido, faço questão de deixar isso claro, colocar uma crítica ao acórdão com o propósito mesmo de dizer 'isto realmente precisa ser pensado, não é possível aplicar isto, esse entendimento como se fosse um entendimento pacífico, dominante ou que não merecesse crítica'¹⁸.

16 Se a análise incluir os ministros anteriores a 1988, a homogeneidade é ainda maior.

17 H.

18 B.

Eu mesmo fiquei vencido quase que de forma isolada quando não fiquei mesmo isolado, voz única no plenário, para depois até mesmo com a modificação do colegiado, com o preenchimento das cadeiras com novos integrantes, o tribunal vir a evoluir¹⁹.

O colegiado é interessantíssimo, porque às vezes uma matéria pode passar até batida se não houver um espírito mais assim voluntarioso, curioso, para apontar o que para si se mostra como premissa equivocada no voto proferido pelo relator²⁰.

Eu sou favorável porque é preciso saber que hoje a divergência é vencida, amanhã pode ser vencedora. Aliás, na composição atual do tribunal e na anterior muita coisa foi mudada, a jurisprudência mudou muito e eram votos divergentes que eram vencidos naquela ocasião e hoje são vencedores²¹.

Uma outra razão para ver a quantidade de votos divergentes como positiva é uma espécie de satisfação para os cidadãos, que poderiam ver, com clareza, todos os argumentos usados no debate, mesmo aqueles não vencedores²².

E, como explicado no início deste tópico, mesmo os ministros que apontam, por exemplo, a falta de conversa como uma explicação para o alto número de divergências não necessariamente estão sendo normativos, isto é, não necessariamente são contra o modelo atual. O ministro F, como citado no tópico anterior, explica exatamente dessa forma a quantidade de votos divergentes²³, mas não é contrário ao modelo e não vê um problema na quantidade de votos divergentes. Seu argumento é bem compreendido na seguinte passagem:

A vantagem que eu vejo da decisão ao vivo é que aqui a pessoa tem que vir se expôr e, principalmente quando se inicia na toga, você é o primeiro a votar, exatamente para fazer o teste de fogo: você vai ser um 'juiz juiz' ou vai ser um 'juiz mais café com leite'. Então eu penso que a divulgação dos votos divergentes é fundamental. Fundamental!²⁴.

19 A.

20 A.

21 S.

22 Esse aspecto foi salientado sobretudo pelo ministro U.

23 "Pela razão do formato de decisão do Supremo, que é ao vivo em cores, ou seja, o debate se dá naquele momento da sessão".

24 F.

Poucos são os ministros que veem algum problema na quantidade de votos divergentes no STF. De certa forma, isso era esperado, já que não seria fácil conciliar uma posição crítica à quantidade de votos divergentes e concorrentes se todos os ministros seguem a mesma prática, isto é, todos publicam seus votos divergentes e concorrentes em grande quantidade. Em outras palavras, como sustentar que os ministros deveriam se conter mais e, ao mesmo tempo, não ter um histórico de autocontenção? Alguns ministros tentam conciliar essa tensão ao salientar que a culpa é do modelo, não de uma postura individual dos ministros. A partir dessa estratégia, seria possível publicar vários votos divergentes e, ao mesmo tempo, dizer que deveria haver menos votos divergentes.

Um exemplo nesse sentido foi a explicação do ministro C: o número de votos divergentes "é ruim porque o sistema é ruim, então ele é um elemento do sistema, um ingrediente do sistema, e o sistema é ruim". Em sentido semelhante, o ministro D afirma que o número de votos divergentes "tem aspectos positivos, mas traduz um modo de deliberar que é equivocado".

Mas há ministros que, como T e R, culpam um suposto personalismo dos ministros pela quantidade excessiva de votos divergentes:

Eu acho que [a quantidade de votos divergentes] é extremamente negativa. O tribunal deveria ser mais conciso e objetivo para justamente não ensejar esse tipo de personalismo²⁵;

Cada vez mais se afirma uma coisa que eu acho ruim, que não é um órgão coletivo de formação de decisão, é um órgão de soma de indivíduos, quem ganha, quem perde²⁶.

Nesses casos, contudo, fica difícil conciliar uma postura individual de sempre publicar seus votos divergentes e concorrentes com a crítica ao personalismo.

