

O Supremo em 2015

Joaquim Falcão
Diego Werneck Arguelhes
Felipe Recondo
(Organizadores)

JOTA

FGV DIREITO RIO

S
SUPRA

O Supremo em 2015

Edição produzida pela FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

O Supremo em 2015

Joaquim Falcão
Diego Werneck Arguelhes
Felipe Recondo
(Organizadores)

JOTA

FGV DIREITO RIO



EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Vedada a Criação de Obras Derivadas



Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

Fechamento da 1ª edição em agosto de 2016

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Capa: Leandro Collares | Selênia Serviços

Diagramação: Leandro Collares | Selênia Serviços

1ª revisão: Fernanda Lizardo

2ª revisão: Antônio dos Prazeres

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

O Supremo em 2015 / Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes, Felipe Recondo (organizadores). - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.
440 p.

ISBN: 978-85-63265-67-8

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Poder judiciário – Brasil. I. Falcão, Joaquim, 1943-. II. Arguelhes, Diego Werneck. III. Recondo, Felipe. IV. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD — 341.4191

Sumário

Apresentação	15
<i>Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelles, Felipe Recondo</i>	

RETROSPECTIVAS

O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo — Uma retrospectiva de 2015	21
<i>Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelles</i>	

O STF entre 2015 e 2016	29
<i>Felipe Recondo, Conrado Hübner Mendes</i>	

DESAFIOS INSTITUCIONAIS

Três desafios para o Supremo	65
<i>Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelles</i>	

A monocratização do STF	69
<i>Diego Werneck Arguelles, Ivar A. Hartmann</i>	

Supremo oscilante	75
<i>Pedro Cantisano</i>	

Crise constitucional brasileira? A desarmonia entre os poderes	79
<i>Daniel Vargas</i>	

Federalismo e meio ambiente: o Supremo não é a solução	83
<i>Daniel Vargas</i>	

Por que Lewandowski não pauta a ação da OAB sobre financiamento de campanha, retida por Gilmar? <i>Joaquim Falcão</i>	87
Qual o papel do relator no Supremo? Duas respostas em tensão no caso da pederastia <i>Juliana Cesario Alvim Gomes, Diego Werneck Arguelhes</i>	91
Para que servem as audiências públicas no STF? <i>Fernando Leal</i>	95
O que significa o presidente Lewandowski receber o presidente Cunha com a imprensa em frente? <i>Joaquim Falcão</i>	99
Campanha para ministro do Supremo? <i>Pedro Cantisano</i>	101
Melindrosa e sagrada <i>Felipe Recondo, Rodrigo Kaufmann</i>	103
A história do processo que não termina <i>Felipe Recondo</i>	111
Como Luiz Edson Fachin entrará para a História? <i>Felipe Recondo</i>	115
Quando o STF descumpre a Lei de Acesso à Informação <i>Felipe Recondo</i>	117
Marco Aurélio Mello: 25 anos de STF <i>Luiz Orlando Carneiro, Felipe Recondo</i>	121

A CRISE ECONÔMICA

Ministra Cármen Lúcia pode voltar atrás e julgar planos econômicos <i>Felipe Recondo</i>	135
---	-----

Planos econômicos: um falso impasse <i>Diego Werneck Arguelhes, Thomaz Pereira</i>	139
Depósitos judiciais a fundo perdido <i>Ivar A. Hartmann</i>	143
Mitos e verdades sobre as “pedaladas fiscais” <i>Melina Rocha Lukic, José Roberto R. Afonso</i>	147
Um Estado de Exceção Fiscal? <i>Melina Rocha Lukic</i>	151
Fux quer indexar salário de ministros do STF ao PIB e à inflação <i>Felipe Recondo</i>	153

O SUPREMO E O JUDICIÁRIO

Maconha e o descontrole difuso de constitucionalidade <i>Diego Werneck Arguelhes, Thomaz Pereira</i>	157
Nova Loman pode triplicar rendimento de juízes <i>Felipe Recondo</i>	161
Uma “árvore de Natal” em benefícios para os magistrados <i>Felipe Recondo</i>	165
Mais prerrogativas para juízes no texto da nova Loman <i>Felipe Recondo</i>	169
Loman prevê benefícios controversos na Justiça e no Legislativo <i>Felipe Recondo</i>	173
Como deve ser a Loman aos olhos do ministro Luiz Fux <i>Felipe Recondo</i>	177
Fux defende que juiz condenado por improbidade não perca a função <i>Felipe Recondo</i>	181

Desembargadores poderiam ser indicados pelos próprios tribunais <i>Felipe Recondo</i>	183
Fux propõe gratificação a juízes a cada três anos de trabalho <i>Felipe Recondo</i>	185
Supersalários para subministros <i>Felipe Recondo</i>	187
O teto de vidro do Supremo <i>Thomaz Pereira</i>	189
Teto salarial no judiciário é questão de acesso à informação <i>Rafael Braem Velasco, Evandro Proença Sussekind</i>	193

REPERCUSSÃO GERAL E FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Nada mudou: a genealogia de uma confusão no Supremo <i>Diego Werneck Arguelhes, Felipe Recondo</i>	199
Como aperfeiçoar a repercussão geral? <i>Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza</i>	203
Uma jurisprudência que serve para tudo <i>Fernando Leal</i>	207
Inviolabilidade de domicílio: qual foi, afinal, o recado do Supremo? <i>Carolina Haber</i>	211

OS TRÊS PODERES: SEPARAÇÃO, CONFLITO, CONFUSÃO

Respeito aos outros poderes é marca do governo Dilma? <i>Michael Freitas Mohallem</i>	217
A PEC do desrespeito ao Supremo <i>Diego Werneck Arguelhes</i>	219

Quando o casuísmo muda a Constituição <i>Felipe Recondo</i>	223
Um recado para o STF <i>Felipe Recondo</i>	227
A pedalada constitucional de Eduardo Cunha <i>Michael Freitas Mohallem</i>	229
Nem notável saber jurídico, nem reputação ilibada <i>Joaquim Falcão</i>	231
Fachin não encantou, nem escandalizou <i>Andre Bogossian</i>	235
Ligações perigosas <i>Diego Werneck Arguelhes</i>	237
O processo de <i>impeachment</i> será aberto ou secreto? <i>Ivar A. Hartmann</i>	241
O Estatuto da Família e a voz do Congresso <i>Juliana Cesario Alvim Gomes</i>	245
Supremo precisa discutir afastamento de Cunha da Presidência da Câmara <i>Diego Werneck Arguelhes, Silvana Batini</i>	249
Concentrador, errático e arriscado: o processo de escolha de Fachin <i>Felipe Recondo</i>	253
A política como inimiga <i>Felipe Recondo</i>	257
Qual ministro indicado pelo PT para o STF teve mais votos no Senado? <i>Felipe Recondo, Luiz Orlando Carneiro</i>	261
A história dos rejeitados <i>Felipe Recondo</i>	263

ELEIÇÕES E REFORMA POLÍTICA

Financiamento de campanha, insegurança jurídica e o calendário eleitoral <i>Silvana Batini</i>	275
O ministro Fux e o “germe da inconstitucionalidade” <i>Diego Werneck Arguelhes</i>	277
Gilmar Mendes contra as ideias <i>Joaquim Falcão, Thomaz Pereira, Diego Werneck Arguelhes</i>	281
Urnas eletrônicas e o TSE: “devo, não nego — faço quando puder” <i>Diego Werneck Arguelhes</i>	285
A blindagem eleitoral por trás das doações ocultas <i>Silvana Batini</i>	287
Advogado-juiz no TSE compromete a Justiça Eleitoral? <i>Silvana Batini</i>	289

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMOS E OMISSÕES

Muito barulho para nada: o caso da liberdade sexual nas forças armadas <i>Dimitri Dimoulis</i>	295
Um Supremo socialmente seletivo? <i>Juliana Cesario Alvim Gomes</i>	299
A tendência passivista do Supremo <i>Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi</i>	303
Mais regras e menos princípio para a liberdade de expressão <i>Ivar A. Hartmann</i>	307
Falta de parâmetros ainda é risco para produção de biografias <i>Thomaz Pereira</i>	311

Supremo e as prisões: corte constitucional em vários atos <i>Juliana Cesario Alvim Gomes</i>	315
Quanto gramas fazem um traficante? <i>Michael Freitas Mohallem, Rafael Alloni</i>	319
Por que liberar o Funpen não é solução? <i>Felipe Recondo</i>	323
Por que o STF abre mão de defender a liberdade de imprensa? <i>Felipe Recondo</i>	327
Por que só maconha? <i>Diego Werneck Arguelhes, Fernando Leal</i>	331
O gênero bate às portas do Supremo <i>Ligia Fabris Campos</i>	335
O direito de resposta no (e além do) Supremo <i>Luiz Fernando Marrey Moncau</i>	339

OS CAMINHOS DO *IMPEACHMENT*

A estratégia sem consequências de Gilmar Mendes no TSE <i>Silvana Batini</i>	345
Dilma Rousseff já é inelegível? As contas, o TCU e o <i>impeachment</i> <i>Michael Freitas Mohallem</i>	347
<i>Impeachment</i> no STF — O olhar dos ministros sobre o caso Collor <i>Pedro Cantisano</i>	351
Juízes podem derrubar o presidente da República? <i>Silvana Batini</i>	355
Os embargos do <i>impeachment</i> e os critérios de interpretação <i>Fernando Leal</i>	359

As estratégias jurídicas e políticas por trás dos embargos de Cunha <i>Thomaz Pereira</i>	363
O <i>impeachment</i> foi suspenso? <i>Thomaz Pereira</i>	365
O passado e o futuro do <i>impeachment</i> <i>Thomaz Pereira</i>	369
Fachin tem razão: é preciso mudar o rito do caso Collor <i>Diego Werneck Arguelhes, Thomaz Pereira</i>	371
Julgamento do STF sobre <i>impeachment</i> já começou: na imprensa, não no plenário <i>Diego Werneck Arguelhes</i>	373
<i>Impeachment</i> : Supremo de Dilma não é o mesmo Supremo de Collor <i>Ivar A. Hartmann</i>	377
Medo levou Eduardo Cunha a iniciar <i>impeachment</i> contra Dilma Rousseff <i>Joaquim Falcão</i>	379
As críticas ao STF pelo resultado do julgamento do <i>impeachment</i> <i>Felipe Recondo</i>	381
O “fator Cunha” interferiu na decisão do STF sobre <i>impeachment</i> ? <i>Felipe Recondo</i>	385
STF disse, em 1992, que Senado tinha poder para barrar o <i>impeachment</i> <i>Felipe Recondo</i>	389
STF define o rito do processo de <i>impeachment</i> da presidente Dilma Rousseff <i>Luiz Orlando Carneiro, Felipe Recondo</i>	397

OPERAÇÃO LAVA JATO

HCs na Lava Jato dividem o Supremo <i>Adriana Lacombe Coiro</i>	405
O futuro de Eduardo Cunha no Supremo <i>Ivar A. Hartmann</i>	409
Lava Jato e doações internacionais a partidos <i>Silvana Batini, Caio Farah Rodriguez</i>	413
STF deve transmitir julgamento da Lava Jato nas Turmas <i>Felipe Recondo</i>	415
O presidente da Câmara não escapa <i>Eduardo Muylaert</i>	419
Lava Jato e a batalha da comunicação <i>Andre Mendes</i>	421
Para que servem as prisões decretadas pelo Supremo? <i>Silvana Batini</i>	425
Não se prende um senador do dia para a noite <i>Ivar A. Hartmann</i>	429
Lava Jato e Politeia comprometem a recondução de Rodrigo Janot? <i>Felipe Recondo</i>	431
Articelistas	435

Apresentação

A relação é direta: quanto mais os jornais publicam “O Supremo Tribunal Federal”, mais o leitor quer saber “O que isso significa? Quem são esses 11? Por quê? Pode isso?”. Ainda que a Constituição de 1988 tenha alterado bastante a importância do Supremo no quadro das instituições brasileiras, levou tempo até que o tribunal consolidasse sua presença no noticiário e no imaginário popular. A primeira transmissão televisiva de uma sessão do Plenário ocorreu em 1992, no julgamento de um dos casos relativos ao *impeachment* do Presidente Collor, por decisão do então Presidente do Supremo, ministro Sidney Sanches.¹ Com a criação da TV Justiça em 2002, no governo Fernando Henrique Cardoso e por ato do ministro Marco Aurélio, Presidente do Supremo em exercício da Presidência da República, criou-se um canal permanente de acesso dos brasileiros ao que acontece nas deliberações do tribunal.

Embora a TV Justiça seja o grande catalisador dessa demanda por informações, a ligação entre opinião pública e Supremo ganhou novos contornos a partir 2012, quando o tribunal decidiu, ao longo de quase um ano e dezenas de sessões diante das câmeras, a Ação Penal nº 470 — o caso do Mensalão. As pessoas viam os ministros votando, discutindo e decidindo, mas não necessariamente compreendiam o que estavam vendo ou o que estava em jogo. Havia acesso à informação, mas faltava tradução.

1 Essa sessão é discutida por Sidney Sanches em sua entrevista ao projeto *História Oral do Supremo Tribunal Federal*, da FGV Direito Rio. Ver FONTAINHA, F.; MATTOS, M.; SATO, L. (orgs.), *História Oral do Supremo [1988-2013]*, v.5, Rio de Janeiro: FGV, 2015.

Esse cenário exige das faculdades, dos professores de direito e dos jornalistas que inventem novas formas de pensar, escrever, atuar e explicar. Apesar de iniciativas pontuais importantes, mas sempre individuais, os juristas dificilmente dialogam com a pauta da conjuntura de maneira sistemática, no tempo da imprensa e de maneira acessível a um público mais amplo.

O projeto Supra: Supremo Interpretado foi criado para atuar nesse espaço. Fruto de uma iniciativa conjunta do JOTA e de um variado grupo de pesquisadores e profissionais do direito e pesquisadores, liderados por professores da FGV Direito Rio e com colaboradores de várias outras instituições acadêmicas presentes no debate jurídico nacional, o Supra reúne analistas independentes comprometidos em fazer encontrar a agenda acadêmica, a velocidade da imprensa e a pauta da conjuntura política nacional.

O leitor tem em mãos a reunião dos artigos publicados ao longo do ano de 2015 no âmbito do Supra. Pode ser lido como um diário crítico dos principais problemas, temas e impasses enfrentados pelo Supremo — ou orbitando o tribunal, na Praça dos Três Poderes — ao longo deste ano particularmente delicado para a vida nacional. Reflete também o resultado de vários esforços de repensar, de sessão do Supremo a sessão do Supremo, de impasse a impasse, ideias e compromissos tradicionais do direito público brasileiro a partir dos problemas reais enfrentados por nossas instituições. Esforços produzidos em um ambiente colaborativo e com denominadores intelectuais comuns que ficam visíveis nos textos.

Nossa chave intelectual é a de um constitucionalismo de realidade, em que ideias sobre o Supremo são empiricamente informadas e permanentemente testadas, tendo como parâmetros as instituições brasileiras como elas são, em sua complexidade histórica, econômica e política. Nesse percurso, as análises do Supra reunidas neste livro pretendem contribuir para o pensamento e a prática do direito constitucional brasileiro, quanto para o permanente desenvolvimento de um Supremo Tribunal Federal democrático, transparente, eficiente e independente. Esperamos também que sejam um material útil para salas de aula, trazendo para o ensino do direito constitucional a pauta pública

nacional sobre o funcionamento concreto de nossas instituições judiciais e políticas.

Os organizadores gostariam de agradecer a Julia Cani, Alexandre de Luca e Andre Bogossian, que contribuíram como pesquisadores para o projeto Supra ao longo de 2015, bem como a Sérgio França, Thaís Mesquita e Gabriela Gattulli, pelo auxílio na preparação e editoração deste livro.

Boa leitura!

Joaquim Falcão
Diego Werneck Arguelhes
Felipe Recondo

RETROSPECTIVAS

O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo — Uma retrospectiva de 2015

Joaquim Falcão

Diego Werneck Arguelhes

Em 2015, dois aspectos foram fundamentais para se bem compreender o Supremo. O primeiro diz respeito ao seu fragmentado desempenho institucional. O segundo, ao seu desempenho político jurídico independente.

A fragmentação decisória e procedimental do tribunal é a raiz de todos os males. O diagnóstico e a crítica são anteriores a 2015. Mas no ano passado, ficou evidente para todos — profissionais de direito, partes, opinião pública, demais poderes, mídia e muitos dos próprios ministros — que o Supremo se comporta mais e mais como um conjunto de individualidades e não como colegiado, como determina a Constituição.

Os indicadores são vários.

Quais os limites do que se pode dizer à imprensa? Como o pedido de vista deve ser utilizado? Para quais fins? Quais os espaços e condições apropriados para encontrar autoridades públicas envolvidas em disputas perante o tribunal? Como coordenar esforços para evitar o labirinto de recursos e agravos que os envolve a cada dia? Perguntas cujas respostas deveriam ser padrões institucionais, se consolidaram como escolhas e estilos individuais.

Temos ministros manifestando na imprensa posições sobre temas constitucionais controversos, antes, durante e depois do julgamento de processos pelo colegiado do Supremo. O deputado Eduardo Cunha mal havia anunciado o recebimento da petição de *impeachment* contra

a presidente e já havia declarações do ministro Marco Aurélio sobre os limites do papel constitucional do presidente da Câmara nesse procedimento.

Segundo dados do Supremo em Números, o tribunal possui uma média de 97,7% de decisões monocráticas por ano. Pouco menos de 2% são tomadas pelas Turmas. Apenas 0,27% pelo plenário.

As decisões individuais dos ministros moldam as estratégias profissionais das partes e as próprias relações entre os poderes. Ameaçam constantemente produzir fatos consumados, para o bem ou para o mal, enquanto aguardam, às vezes por anos, a apreciação do Plenário. Tal como a liminar da ministra Rosa Weber, em 2013, suspendendo a resolução da Anvisa que proibia a comercialização de cigarros com aroma. A liminar permanece há 869 dias.

Em 2015, os pedidos de vista se desvelaram em estratégias de obstrução para forçar o tribunal a decidir certas questões no tempo “certo” — sendo o tempo “certo”, aqui, definido por um único ministro, e não por uma soma de votos. Foi o que o ministro Gilmar Mendes deixou claro em sua longa vista da questão do financiamento de campanha. Essa desconsideração sistemática dos prazos regimentais dos pedidos de vista acaba criando um poder de veto unilateral, impune e inconstitucional. Mina a confiança pública no Supremo. Soma-se a isto muitas outras imprevisibilidades operacionais injustificadas, como a indefinição, no mesmo dia da sessão, do que será de fato julgado dali a algumas horas. O que provoca justa indignação dos advogados e da OAB.

Reuniões individuais entre autoridades políticas e ministros, com ou sem o manto da representação institucional — às vezes públicas, às vezes originalmente secretas, mas eventualmente publicadas — são outro indicador da individualização progressiva do Supremo.

Monocratização das decisões, reuniões não institucionais polêmicas, pedidos de vista como veto individual, manifestações ilimitadas na imprensa. Nenhum desses fenômenos é, em si, novidade. Nunca antes, porém, revelaram-se de forma tão evidente como conjunto e como ameaça à imagem de colegialidade, imparcialidade e independência de que o Supremo necessita.

Em 2015, o Supremo se apresentou quase como uma federação de onze ministros. No limite, cada ministro-tribunal dá sua interpretação às próprias competências estabelecidas em leis e no regimento. Pelo volume de casos, pela ausência de regras ou consequências claras para quem as descumpre e pelas limitações do processo decisório interno, o controle colegiado desse espaço de ação individual é quase sempre imperfeito. O quanto cada ministro explora, arrisca e testa os limites de seu espaço é, em detrimento do colegiado, um campo de experimentação pessoal quase livre.

E se é verdade que o Conselho Nacional de Justiça não tem competência para fiscalizar o Supremo, conforme afirmam vários de seus ministros, a contrapartida dessa imunidade deveria ser a convergência redobrada de todos em torno de regras claras de conduta na atuação como ministros.