6. Divergentes ou vencidos

O conceito de voto divergente pode ser amplo ou restrito. Um conceito amplo de voto divergente incluiria todos os votos que não seguem a decisão majoritária. Nos meus trabalhos, tenho preferido um conceito mais

25 T.

26 R.

restrito, para poder fazer a contraposição entre voto divergente e voto vencido. A partir dessa contraposição, voto divergente seria caracterizado não apenas por não seguir a decisão majoritária, mas também por apontar eventuais problemas nessa decisão vencedora, por tentar estabelecer um diálogo com ela. Já o voto que não segue a decisão majoritária, mas com ela não dialoga, seria então caracterizado como mero voto *vencido*²⁷.

Diante disso, uma das últimas perguntas sobre votos divergentes – feita após os ministros já haverem manifestado suas opiniões sobre o valor desses votos e sobre a quantidade deles – era a seguinte: "É possível afirmar que há votos divergentes no STF? Não seriam os votos divergentes aqueles que, como em outros tribunais constitucionais e supremas cortes, pretendem apontar os erros dos votos vencedores e estabelecer, assim, um certo diálogo com eles? Na medida em que no STF, ao menos nos grandes casos, os votos são escritos antes da sessão de julgamento, ou seja, todos escrevem seus votos antes de conhecer os votos dos demais e também sem saber que voto será vencedor, não fica prejudicada a sua capacidade de estabelecer um diálogo e de apontar os defeitos da opinião majoritária?".

As opiniões foram divididas. Alguns tenderam a concordar com a tese que subjaz à pergunta (a diferenciação entre voto divergente e voto vencido); outros, ainda que aceitassem a diferenciação, não concordavam com a tese de que, no STF, só há votos vencidos, não divergentes. Aqueles que se alinharam dessa última forma, mencionaram algumas peculiaridades no processo decisório e algumas práticas que fariam com que fosse possível falar em votos divergentes propriamente ditos.

Em primeiro lugar seria necessário levar em consideração o fato de que as decisões não são isoladas e estanques. Ou seja, em vários casos seria possível saber como será o voto do relator (e de outros ministros) mesmo antes de ouvir a leitura desses votos. Nesse sentido, o ministro B afirmou:

Em várias matérias, por razões diversas, até de já externação de opinião anterior, já se conhece mais ou menos o posicionamento do relator em determinado tema, porque ele já se manifestou ou em tema idêntico ou em tema semelhante [...]. Então não é difícil elaborar uma crítica eventual ao voto. Assim, não me parece que isso [o fato de o voto ser elaborado antes de ouvir o relator] seja prejudicial ao voto divergente.

27 Cf. SILVA, 2013, p. 583.

Além disso, uma prática citada por mais de um ministro para transformar o voto vencido em um verdadeiro voto divergente são as correções feitas após a sessão e antes da publicação do voto. Nesse sentido, o ministro G argumenta que "o que ocorre muitas vezes é que, findo o debate e proferido os votos, muito embora você leve o seu pensamento escrito, o acórdão é lavrado depois do julgamento". Isso faria com que, nas palavras de outro ministro, haja "muitos ajustes de última hora, depois de ter ouvido o voto do relator ou o argumento posto, de modo que eu não concordo com a afirmação [de que o voto vencido no STF não tem condições de dialogar com os votos vencedores]"²⁸.

Uma outra possibilidade de mitigar a ausência de diálogo entre os votos vencedores e vencidos, apontada por mais de um ministro, seria reelaborar o voto após um pedido de vista. O ministro H, embora concordasse que o voto feito antes da sessão de julgamento não pode dialogar com um voto ouvido durante a sessão, prontamente reagiu: "mas tem um antídoto: pedir vista. Pronto!". Na mesma linha, o ministro I afirmou que "esse voto vencido que aponta as falhas só ocorre depois que alguém pede vista, leva para casa, faz uma crítica ao voto e traz o voto vista criticando o voto anteriormente proferido".

É interessante notar, contudo, que ambos os ministros – H e I – prontamente apontaram as limitações dessa estratégia. No caso do ministro H, a limitação suscitada está associada ao excesso de trabalho:

Claro que esse antídoto também tem suas limitações, porque [o ministro] é um ser humano e a condição humana é esta, você diz 'puxa, se eu ficar pedindo vista eu vou arrebentar o meu gabinete, que já está abarrotado, superlotado'.