Nesta semana, perguntado pelo JOTA se não poderia ter se recusado a receber autoridades governamentais e atores políticos na véspera do julgamento do rito do *impeachment*, Barroso respondeu: “Eu até poderia. Mas acho que essa deve ser uma decisão institucional”. Exemplo claro de ausência de convergência institucional e da noção de seus riscos para o tribunal.

Esta fragmentação é fratura exposta. Para enfrentá-la, o tribunal não conta com uma autoridade “coordenante” — por exemplo, de sua Presidência — para coibir excessos e fazer convergir comportamentos. Em dezembro, Lewandowski chamou a imprensa para participar de reunião solicitada por Eduardo Cunha após a decisão do *impeachment*. Boa medida de transparência, porém ainda limitada à virtude da escolha individual.

Dar a cada ministro ampla liberdade de organizar seu gabinete — suas rotinas, procedimentos, métodos e prazos — tem um alto preço. Em nome de sua independência, podem agir como pontos absolutos de veto à inovação, mesmo que meramente administrativa. Dificultam iniciativas de racionalização da gestão dos processos.

O apego excessivo às próprias palavras e ideias diante das câmeras da TV Justiça e das mídias sociais também tem sido criticado quando se espera que o tribunal fale com uma voz única e consistente. Em

longos votos, por vezes de velha erudição coimbrã, os acórdãos variam imensamente em forma e conteúdo. Onze estilos individuais que nem sempre se comunicam bem — entre si, com a sociedade, com os profissionais jurídicos e com o restante do judiciário. ministros poderiam recorrer a três poderosas palavras com mais frequência: “Acompanho o voto”. Facilitaria a comunicação e reduziria os custos.

Se o Supremo é incapaz, por ação centralizada da presidência ou por organização coletiva dos ministros, de limitar comportamentos administrativos individuais inadequados e ineficientes de seus integrantes, quem o fará?

A divergência jurisdicional é da natureza do Supremo. Sua essência. As divergências administrativa e gerencial, não. Seu desperdício.

A federalização do Supremo, porém, com essa ampla variação de comportamentos, permite observar, ao longo do tempo, como diferentes estilos adotados pelos ministros — as experiências individuais permitidas por esse federalismo — contribuem mais ou menos para enfrentar os desafios institucionais do Supremo.

Teori Zavascki

Quase invisível

Nesse sentido, o comportamento de Teori Zavascki em 2015 merece análise. Zavascki teve papel positivo tanto na dimensão da racionalização dos procedimentos internos do tribunal quanto na da independência no cenário político.

Por um lado, foi quase invisível. Por outro, foi absolutamente central.

Em meio a um tribunal fragmentado, Zavascki ilustrou a possibilidade de forças centrípetas, em todas as dimensões discutidas antes.

O ministro tem procurado a deliberação colegiada em momentos decisivos. Na véspera da explosiva prisão do senador Delcídio Amaral, por exemplo, Zavascki tomou a iniciativa decisiva de convocar uma

reunião extraordinária com seus colegas. Medida fundamental de convergência institucional naquele cenário delicado.

Há também indícios, sem confirmação oficial, de que Rosa Weber e Teori Zavascki tenham dialogado na época das primeiras decisões liminares contra o rito do *impeachment* que Eduardo Cunha ameaçava adotar. Ambas as liminares foram pedidas no fim de semana e decididas de modo muito convergente pelos dois ministros, na segunda-feira, com poucas horas de diferença. Em um tribunal tão fragmentado, isso dificilmente aconteceria por acaso.

Zavascki também tem se sobressaído na forma de se relacionar com a divergência dos colegas. Discorda, mas o faz de maneira centrípeta. Considere-se, por exemplo, o contraste entre Teori Zavascki e Gilmar Mendes no caso de financiamento de campanha por empresas. Em seu voto, após um ano e cinco meses de pedido de vista, Mendes deu a entender que seus colegas divergentes estariam politicamente comprometidos.

Zavascki, por sua vez, com argumentos substantivos semelhantes aos de Mendes em alguns pontos, manifestou sua divergência sem alarde ou ataques aos colegas.

Dois votos com mundos de diferença na sua mensagem institucional. Um amplificou o conflito que o tribunal deveria resolver. O outro, mesmo discordando, respeitou e reforçou a unidade da decisão final. Não transformou a discordância pessoal em dúvida sobre a legitimidade institucional.

A mesma colegialidade apareceu no caso do *impeachment*. Os primeiros a falar após o relator Fachin foram Barroso e Zavascki. Barroso abriu divergência clara e frontal, porém respeitosa, em relação a todos os pontos centrais do voto do relator. Foi seguido por Zavascki, que só discordou pontualmente de Barroso quanto à questão do voto secreto na comissão especial de deputados para apreciar o pedido de *impeachment*. Também respeitosamente.

Com essas duas divergências recíprocas e civilizadas, enviou-se mensagem para a sociedade: é possível e necessário discordar serenamente diante de tema tão conflitivo.

Zavascki também dialogou com as instâncias inferiores. Dialogar com tribunais por todo o país é, na verdade, a maior parte do que o Supremo faz, com sua pauta dominada por agravos em recursos especiais, por recursos com repercussão geral e, em menor medida, *habeas corpus*. Quanto mais o Supremo conseguir dialogar e persuadir, menos processos repetitivos terá que julgar no futuro.

Nem todos os casos, porém, permitem diálogo fácil, e a Lava Jato seria um candidato improvável. No entanto, Zavascki e o juiz Sérgio Moro têm encaminhado um diálogo importante e, em geral, convergente, sobretudo quanto à manutenção das prisões preventivas. As correções de rumo impostas por Zavascki têm sido poucas, conforme sugerem os dados. E há alguns meses um ofício do juiz Moro serviu inclusive de base para Zavascki reconsiderar algumas de suas decisões. O diálogo continua em 2016, em relação à manutenção da prisão de Marcelo Odebrecht e outros executivos. Por trás do aparente cabo de guerra há, na verdade, dois juízes tentando compreender seus pontos de vista mutuamente a fim de tentar decidir de forma legal e factualmente responsável.

Zavascki e Moro protagonizaram verdadeira “diplomacia judicial”, bem diferente das típicas broncas que o Supremo dá nas instâncias inferiores em processos penais. Provavelmente evitaram muitas lacunas e falhas de comunicação que alimentariam nulidades — plantadas nas instâncias inferiores e colhidas anos depois, como prescrição, nos tribunais superiores.

Em relação ao cumprimento dos prazos regimentais, Zavascki foi ambíguo. Segundo dados disponíveis no projeto Supremo em Números, Zavascki retém os autos por 51 dias em média, bem menos do que a média histórica de 346 do tribunal. Por outro lado, porém, no caso da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, Zavascki tem feito o que vários outros ministros fazem: já está segurando o pedido de vista por quase 5 meses, muito além do que prevê o regimento. Esta vista já prolongada ilustra e reforça a insuficiência, no fim das contas, de contarmos apenas com a virtude individual. É condição necessária, porém não suficiente.

Em suma, Zavascki resistiu às tendências centrífugas dentro e fora do tribunal: mesmo lançado para o centro da política nacional como relator de processos históricos como o da Lava Jato — o processo decisivo de 2015 —, em geral, manteve sua discrição.

Deu declarações decisivas — todas, porém, dentro dos autos. Soube divergir. Respeitou seus colegas. Apareceu mais como parte de um todo, e menos como o todo em si. A força centrípeta de Zavascki — de sua individualidade para com o colegiado — se tornou exemplo institucional.

A relatoria da Lava Jato seria condição suficiente para ocupar, sempre que desejasse, a primeira página dos jornais. Mas Zavascki não dá entrevistas, não divulga seus votos ou posições em qualquer meio ou sob qualquer forma, direta ou indiretamente, nem mesmo quando se trata da irresistivelmente midiática Lava Jato. A imprensa muitas vezes tentou fazer dele um “pop star”. Zavascki, porém, recusou o insistente convite silenciosamente.

O ano de 2015 foi difícil para o Supremo. Mas trouxe uma contribuição importante para a consolidação da democracia brasileira. Uma sombra insistente ainda pairava na opinião pública e nos escritos de alguns jornalistas e analistas políticos: a profecia quase causal que explica o voto dos ministros a partir dos políticos que os indicaram. Como se, no Supremo, prevalecesse o voto fidelidade.

No Mensalão, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Cezar Peluso e outros já haviam erodido essa narrativa simplista. Em 2015, a atuação de ministros em processos como o do *impeachment* e da própria Lava Jato deveriam ser considerados o golpe final.

Quem apostava numa relação direta entre o governo Lula e Dilma e os votos dos ministros por eles indicados, errou. Do ponto de vista do presidente e dos políticos que os levaram ao tribunal, os ministros foram saudavelmente imprevisíveis. Tal conquista não deve ser subestimada.

O ministro Lewandowski procurou avançar em questões operacionais. Reformulou e cobrou prazos sobre publicação de acórdãos e devolução de vistas, por exemplo. Como vimos, porém, 2015 revelou

que a Presidência do Supremo parece desarmada contra o avanço da federalização e individualização.

A tarefa da modernização institucional não será realizada apenas por exemplos virtuosos, como o de Teori Zavascki, ou pela gestão de um presidente apenas. É tarefa institucional e coletiva, e de vários presidentes que se tornará mais urgente em 2016, agora sob a liderança da próxima presidente, ministra Cármen Lúcia.

O Supremo não pode ter um projeto jurisdicional coletivo. Não pode, nem deve, pois aqui a pluralidade é também uma força. Mas precisa de um projeto coletivo de aperfeiçoamento institucional e administrativo. Qual será o projeto da ministra Carmen Lúcia?

Publicado em 3 de Fevereiro de 2016

O STF entre 2015 e 2016

Felipe Recondo

Conrado Hübner Mendes

O conflito eleitoral-partidário

As três últimas sessões plenárias de 2015 no Supremo Tribunal Federal (STF) encerraram um ano especialmente marcado por decisões que interferiram direta e indiretamente nos rumos da política brasileira. A definição dos parâmetros constitucionais, legais e regimentais do processo de *impeachment* da presidente da República, Dilma Rousseff, foi o ponto final de um ano em que a Operação Lava Jato e a “Lista do Janot” pautaram a política brasileira.

Um ano em que o Supremo declarou inconstitucionais as doações empresariais para as campanhas eleitorais e, com isso, mexeu indelevelmente nas eleições municipais de 2016. Um ano em que o tribunal determinou, pela primeira vez sob a égide da Constituição de 1988, a prisão em flagrante de um senador da República, o líder do governo no Senado, Delcídio do Amaral (PT-MS). Um 2015 em que a Corte extinguiu a prática já arraigada na cultura parlamentar de incluir contrabandos legislativos nos textos das medidas provisórias.

Os fatos foram tantos e os escândalos na política tão devastadores que muitos ironizaram: 2015 parecia o ano que nunca terminaria. Para o Supremo, a piada talvez se aplique. A Corte dará início a 2016 resolvendo uma pendência abandonada no pendurar das togas em 2015: o afastamento do deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) do cargo de presidente da Câmara e do mandato parlamentar.

Será, como muitas das decisões de 2015, um fato inédito e grave para a política brasileira. Um julgamento que em parte também defi-

nirá o caminho da política ao longo do ano, independentemente do resultado a que chegarem os ministros do STF.

O *impeachment*

STF como árbitro

Em 2015, o Supremo funcionou como árbitro da crise política. Em três decisões, no intervalo de aproximadamente dois meses, o Supremo minou o plano arquitetado pelo presidente da Câmara, Eduardo Cunha, em parceria com partidos de oposição para deflagrar e concluir o processo de *impeachment* da presidente Dilma.

O primeiro revés ocorreu no dia 13 de outubro. Três liminares concedidas pela ministra Rosa Weber e pelo ministro Teori Zavascki, no mesmo dia, desmantelaram o planejamento dos adversários da presidente da República. Eduardo Cunha projetava rejeitar sozinho o pedido de abertura de processo de *impeachment* por crime de responsabilidade, protocolado pelos advogados Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaina Paschoal. Em seguida, a oposição recorreria da decisão, exigindo uma manifestação do plenário da Câmara. Se tivesse votos suficientes, a denúncia seguiria o trâmite normal.

Rosa Weber e Teori Zavascki suspenderam, nas três decisões, os efeitos do rito que Eduardo Cunha havia definido para a tramitação dos pedidos de *impeachment* contra a presidente ao responder uma questão de ordem feita por parlamentares.

As liminares foram deferidas nos Mandados de Segurança 33.837 e 33.838, impetrados respectivamente pelos deputados Wadih Damous (PT-RJ) e Rubens Pereira Junior (PCdoB-MA). Os parlamentares questionaram no Supremo a forma como foi disciplinada a matéria pelo presidente da Câmara — numa resposta à questão de ordem, sem direito a recurso ao Plenário da Câmara.

“Ora, em processo de tamanha magnitude institucional, que põe a juízo o mais elevado cargo do Estado e do Governo da Nação, é pres-

suposto elementar a observância do devido processo legal, formado e desenvolvido à base de um procedimento cuja validade esteja fora de qualquer dúvida de ordem jurídica”, afirmou Zavascki em sua decisão.

A estratégia de Cunha já chamava a atenção dos ministros e merecia reparos da Corte. O ministro Teori Zavascki, relator da Lava Jato e dos inquéritos abertos contra Cunha, afirmou que os atos do presidente da Câmara na matéria “deixam transparecer acentuados questionamentos sobre o inusitado modo de formação do referido procedimento, o que, por si só, justifica um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito”.

A ministra Rosa Weber também deferiu liminar na Reclamação 22.124, ajuizada pelos deputados federais Paulo Teixeira (PT-SP) e Paulo Pimenta (PT-RS) contra o ato do presidente da Câmara dos Deputados na mesma questão de ordem. Os parlamentares sustentaram que Eduardo Cunha criou um procedimento de tramitação de processo de *impeachment* não previsto na Lei 1.079/1950 nem no regimento da Casa, o que configuraria ofensa à Súmula Vinculante (SV) 46 do STF. O verbete dispõe que “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União”.

A confirmação das liminares e o julgamento do mérito dependeriam do plenário do STF. Eduardo Cunha, ciente de que o trâmite do processo demoraria, despistou o Supremo — recuou na questão de ordem, fazendo com que os mandados de segurança e a reclamação perdessem o objeto. Assim, poderia seguir com a denúncia contra a presidente Dilma Rousseff.

No dia 2 de dezembro, depois de muitas negociações, o presidente da Câmara aceitou dar início ao *impeachment*. A deflagração do processo coincide com a decisão do PT de não apoiar Eduardo Cunha no Conselho de Ética. O presidente da Câmara responde à acusação de quebra de decoro parlamentar por ter mentido à CPI da Petrobras ao dizer que não mantinha contas bancárias no exterior — afirmação contestada pelo Ministério Público.

“Hoje eu recebi com indignação a decisão do senhor presidente da Câmara dos Deputados de processar pedido de *impeachment* contra

mandato democraticamente conferido a mim pelo povo brasileiro”, disse Dilma, em pronunciamento no Palácio do Planalto. “São inconsistentes e im procedentes as razões que fundamentam esse pedido. Não existe nenhum ato ilícito praticado por mim, não paira contra mim nenhuma suspeita de desvio de dinheiro público”, acrescentou.

Uma semana depois, o presidente da Câmara impingiu uma nova derrota para o governo. Numa sessão tumultuada e com votação secreta, a chapa alternativa de oposição venceria a disputa pela comissão especial encarregada de processar o *impeachment*.

Deputados do PT e do PCdoB tentariam, por meio de mandados de segurança, conter o processo. Sem sucesso. A primeira decisão foi do ministro Celso de Mello. A segunda partiu do ministro Gilmar Mendes. Uma terceira ação, mais ampla, foi movida pelo PCdoB e distribuída para o gabinete do ministro Edson Fachin.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 ajuizada pela legenda questionou, em 74 páginas, a recepção da lei que regulou o processo de *impeachment* — 1.079/50 — pela Constituição Federal. E alguns atos concretos, como a eleição secreta dos integrantes da comissão especial e a possibilidade de candidaturas avulsas. Cinco dias depois do protocolo da ação, o ministro Fachin concedia uma liminar que congelaria o processo político.

“Com o objetivo de (i) evitar a prática de atos que eventualmente poderão ser invalidados pelo Supremo Tribunal Federal, (ii) obstar aumento de instabilidade jurídica com profusão de medidas judiciais posteriores e pontuais, e (iii) apresentar respostas céleres aos questionamentos suscitados, impende promover, de imediato, debate e deliberação pelo Tribunal Pleno, determinando, nesse curto interregno, a suspensão da formação e a não instalação da Comissão Especial, bem como a suspensão dos eventuais prazos, inclusive aqueles, em tese, em curso, preservando-se, ao menos até a decisão do Supremo Tribunal Federal prevista para 16/12/2015, todos os atos até este momento praticados”, justificou o ministro na liminar que concedeu.

Na última semana do ano, o Supremo reservou as três sessões que lhe restavam para julgar se referendava a liminar concedida pelo mi-

nistro Edson Fachin ou se a cassava. Advogados do PT e do PCdoB esperavam dele um voto favorável aos principais pontos.

Fachin foi indicado por Dilma Rousseff para a vaga de ministro do STF, pediu voto para ela nas eleições de 2010 e manteve relações com figuras da esquerda nas campanhas que empreendeu para chegar ao Supremo. Integrantes ou emissários do governo que estiveram com ele às vésperas do julgamento tinham certeza de seu voto favorável. Mas Fachin os surpreendeu.

Em mais de duas horas de leitura, uma resposta negativa a todos os pedidos feitos na ação. O primeiro dia de julgamento terminou assim: com apenas um voto proferido e a falsa impressão de que o jogo estava finalizado e que a presidente Dilma sofreria uma derrota fragorosa no STF.

Ao fim daquele dia, depois da sessão plenária, os ministros se encontraram com os ex-integrantes da Corte para o tradicional jantar de confraternização de final de ano. Acertaram, informalmente, a maneira como o julgamento seria retomado no dia seguinte. A questão era complexa e, com pouco tempo até o dia 18, era preciso otimizar a sessão. Em algum desses momentos, o ministro Barroso revelou ao presidente, Ricardo Lewandowski, que faria o contraponto ao voto de Fachin.

Na quinta-feira, 17, Barroso proferiu seu voto. Abriu a divergência nos pontos principais e foi seguido pela maioria do plenário:

- anulou a eleição dos integrantes da comissão especial do *impeachment* na Câmara;
- determinou que a nova eleição seja feita com voto aberto;
- definiu que os candidatos a integrar a comissão especial sejam indicados pelos líderes partidários;
- decidiu que a Câmara autoriza a abertura do processo de *impeachment* por dois terços dos votos;
- estabeleceu que o Senado, independentemente da decisão da Câmara, não é obrigado a instaurar o processo de *impeachment*;
- julgou que a instauração do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff se dê pelo voto da maioria simples dos senadores;
- e concluiu que a presidente da República só seja afastada do cargo temporariamente (180 dias) caso o Senado instaure o processo de *impeachment*, depois de devidamente autorizado pela Câmara.

A decisão do Supremo, na liminar e já no mérito, retardou o *impeachment*. Alguns consideram que, mais do que atrasar, o julgamento do Supremo sentenciou o *impeachment*. O tribunal será chamado no início de 2016 para resolver divergências e contradições que o presidente da Câmara vem apontando. O resultado, porém, não mudará.

A luta pela derrubada de Dilma Rousseff não se resume a esse *front*. Em 2016, a oposição também deve voltar a apostar em outra instância. Presidido pelo ministro Gilmar Mendes, crítico aberto do governo atual, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deve julgar — no segundo semestre — a ação de impugnação dos mandatos da presidente Dilma Rousseff e do vice-presidente Michel Temer.

A lista do Janot

Operação Lava Jato

A Operação Lava Jato também repercutiu no Supremo Tribunal Federal em 2015. Em março, a Procuradoria-Geral da República enviou ao Supremo a lista de políticos investigados sob suspeita de envolvimento nos desvios de recursos da Petrobras, um dos maiores esquemas de corrupção já investigados no Brasil.

A “Lista do Janot” incluiu os presidentes da Câmara, Eduardo Cunha, e do Senado, Renan Calheiros, num total de 50 pessoas a serem investigadas por participação nos desvios da Petrobras — sendo 22 deputados federais e 12 senadores.

A investigação mexeu com o jogo político do país. Eduardo Cunha e Renan Calheiros acusaram o procurador geral da República de usar a investigação para emparedá-los e atender a interesses do governo.

O ex-presidente Fernando Collor foi alvo de operação da Polícia Federal e teve carros de luxo apreendidos. ministros do governo Dilma Rousseff passaram a ser investigados. Mas alguns nomes ficaram de fora, como o do líder do governo no Senado, Delcídio do Amaral (PT-

-MS). A exclusão alimentou as especulações de que a Operação Lava Jato estava sendo conduzida de forma política.

No dia 25 de novembro, Delcídio do Amaral e o banqueiro André Esteves, do BTG Pactual, foram presos pela Polícia Federal, suspeitos de tentar interferir nas investigações da Operação Lava Jato e de impedir a delação premiada do ex-diretor da Petrobras, Nestor Cerveró.

Nas gravações feitas pelo filho de Cerveró, Bernardo Cerveró, o líder do governo fala em interceder junto a ministros do Supremo. “Agora, Edson (Ribeiro, advogado) e Bernardo, é eu acho que nós temos que centrar fogo no STF agora, eu conversei com o Teori, conversei com o Toffoli, pedi pro Toffoli conversar com o Gilmar, o Michel conversou com o Gilmar também, porque o Michel está muito preocupado com o Zelada, e eu vou conversar com o Gilmar também”, dizia Delcídio do Amaral.

A 2ª Turma do STF se reuniu em sessão extraordinária para referendar a decisão que autorizou a prisão de Delcídio. E os votos serviram como manifestação de repúdio do Supremo às possíveis tentativas de interferência no tribunal e de resposta por alguns dos citados nas gravações, como Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

“Na história recente de nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós brasileiros acreditou no mote de que a esperança tinha vencido o medo. Depois nos deparamos com a ação penal 470 (Mensalão) e descobrimos que o cinismo venceu a esperança. E agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. Quero avisar que o crime não vencerá a Justiça. A decepção não pode vencer a vontade de acertar no espaço público. Não se confunde imunidade com impunidade. A Constituição não permite a impunidade a quem quer que seja”, disse a ministra Cármen Lúcia ao votar, numa frase retoricamente calculada para as manchetes.

A Operação Lava Jato entra em nova fase já no início de 2016. Quando retornarem do recesso, em fevereiro, os ministros terão de julgar o pedido inédito de afastamento de Eduardo Cunha da Presidência da Câmara e do mandato de parlamentar. A Procuradoria-Geral da República o acusa de usar o cargo para obstruir processos [contra ele

mesmo] e de se valer do cargo para negociatas. Foram essas e outras suspeitas que embasaram o pedido inédito.

Além disso, o Supremo deverá julgar o recebimento da denúncia contra o presidente da Câmara e a conseqüente abertura de ação penal. Cunha é suspeito de ter recebido propina de aproximadamente US\$ 5 milhões para viabilizar a construção de dois navios-sondas da Petrobras, no período entre junho de 2006 e outubro de 2012. Janot pede a condenação de Cunha pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Ao longo do ano, o Ministério Público avançará nas apurações sobre o esquema de corrupção na Petrobras. Novas diligências, abertura de novas frentes de investigação, pedidos de prisão e denúncias ainda influenciarão a política e o Congresso Nacional.

O ano de 2016, portanto, começará pelas pendências de 2015.

Julgamentos

Biografias, drogas, sistema prisional, poder de investigação

Doações eleitorais

O julgamento da ADI 4.650, com a declaração da inconstitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais, vai impactar as eleições municipais de 2016. Pela decisão do Supremo, somente pessoas físicas poderão doar recursos para as campanhas eleitorais já a partir de 2016.

A decisão da Corte veio depois de o ministro Gilmar Mendes pedir vista do processo, admitindo que o fazia para cessar o julgamento por não concordar com a conclusão. Integrantes da Corte cogitaram uma medida heterodoxa para driblar o obstáculo imposto por Gilmar Mendes: o relator do processo, ministro Luiz Fux, concederia uma liminar para suspender o financiamento empresarial. O que forçaria a devolu-

ção do processo para continuidade do julgamento. Mas a combinação não foi adiante.

Gilmar Mendes devolveu a vista um ano e cinco meses depois. E proferiu no plenário um voto de forte cunho antipetista. “A Operação Lava Jato revelou ao país que o partido do poder já independe de doações eleitorais, uma vez que arrecadou somas suficientes ao financiamento de campanhas até 2038”, disse.

“Estamos falando do partido que conseguiu se financiar a ponto de chegar ao poder; uma vez no governo, passou a manter esquema permanente de fluxo de verbas públicas para o partido, por meio de propinas e pixulecos de variados matizes; e após chegar ao poder, e a partir dele, abastecer de modo nunca antes visto na história do país, o caixa do partido, busca-se fechar as portas da competição eleitoral, sufocando os meios de financiamento dos concorrentes”, acrescentou Gilmar Mendes.

Prevaleceu, no entanto, o argumento de que as doações eleitorais por empresas desequilibram as eleições e interferem indevidamente no processo democrático.

“O exercício de direitos políticos é incompatível com as contribuições políticas de pessoas jurídicas. Uma empresa pode até defender causas políticas, como direitos humanos, mas há uma grande distância para isso justificar sua participação no processo político, investindo valores vultosos em campanhas”, afirmou. Para o ministro, autorizar as doações de empresas seria contrário à essência do regime democrático”, afirmou em seu voto o ministro Luiz Fux, relator do processo.

Medidas provisórias

Outra decisão do STF afetou uma prática já enraizada nos procedimentos do Congresso Nacional: a inclusão na lei de conversão de matérias que não guardam pertinência com o tema original previsto na medida provisória.

Os chamados contrabandos legislativos eram prática corrente e serviam, em alguns casos, de barganha política para facilitar a aprova-

ção de matérias de interesse do governo federal. Serviam também — e as investigações da Operação Lava Jato podem demonstrar isso — de instrumento de negociação escusa entre parlamentares e empresas.

Ao julgar a ADI 5.127, relatada pela ministra Rosa Weber, o tribunal assentou que a prática é inconstitucional por violar o devido processo legislativo e por se sobrepor ao juízo que cabe à presidente da República de definir os temas que são de relevância e urgência.

No caso concreto, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) questionava alterações feitas na MP 472/2009, convertida na Lei 12.249/2010, que extinguíam a profissão de técnico em contabilidade.

A MP, originalmente, instituía o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste — Repenec, criava o Programa Um Computador por Aluno — Prouca e estabelecia o Regime Especial de Aquisição de Computadores para uso Educacional — Recompe, além de prorrogar benefícios fiscais, promover ajustes ao Programa Minha Casa Minha Vida.

A “emenda jabuti”, que extinguiu a profissão de técnico em contabilidade, foi incluída no texto do projeto de lei de conversão.

A ministra Rosa Weber ressaltou que, em matéria sob reserva de iniciativa do Poder Executivo, como são as medidas provisórias, as emendas parlamentares devem guardar relação de pertinência com o conteúdo original da MP.

Todos os ministros concordaram que a prática do Congresso é inconstitucional, com exceção do ministro Dias Toffoli. Para ele, o Supremo não deveria se imiscuir em tema que está na seara do Legislativo.

Sistema prisional

Alguns dos principais julgamentos do ano no Supremo Tribunal Federal envolveram a situação crítica do sistema carcerário brasileiro. Um pacote de processos foi levado a plenário para discutir a superlotação em presídios, a falta de vagas e a violação do direito a progresso de regime, indenização a presos mantidos em situação degradante, con-

tingenciamento de recursos orçamentários destinados à melhoria do sistema carcerário, possibilidade de o Judiciário determinar aos governos a realização de reformas nas cadeias e, por fim, a obrigatoriedade de apresentação imediata dos presos em flagrante aos juízes.

Em agosto, ao julgar o Recurso Extraordinário 592.581, o plenário do STF decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como integridade física e moral.

No mês seguinte, os ministros julgaram a ADPF 347, ajuizada pelo PSOL. A ação pedia o reconhecimento de que a situação carcerária brasileira configure um “estado de coisas inconstitucional” e defendia a adoção de uma série de medidas para enfrentar a crise, como o estabelecimento de um plano nacional, cuja execução seria fiscalizada pelo Supremo.

O tribunal não foi tão longe. Ao decidir o pedido cautelar, os ministros determinaram aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão, e decidiram que o governo federal deveria descontingenciar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional.

Em março o Tribunal retomou o julgamento do Recurso Extraordinário 580.252, em que se discute a responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Relator do processo, o ministro Teori Zavascki considerou haver responsabilidade civil do Estado por não garantir as condições mínimas de cumprimento das penas nos estabelecimentos prisionais. O entendimento foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes.

No caso que estava sendo analisado e que refletiria em outras ações que tramitam no país, a Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul contestava decisão do Tribunal de Justiça, que reconheceu que a pena estava sendo cumprida “em condições degradantes por força do desleixo dos órgãos e agentes públicos”, mas entendeu não haver direito ao pagamento de indenização por danos morais.

O ministro Luís Roberto Barroso, que havia pedido vista, entendeu que, em vez do pagamento de reparação pecuniária, os presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes deveriam ser beneficiados com redução do tempo de prisão. A ideia foi imediatamente objetada pelo relator e pelo ministro Gilmar Mendes. A ministra Rosa Weber, então, pediu vista.

Outro caso que afeta a política carcerária do país tratou da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância para casos em que o réu é reincidente na prática do crime.

Em pauta estavam três *habeas corpus* (HC 123.734, HC 123.108, HC 123.533) afetados ao plenário pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso. O ministro defendia que o tribunal definisse uma regra para aplicação do princípio da insignificância.

Os ministros não concordaram com Barroso na definição de uma tese assertiva sobre os parâmetros para a aplicação do princípio. Até porque, ressaltaram, seria difícil — ou mesmo impossível — que se estabelecessem critérios objetivos para o processo penal, cujos casos sempre comportam nuances.

Entretanto, os ministros consignaram a orientação de que a reincidência na prática do crime não afasta necessariamente o reconhecimento da insignificância. Pela decisão do tribunal, cabe a cada juiz, quando for analisar o caso concreto, aplicar ou afastar o princípio da insignificância. Nessa avaliação, o magistrado pode, inclusive, determinar o cumprimento de pena em regime aberto.

Com isso, afirmaram ministros durante o julgamento, o que se busca é evitar o aumento da população carcerária, o agravamento do quadro de superlotação dos presídios e a dificuldade de ressocialização daquele que é acusado, em muitas das vezes, por furto de produtos de pequeno valor.

O ministro Luís Roberto Barroso, ao final, aderiu à posição da maioria e permaneceu como redator para o acórdão.

Já em dezembro, o Supremo iniciou o julgamento do último dos recursos deste pacote — RE 641.320. O tribunal julga, neste processo, a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico ao

sentenciado quando não houver vagas em estabelecimento penitenciário adequado.

Relator do processo, o ministro Gilmar Mendes estabeleceu em seu voto as medidas necessárias para enfrentar a falta de vagas nos sistemas aberto e semiaberto: a abertura de vagas no regime semiaberto mediante a saída antecipada de detentos que estejam mais próximos da progressão e a conversão em penas restritivas de direitos e/ou estudo para os apenados em regime aberto.

O ministro Teori Zavascki pediu vista do processo e deverá devolvê-lo para julgamento no primeiro semestre.

Biografias liberadas

Em 2015 o Supremo encerrou a polêmica sobre a publicação de biografias não autorizadas. Os casos no Brasil se somavam, sendo o mais emblemático o que envolveu o cantor Roberto Carlos e a retirada das lojas do livro escrito por Paulo Cesar de Araújo.

Assim como neste caso, figuras públicas — ou seus familiares — tentavam barrar a publicação de biografias. Argumentavam que o Código Civil — nos artigos 20 e 21 — exige autorização prévia dos biografados ou de seus parentes.

Por unanimidade, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel). O tribunal assentou que a exigência de autorização prévia violaria os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

“A censura cala a pessoa, mas para além de cada um, cala a alma, a alegria, cala o sonho que se põe em expressão para se tornar ideia, que se pode converter em ação, que se pode tornar destino”, disse a relatora do processo, ministra Cármen Lúcia.

“Como conhecer a história para reprisar fatos bons e maus e repetir exemplos, negando os negativos, se a obra não pode ser mostrada? Como imaginar que novos holocaustos ocorram sem saber o que os envolveram, quem esteve na frente dos movimentos e como a seus

atos chegaram? Como ignorar que é na privacidade que as coxias do poder estatal e social se engendram? Como saber como movimentos artísticos, científicos e políticos nasceram, suas causas, motivações e características se reuniram?”, questionou a ministra no voto.

Eventuais abusos, com violação à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem da pessoa, podem ser combatidos com o pedido de indenizações. “Há a possibilidade, sim, de intervenção judicial no que diz respeito aos abusos, às inverdades manifestas, aos prejuízos que ocorram a uma dada pessoa”, enfatizou o ministro Dias Toffoli. Foi uma pequena janela argumentativa que assustou editoras e biógrafos, mas cujo significado jurisprudencial, num tribunal sem grande apreço por argumentos de decisões passadas, é impossível estimar.

Apesar de o julgamento ter sido concluído em junho de 2015, o acórdão até o momento não foi publicado.

Poder de investigação

Em 2015, o Supremo encerrou uma discussão que já se arrastava havia uma década. O tribunal, por maioria, firmou o entendimento de que o Ministério Público é legítimo para promover investigações de natureza penal. E o plenário fixou parâmetros para isso.

O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593.727, com repercussão geral reconhecida, afetou todos os processos em que a legitimidade da atuação do MP era contestada.

Dentre os requisitos definidos, estão o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados, que os atos investigatórios sejam obrigatoriamente documentados e praticados por membros do MP, que as garantias e prerrogativas dos advogados sejam resguardadas, incluindo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa.

A tese firmada pelo STF no julgamento do recurso foi: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitadas os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado

ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e também as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

Em maio, o plenário do Supremo, à unanimidade, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.943 e, portanto, constitucional a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública na defesa de interesses coletivos.

Prevaleceu o entendimento de que a ampliação das atribuições da Defensoria Pública amplia o acesso à Justiça e é compatível à Lei Complementar 132/2009 e às alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014.

Se houve unanimidade neste último caso, a Corte se divide sobre a autonomia administrativa e funcional das defensorias públicas estaduais. A ADI 5.296 foi ajuizada pela Presidência da República e contesta, por exemplo, o vício de iniciativa da proposta, que partiu do Congresso. O governo alega que apenas o chefe do Poder Executivo poderia propor alteração no regime jurídico dos servidores públicos.

A relatora do processo, ministra Rosa Weber, entendeu que as emendas à Constituição Federal não estão sujeitas às cláusulas de reserva de iniciativa previstas no artigo 61 da Constituição Federal. As restrições se aplicam somente às leis ordinárias e complementares. Cinco ministros já acompanharam o voto da relatora pelo indeferimento da medida liminar na ADI 5.296.

Entretanto, Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello divergiram. E por razões distintas.

O ministro Marco Aurélio tachou a emenda constitucional de um dribble na cláusula de reserva de iniciativa, um subterfúgio para atropelar a prerrogativa do presidente da República. O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, questionou o mérito da decisão de conceder autonomia administrativa às defensorias. E recordou uma das primeiras

medidas adotadas pela Defensoria Pública da União quando concedida a autonomia: aumento no valor das diárias e pagamento de auxílio moradia para os defensores. “O fato de não ter autonomia administrativa não é nenhum menoscabo”, afirmou Gilmar Mendes. “Certamente vamos enfrentar propostas que permitam a extensão a este ou aquele órgão de igual relevância e nobreza”, acrescentou, lembrando que há pedidos de autonomia para a Advocacia-Geral da União, Receita Federal e Polícia Federal.

Pedido de vista do ministro Dias Toffoli adiou a continuidade do julgamento. O processo poderá ser pautado já no início do ano, pois o ministro liberou a ação no dia 18 de dezembro.

Partidos políticos

A tentativa do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF) de conter a infidelidade partidária criou outros expedientes para o troca-troca partidário.

O STF definiu que uma das justificativas para a desfiliação da legenda pela qual o parlamentar se elegeu seria a adesão a um novo partido. E este virou um dos principais estratagemas para a migração partidária.

Desde que TSE e STF decidiram que a troca injustificada de partido pode ensejar a perda do mandato do parlamentar, oito novas legendas foram registradas na Justiça Eleitoral.

Em 2013, o Congresso aprovou a Lei 12.875/2013. O texto estabeleceu que partidos criados após as eleições para a Câmara dos Deputados não teriam direito ao rateio proporcional dos recursos do fundo partidário. Essas legendas receberiam apenas parcela dos 5% restantes, os quais são distribuídos a todos os partidos registrados no TSE.

O Solidariedade, criado em 2013, contestou a constitucionalidade da lei no STF. Em outubro de 2015, o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade da legislação nos pontos que restringem o acesso dos novos partidos ao recursos do fundo partidário e à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Relator da ação, o ministro Luiz Fux ponderou que a aprovação do projeto pelo Congresso Nacional buscou ultrapassar a jurisprudência firmada pelo STF ao julgar as ADIs 4.430 e 4.795 — que tratou do acesso dos novos partidos ao horário eleitoral gratuito.

“Estamos tratando de uma lei que já nasce com o gérmen da presunção de inconstitucionalidade, porque ela viola uma decisão do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade sem trazer nenhuma novidade. Isso é um atentado à dignidade da jurisdição do Supremo Tribunal Federal”, declarou o ministro Luiz Fux em plenário.

Seu voto foi acompanhado pela maioria do plenário: Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio.

O ministro Fachin abriu divergência. Afirmou, ao contrário do que assentou Fux, que a nova lei respeitou os precedentes do Supremo sobre a fidelidade partidária. Fachin lembrou que o tribunal decidiu que, somente em hipóteses excepcionais e devidamente comprovadas, “o ato de desligamento do partido pelo qual foi eleito o deputado acarreta o cômputo da vaga para o partido de origem”.

Foi acompanhado pelos ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o presidente da Corte, Ricardo Lewandowski.

Direitos fundamentais

Um julgamento, especialmente, marcou a defesa dos direitos fundamentais no Supremo em 2015. A Corte começou a discutir se transexuais podem usar o banheiro público do gênero com o qual se identificam — RE 845.779. O desfecho deste caso indicará como a Suprema Corte vai lidar com outros dois outros processos pendentes.

O julgamento do RE 845.779 começou e foi interrompido em novembro, após os votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Ambos votaram a favor de Ama, uma transexual que foi retirada de um banheiro feminino pelos seguranças de um *shopping* de Santa Catarina.

Julgaram que ela e todos os trans — o caso teve repercussão geral reconhecida — têm o direito de ser tratados pelo gênero de identifi-

cação. Podem, assim, usar o banheiro feminino se assim quiserem. E assentaram que cabe indenização por danos morais contra o estabelecimento comercial, como no caso, que não respeitar a opção do trans.

“Os transexuais têm direito a ser tratados socialmente de acordo com sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público.” Foi esta a tese defendida por Barroso para firmar o entendimento que balizará outros casos semelhantes.

O ministro Luiz Fux pediu vista do processo. Justificou que há um desacordo moral razoável na sociedade sobre este tema e que ele precisava “ouvir a sociedade”. Não se sabe o que ele quis dizer com “ouvir a sociedade”, observação controversa quando proferida por um juiz constitucional, cuja missão é resistir às vozes das ruas e eventualmente enfrentá-las. Tampouco se entendeu a relação que estabeleceu, nesse breve diálogo em plenário, entre a transexualidade, de um lado, e a pedofilia e abuso sexual, de outro, um senso comum vulgar e desprovido de evidência empírica. Não há previsão de quando o julgamento será retomado.

As discussões travadas entre os ministros durante a sessão anteciparam as posições de alguns integrantes da Corte sobre outros dois temas que podem entrar em pauta em 2016.

Os ministros Marco Aurélio Mello, Barroso e Fachin anteciparam que votarão contra a necessidade de uma pessoa se submeter à cirurgia de mudança de sexo para alterar o prenome e o gênero na carteira de identidade.

“Por coincidência já consta de meu voto — e se isso representar alguma antecipação de posicionamento, serei, quando menos, fiel ao que aqui já constava — estou assentando na página sete do meu voto que não se afigura correto — em meu sentir — condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de eventual cirurgia de redesignação, pois isso repercutiria como a segunda e grave violação a ensejar também dano moral”, adiantou Fachin.

Duas ações em trâmite no Supremo tratam da possibilidade de mudança de nome e gênero nos registros civis. A primeira é a ADI 4.275, relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, e de autoria da Procuradoria-Geral da República. A segunda é o RE 670.422 — com repercussão geral —, relatado pelo ministro Dias Toffoli.

Drogas

Em 2016, o Supremo começou e deve continuar a julgar a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, um dos casos mais importantes da história recente para enfrentar a prática de encarceramento no Brasil. A Corte, por enquanto, está dividida.

Relator do RE 635.659, o ministro Gilmar Mendes julgou inconstitucional o artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que tipifica o porte de drogas para uso pessoal.

Em seu voto, Gilmar Mendes argumentou que a criminalização do uso de drogas estigmatiza o usuário, compromete a política de drogas do Brasil, voltada à prevenção e redução de danos à saúde dos viciados, e é desproporcional ao impor sanções penais aos dependentes. A decisão, pelo voto do ministro, afetaria os usuários de todas as drogas ilícitas, como *crack* e cocaína.

“Deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social”, disse o ministro em seu voto.

Entretanto, os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso abriram a divergência para limitar os efeitos do julgamento somente aos usuários de maconha. O que foi tachado como posição conservadora e elitista pelas entidades que defendem a descriminalização.

Em entrevista posterior à sessão, Barroso rejeitou as críticas e buscou justificar, em três razões, os motivos pelos quais restringiu seu voto ao usuário de maconha.

“A primeira delas, técnica, é que o caso concreto envolve o consumo de maconha”, iniciou. “A segunda razão, um pouco decorrente da primeira, é que a maior parte das informações que os ministros receberam ou pesquisaram era referente à maconha — os memoriais dos *amici curiae* (instituições que se inscrevem para opinar no julgamento), as experiências dos outros países que foram examinadas. Portanto, não tínhamos estudado especificamente a situação do *crack*, por exemplo”, prosseguiu.

“A terceira razão, possivelmente uma das mais importantes, é que eu não sei bem qual é a posição do Tribunal. Nós temos um estilo de deliberação em que as pessoas não conversam internamente. Achei que uma posição um pouco menos avançada teria mais chance de conquistar a maioria”, concluiu.

O ministro Teori Zavascki pediu vista do caso em setembro e devolverá o processo para julgamento em 2016. Por enquanto, há um voto pela descriminalização do porte de todas as drogas, desde que para uso pessoal, e dois pela descriminalização apenas para os usuários de maconha.

Caso prevaleça o voto do ministro Gilmar Mendes, a decisão da Corte poderá promover uma transformação na política de drogas no Brasil. E certamente isto terá impacto no sistema carcerário. Dados do Ministério da Justiça comprovam, ano a ano, que o tráfico de drogas é o crime de maior incidência entre a população prisional — 27%, conforme relatório do Infopen. Neste percentual estão aqueles que foram presos por portar quantidades pequenas de entorpecentes para uso próprio.

Interminável

O ministro Luís Roberto Barroso expôs, em linguagem popular, o embaraço com a idas e vindas do Supremo Tribunal em relação à sistemática de pagamento de precatórios.

“Eu tenho um constrangimento de ser um tribunal que não consegue sustentar suas próprias decisões”, disse. “Não há precedente sobre isso no STF e em nenhuma Corte do mundo”, protestou. “A cada dia a gente acha uma coisa. É o fim da picada”, acrescentou. “Nós vamos declarar a constitucionalidade em embargos de declaração daquilo que declaramos inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade? É um samba.”

A questão remonta uma década no STF. Na época o presidente era o ministro Nelson Jobim e o tribunal se via diante de pedidos de intervenção federal em estados que não pagavam as dívidas reconhecidas em decisões judiciais.

A intervenção, se decretada pelo STF, não resolveria a alegada falta de recursos em caixa para fazer frente às despesas. Era preciso, portanto, encontrar uma alternativa.

A sistemática de pagamento de precatórios, prevista na emenda constitucional 62, de 2009, nasceu no STF. E permitia a quitação das dívidas parceladamente e em percentuais compatíveis com as receitas estaduais.

Em 2013, o Supremo declarou a emenda inconstitucional. Estabeleceu-se o quadro anterior: muitos governos declararam que não teriam como pagar as dívidas de uma só vez. Por isso, suspenderam os pagamentos.

O ministro Luiz Fux, monocraticamente, modulou os efeitos da decisão para determinar que, enquanto o Supremo não chegasse a uma definição, permaneceria em vigor a emenda já declarada inconstitucional pela Corte.

O plenário, em março de 2015, referendou a decisão. Decidiram os ministros que a emenda inconstitucional produziria efeitos por mais cinco anos.

Em dezembro, a maioria dos ministros decidiu reabrir o caso e poderá, nos próximos anos, recuar na declaração de inconstitucionalidade da emenda.

A dificuldade financeira dos estados, a necessidade de pagamento dos precatórios e a decisão do STF provocaram outra discussão na Corte: podem os governos estaduais utilizar recursos dos depósitos judiciais para quitar suas dívidas?

O Supremo começou a julgar a Ação Cível Originária 989 em junho. Na ação movida contra o Banco do Brasil e o Banco Bradesco S/A, o estado da Bahia sustenta a legitimidade da Lei estadual 9.276/2004, que obriga as instituições financeiras a promoverem a transferência para os cofres do governo de 70% dos valores dos depósitos judiciais.

O ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo e, apesar de o julgamento já estar em curso, convocou uma audiência pública para discutir o assunto nos autos da ADI 5.072, de sua relatoria e ainda não liberada para pauta. A discussão nestes processos repercutirá no julgamento de outras ações, protocoladas no Supremo e que contestam leis

estaduais com a mesma finalidade: destinar o dinheiro dos depósitos judiciais para o caixa dos governos estaduais.

Casos pendentes

O que o STF precisa julgar em 2016?

Apesar de 2015 ter sido um ano com pauta cheia, o STF deixou para trás alguns casos importantes. O de maior impacto — do ponto de vista econômico ou de repercussão sobre casos sobrestados — está relacionado aos planos econômicos e à correção a menor das cadernetas de poupança.

O Banco Central estimou o impacto potencial para os bancos de R\$ 149 bilhões caso o Supremo decidisse, conforme defendem os poupadores, que as instituições financeiras aplicaram indevidamente os índices de correção definidos pelos planos Collor I e II, Verão e Bresser.

O cálculo feito pelos advogados dos poupadores é diferente. O impacto para os bancos seria de aproximadamente R\$ 8,4 bilhões. A Procuradoria-Geral da República, que inicialmente apresentou um cálculo de R\$ 441,7 bilhões, reviu suas estimativas e chegou à conclusão de que os bancos tiveram lucro de R\$ 21,8 bilhões com a aplicação dos novos índices de correção às cadernetas.

Há hoje no Brasil 957.612 processos parados à espera da decisão do Supremo Tribunal. A indefinição sobre o tema no STF completa oito anos e ganhou contornos inusitados em 2015.

Quatro recursos extraordinários (631.363, 632.212, 591.797 e 626.307) e uma ADPF — 165 — questionam a aplicação dos índices definidos pelo governo federal nos planos aplicados nas décadas de 80 e 90 para combater a hiperinflação.

Em 2014, o Supremo estava impedido de julgar os processos por falta de quórum. O ministro Joaquim Barbosa havia se aposentado, abrindo vaga no tribunal. E três outros ministros se declararam sus-

peitos para participar do julgamento: Cármen Lúcia, Roberto Barroso e Luiz Fux.

Com sete ministros aptos a julgar os processos, o tribunal entendia não haver quórum para decidir o caso. Seria preciso aguardar a presidente Dilma Rousseff escolher o substituto de Joaquim Barbosa para a Corte dispor dos 8 integrantes necessários para deliberar sobre o tema.

O ministro Edson Fachin foi indicado, sabatinado, aprovado pelo Senado, empossado e, em setembro de 2015, também se declarou suspeito. Assim, a Corte voltou a ficar com apenas sete ministros aptos a julgar o tema.

Inicialmente, o presidente do Supremo, Ricardo Lewandowski, afirmou que não havia alternativa ou forma de contornar a alegada falta de quórum. Os casos, portanto, permaneceriam sem solução.

Contudo, o tema deve ser levado em 2016 a plenário para uma solução da Corte. O que não pode acontecer é o silêncio permanente do Supremo ou a espera, por mais uma década, para que o tribunal enfim tenha o quórum para decidir a questão.

Também de forte impacto econômico — e sobretudo fiscal — o processo que contesta a incidência do ICMS na base de cálculo da Cofins está parado no Supremo. O caso é dos mais vultosos em tramitação no tribunal e está entremeado por manobras e pressões por parte do governo federal.

Em recurso extraordinário (RE 240.785), o STF havia formado maioria para excluir do cálculo da Cofins o que é devido de ICMS. O governo conseguiu zerar o julgamento, protocolando uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC 18). Em 2014, o STF concluiu o julgamento do RE, com decisão em favor do contribuinte, mas sem repercussão geral reconhecida. Há ainda outro recurso (RE 574.706) — este com repercussão geral — que trata do mesmo tema e está liberado para pauta desde abril de 2014. A relatora do caso é a ministra Cármen Lúcia.

Outro assunto que o STF insiste em procrastinar é o trânsito em julgado e a consequente prisão do senador Ivo Cassol (PP-RO). O parlamentar foi condenado há dois anos pelo STF pelo crime de fraude a licitações (AP 565). A pena definida foi de 4 anos, 8 meses e 26

dias de detenção em regime semiaberto e pagamento de multa de R\$ 201.817,05.

Relatora do caso, a ministra Cármen Lúcia levou a julgamento em setembro de 2014 os primeiros embargos de declaração opostos pela defesa do senador. Em dezembro também de 2014, novo recurso foi movido pelos advogados. E até agora os embargos não foram julgados.

Enquanto isso, Cassol permanece no Senado. Solto e impune por um crime que cometeu há aproximadamente 15 anos.

O julgamento em que o tribunal decidiu ser a Lei de Anistia (Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979) compatível com a Constituição de 1988 completa seis anos em abril de 2016 (ADPF 153).

E até hoje pendem os embargos de declaração que contestam a aplicação da lei para agentes responsáveis pelo sumiço de militantes de esquerda e qual deve ser a postura do Estado brasileiro diante da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que julgou não ser a Lei de Anistia óbice para o julgamento e punição de agentes estatais acusados de crimes de lesa-humanidade.

Na falta de resposta do Supremo, o PSOL ajuizou uma nova ADPF — 320 — para questionar especificamente a anistia aos crimes de desaparcimento forçado.

As duas ações são relatadas pelo ministro Luiz Fux. Não há sinal de quando serão enfim liberadas para julgamento.

Também estão no gabinete do ministro Luiz Fux alguns processos que, se levados a plenário, podem extinguir o pagamento de penduricalhos a magistrados brasileiros.

Fux concedeu, em setembro de 2014, liminares que garantiram a todos os juízes do Brasil o recebimento de auxílio moradia — no valor de R\$ 4.377,73 — aos magistrados, mesmo para aqueles que moram em casa própria. Em dezembro de 2015, a conta paga pelo contribuinte superava R\$ 1 bilhão.

O ministro Fux, cobrado ao longo do ano pelos colegas e diante das críticas públicas à sua decisão por parte de integrantes da Corte, não liberou o processo para a pauta de julgamentos. E enquanto isso o auxílio moradia continua sendo pago mensalmente, a despeito da crise econômica.

Também no gabinete do ministro dormita um pedido de vista no processo que pode declarar a inconstitucionalidade da legislação que criou diversos benefícios para os magistrados do Rio de Janeiro. O ministro Fux pediu vista do processo em maio de 2012 e até hoje não o devolveu. Entre os ministros Fux e Lewandowski, formou-se notável coalizão em defesa dos interesses políticos e materiais dos juízes.

Outras duas liminares concedidas monocraticamente por integrantes da Corte permanecem na dependência do referendo do plenário.

A primeira delas — na ADI 5.017 — suspendeu os efeitos da emenda constitucional que criou os Tribunais Regionais Federais da 6^a, 7^a, 8^a e 9^a Regiões. A liminar foi deferida pelo ministro Joaquim Barbosa, durante o recesso de julho de 2013. Com sua aposentadoria, o processo foi distribuído para o ministro Luiz Fux. O processo está concluso ao novo relator desde março de 2014. Falta apenas ser liberado para julgamento.

O segundo caso é ainda mais polêmico. A ministra Cármen Lúcia, em pleno funcionamento da Corte, concedeu uma liminar na ADI 4.917, ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro, suspendendo as novas regras estabelecidas na lei 12.734/2012 para a partilha dos recursos dos *royalties* do petróleo. A decisão precária data de março de 2013. E não há previsão de quando será julgada.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, deferiu uma liminar em setembro de 2013 (também fora do período de recesso, como define a lei que regula as ADIs), suspendendo a eficácia de diversos dispositivos de resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que restringiu o uso de aditivos em cigarros. Para além do caso concreto, o julgamento tratará do poder de regulação das agências e pode ter impacto sobre outras áreas, como telefonia, saúde e energia.

Há ainda uma lista de processos que tramitam com certa lentidão, mas que figuraram em 2015 na pauta de julgamentos do plenário — apesar de não terem sido chamados.

Em 2015, o ministro Luís Roberto Barroso promoveu uma audiência pública para ouvir especialistas e representantes de diversas crenças sobre o ensino religioso nas escolas públicas do País.

A ADI 4.439, da Procuradoria-Geral da República, pede à Corte que dê à lei 9.394, de 1996, interpretação conforme à Constituição, determinando que os professores não sejam representantes de uma religião específica.

Este processo está no STF desde 2010, mas passou a ser relatado pelo ministro Barroso em 2013. Pelas projeções do ministro, este caso será julgado em 2016.

O Supremo posterga também a decisão sobre o foro competente para o julgamento de autoridades acusadas de improbidade administrativa. O tema é discutido na PET 3.240. O ministro Barroso pediu vista do caso no dia 19 de novembro. O assunto chegou a ser pautado ao longo de 2015, mas não foi decidido.

Adia igualmente uma decisão na ADI 3.239, ajuizada pelo DEM, contra o decreto que regulamentou a demarcação das terras ocupadas por remanescentes de quilombolas. O processo começou a ser julgado em 2012, quando o relator, ministro Cezar Peluso, proferiu voto. A ministra Rosa Weber pediu vista, mas já devolveu os autos para continuidade do julgamento.

Na mesma situação está a ADI 3.952. A ministra Cármen Lúcia pediu vista, em 2010, da ação proposta pelo Partido Trabalhista Cristão (PTC), que contesta o “cancelamento sumário” do registro especial das empresas tabagistas acusadas de sonegação fiscal.

Neste caso, era relator o ministro Joaquim Barbosa, que se manifestou contra a possibilidade do cancelamento sumário. A ministra já devolveu o processo para continuidade do julgamento e pode abrir divergência.

Um assunto com forte impacto sobre a economia e a geração de empregos também está na agenda do STF para 2016: o conceito de atividade-fim para casos de terceirização.

O tema será discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713.211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal. O relator da matéria, ministro Luiz Fux.

No agravo, a Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra) questiona decisão da Justiça do Trabalho que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães e Região, foi condenada a se abs-

ter de contratar terceirizados para executar funções que se confundem com a atividade-fim da empresa.

O ministro Fux afirmou no julgamento no plenário virtual que o tema em discussão — a delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim — é matéria de índole constitucional.

A espera de decisões políticas, o Supremo mantém fora da pauta dois temas complexos e de forte implicação nas contas públicas.

O primeiro trata da guerra fiscal. O tribunal reconheceu a repercussão geral do RE 851.421, em que os ministros analisarão a possibilidade de perdão de dívidas tributárias surgidas em decorrência de benefícios fiscais implementados no contexto de guerra fiscal e que foram declarados inconstitucionais pela Corte.

Alguns ministros consideram que a solução deste caso — assim como o julgamento de outros casos, como os embargos de declaração no Recurso Extraordinário 635.688 (que atinge os produtos da cesta básica) — depende das negociações políticas entre Executivo, Congresso e estados pela unificação de alíquotas do ICMS e a composição de um fundo para compensação de perdas.

O segundo caso trata da possível alteração dos parâmetros de remuneração dos recursos depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Na ADI 5.090, o Partido Solidariedade questiona dispositivos das Leis 8.036/1990 (artigo 13) e 8.177/1991 (artigo 17), que preveem a aplicação da Taxa Referencial (TR) na correção dos depósitos nas contas vinculadas ao FGTS. O relator da ação é o ministro Luís Roberto Barroso.

O Congresso discute a possibilidade de alterar a lei, estabelecendo novo índice de correção. Caso não chegue a uma conclusão, o ministro Barroso deverá levar o caso a julgamento.

As indicações

O Congresso Nacional tirou da presidente Dilma Rousseff a possibilidade de indicar cinco novos ministros do Supremo Tribunal Federal

ao aprovar a proposta de emenda à Constituição que elevou de 70 para 75 anos a aposentadoria compulsória no serviço público.

A votação da chamada PEC da Bengala, em maio deste ano, fez parte de uma estratégia política de dissidentes do governo e de opositoristas para diminuir o poder da presidente Dilma Rousseff. E gerou algumas consequências imediatas. O ministro Celso de Mello, que se aposentaria em 2015, pôde permanecer no cargo. E o ministro Marco Aurélio Mello, que deixaria o tribunal em 2016, terá mais cinco anos de judicatura.

A outra consequência: em vez de poder indicar cinco novos ministros para o Supremo até o final do mandato, em 2018, a presidente só teria mais uma indicação a fazer. E o nome seria escolhido naquela mesmo mês da aprovação da PEC da Bengala.

O ministro Joaquim Barbosa aposentou-se no início de agosto de 2014. A vaga permaneceu aberta até maio de 2015. A presidente indicou o advogado Luiz Edson Fachin no dia 14 de abril.

Fachin fora cotado em outros momentos para o Supremo. Fora cotado para uma das vagas já no governo Lula. Mas sempre fora preterido. Construiu, ao longo desse período, uma candidatura próxima de setores do PT, ligados por exemplo à Igreja Católica e a movimentos sociais.

Também por isso, Fachin enfrentaria um dos processos de indicação mais difíceis da história. Seu nome foi rapidamente atrelado ao PT: um vídeo em que pedia voto para a presidente Dilma na campanha de 2010 foi republicado e difundido pelas redes sociais. Sua vida profissional também foi escarafunchada. E foi levantada contra ele a suspeita de que teria advogado irregularmente enquanto procurador do estado do Paraná.

Fachin contratou uma assessoria de imprensa para auxiliá-lo ao longo do processo de indicação. E, de forma inédita, também usou as redes sociais para se defender das restrições ao seu nome. Fachin gravou vídeos com respostas aos ataques que sua escolha sofria e os publicou nas redes.

Apesar das dificuldades e das chances reais de rejeição, o nome de Fachin passou na sabatina da Comissão de Constituição e Justiça

— por 20 votos contra 7 — e pelo plenário do Senado — 52 votos contra 27.

Fachin assumiu a cadeira de ministro do Supremo, mas não a postura de um ministro novato. Nestes primeiros meses de Corte e como “bucha de canhão”, como é chamado o primeiro ministro a votar depois do relator, Fachin defendeu posições com segurança e, em alguns casos, abriu a divergência que ao final prevaleceu.

Assim como Fachin, o procurador geral da República, Rodrigo Janot, enfrentou um processo conturbado de recondução. As investigações da Lava Jato e a abertura de inquérito contra figuras importantes do Congresso, em especial de integrantes do PMDB, colocaram em risco o segundo mandato de Janot na Procuradoria.

Nas eleições internas, promovidas pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Janot foi o mais votado. Desde o início do governo Lula, seguiu-se a tradição de indicar o nome preferido pela categoria. E não haveria razão para a presidente Dilma Rousseff preterir Rodrigo Janot.

Conselho Nacional de Justiça

Ricardo Lewandowski

O presidente do Supremo, Ricardo Lewandowski, completou um ano de mandato no dia 10 de setembro. À frente da Corte e do Conselho Nacional de Justiça, o ministro imprimiu uma pauta corporativa, defendendo interesses dos juízes, como o pagamento de auxílio moradia, reajuste salarial e uma proposta de novo estatuto da magistratura repleto de novos penduricalhos, privilégios e prerrogativas que fazem aprofundar o encastelamento dessa classe profissional.

Em contraposição, Lewandowski enfrentou ao longo de 2015 manifestações dos servidores do Judiciário. Em negociação por reajuste salarial, os servidores paralisaram as atividades e ameaçaram uma greve geral. Aos representantes do movimento, o presidente do STF pro-

metia trabalhar pelo reajuste pedido, mas não promoveu os esforços necessários junto ao governo e ao Congresso para aprová-lo.

No campo jurisdicional, Lewandowski não represou processos e pautou todos os que pôde para julgamento em plenário. Assuntos importantes que estavam liberados para a pauta foram apregoados: descriminalização das drogas, situação prisional, precatórios, direitos dos transexuais, financiamento de campanha, ensino religioso nas escolas, demarcação de terras de quilombolas, necessidade de licença prévia para investigar governadores de estado, poder de investigação do Ministério Público.

Sob o comando de Lewandowski, o CNJ perdeu parte de sua relevância. O ministro sempre foi um crítico da atuação do Conselho. Como presidente, conforme adiantava antes mesmo de assumir a cadeira, colocaria um freio na atuação do CNJ, pondo em risco suas funções de normatização e de fiscalização, espinha dorsal da reforma do judiciário. Foi o que fez e o que continua a fazer.

Em 2015, a composição foi sensivelmente alterada, e Lewandowski trabalhou pela escolha de nomes de sua confiança ou de visão similar à sua sobre o papel do Conselho. Exemplo disso foi a indicação de um dos seus auxiliares de gabinete para a cadeira de conselheiro: o juiz Bruno Ronchetti.

Dentre as medidas polêmicas adotadas pelo CNJ estão a regulamentação do pagamento do auxílio moradia. O benefício foi concedido em setembro de 2014 por meio de liminar monocrática do ministro Luiz Fux. Até hoje o ministro não liberou a decisão para referendo do plenário. A regulamentação pelo CNJ institucionalizou algo que é pago de forma precária.

Outra decisão contestada foi a regulamentação, em dezembro, da Lei de Acesso à Informação no Judiciário. A resolução — aprovada pelo CNJ com atraso de três anos — cria embaraços para o cidadão ter acesso às informações referentes aos vencimentos dos magistrados.

Lewandowski defendeu, praticamente como única bandeira inovadora, a obrigação de os tribunais promoverem audiências de custódia. O programa, pensado em conjunto com o Ministério da Justiça, prevê que os presos em flagrante sejam apresentados o quanto antes ao juiz

responsável. Assim, o magistrado poderá, ao analisar a condição do crime e do preso, manter a prisão ou conceder a liberdade, impondo — se necessário — medidas cautelares.

Em 2016, Lewandowski deixa a presidência e será substituído pela ministra Cármen Lúcia, a segunda mulher a presidir a Suprema Corte — a primeira foi a ministra Ellen Gracie.

A troca no comando do Judiciário ocorrerá em setembro e deve impor outra guinada. Cármen Lúcia é crítica da pauta corporativista e tentará impor uma agenda própria ao CNJ. O problema é que encontrará uma composição pensada e forjada pelo antecessor, mais afeita à blindagem classista.

Troca de comando

Mais do mesmo em 2016?

O Supremo atua, especialmente em momentos de crise política, como instância moderadora. Em 2015, essa função foi exacerbada pela polarização política do País, rescaldo das eleições de 2014, das suspeitas de corrupção na Petrobras e do enfraquecimento do governo Dilma Rousseff. Mesmo habituado a protagonizar embates políticos e morais da democracia brasileira há anos, o STF de 2015 entrou em campo ainda mais explosivo e incerto, e nele permanecerá em 2016. Com o agravamento da crise econômica e o clima político conturbado, o Supremo continuará sendo chamado a interferir diretamente nos acontecimentos.

Na pauta dos direitos fundamentais que se avizinha, terá a quase heroica tarefa de conter o ataque a direitos que se instala no Congresso. Das promessas da Constituição de 1988, que ecoaram em todos os manuais de direito constitucional brasileiro nos últimos 20 anos, aquela que mais enobrecia a função do STF era a de “trincheira de direitos”. Seria responsável por, nos momentos sombrios da história, salvar a democracia de si mesma. Uma instituição que, a despeito da histeria coletiva, ainda conseguiria pensar e argumentar. Nunca este momento

sombrio pareceu tão próximo, e restam muitas dúvidas sobre a capacidade de o tribunal alçar-se à altura dessas expectativas.

Fazer-se respeitar e preservar sua credibilidade enquanto árbitro imparcial dos conflitos políticos é condição de seu sucesso e sobrevivência. Na atual conjuntura, condição relevante da própria institucionalidade do país. Contudo, a incapacidade crônica do STF de neutralizar seus gargalos institucionais e de transformar seus costumes individualistas e prolixos joga contra sua credibilidade, moeda política tão volátil quanto indispensável.

Opinar dentro e fora dos autos sobre as escaramuças partidárias da hora, por exemplo, apenas lança mais gasolina num ambiente já tão inflamável. Anula o esforço de proteger e de descolar suas decisões do confronto raivoso entre o governismo e o antipetismo. Em 2015, passagens de alguns votos do STF se aproximaram da histeria das redes sociais. Infantilizaram e diminuíram a Corte, uma vez mais.

O ano de 2016 continuará a demandar do Supremo uma solução para a resistente crise dos números. Apesar de todos os avanços legislativos na tentativa de aperfeiçoar o tribunal, sua ingovernabilidade apenas se aprofunda: continua a reconhecer temas com repercussão geral além de sua capacidade de julgamento e da relevância jurídica do caso; tolera pedidos de vista que se arrastam no tempo por obra e capricho de um único ministro, desrespeitando o regimento, a colegialidade e o devido processo legal; administra sua pauta de forma descriteriosa, e a formação da agenda continua a ser um poder absoluto da presidência, que não está sujeita a qualquer prestação de contas; torna-se, cada vez mais, um agregado de onze gabinetes, um tribunal de individualidades no qual mais de 90% das decisões são monocráticas (só em 2015, foram 94.750).

O ano de 2016 poderá também ser marcado, como foi 2015, por uma agenda corporativa agressiva, liderada pelo ministro Ricardo Lewandowski. Uma tendência que poderá ser cristalizada pela proposta de novo Estatuto da Magistratura, que pode ser enviado ao Congresso Nacional neste ano. Ao longo de 2014 e 2015, o que se viu no STF foi a concessão de aumento salarial por meio de benefícios mal-disfarçados, como o auxílio moradia.

Em paralelo, o Conselho Nacional de Justiça, alvo permanente de críticas de setores corporativistas da magistratura, caminha progressivamente para seu esvaziamento. A última investida nesse sentido foi a proposta de criação de um Conselho dos tribunais de Justiça. Se táticas como esta prosperarem, o CNJ poderá, parafraseando o ministro Gilmar Mendes, tornar-se um “órgão lítero-poético-recreativo”.

Publicado em 1º de Fevereiro de 2016

DESAFIOS INSTITUCIONAIS

Três desafios para o Supremo

Joaquim Falcão

Diego Werneck Arguelhes

Para além dos casos a julgar, o Supremo volta do recesso com uma pauta institucional. São três desafios que dizem respeito à própria legitimidade do tribunal. Neste semestre, o ministro Lewandowski entra na segunda e última parte de seu mandato. Se não começar a enfrentar a pauta institucional agora, deixará esse legado para a ministra Cármen Lúcia.

Um primeiro desafio diz respeito à relação do Supremo com o Executivo e o Congresso: o desafio de sua independência política. De um lado, o Supremo será chamado a decidir conflitos entre os poderes e o próprio destino de políticos, especialmente com a crescente atuação do tribunal no caso da Operação Lava Jato.

Do outro lado, e ao mesmo tempo, o Supremo depende do Congresso e do Executivo para avançar uma pauta corporativa, envolvendo sobretudo salários de servidores e juízes, mas que se desdobrará na elaboração da Lei Orgânica da Magistratura (Loman).

Entre depender dos políticos e decidir o destino deles, os ministros do Supremo precisam proteger sua imagem de imparcialidade. Inclusive porque o tribunal pode acabar sendo tragado por esses conflitos, passando de árbitro a alvo. Quando aprovou a PEC da Bengala, o Congresso sinalizou que pode legislar diretamente sobre a estrutura do Supremo com objetivos políticos de curto prazo. Para o bem ou para o mal.

Um segundo desafio é o da autoridade interna. A capacidade do Presidente da Corte de fazer valer regras de conduta e tradições diante de ministros que as descumprem publicamente. No momento atual,

dois comportamentos individuais desafiam recorrentemente o Supremo como colegiado: pedidos de vista não devolvidos e pronunciamento na mídia sobre casos pendentes de julgamento.

A vista é limitada pelo regimento. A manifestação de opinião pública sobre a decisão futura é proibida pela Loman. Nos dois casos, porém, a prática individual dos ministros varia muito, com frequência indo muito além desses limites.

Quando um ministro desrespeita a Loman, desrespeita o Congresso e o Judiciário como instituição. Como fazer valer essas regras? Alguns ministros já afirmaram, dentro e fora dos autos, que o tribunal estaria além do alcance disciplinar do Conselho Nacional de Justiça. Mas nem por isso os ministros poderiam se colocar além da ética profissional imposta pelo cargo de juiz. Se o Supremo não controlar a si mesmo, quem o controlará?

Finalmente, um terceiro desafio diz respeito à sua eficiência operacional. Na gestão do ministro Lewandowski, intensificaram-se os esforços do tribunal em prol de gestão mais eficiente dos milhares de processos que não param de chegar.

Cada gabinete tem suas práticas e velocidades próprias, mas a questão transcende a performance individual. No primeiro semestre, se excluirmos os processos julgados em lista — isto é, processos repetidos, muitas vezes decididos em minutos —, o plenário do supremo julgou menos de 3,5 processos por sessão.

O número de processos novos no Supremo parou de cair, estabilizando-se em cerca de 70 mil por ano. E hoje são mais de 320 processos parados, aguardando julgamentos em que o Supremo reconheceu a repercussão geral, mas ainda não decidiu; nas instâncias inferiores, centenas de milhares de processos aguardam a orientação do Supremo nesses casos.

A repercussão geral tem sido um mero mecanismo de filtragem de casos. Função mais defensiva do que construtiva, mais focada no próprio Supremo do que na justiça como um todo. Como transformá-la em um verdadeiro pacificador de conflitos no resto do país?

No ano passado, o ministro Barroso formulou uma proposta amplamente divulgada. Poderia ter dado certo. Em todo caso, é preciso

tentar. Deve haver alguma estrutura sobre a liberdade dos ministros de segurar processos com repercussão geral já reconhecida. Mas quando se trata de reformular seu processo decisório, o Supremo parece imobilizado.

Muitas vezes, reformas na justiça dependem de movimentos do Congresso ou do Executivo. Mas não é o caso aqui. A boa notícia é que, para enfrentar os três desafios institucionais acima, o Supremo depende apenas de si. A má notícia é que não podem ser resolvidos com individualidades. Neste semestre, o Supremo vai precisar de mais Supremo.

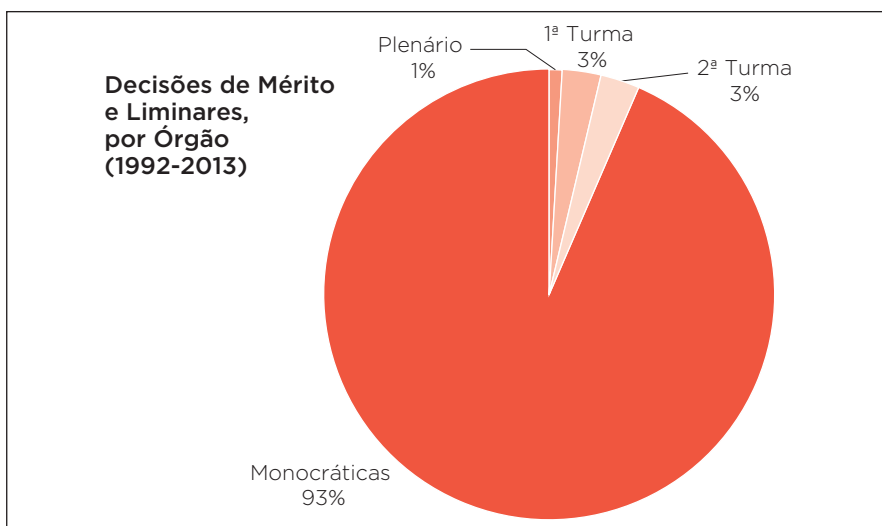
Publicado em 12 de Agosto de 2015

A monocratização do STF

Diego Werneck Arguelhes

Ivar A. Hartmann

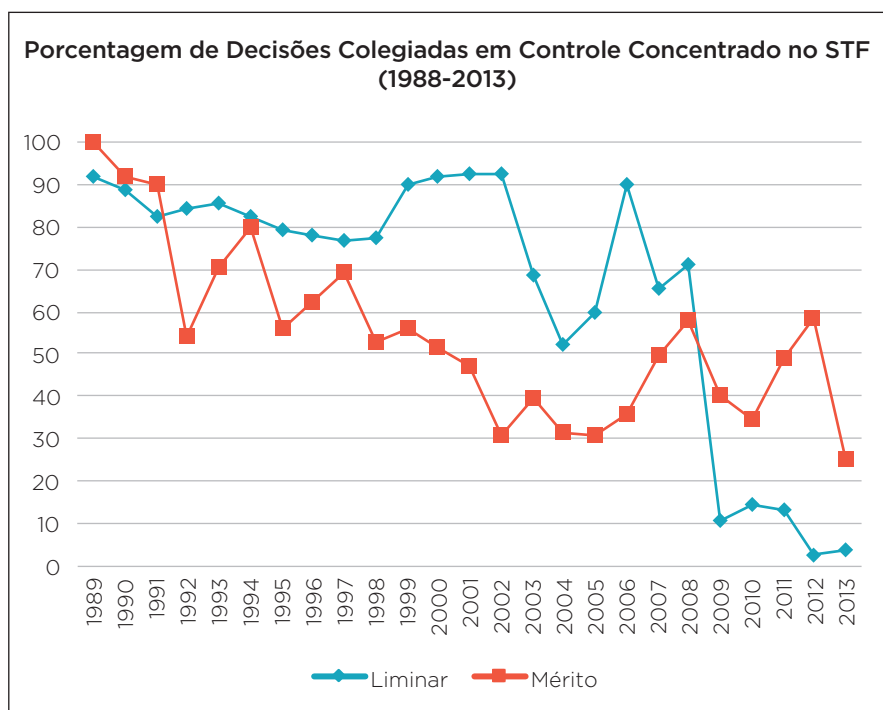
Em termos quantitativos, o Supremo funciona como um aglomerado de gabinetes que municiam decisões monocráticas dos ministros. Decisões nas quais há múltiplos ministros envolvidos são excepcionais e respondem por uma parte ínfima do tempo e da estrutura do tribunal. Segundo dados do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, em todos os tipos de processos julgados pelo Tribunal, o percentual médio de decisões monocráticas entre 1992 e 2013 fica em 93%.



Em linhas gerais, esse cenário é um antigo conhecido, e é admitido pelos próprios ministros. No controle concreto de constitucionalida-

de — isto é, quando o tribunal enfrenta questões constitucionais ao resolver casos concretos, geralmente em recursos contra decisões de instâncias inferiores — há muito as decisões individuais têm sido a regra. Os relatores precisam filtrar a massa de recursos repetidos e manifestamente improcedentes, poupando o tempo de discussão colegiada no plenário e nas Turmas. Diante da quantidade patológica de recursos que o tribunal recebe, a comunidade jurídica brasileira talvez já tenha até perdido a sensibilidade para essa enorme delegação de poder individual.

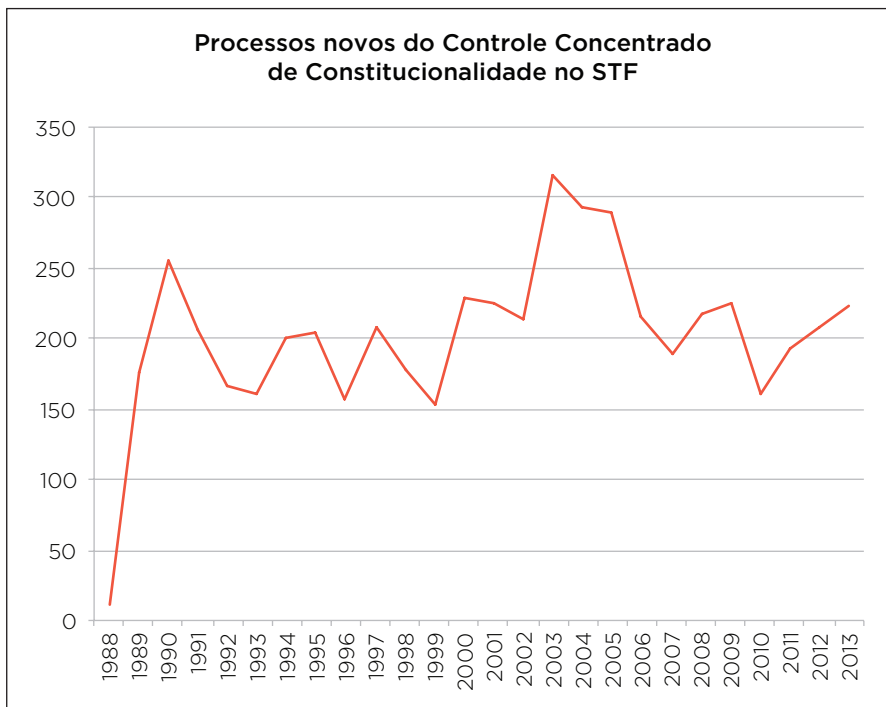
Nos últimos anos, porém, a prática de decidir monocraticamente tem contaminado também, e cada vez mais, o controle abstrato de constitucionalidade — isto é, os processos nos quais o tribunal enfrenta, diretamente e sem análise de um caso concreto, uma questão constitucional. É o que mostram os dados do Supremo em Números, abaixo:



A queda na concentração de decisões colegiadas no controle abstrato tem sido uma constante nos últimos 25 anos. Há quase 20 anos, menos de 60% das decisões de mérito, em média, são tomadas pelo colegiado. Em 2013, foram menos de 30%. As liminares, por sua vez, estão há 5 anos na faixa de 10% de decisões coletivas.

O controle abstrato de constitucionalidade corresponde a um volume muito pequeno de casos. E, não há, em ADIs e ADPFs, processos realmente “repetidos” em quantidade significativa. O que explica que o Plenário julgue cada vez menos processos desse tipo?

Sempre haverá um percentual de pedidos absurdos, que pode variar para mais ou menos ao longo do tempo. Mas é difícil imaginar que, em um espaço de alguns anos, o volume de ADIs e ADPFs manifestamente improcedentes tenha crescido tanto — especialmente se considerarmos que o volume de ações do controle concentrado tem permanecido estável entre 150 e 320 por ano desde 1989, como podemos ver no gráfico abaixo.



O mais provável é que algo tenha mudado, ao longo do tempo, na prática decisória interna do tribunal — a organização da pauta, o que os relatores consideram que merece ir ao Plenário ou o tempo gasto com leitura de votos em sessões, por exemplo. Neste breve texto, só podemos especular. Seja como for, não parece haver nenhuma variável externa — como o número de casos novos — forçando o tribunal a decidir cada vez menos de maneira colegiada.

Os pedidos de liminar apresentam uma monocratização radical a partir de 2009. As decisões individuais nesse período refletem a aplicação do chamado “rito sumário” do controle concentrado (art. 12 da lei 9.868/99). O rito sumário é uma opção de trâmite para os processos do controle concentrado. Quando há um pedido de liminar no processo e a natureza do objeto exige uma decisão com grande urgência, o relator pode decidir “pular” a liminar e levar o processo diretamente para o julgamento de mérito. Na teoria, aceleraria o julgamento da ação.

Só que o rito sumário não é tão sumário assim, como mostra o III Relatório do Projeto Supremo em Números. Nas ADIs, dura em média 2,6 anos. Ou seja, na prática, adotar o rito sumário não torna o controle abstrato mais rápido — apenas exclui a tomada de decisão imediata sobre a liminar. A decisão monocrática de adotar o rito acaba tendo o mesmo efeito de negar a liminar: fica tudo como está até a decisão de mérito pelo Plenário.

A diferença é que uma decisão individual negando a liminar em ADI ou ADPF exige uma explicação fundamentada do relator em cada caso, que pode ser eventualmente discutida junto ao Plenário. A decisão de adotar o rito sumário, porém, é sempre individual, e permite ao relator não conceder a liminar naquele momento de maneira burocrática: basta uma referência genérica ao artigo 12.

Na prática, portanto, o artigo 12 se tornou um filtro silencioso, não declarado, pelo qual decisões do Plenário sobre liminares podem ser substituídas por uma simples e não fundamentada decisão individual.

No mérito e nas liminares, há crescente delegação de poder decisório individual para os ministros. As explicações para essa monocratização da jurisdição constitucional ainda não estão claras. Mas se espe-

ramos que o Supremo decida — como corte constitucional — questões constitucionais trazidas pela sociedade, essa delegação precisa ser problematizada. O volume de recursos parece ter tornado a monocratização do controle concreto um fato consumado; quanto tempo até que percamos a sensibilidade para esse mesmo problema no caso do controle abstrato?

Publicado em 3 de Agosto de 2015

Supremo oscilante

Pedro Cantisano

A jurisprudência oscilante do Supremo não é algo novo. É uma herança de muitos anos, e não sabemos se continuará assim. O ministro Marco Aurélio disse certa vez que não tem compromisso com seus erros. Essa é uma defesa recente para um problema antigo — mudanças, às vezes abruptas, de posição de ministros do Supremo sobre as mesmas questões ao longo do tempo.

Críticas públicas a esse fenômeno são quase tão antigas quanto o tribunal em si. Em julho de 1904, por exemplo, o jornal *A Notícia* publicou uma coluna intitulada “Jurisprudência Oscilante”. Em menos de uma semana, o Supremo havia proferido decisões diametralmente opostas.

Nos últimos anos, os votos dos ministros do Supremo foram várias vezes criticados sob a ótica da consistência com o passado. Não é surpresa que vários de seus integrantes tenham procurado enfatizar, na recente decisão sobre o rito do *impeachment*, o quanto seus votos seriam apenas uma reiteração do que já havia sido decidido e aplicado no caso Collor, em 1992. Na verdade, mesmo se a preocupação dos ministros for recente, a inconsistência em si — e sua crítica pública — não é novidade na história do Supremo. Há mais de um século, as contradições do tribunal — criado pela primeira Constituição republicana, de 1891 — já estampavam as manchetes dos jornais.

Os casos em questão diziam respeito ao ambicioso projeto de reformas da cidade do Rio de Janeiro, então Distrito Federal. Assim como hoje, o Rio passava por transformações rápidas que, muitas vezes, atropelavam direitos e garantias constitucionais. Em maio de 1904, o prefeito Pereira Passos havia aprovado o plano de melhoria do

Largo da Carioca, que previa a desapropriação e demolição de vários prédios. Insatisfeitos, os proprietários foram à Justiça Federal, que se negou a ouvir os pedidos de manutenção de posse. Agora, no início de julho, o Supremo deveria decidir se a Justiça Federal era competente e se deveria ou não conceder a manutenção, freando o ímpeto demolidor do prefeito. Interesses políticos e econômicos estavam em jogo. O projeto de reformas era um símbolo da modernização do país e, ao mesmo tempo, uma imensa fonte de lucros para empresários nacionais e estrangeiros.

Entretanto, a certeza necessária à condução dos negócios foi por água abaixo devido a uma regra sobre a composição do tribunal.

Um decreto de 1902 exigia que os casos fossem decididos por pelo menos 10 juízes. Quando havia impedimento ou ausência de ministros, a praxe era puxar um juiz federal para atuar como substituto. Havia dois juízes federais no Rio de Janeiro: Pires e Albuquerque e Godofredo Cunha. No primeiro caso do Largo da Carioca, Cunha havia julgado em primeira instância. Portanto, quando houve necessidade, Albuquerque foi o substituto no Supremo. A votação terminou empatada em 5 a 5, com o substituto votando contra a competência da Justiça Federal para ouvir o caso. O presidente do tribunal, Aquino de Castro, desempatou nesse mesmo sentido.

Porém, quatro dias depois, quando o segundo caso veio a plenário, o substituto não era mais Albuquerque. Como este havia sido o juiz do caso na primeira instância, puxou-se Cunha para o julgamento. Os casos eram idênticos e, já que Cunha havia se declarado incompetente como juiz federal antes, esperava-se que o resultado fosse o mesmo. Não foi. Do alto do Supremo, Cunha mudou de opinião. Segundo ele, enquanto juiz federal fora obrigado a obedecer à jurisprudência da instância superior, mas como juiz do Supremo, podia enfim seguir sua convicção. O 5 a 5 de quatro dias antes se tornou um 6 a 4 a favor dos proprietários. O plano de reformas parecia ameaçado.

A *Notícia* criticou a “Jurisprudência Oscilante” do Supremo, dizendo que criava “dúvida e incerteza” e que o judiciário estava tornando a reforma da capital inviável. O país não podia esperar. O progresso exigia sacrifícios e um deles era a demolição de prédios velhos, feios e

anti-higiênicos para que o Rio de Janeiro se elevasse ao padrão parisiense de civilização.

Alguns dias depois, o *Jornal do Brasil* noticiava uma verdadeira “Trapalhada Judicial”. O ministro Macedo Soares compareceu ao Supremo para retificar seu voto. O 6 a 4 a favor dos proprietários voltou a ser um 5 a 5 precário, que se inclinava para uma derrota, dado o desempate do presidente. Não se sabe ao certo o que aconteceu, mas o *Jornal do Brasil* insinuou que “interesses poderosos” e “conveniências irresistíveis” estavam em jogo. O plenário acabou não aceitando a mudança repentina de Soares. Mesmo assim, a cidade foi reformada, higienizada e segregada.

Passos, Soares, Albuquerque e Cunha se foram. Mas os problemas em relação ao Supremo permanecem. Votos e posições dadas no passado, por um mesmo ministro, podem mudar? Se sim, com que velocidade? Por quê razões? Como isto afeta a segurança jurídica e a legitimidade do tribunal? A passagem de mais de um século não parece ter tornado mais fácil responder a essas questões.

Publicado em 20 de Janeiro de 2016

Crise constitucional brasileira? A desarmonia entre os poderes

Daniel Vargas

Há duas interpretações sobre a situação constitucional do Brasil em 2015.

A primeira enxerga as tensões do ano que se encerrou como episódios da rotina democrática. O ano de 2015 foi marcado por algumas turbulências e contratemplos, mas sobretudo pela atuação serena, cuidadosa e decisiva da Suprema Corte no enfrentamento dos problemas constitucionais. Claro que há desafios não vencidos: na gestão da Corte, no aprimoramento dos processos judiciais e na qualidade das decisões. Mas segundo esta leitura, como saldo geral, 2015 foi um ano de grande amadurecimento do país.

Há, contudo, razões para enxergar, por trás da aparente normalidade institucional, sinais de uma crise mais profunda, menos compreendida e que não se resolverá ao fim do processo de *impeachment*, do julgamento da Lava Jato ou do próximo escândalo nacional. Nesta segunda visão, o Brasil vive a iminência de uma crise constitucional. E a ação do Supremo para contê-la é muito limitada.

Os sinais são difusos. Estão, por exemplo, na incapacidade de o regime democrático solucionar seus velhos problemas estruturais — em educação, saúde e segurança. Ou em uma mudança geracional, com líderes emergentes que não conseguem se reconhecer tão facilmente na linguagem constitucional oficial.

Os sinais mais sensíveis estão, sobretudo, na desarmonia entre os três poderes. Estranhamentos e rixas pontuais entre um poder e outro são naturais e até saudáveis em uma democracia. Mas a luta de todos contra todos, não.

O que assistimos em 2015 (começando um pouco antes) foi a guerra geral do Executivo contra o Congresso, do Congresso contra o Judiciário, do Judiciário contra o Congresso.

Quatro exemplos ilustram tensões que excederam a rotina democrática.

O primeiro é a disputa entre Executivo e Congresso.

O foco mais recente da briga é o processo de *impeachment* da presidente. Para além do julgamento de crime de responsabilidade, o *impeachment* tem sido parte do drama da luta do Legislativo por independência. Até o governo Dilma, 80% das leis aprovadas foram de iniciativa do Executivo, com taxa de 90% de sucesso. Foram anos de maus-tratos sistemático imposto pelo Executivo, com o abuso na edição de medidas provisórias, cooptação de líderes e controle da pauta, e liberação de emendas só para os amigos. Até que o Congresso Nacional decidiu reagir.

Eduardo Cunha não é santo. Mas é de um simplismo imenso colocar em seu bolso toda a conta dos desajustes nacionais. Cunha é a espécie de um gênero muito comum de deputado que, por razões nobres ou vis, cansou da posição de subserviência e agora quer decidir. Talvez a diferença particular de Cunha é que, para alterar o pêndulo de poder do Legislativo, ou para suprir suas vontades, ele está disposto a manobrar e a levar esta briga às últimas consequências. O resultado, para o país, pode ser a queda da presidente da República. Ou do presidente da Câmara. Ou dos dois. Em nenhuma democracia do mundo, tensão desta magnitude é “rotineira” ou “normal”.

O segundo exemplo da desarmonia é a luta entre Judiciário e Executivo.

Mensalão, Lava Jato e a próxima operação espetacular da Polícia Federal pretendem erradicar o “câncer da corrupção” do país. Sem dúvida estas são iniciativas importantes. Mas também acentuam uma cruzada mais ampla contra os espaços de “escolha política” do Executivo.

O nome técnico desta disputa entre Judiciário e Executivo é a limitação da discricionariedade administrativa. Em outros tempos, discricionariedade era o outro vocábulo utilizado para reconhecer a dignidade do administrador na definição das prioridades públicas. Gostando ou não, o magistrado deveria respeitar a escolha.

Esses tempos se foram. A discricionariedade é hoje uma espécie em extinção no país. A fronteira entre o lícito e o ilícito se diluiu. Licitações e licenciamentos ambientais se converteram em batalhas campais de liminares resolvidas nos tribunais. Gestores de boa-fé e de má-fé são tratados com o mesmo desdém. Até que se prove o contrário, são todos criminosos em potencial. O que deveria ser um ato de virtude — servir ao país, em nome do interesse público — se converteu em motivo de vergonha geral ou de medo nacional, gerando uma debandada dos melhores quadros do Executivo.

O nome político desta escalada judicial sobre o espaço do Executivo é a repactuação de poderes. Justamente o poder que menos sabe (porque tem menos acesso a dados e informações), que menos pode (porque tem menos recursos e liberdade de ação), que menos tem legitimidade (porque não é eleito nem indicado politicamente) tem paralisado a ação do poder que mais sabe e que mais pode.

Claro que o Judiciário não faz nada sozinho. Há uma rede de instituições nacionais que colaboram para o *show* da justiça. E claro que houve abusos e crimes no Executivo, que merecem repressão implacável. Em nenhuma democracia, porém, essa paralisia do Executivo pelo avanço judicial é apenas um detalhe de rotina.

O terceiro exemplo da desarmonia é a luta entre Congresso e Judiciário.

O país acompanhou pela imprensa, como notícia comum, o encontro entre o presidente da Câmara dos Deputados e o presidente do Supremo para discutir a decisão sobre o processo de *impeachment*.

Há muito mais em jogo nesse encontro. Cunha não foi ao Supremo para visita de cortesia. Foi como líder da Câmara dos Deputados, terceiro quadro na linha sucessória, apresentar um “protesto institucional”: o Supremo teria errado ao interferir nos poderes da Câmara dos Deputados.

Lewandowski, a seu modo, menosprezou o protesto. “Não há margem para dúvidas em decisão do Supremo sobre o *impeachment*”. Contudo, em direito, sempre há margem para dúvidas e desacordos interpretativos — embora sempre haja também autoridade, decisão e ponto final, ainda que temporariamente.

Lewandowski negou tanto a contingência quanto o caráter potencialmente temporário da decisão. Primeiro, porque queria encerrar de antemão qualquer debate ou “negociação” com Cunha. Segundo porque, em uma democracia forte, é possível sustentar que a decisão do Supremo é a decisão final apenas até o momento em que o Congresso decida fazer o contrário. Aliás, Cunha já decidiu e prometeu, na retomada dos trabalhos legislativos, contestar a decisão do Supremo por diferentes meios.

O quarto exemplo de desarmonia é mais particular. Mostra a alta cúpula do Judiciário questionando a legitimidade de sua própria ação.

Divergências entre ministros fazem parte do trabalho de qualquer Corte. Encerrado o julgamento, contudo, deve prevalecer a serenidade do coletivo. Quando o resultado é proclamado, por fim, o Supremo fala com uma única voz, não com onze. Razões para isso vão muito além da prudência ou da etiqueta. Estão no reconhecimento da qualidade do processo decisório da Corte.

Os ministros do Supremo têm demonstrado, no entanto, uma visão cínica deste processo. Derrotas mal digeridas são expostas pela mídia rotineiramente. Após o julgamento do processo de *impeachment*, por exemplo, um ministro veio a público não apenas para expor seu dissenso, o que já seria delicado, mas para colocar em xeque a própria legitimidade do tribunal.

Quando os próprios ministros colocam em dúvida o trabalho que desempenham em nome do coletivo, por que eu e você deveríamos pensar diferente?

Cada uma destas tensões entre os poderes, sozinhas, podem ser lidas como desvio de rota pontual e momentâneo, corrigível pela rotina democrática. Juntas, porém, indicam perturbações um pouco além da nossa prática constitucional, ou de uma gestão serena do Supremo Tribunal Federal.

Federalismo e meio ambiente: o Supremo não é a solução

Daniel Vargas

O problema do caso parecia simples: pode a cidade de Belo Horizonte legislar sobre poluição ambiental? Mas alguns minutos de discussão sobre o voto vista do ministro Fachin revelaram camadas mais profundas de um desafio para o Supremo. “Vamos nos posicionar sobre o futuro em um caso de décadas atrás?” — problematiza a ministra Cármen Lúcia. “Em outros casos, já fizemos muito mais na organização do federalismo” — reanima o ministro Lewandowski. Entre um debate ambiental e outro federativo, ambos suspensos pela vista do ministro Dias Toffoli, a Corte tem diante de si um problema estrutural no direito brasileiro.

O direito ambiental brasileiro é o império da discricionariedade administrativa. No fundo, o que denominamos direito ambiental é, em grande parte, a combinação de um princípio abstrato — o princípio da precaução — com um elenco de procedimentos administrativos locais desorganizados. Falta-nos a “substância” do direito, que estruture e organize a relação entre nossas preocupações ambientais e nossas expectativas econômicas. As leis brasileiras pouco diferenciam o tratamento entre ecossistemas diversos como a Amazônia brasileira e as áreas mais antropizadas. É justamente para evitar os descabimentos que deslocamos para o técnico administrativo, na ponta da cadeia ambiental, a responsabilidade insuportável de decidir, no vácuo de parâmetros, o que pode ou não pode ser feito no país.

A situação no direito federativo brasileiro não é muito diferente. Mal regulamentamos a cooperação federativa, como determinam os artigos 23 e 24 da Constituição, na vasta maioria das áreas sociais

(boas exceções são saúde e assistência social). Não possuímos mecanismos de apoio e resgate federal às regiões com déficit institucional crônico e com problemas mais danosos. Se uma criança deu o azar de nascer em Lábrea, município pobre no extremo sul do Amazonas, por exemplo, este é um problema da criança, da família e de Lábrea, não do Rio de Janeiro, de São Paulo, do Distrito Federal ou da Federação Brasileira. O que temos, no federalismo brasileiro, são meras “promessas de colaboração” combinadas ao emaranhado de procedimentos organizativos financeiros.

As consequências da “ausência” substantiva do direito são danosas ao país. Na área ambiental, nada é mais racional para um técnico ambiental hoje do que “não decidir”. Ele é o elo frágil da cadeia. Qualquer decisão sua pode ser questionada judicialmente, com frequência resultando em processos administrativos e até criminais. O disfarce legítimo para a “não decisão” é solicitar uma infinidade de estudos e exigências burocráticas que prolongam eternamente o processo de licenciamento de qualquer empreendimento. No federalismo, o que é lógico para cada governo é apenas mirar o próprio umbigo. São raras as colaborações, ninguém se ajuda nem aprende um com o outro. Confrontados com problemas de outras partes do país, é como se o ente federado dissesse: “lavo minhas mãos”. Todos se confinam em uma competição pequena e que nos diminui a todos.

O que costumamos chamar de direito em meio ambiente e federalismo é, com mais frequência, a ausência dele. Há muitas abstrações e procedimentos pulverizados, mas pouca substância real. Ninguém imaginaria o direito do trabalho formado apenas pela combinação do “princípio da norma mais favorável ao trabalhador” e do “processo do trabalho”; há um grande emaranhado de estruturas e garantias da CLT que dão vida à organização das relações capital-trabalho. Imagine o direito do consumidor composto pelo “princípio da hipossuficiência” e por um conjunto de procedimentos administrativos do Procon, porém sem as garantias e estipulações do CDC. Ou o direito administrativo com “princípio da legalidade” e procedimentos administrativos de controle, mas sem o regime de compras e do servidor público. Respeitadas as diferenças de cada área e os avanços respeito-

sos (como o Código Florestal), algo análogo ainda ocorre no direito ambiental e federativo.

É neste terreno árido que o Supremo pisará ao retomar o julgamento. O caso caminha para mais uma construção criativa de jurisprudência. Por mais ousada que seja a decisão, por mais rigorosas e articuladas que sejam as reações dos magistrados, a principal lição do caso será mostrar ao país que qualquer solução constitucional adotada pelo Supremo será insuficiente para preencher o enorme vazio normativo nessas duas áreas. Quando a tarefa for esta — construir as estruturas do direito ambiental e federativo —, mesmo a decisão da mais alta Corte não passará de uma gota d'água em um desafio oceânico de construção institucional. Uma decisão do Supremo é importante para resolver o problema do caso; para resolver os grandes problemas do Brasil, só há saída na política.

Publicado em 14 de Novembro de 2015

Por que Lewandowski não pauta a ação da OAB sobre financiamento de campanha, retida por Gilmar?

Joaquim Falcão

Alguns alegam que o ministro Lewandowski nada pode fazer, por uma distinção doutrinária: o prazo que regulamenta pedido de vista seria um prazo “impróprio”. Um prazo sem consequências imediatas para o processo — e, na prática, provavelmente sem consequência ou punição alguma para o juiz.

A opinião pública, espantada, perguntaria: para que serve então este prazo? Que doutrina é esta, capaz de esvaziar a utilidade, sentido, senso comum e bom senso das palavras?

Um prazo judicial de faz de conta não é um problema de interesse só das partes da ação. Erode condições necessárias do próprio estado democrático de direito.

Prazos impróprios não são exclusividade do regimento interno do Supremo. A doutrina formalista é pródiga em encontrá-los nos códigos de processo. Com isso, na prática, ajuda a encobrir privilégio sem nome: juízes podem não obedecer às leis que o Congresso produziu.

É isso mesmo? Por quê?

Em última instância, argumentam, porque, diante do volume e complexidade dos processos, preclusão e punição só podem ser realisticamente aplicadas às partes. E não ao juiz que, na prática, não teria como segui-los. São prazos irreais.

A desobediência não dependeria da vontade ou laboriosidade do juiz. Por isso o juiz não poderia ser responsabilizado apenas por ter descumprido o prazo. Será?

Mesmo que os prazos escritos sejam irrealistas como política geral para o judiciário, o caminho do estado de direito seria mudar a lei, e não desobedecê-la. Mas há mais: sequer parece ser este o caso.

O ministro Mendes já declarou que quem deve decidir o financiamento de campanha é o Congresso. Retém, pois, o pedido de vista por vontade própria, escolha estratégica individual, para não perder na votação interna e, assim, dar tempo para o Congresso votar a questão.

Ao justificar sua desobediência voluntária, com o argumento de que se deve esperar pelo Congresso, ou de que esta ação seria manobra encoberta do PT, o ministro está, na verdade, votando fora dos autos, do plenário e da sessão.

Temos então dois processos e dois Supremos. Um formal e outro real. O ministro Lewandowski preside aquele. O ministro Mendes, este. E este, veta aquele.

E isto ainda que o ministro Lewandowski visivelmente entenda que o ministro Mendes faz política através dos votos. Como aconteceu na sessão plenária de 27 de maio. Um visivelmente contrariado ministro Lewandowski acusou o ministro Mendes de fazer política com seu voto.

Reconhecer e explicitar essa tensão entre o político e o legal é decisivo para a cidadania, para os advogados e para todos os que pensam o direito brasileiro.

Um constitucionalismo de realidade, que pretenda entender e explicar o processo decisório do Supremo e suas relações com os demais poderes e a sociedade, explicar o funcionamento efetivo de nossa jurisdição constitucional, não pode se satisfazer com doutrinas formalistas como a do prazo impróprio.

É preciso identificar a genética e instrumentalidade antidemocrática destas formulações jurídicas. Este é o ponto decisivo.

Por meio de aparência legalista, pretende-se encobrir o ato autoritário unilateral, que corrompe o modelo de organização colegiada do Supremo, a regra da maioria e a separação dos poderes.

Se um piloto não respeita os prazos para agir, coloca o avião e os passageiros em risco. Se um empregado não respeita o horário de trabalho, pode perder o emprego. E um ministro do Supremo? Que

mensagem envia para a opinião pública, eleitores e todos os juízes do Brasil?

Não se trata de ser contra ou a favor do financiamento público de campanha. Trata-se de ser contra a captura individual de autos de decisão judicial, assistida pela inação da Presidência e do próprio Ministério Público.

Se o Supremo assim continuar, paralisado e internamente constrangido como estão vários ministros quando dele a democracia precisar, vai faltar.

Parafraseando Hannah Arendt, o direito estará inundado pela banalização do mal do autoritarismo judicial pretensamente encoberto por doutrinas formalistas. Sem compromisso com o estado de direito.

Pressionado pela opinião pública, mídia, juristas, estudantes e congressistas, o ministro Mendes diz que vai devolver os autos agora em junho. Mas o dano à legitimidade e imagem do Supremo já foi feito.

Publicado em 10 de Junho de 2015

Qual o papel do relator no Supremo?

Duas respostas em tensão no caso da pederastia

Juliana Cesario Alvim Gomes

Diego Werneck Arguelhes

Na sessão de quarta-feira, no julgamento sobre o crime de pederastia, uma discussão entre os ministros Barroso e Marco Aurélio colocou em questão duas concepções diferentes do papel do juiz-relator dentro do Supremo. Primeiro, sua tarefa pode ser anunciar e defender, na votação no colegiado, a posição que considera correta. O relator é um porta-voz da solução que considera ideal.

Em contraste, um relator pode ser um articulador de consensos. Mais importante do que propor solução ideal é sua capacidade de negociar e encontrar o terreno comum entre os colegas, modulando sua posição se isso for necessário para formar maioria. Nesse caso, ele deve relatar a posição de determinada maioria de juízes.

As duas concepções estão em tensão. Um bom relator-decisor pode até ser convencido, no mérito, a mudar de posição durante o julgamento — mas, salvo nesta hipótese, manterá a posição em que acredita correta até o fim, mesmo perdendo. Já o bom relator-articulador deixará sua posição pessoal em segundo plano para defender a solução capaz de obter apoio da maioria. Vencer a votação é sempre relevante, mas, no caso do relator-articulador, a vitória nos votos é decisiva.

O que esperamos de um relator no Supremo? Pelo regimento e pela tradição, parece ser mais um relator-decisor. Existe, aliás, a figura do “relator para o acórdão”: se o voto de abertura do relator não conseguir convencer a maioria dos colegas, aquele ministro cuja posição de fato expressar o apoio da maioria assumirá a relatoria do acórdão.

Ou seja: em nosso Supremo, até que o julgamento seja concluído de fato, o ministro designado na distribuição do processo apenas está relator. Permanecerá em tal posição se e somente se sua posição obtiver o apoio da maioria de seus colegas.

Na sessão de quarta, porém, esses dois papéis pareceram se embaralhar.

O relator, ministro Barroso, apresentou voto detalhadamente construído para dizer que o crime de pederastia é incompatível com a constituição. Segundo o ministro, a manutenção do crime no Código Penal Militar sob qualquer denominação, mesmo que quaisquer referências a homossexuais fossem removidas, violaria a igualdade. Na prática, o impacto da regra seria desproporcional, pois sua aplicação afetaria quase que exclusivamente os homossexuais.

Ao fim do voto, porém, abriu a possibilidade de votar por uma posição mais moderada — mantendo o tipo penal, desde que retiradas as referências à orientação sexual — caso essa fosse a posição majoritária entre seus colegas. Em seus termos, essa solução seria “melhor do que se tem”.

O ministro Marco Aurélio criticou praticamente tudo que Barroso disse. Defendeu que esse tipo penal era importante para a administração militar e que bastaria excluir a alusão à “pederastia” e a “homossexuais” para compatibilizá-lo com a Constituição. Foi acompanhado pela maioria.

Barroso respondeu que, na verdade, não discordava de Marco Aurélio. Este, porém, retrucou que o relator deveria então mudar seu voto, pois a maioria nascente concordava apenas com suas frases finais — a porta moderada que Barroso deixara entreaberta. Caso contrário, como autor do voto representativo da maioria, Marco Aurélio assumiria a posição de relator. Barroso tranquilizou seus colegas garantindo que seu voto final, a ser elaborado, seria representativo dessa posição majoritária.

A discussão revela uma tensão entre o relator-decisor e o relator-articulador. O relator-decisor Barroso não deveria mudar seu voto escrito, a não ser que fosse convencido no mérito, mesmo que isso significasse perder a relatoria.

O relator-articulador, porém, precisaria lutar para continuar relator até o fim, modulando sua posição para que se torne representativa da maioria. É o que faz o relator em outras cortes supremas. Nos Estados Unidos, por exemplo, após uma discussão inicial em que os juízes apresentam e discutem em linhas gerais suas posições, um deles é designado para escrever um voto que seus colegas de maioria aceitem assinar na íntegra.

No caso do Supremo, porém, a mistura das duas lógicas gera alguns problemas.

Primeiro, ao contrário do que ocorre nos EUA, não há mecanismos claros para a maioria cancelar o voto do relator após a sessão e antes da publicação do acórdão. Já ocorreu, no Supremo, de ministros formalmente na maioria vencedora considerarem que a ementa e o voto final do relator não correspondem à sua percepção de qual teria sido a posição majoritária na sessão. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos casos da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos (relator ministro Eros Grau) e da não recepção da Lei de Imprensa (relator ministro Ayres Britto).

Segundo, mesmo perdendo, todo ministro cumpre um papel importante. Mostra que outra visão é possível. Em casos de direitos fundamentais, minorias silenciadas podem encontrar ali, nas palavras do voto vencido, algum eco para sua voz, mesmo diante da derrota. Em seu voto, Barroso lista um poderoso argumento para debates jurídicos acerca da igualdade por orientação sexual: o problema do “impacto desproporcional” de regras a princípio neutras. Mas qual o impacto dessas palavras se ele mesmo as abandonar — ou se tiver mudado de opinião, mas sem explicar os motivos? Afinal, o Supremo terá reconhecido ou não a ideia do “impacto desproporcional”?

Terceiro, os próprios ministros que já haviam seguido o voto inicial de Barroso, como Rosa Weber, ficaram sem chão. Nas palavras do ministro Marco Aurélio: “ficaram com a brocha na mão e tiraram a escada”. A situação se agrava quando o voto do relator foi previamente circulado, já que o ministro concordante com a minuta pode ter se absterido de trazer, por escrito, suas próprias razões ao plenário.

Um relator-articulador pode ser vantajoso para a promoção de decisões mais colegiadas. Mas é preciso que esse papel esteja claro para todos. Sem isso, a própria prática da circulação prévia dos votos pode ficar enfraquecida, potencialmente confundindo — em vez de promover — a deliberação durante a sessão.

Publicado em 3 de Novembro de 2015

Para que servem as audiências públicas no STF?

Fernando Leal

O STF realizou ontem sua décima oitava audiência pública. Dessas, 13 ocorreram nos últimos três anos, sendo 7 só no ano de 2013. Desses 18 processos, apenas 6 já foram decididos pelo tribunal. Apesar desse pequeno número, os ministros do STF parecem não ter dúvidas: as audiências têm impactos positivos. Em recente artigo de jornal, o ministro Luís Roberto Barroso observou que elas são fundamentais na promoção de um “debate aberto e plural”. Manifestações desse tipo são muito semelhantes ao que os ministros dizem a respeito do instituto do *amicus curiae*, que serviria também para “pluralizar o debate constitucional” (ministro Celso de Mello na ADI 2321-MC), “pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional” (ministra Rosa Weber no RE 592891-SP) ou “conferir um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade” (ministro Gilmar Mendes na ADI 2316). Seriam, então, os impactos positivos das audiências públicas os mesmos relacionados à participação da sociedade civil no Supremo como *amicus curiae*? Para que servem, afinal, as audiências públicas?

Amicus curiae e audiências públicas não precisam ser mecanismos sobrepostos de participação na jurisdição constitucional. São instrumentos que o tribunal pode utilizar para enfrentar dois déficits permanentes e objetivos da jurisdição constitucional: o de legitimação democrática (como pode o Judiciário invalidar legitimamente decisões majoritárias?) e o de *expertise* técnica (como pode o Judiciário tomar decisões justificadas sobre questões de fato, que dizem respeito ao domínio da ciência?).

No controle de constitucionalidade, o primeiro déficit é permanente; o segundo, contingente, na medida em que só aparece quando a solução de questões constitucionais também passa pela superação de “questões técnicas”; temas, como disse o ministro Fux, “que escapam ao suposto conhecimento enciclopédico da magistratura”. Há vários exemplos de problemas “técnicos” desse tipo enfrentados pelo STF nos últimos anos. Todas as fibras de amianto são prejudiciais à saúde? A vida de um feto anencéfalo é viável fora do útero? Quais são os efeitos da radiação eletromagnética para a saúde das pessoas e as consequências de uma eventual redução do campo eletromagnético para o fornecimento de energia? Quais são os reais efeitos que a ingestão de álcool pode causar em condutores de veículos?

Mecanismos de participação na jurisdição constitucional pretendem lidar com essas dificuldades. No caso específico das audiências públicas, a julgar pelo artigo 9º da lei 9.868/99 e pelo *site* do próprio STF, elas seriam as arenas dos especialistas no Supremo. Estariam, portanto, preocupadas com a justificação epistêmica das decisões da Corte, não com a legitimidade democrática. Seu objetivo seria, nas palavras do ministro Barroso na audiência pública desta segunda-feira, permitir que os ministros delas saiam “muito mais capazes de equacionar as questões tratadas do que quando iniciamos o processo”. Obter, contudo, mais opiniões sobre um assunto técnico controvertido não é necessariamente o melhor caminho para lidar com o déficit epistêmico da Corte. Em uma democracia, opiniões são fundamentais. Mas elas têm pouco a contribuir para esclarecer certos tipos de fatos ou relações entre fatos cruciais para a tomada de decisões jurídicas. De que adianta o STF conhecer o resultado de uma pesquisa nacional de opinião sobre os efeitos do álcool na condução de veículos, ou das fibras do amianto sobre o organismo humano?

Na prática, as audiências públicas parecem cada vez menos servir para que a Corte se municie de argumentos e informações realmente técnicas. Nota-se um movimento cada vez maior de aproximação entre audiências públicas e *amicus curiae* como institutos destinados a lidar apenas com a já repetida “dificuldade contramajoritária” dos tribunais. A menção de Barroso ao pluralismo em seu artigo na *Folha de S. Paulo*

é mais uma prova disso. No mesmo sentido, segundo o ministro Fux, “[a]s Audiências Públicas permitem que o cidadão (...) contribua para que uma solução judicial seja legitimada democraticamente, porque o grande trunfo de uma decisão da Suprema Corte é obter a confiança do povo”.

Essa crescente vinculação das audiências à legitimidade democrática das decisões do STF também pode ser notada quando se observa o funcionamento real do instituto. É possível encontrar entidades habilitadas como *amici curiae* que vão também apresentar os seus pontos de vista em audiências [1]; não só especialistas são ouvidos (no caso da anencefalia, por exemplo, o ministro Marco Aurélio cita a presença de um “bloco comunitário” e de um “bloco religioso” ao lado de um “bloco científico” [2]); nem sempre audiências convocadas têm por objetivo esclarecer ou lidar com matérias ou circunstâncias de fato (no caso das biografias não autorizadas, basicamente apenas questões de direito foram discutidas); os ministros quase nunca dirigem perguntas aos participantes [3]; não é raro haver especialistas defendendo, justificadamente, visões diferentes (ver o caso do amianto), sem que embates sobre métodos e conclusões sejam incentivados pelos próprios julgadores.

Nesse contexto, a principal diferença entre audiências e *amicus* se reduz ao mero fato de que, no caso das audiências, são os ministros que convocam a participação da sociedade civil. Em vez de duas ferramentas para dois problemas diferentes, audiências e *amicus* tornam-se, na prática, recursos para enfrentar uma só questão: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia. Com isso, tende-se a menosprezar ou mesmo sublimar os déficits de conhecimento científico do tribunal. A preocupação dos ministros parece se resumir ao acolhimento de mais “opiniões”, com a consideração de diversos pontos de vista da sociedade civil, chamada à corte para, como disse a ministra Carmen Lúcia na audiência sobre biografias, trazer mais dados e novos olhares que sejam considerados pelos juízes, e não para esclarecer o que a comunidade científica tem a dizer sobre determinado assunto.

Essa tendência de identificação entre *amicus* e audiências traz consigo um efeito perverso. Quando o ponto central deixa de ser superar

limitações de conhecimento técnico e passa a ser ouvir mais e mais vozes, o diálogo em si com os argumentos e debates apresentados nas audiências se torna totalmente opcional. Há ministros que sequer citam as autoridades convocadas em seus votos. Uns citam nomes diferentes; outros não citam nenhum especialista. Em muitos casos, se citam, fazem-no apenas para constar, sem dialogar ou enfrentar as questões levantadas nas manifestações [4].

Nesse cenário confuso, as audiências públicas não reduzem as dificuldades dos problemas concretos levados ao tribunal; aumentam-nas. Colocam-nas em níveis muito superiores aos que poderiam decorrer dos dissensos existentes na comunidade científica sobre os assuntos discutidos. As incertezas do mundo natural seguem intocadas, ainda que os ministros (e as audiências) tenham silenciado sobre elas. Nesse cenário, e ao contrário do que afirmou o ministro Barroso ao fim da audiência pública de ontem, convocar audiências públicas apenas para ouvir a sociedade não tornará o Supremo mais capacitado para enfrentar muitos dos problemas que precisa decidir.

[1] Na ADI nº 4.815/DF, por exemplo, a Academia Brasileira de Letras e o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro não apenas participaram da audiência pública, mas também do julgamento como *amici curiae*.

[2]https://www.youtube.com/watch?v=OF2KIpe8rMk&index=10&list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2, a partir de 0:59. Acesso em 5 de fevereiro de 2015.

[3] No caso da anencefalia, por exemplo, o alto dinamismo da audiência foi garantido especialmente pela atuação do advogado da Requerente da ADPF 54, hoje ministro, Luís Roberto Barroso.

[4] Em seu voto no julgamento das biografias, a ministra relatora Carmen Lúcia só fez referências às manifestações na audiência pública no breve relatório — mais um registro das posições, e não um diálogo com os argumentos. Vide <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/06/report-1.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2015.

O que significa o presidente Lewandowski receber o presidente Cunha com a imprensa em frente?

Joaquim Falcão

Isoladamente, a atitude do ministro Lewandowski é, sem dúvida, a favor da transparência democrática que deve reger as relações entre três poderes. O diálogo foi correto. O país ganhou.

Na trajetória histórica recente, porém, essa conduta se opõe ao encontro no Porto, este ano, do presidente Lewandowski com a presidente Dilma. Sem imprensa, sem informação. Fora da agenda oficial e de qualquer gabinete. Em país estrangeiro.

Qual das três atitudes deve prevalecer para um aperfeiçoamento democrático?

Digo três, e não duas, de propósito.

Ao receber o presidente Cunha abertamente agora, uma, ao receber a presidente Dilma de forma fechada há alguns meses, duas, fica explícita uma outra atitude, três.

É a seguinte: os encontros serão abertos ou fechados dependendo da conveniência discricionária do Presidente do Supremo.

O uso estratégico dessa discricionariedade não é neutro.

O estado democrático de direito precisa de previsibilidade nas relações entre os poderes. Um rito definido, a liturgia dos poderes conta, lembraria o presidente Sarney.

Esta previsibilidade é indispensável sobretudo quando existem questões no Supremo que envolvem membros dos outros poderes.

Nesses casos, a imparcialidade do Supremo é julgada concretamente pela opinião pública. Pelos cidadãos. Pelas partes. Pela nação. Exemplo para toda a magistratura. Visível. Palpável.

A audiência com a presença da imprensa provocou duas consequências principais.

A primeira, mais clara e mais conjuntural, é que o presidente Cunha revelou sua estratégia mais uma vez. Abusar de processualismos contra o direito substantivo. Forma contra substância. O direito contra a justiça.

Aposta no “Senhor Sobrenatural de Almeida”, diria Nelson Rodrigues. Aquele que faz o gol sobrenatural. Fora dos autos.

A segunda, e mais institucional, é a que o presidente Lewandowski revelou. Pode haver ampla transparência no Supremo, a favor e não contra a indispensável crença dos cidadãos de que o Supremo é imparcial.

Mais do que uma atitude discricionariamente flexível, a conduta do ministro Lewandowski pode ser uma regra a ser seguida. Faria bem ao estado democrático de direito.

Publicado em 23 de Dezembro de 2015

Campanha para ministro do Supremo?

Pedro Cantisano

“**E**sse negócio que fazem agora, campanha para ser ministro do Supremo, é uma vergonha”, disse o ministro Célso Borja ao projeto *História Oral do Supremo*, da FGV Direito Rio. Em seu depoimento, Eros Grau elabora:

“(...) o sujeito que vai para o Supremo pedindo para ir, ele chega com débitos. Não vou dizer que necessariamente sejam débitos de prestar favor em troca, ou pagar favor, mas ele chega condicionado nas suas pré-compreensões (...) Ele não tem autonomia, e não é de vontade, ele não tem autonomia de compreensão.”

Para chegar ao Supremo, é preciso ter conexões políticas. É o que apontam as dez entrevistas até agora publicadas pela FGV. O projeto, que ouviu ministros aposentados e em atividade, tem como um de seus objetivos entender os caminhos que levam ao mais alto tribunal do país. Quase todas as entrevistas tocam, direta ou indiretamente, na questão dos apoios políticos necessários para chegar ao cargo. Mas qual deve ser a atitude do potencial indicado — deve-se buscar apoio ativamente? Fazer campanha?

Ao darem declarações como aquelas, Borja e Grau procuraram ainda marcar uma distância entre as práticas atuais e outras épocas da história do Supremo — épocas de maior comedimento e respeitabilidade. “Esse aí [o STF atual] é uma contrafação daquele tribunal”, critica Grau.

Mas nem todos os ministros se posicionam de maneira tão firme ou crítica. Em várias entrevistas, podemos perceber como as histórias sobre a cadeia de fatos que levou cada ministro ao Supremo são, muitas vezes, repletas de contingências. Carlos Velloso foi cogitado, pela pri-

meira vez, porque se sentou ao lado de um colega melancólico, numa van indo para Angra dos Reis. Sidney Sanches já estava na praia, de férias, quando foi abordado sobre a possibilidade de ocupar o cargo.

Os relatos, em alguns momentos conscientemente talhados pelos entrevistados, não negam que de fato ocorrem campanhas, mesmo que o próprio candidato não interfira. É como se a indicação acontecesse com os ministros. “Eu não me mexi”, diz Aldir Passarinho. Sejam as campanhas deliberadas ou não, os cabos eleitorais são variados: um ministro da Justiça, outros ministros do próprio STF, associações de magistrados, presidentes de tribunais estaduais e até um cardeal. As campanhas são, claro, informais, de bastidores, feitas em conversas telefônicas, jantares e cartas.

Em meio a declarações frequentemente cuidadosas sobre um tema tão delicado e ao mesmo tempo tão pouco discutido, o depoimento do ministro Nelson Jobim se destaca. Jobim relata com riqueza de detalhes, até onde a memória alcança, uma conversa pessoal com o então candidato a presidente Fernando Henrique Cardoso: “Escuta, Fernando, (...) o que é que tu acha (*sic*) da possibilidade de eu ser indicado para o Supremo?”. Em outra conversa, complementa Jobim, FHC acaba respondendo: “Eu vou me eleger e eu vou acabar te (*sic*) convidando. Não sei se tu vais aceitar na época”.

Evidentemente, não houve qualquer dúvida no caso dos entrevistados. Na linha do brocardo atribuído ao lendário ministro Pedro Lessa, lembrado em vários depoimentos, “cargo de ministro do Supremo não se pede, mas também não se recusa”. Jobim não é exceção. As campanhas, ainda que não anunciadas e sem a participação do candidato, parecem ser regra, em uma Corte cujo caráter político é evidente e inevitável.

Melindrosa e sagrada

Felipe Recondo

Rodrigo Kaufmann

“**M**elindrosa e sagrada”, a função que a presidente Dilma Rousseff terá de exercer em fevereiro próximo. Era assim, com estas duas palavras, que Rui Barbosa definia a tarefa dos presidentes da República de indicarem nomes para preencher uma vaga aberta no Supremo Tribunal Federal (STF): melindrosa e sagrada.

Uma citação de mais de 100 anos, mas que apareceu recentemente na correspondência entre um ministro em via de deixar o Supremo e um presidente da República, a quem caberia substituí-lo. E duas palavras que bem traduzem a demora da presidente Dilma Rousseff em indicar o substituto do ministro Joaquim Barbosa para o tribunal.

Já se vão seis meses desde que o ministro se aposentou. As preocupações da presidente estiveram, evidentemente, voltadas para a renovação de seu mandato e, neste momento, para a composição de seu governo. Se por um lado a demora na indicação de um nome é ruim para o Tribunal a reduzir parte de sua autonomia institucional (o Presidente Floriano Peixoto, por exemplo, utilizou-se do estratagema da demora nas indicações em 1894 para inviabilizar a Corte em virtude do prejuízo do quórum plenário), não se nega também o peso e a importância desse momento a exigir plena serenidade e total atenção do Presidente da República, especialmente na concorrência de um período eleitoral. O início do ano legislativo e a superação de alguns obstáculos abrem o processo de escolha.

A Constituição, no seu artigo 101, estabelece um requisito objetivo e indubitado: idade superior a 35 anos e inferior a 65 anos. As

duas outras exigências constitucionais são intangíveis: notável saber jurídico e reputação ilibada.

A mistura desses requisitos constitucionais com a percepção do presidente de que esta é uma escolha que não admite erros torna a eleição um ritual complexo, com alta carga de subjetividade. Assim, cada presidente estabelece sua lógica para decisões nem sempre infalíveis.

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva estabeleceu um critério que poderia ser bem identificado com a ideia de pluralidade. Nas indicações que fez, foram ao STF um nordestino, uma mulher, um afrodescendente, um ministro com perfil mais conservador, dois advogados, um juiz de carreira, um magistrado oriundo da advocacia. Este é um bom critério? O gênero da escolha pode se sobrepor aos requisitos necessários para a função nobre de resguardar a Constituição? Certo ou errado, bom ou ruim, é preciso recordar que o presidente reconheceu a alguns auxiliares certa insatisfação com suas escolhas.

Para chegar ao nome, adotava um método particularmente intuitivo, servindo-se de sua sensibilidade política para chegar ao escolhido. Ele testava os nomes, soltava-os despreziosamente para aliados e conselheiros, ouvia os comentários, coletava informações desinteressadas, avaliava as reações positivas e negativas.

Foi assim, dizem pessoas próximas ao ex-presidente, que o ministro Luiz Fux ficou pelo caminho numa das eleições em que aparecia como forte candidato à vaga, em 2010. Naquela época, Luiz Fux era ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e amealhava apoios das mais diversas colorações e bandeiras. Estava, portanto, fortemente apadrinhado.

O presidente Lula dizia, conforme os relatos, que não indicaria alguém que era apoiado pelo economista e político Delfim Neto e, ao mesmo tempo, por João Pedro Stédile, integrante do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Luiz Fux veio a ser indicado pela presidente Dilma Rousseff, em 2011, ainda em razão da composição de forças em torno de seu nome.

Mas este foi um ponto fora da curva, para usar os termos do ministro Luís Roberto Barroso. Depois dessa primeira indicação, a presidente concebeu um processo hermético para a definição de quem

nomearia para a Corte. Os nomes aventados são escrutinados em sucessivas reuniões pela presidente e seus auxiliares. Se faltar alguma informação que a presidente considere fundamental, interrompe-se as conversações até que os dados lhe cheguem. Na última escolha, além de tudo, decidiu entrevistar pessoalmente aqueles que julgava à altura para o posto. Somente com base nessa informação já é possível identificar uma outra característica do novo processo seletivo: ele se inicia aparentemente de forma — por assim dizer — exógena. Não há um *link* ou uma relação de confiança direta do presidente com o novo nome que está sendo avaliado e, daí, a necessidade de submetê-lo a uma entrevista e buscar novas informações. Pode-se apontar uma exceção, mas seria apenas uma.

De acordo com integrantes do governo, é possível identificar alguns parâmetros nas nomeações da presidente. A idade é um critério visível pelas indicações feitas até o momento. O mais novo dos indicados, o ministro Luís Roberto Barroso, tinha 55 anos quando nomeado. O ministro Fux faria 58 anos no mês seguinte à sua posse. O ministro Teori Zavascki foi escolhido aos 64 anos. E a ministra Rosa Weber tinha 63 anos quando indicada.

Outro critério é a discrição do candidato. A última indicação bem mostrou isso. Quem se autopromoveu, alardeou que tinha chances ou mesmo que já estava escolhido, acabou alvejado por estratégias palacianas e, no final das contas, preterido. E a mancha pode ser permanente.

Autocandidatos aparentemente não têm mais vez com a presidente. Num dos processos de indicação, o número de pessoas que se candidatavam à vaga era tamanho que os conselheiros da presidente liberaram listas de quem pedia audiência para tratar do assunto. Foi uma forma de expor os autocandidatos ao ridículo e, por isso, queimá-los.

Autocandidatos aparentemente não têm mais vez com a presidente

De acordo com pessoas envolvidas nos processos de indicação, a presidente também vale-se de um critério — altamente subjetivo — que

é uma das máximas do tribunal: o Supremo não é lugar para se fazer biografia. Ou bem se tem bagagem acumulada — além da idade —, ou não. E se não tem, o candidato precisará ainda amearlar currículo para ser escolhido neste governo.

São critérios que a presidente Dilma Rousseff seguiu e segue para filtrar os nomes indicados para a Corte. Todos os presidentes que cumpriram a missão de indicar ministros do STF adotaram fórmulas próprias. Se bem escolheram, só uma análise histórica exaustiva — e uma dose de subjetividade — poderia dizer. De qualquer maneira, as escolhas de cada um serão julgadas no futuro.

A iminência deste nova escolha faz lembrar três textos, um deles público e já mencionado — de Rui Barbosa — e dois privados, correspondências trocadas há mais de 20 anos e que revelam muito deste dever do presidente da República. São raciocínios, alertas e respostas que bem explicam o que está em jogo.

No discurso proferido em 1911, Rui Barbosa recordava a dificuldade que o presidente Ulysses Grant, dos Estados Unidos, enfrentou numa das indicações, a participação dos advogados no processo e o rigor do Senado na avaliação dos nomes apontados.

Palavras ainda atuais no Brasil, onde as sabatinas promovidas pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, na maioria dos casos, não cumprem sua função essencial.

“Vede o que ali (nos Estados Unidos) se deu, sob a administração de Grant, quando o capricho da sua escolha, para uma cadeira na Suprema Corte, recaiu num dos membros do seu gabinete, George H. Williams, que, no caráter de *attorney general*, era, digamos assim, o seu ministro da Justiça”, iniciava Rui Barbosa.

“Entre nós, avesados, como estamos, a ver a mais alta dignidade judiciária da União convertida em posto de acesso para os chefes de polícia, naturalmente seria cotada como sublime a nomeação para tal cargo (de ministro do Supremo) do Secretário de Estado em quem o serviço administrativo da Justiça tem o seu chefe”, acrescentava.

A Bar Association de Nova Iorque (num paralelo, seria uma seccional da Ordem dos Advogados do Brasil) protestou contra a designação do nome. Conforme relatou Rui Barbosa, carecia Williams de “in-

teligência, madureza e fama”, características vistas como fundamentais para a vaga. A certeza de uma derrota no Senado fez o presidente americano retirar a indicação. O nome escolhido em seguida, de Caleb Cushing foi rejeitado pelo Senado em 1874. Outros foram convidados, mas nenhuma das indicações vingava. Somente quando um nome incontroverso foi sacado, a escolha foi pavimentada e a nomeação feita.

Mais recentes, a carta enviada pelo então ministro do STF, Paulo Brossard, ao presidente da República Itamar Franco denota o cuidado que a escolha merece e reforça outra máxima do STF: a cadeira não se almeja nem se recusa.

Brossard estava com 68 anos. Faltava pouco menos de dois anos para sua aposentadoria. Entretanto, achou por bem alertá-lo com antecedência da vaga que se abriria.

“Ita, querido amigo”, começava Brossard na carta de 30 de dezembro de 1992. “Com a liberdade nascida do afeto, quero fazer-te um pedido, impessoal e em benefício do país”, continuava.

“Uma das mais altas atribuições confiadas ao chefe do Estado, ao seu critério, sabedoria e patriotismo, reside na escolha dos magistrados superiores da República, precipuamente do mais alto deles. No teu governo haverá pelo menos uma vaga no Supremo Tribunal Federal. A partir de 5 de abril de 94 eu poderei aposentar-me; chegando o dia 23 de outubro, querendo ou não, serei aposentado. De modo que, se outros não forem os decretos da Providência, uma vaga ocorrerá no Supremo e a ti caberá provê-la. Tens bem mais de ano, por conseguinte, para pensar no assunto. Exatamente para que não sejas surpreendido, em meio ao alude de problemas e preocupações, é que, com antecedência, te dou a notícia”.

Em seguida, um alerta: “Pode ocorrer que surjam candidatos, mas é preciso não esquecer que ninguém, por mais eminente que seja, tem direito de postular o cargo, que se não pleiteia, e aquele que o fizer, a ele se descredencia; seu provimento é entregue à integridade, descortino e senso de responsabilidade do presidente da República, sujeito apenas ao praz-me do Senado Federal”.

Por fim, o pedido: “Pensando no ilustre do teu governo, faço esta lembrança para que possas melhor cumprir essa delicada função, ‘entre

todas melindrosa e sagrada’, no dizer de Rui. Eu de mim ficarei feliz, por ti e pelo Supremo Tribunal Federal, que hoje tenho a honra de integrar, se o escolhido para substituir-me for, como espero, melhor do que eu. Este é o pedido que faz o velho amigo, que te deseja os maiores êxitos no exercício da suprema chefia da Nação”.

A resposta, curta e afetuosa, veio no dia 12 de janeiro de 1993. “Caro e dileto amigo Brossard”, iniciava o presidente Itamar Franco com este escrito à mão.

“Sua carta de 30 de dezembro tem a marca de grandeza das amizades perenes e intemporais e o desprendimento e espírito público que caracterizam os homens raros e os varões ilustres que marcam uma época. Esses aspectos a transformam de singela correspondência entre dois amigos fraternos em documento que, um dia, será devidamente catalogado e valorizado pela história como paradigma de conduta e de aceitação do exercício da magistratura em nossa mais alta Corte de Justiça. Recebo-a como colaboração valiosa e advertência sincera, desinteressada e fraternal”, escreveu o presidente da República para logo encerrar.

“Tenho certeza de que, no momento certo, sua lembrança virá à tona, esperando poder aconselhar-me então direta e pessoalmente com o velho companheiro de jornadas inesquecíveis e com o querido e solidário colega e amigo de sempre”, concluiu.

Quando Brossard aposentou-se, Itamar Franco indicou justamente o seu ministro da Justiça, Maurício Corrêa, para a vaga aberta no Supremo Tribunal Federal. Se o presidente Itamar Franco atendeu ao pedido do amigo Paulo Brossard, apenas a história poderá responder.

Certo é que, depois de aposentado Paulo Brossard voltou ao tribunal e dirigiu-se ao gabinete que fora seu. Por lá, encontrou um antigo assessor que de vez em quando ainda o ajudava em tarefas simples, como enviar artigos que o ex-ministro escrevia (e ainda escreve). Sentou-se à mesa deste assessor e por lá estava quando o ministro Maurício Corrêa adentrou a sala.

Maurício Corrêa sabia do teor da carta enviada ao presidente Itamar Franco e por certo tempo ficou incomodado, como se aquele pedido fosse algo direcionado a ele. Quando a mensagem foi escrita por

Brossard, ele já era ministro da Justiça de Itamar Franco. Além disso, reforçando seu incômodo com o teor da carta, a imprensa o criticava, dizia que ele não tinha condições e conhecimentos técnicos necessários para o STF.

Logo que Corrêa deu os primeiros passos em seu gabinete, deparou-se com o antecessor. O ministro caminhou na direção de Paulo Brossard. Os dois, em pé, cumprimentaram-se com um sorriso no rosto. Maurício Corrêa, numa demonstração de absoluta deferência a Brossard, simplesmente perguntou: “Por que o senhor não escreve da minha mesa?”.

Se o presidente Itamar Franco atendeu ao pedido do amigo Paulo Brossard, só a história julgará. Brossard recusa-se a responder.

Publicado em 3 de Fevereiro de 2015

A história do processo que não termina

Felipe Recondo

Os números seriam suficientes para evidenciar a demora do Supremo Tribunal Federal (STF), mas a objetividade dos dados matemáticos não contariam detalhadamente as duas décadas de lenta tramitação de uma ação direta de inconstitucionalidade do Rio Grande do Sul.

Nesta semana, o tribunal registrou a entrada da ADI 5.221. Nos últimos dois anos, foram ajuizadas na Corte aproximadamente trezentas ações diretas. Com base nestes números, é possível já identificar quão antiga é a ADI 807.

Aos detalhes.

Em 1990, uma lei estadual recém-aprovada permitia que trabalhadores da extinta Comissão de Energia Elétrica Rio Grandense (CEERG), absorvida pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), optassem retroativamente pelo regime jurídico mais conveniente para contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria.

A lei reconhecia ainda como servidores autárquicos os empregados da extinta Comissão Estadual de Energia Elétrica admitidos até 9/1/1964. Financeiramente, o estado alegava que a legislação impunha o desembolso imediato e constante de valores vultosos.

Quem integrava a empresa naquela época afirma categoricamente que as despesas com processos trabalhistas superava R\$ 1 milhão por empregado. As dívidas trabalhistas passaram a corroer as finanças da empresa.

Logo depois de a lei entrar em vigor, uma representação foi encaminhada — ainda em 1991 — ao Ministério Público por Odilon Abreu, procurador de Justiça do Estado e ex-diretor da estatal de energia.

Em seguida, também com a avaliação de que a lei é flagrantemente inconstitucional, o Ministério Público estadual representou ao então procurador geral da República. Ante a provocação, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade, distribuída em novembro de 1992.

O processo foi distribuído inicialmente ao ministro Celso de Mello. Uma das primeiras medidas foi intimar o governador do estado para que se manifestasse. O governador prestou as informações e, adicionalmente, pediu para figurar na ação ao lado do Ministério Público e, portanto, contra a lei. Requereu ainda que o STF concedesse uma liminar para suspender os efeitos da legislação.

Era maio de 1993, ao julgar uma primeira questão de ordem no caso, o STF indeferiu a admissão do governador e negou a liminar. A decisão foi publicada no dia 2/6/1993. A partir daí, o processo assumiu marcha lenta.

No dia 1º de julho foi dada vista à Advocacia-Geral da União. O processo só retornou ao Supremo um ano e meio depois. O ministro Celso de Mello enviou a ação para o Ministério Público para que fosse emitido parecer no dia 1º de fevereiro de 1995. O MP demorou sete anos para devolver o processo. A data: 16/5/2002.

O ministro Celso de Mello foi substituído na relatoria do caso pelo ministro Sepúlveda Pertence. Um ano e seis meses depois, em novembro de 2003, o Supremo leva a plenário uma segunda questão de ordem no caso. O governador pedia que aquela manifestação feita anos antes e negada pelo Supremo fosse recebida como uma nova ação direta de inconstitucionalidade.

Pedido aceito pelo plenário. Uma nova ADI — 3.037 — passou a tramitar em conjunto com a ADI 807.

Do final de 2003 até 2007, o processo permanece parado. O ministro Sepúlveda Pertence se aposenta. A relatoria passa para o ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Com o novo relator, não houve nenhuma movimentação do processo.

O ministro Menezes Direito morreu em 1º de setembro de 2009, sendo substituído na vaga pelo ministro Dias Toffoli. De posse do novo gabinete, o ministro Toffoli liberou o processo para ser julgado um ano

e meio depois de chegar à Corte. Mas o julgamento só foi iniciado no dia 1º de março de 2012.

Em longo voto, o ministro Dias Toffoli julgava a lei inconstitucional, dando razão, portanto, ao pedido do estado e do Ministério Público Federal.

Mas o julgamento foi interrompido por um pedido de vista da ministra Rosa Weber, oriunda do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, onde centenas de casos relativos a esta lei foram julgados nas décadas anteriores.

Desde então — desde março de 2012 — o processo está no gabinete da ministra Rosa Weber, sem previsão para que seja liberado e para que o julgamento seja retomado.

Há cinco anos morreu Odilon Abreu. Sem muitas esperanças de que fosse julgado o processo que ele inicialmente provocou. Em novembro deste ano, o primeiro relator da ADI, o ministro Celso de Mello, vai se aposentar. No mesmo mês, a ação completará 23 anos de tramitação no Supremo Tribunal Federal.

Lentamente

24/11/1992 — protocolada a ADI 807 pelo Ministério Público Federal e distribuída ao ministro Celso de Mello

27/5/1993 — julgada questão de ordem em que o governo do RS pedia para figurar ao lado do Ministério Público na ação.

1/7/1993 — Vista ao advogado-geral da União.

3/1/1995 — AGU devolve o processo ao STF com parecer.

1/2/1995 — Vista ao Ministério Público Federal.

16/5/2002 — O mesmo