No caso do ministro I, a limitação apontada foi ainda mais enfática:

Nós sabemos que em determinados julgamentos não dá para pedir vista, você sofreria um massacre. A pressão da opinião pública e dos interessados é tão grande que você não teria tranquilidade para elaborar um voto vista com tempo necessário. E hoje ninguém mais pede vista. Pedir vista hoje num Ficha Limpa ou num Relação Homoafetiva? Eu sabia que eu não podia pedir vista porque a comunidade toda desabaria em cima da gente.

28 E.

Também a prática de fazer ajustes nos votos após tomar conhecimento do resultado, para incorporar algum diálogo com a tese majoritária, tem seus efeitos relativizados por alguns ministros. O ministro F, por exemplo, afirmou que "na maior parte dos julgamentos, isso [não haver voto divergente, apenas voto vencido] acaba prevalecendo porque [...] os ajustes são poucos".

A despeito de todas essas dificuldades em estabelecer um verdadeiro diálogo entre vencedores e vencidos, aqueles que afirmaram que não haveria voto divergente propriamente dito nas decisões do STF foram a minoria. Dentre esses, o ministro C:

[...] e o pior é que fica constando um voto vencido exposto ali, sem dialogar com os demais. [...] não é um voto predestinado a responder ao argumento da maioria, do voto do relator. Não, é um ponto de vista pessoal, que ele expõe ali e fica mais ou menos solto, mais ou menos ilhado no contexto da decisão.

Já o ministro R respondeu à pergunta de forma incisiva e exemplificou:

São votos vencidos! Já vem com o troço pronto! O Néri da Silveira, por exemplo, se você interrompia o Néri da Silveira e pedia um aparte, e ele concedia o aparte, ele ficava olhando você falar ali uns cinco ou dez minutos; aí ele [dizia] 'muito obrigado' e continuava na frase em que tinha parado, não dava a mínima bola, a mínima bola!

É interessante o caso do ministro A, que, embora não veja problemas na forma de organização da sessão de deliberação do tribunal, compartilha da ideia de que votos escritos de antemão podem comprometer o diálogo entre os ministros. Para evitar esse problema, ele defende uma simples postura, a *espontaneidade*:

Por isso eu sou favorável à espontaneidade. Não chegar já com o voto confeccionado; ouvir o relatório; ouvir as sustentações da tribuna, o voto do relator, e aí formar o convencimento na hora.

7. Quando vale a pena divergir

Muitas vezes, a impressão que se tem no STF é a de que sempre que algum ministro tem alguma divergência em relação ao voto dos colegas, não importa qual seja, isso já é motivo suficiente para se decidir pela publicação de um voto escrito, articulado, que dê vazão a essa divergência. Nos grandes casos, nos quais os votos são preparados de antemão, essa postura parece ser mais compreensível, já que o voto foi escrito antes de se saber se ele seria vencedor ou não. Mas também como regra geral, isto é, independente do momento em que a formação do convencimento de um ministro ocorre, parece haver poucos incentivos para que divergências deixem de ser publicizadas.

Assim, quando questionados se haveria razões que poderiam levar um ministro a não publicar um voto divergente ainda que não concordasse totalmente com a decisão final, as respostas em geral foram, não surpreendentemente, negativas. Exceção a essa postura, em alguns casos, especialmente entre os antigos ministros, seria justificada diante da existência de jurisprudência consolidada sobre um dado assunto, como salientaram os ministros S e Q²⁹.

Uma surpresa em um tribunal aparentemente tão fragmentado e individualista como o STF foi ouvir respostas ligadas a aspectos institucionais, isto é, justificativas para deixar de lado posições individuais para se juntar à maioria por razões institucionais. Uma resposta nesse sentido foi a do ministro F:

Eu vi muitas vezes o Nelson Jobim fazer isso, inclusive de público, de maneira transparente, dizer 'olha, eu votaria de tal forma, mas, como houve empate, eu tenho que manter uma posição institucional e, do ponto de vista institucional, a posição mais adequada é tal'. Eu já vi a Ellen Gracie fazer isso, o Peluso [...]. Eles fizeram de maneira declarada, então eu não estou supondo. Mas já percebi outros fazendo isso de maneira não declarada também.

29 S: "Quando era posição já tranquila na corte eu apenas ressaltava o meu ponto de vista e seguia. Isso muito mais para a economia processual do que por outra razão". Q: "Já aconteceu várias vezes isso comigo, mas enfim eu me rendia diante da fidelidade à jurisprudência assentada sobre determinado tema". Nesse sentido, ambos parecem seguir a ideia de que, em um ambiente no qual deve prevalecer a colegialidade, insistir a todo instante na mesma divergência, diante de uma jurisprudência já pacificada, não é a postura esperada (nesse sentido, cf. MENDES, 2013, p. 133; cf. também KORNHAUSER; SAGER, 1993, p. 9).

Como regra geral, no entanto, os ministros não veem razões para deixar de manifestar uma divergência. Pelo contrário, costumam insistir que todas elas devem ser externadas. Alguns alegam tratar-se de uma questão de transparência: "Eu acho importante você não calar a sua discordância, manifestar a sua discordância e levá-la ao conhecimento do público. Faz parte da transparência"³⁰. Outros simplesmente veem um dever funcional de divergir publicamente quando pensam diferente: "A meu ver não se deve [deixar de divergir]. Eu *jamais* fiz isso"³¹.

Mesmo aqueles que afirmam que há muito individualismo, muita fragmentação e pouca institucionalidade nas decisões do STF não veem problema em reconhecer que não há razões para deixar de divergir por escrito. É o caso do ministro T, que, embora sustente, como visto acima, que a quantidade de votos divergentes é *extremamente negativa* e defenda que o "tribunal deveria ser mais conciso e objetivo para justamente não ensejar esse tipo de personalismo", ao mesmo tempo afirma, da maneira mais enfática possível: "Eu nunca, eu nunca, eu nunca retirei um voto, eu nunca retirei um voto"³².

Um argumento ligado à colegialidade poderia ser invocado para inibir a manifestação frequente de divergências: aquele que sempre diverge pode ser visto como alguém que não tem interesse no debate. Argumento semelhante a esse foi manifestado por apenas um ministro, nos seguintes termos:

Já me aconteceu de, em se tratando de uma questão que eu não considerava relevante, não me mobilizar para divergir. Cada um tem um capital de divergência que quer gastar e às vezes você não quer sacar desse capital se não for uma questão importante³³.

30 H.

31 A.

32 T.

33 E. No mesmo sentido semelhante é a famosa observação do juiz Stone, antigo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, feita a Karl Llewellyn: "Se eu escrever [um voto individual] em todos os casos nos quais não concorde com algumas das visões expressas em outros votos, você e todos os meus outros amigos deixarão de ler os meus votos" (cf. MURPHY, 1964, p. 62).

8. Volume de trabalho

Mesmo em tribunais nos quais o volume de trabalho é muito menor do que no STF, o argumento "excesso de trabalho" é muitas vezes suscitado como um motivo para escrever menos votos divergentes³⁴. Seria de se esperar que a carga quase desumana de trabalho no STF pudesse ser um argumento ainda mais forte nesse sentido. Mas não é o caso. Muitas vezes tem-se a impressão de que a menção ao excesso de trabalho como motivo para não escrever um voto divergente soa, aos ouvidos dos ministros, como "deixar de cumprir seu dever por mera preguiça", não como "concentrar-se na elaboração de votos prioritários".

O ministro A, por exemplo, é direto ao dizer que não é possível deixar de elaborar um voto divergente em razão do excesso de trabalho: "seria um aspecto a meu ver negativo". No mesmo sentido, o ministro G: "não divergir em razão do excesso de trabalho não me parece que seja a melhor solução num ambiente judicial onde os melhores resultados são frutos exatamente do debate".

Além disso, para afastar a ideia de que divergir sempre é gastar bens escassos como tempo e energia de trabalho, alguns ministros insistiram na ideia de que não é preciso investir muito tempo ou muita energia para divergir. Assim, o ministro E afirma:

O voto divergente não precisa ser necessariamente longo, basta dizer, por exemplo, 'eu dirijo porque não considero que tenha havido violação [dessa ou daquela normal]'. Ponto. Portanto, o tamanho do voto tem mais a ver com a prolixidade do juiz.

No mesmo sentido, de que é possível divergir sem desperdício de tempo e energia, foram as opiniões dos ministros O, Q e U:

Eu acho que isso [excesso de trabalho] não poderia impedir que o juiz elaborasse o seu voto divergente. Ele poderia dá-lo na sessão de julgamento, que vai ser taquigrafada e depois basta revisar as notas. Não precisa fazer um trabalho de doutrina³⁵.

34 Cf. nota de rodapé 12, acima.

35 O.

No Supremo o voto divergente pode ter três linhas³⁶.

É claro que a gente não vai escrever votos de 40, 50, 60 folhas, mas mostrar pelo menos que a divergência se encontra no ponto tal e que ela é fundamental, essa é a meu ver a melhor posição³⁷.

Embora seja plausível afirmar que não é necessário dispender muito tempo e energia para manifestar uma divergência, isso só vale para aquelas divergências que expressam uma simples opinião, sem necessariamente envolver uma fundamentação mais sólida. Ou seja, uma divergência *para marcar posição*, não para estabelecer algum diálogo ou tentar convencer os outros de que há problemas na opinião majoritária. O ministro E parece deixar isso bem claro, ao afirmar que "divergir, ainda que laconicamente, é importante para não se vincular para o futuro".

Apenas um ministro pareceu não concordar com divergências que servem apenas para marcar posição, isto é, que não tenham como objetivo estabelecer algum diálogo ou tentar convencer os outros ministros (ou até mesmo um público externo). Segundo o ministro I, "nós hoje estamos submetidos a um volume de trabalho muito grande; fazer um voto divergente chinfrim não vale a pena".

Por fim, dentre todos os ministros, apenas o ministro C seguiu fiel à sua linha de discordar do modelo quase em sua inteireza:

É o sistema, é como eu lhe disse, esse sistema não dá margem para pensar se se deve ou não se deve fazer [um voto divergente], ele [o ministro] expôs o ponto de vista dele ou levou pronto, acabou, isso é o que vai constar como tal.

9. Conclusão

Embora não seja fácil, no que diz respeito à pesquisa como um todo, extrair uma visão monolítica do processo deliberativo no Supremo Tribunal Federal a partir da visão dos seus ministros e antigos ministros, no caso específico dos votos divergentes ou vencidos, as opiniões são um pouco menos variadas e é possível identificar uma tendência que pode ser genera-

36 Q.

37 U.

lizada. Tanto os atuais quanto os antigos ministros não parecem identificar grandes problemas em relação à forma atual de publicação de votos divergentes ou concorrentes. Tampouco veem grandes diferenças entre votos divergentes e vencidos no STF. A quantidade de votos individuais (divergentes ou concorrentes) não é vista como um problema, mas como uma virtude. Tanto que, em um exercício feito ao final das entrevistas com os ministros, chamado de "criatividade institucional", no qual cada ministro poderia definir aquele que, na sua opinião pessoal, seria o melhor arranjo deliberativo para o STF³⁸, todos os ministros, sem exceção, manteriam tudo como está hoje em relação aos votos divergentes e concorrentes.

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.

Referências bibliográfica

- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Jahresstatistik 2014*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/statistik_2014_node.html>. Acesso em: 2 fev. 2016.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Are Even Unanimous Decisions in the United States Supreme Court Ideological? *In: Northwestern University Law Review*, v. 106, pp. 699-713, 2012.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Why (And When) Judges Dissent: A Theoretical And Empirical Analysis. *In: Journal of Legal Analysis*, v. 3, n. 1, pp. 101-137, 2011.
- GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on Writing Separately. *In: Washington Law Review*, v. 65, pp. 133-150, 1990.

38 Na definição desse "modelo ideal", os ministros não estavam constrangidos por nenhuma condicionante constitucional, legal ou regimental. Em outras palavras, eles teriam liberdade para criar o modelo que quisessem.

- KELEMEN, Katalin. Dissenting Opinions in Constitutional Courts. In: *German Law Journal*, v. 14, n. 8, pp. 1345-1371, 2013.
- KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review*, v. 81, pp. 1-59, 1993.
- KRANENPOHL, Uwe. *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. In: *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, pp. 139-153, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557-584, 2013.
- _____. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015.
- SPRIGGS II, James F.; MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Bargaining on the U.S. Supreme Court: Justices' Responses to Majority Opinion Drafts. In: *The Journal of Politics*, v. 61, n. 2, pp. 485-506, 1999.

Recebido em 11 de dezembro de 2015

Aprovado em 31 de janeiro de 2016

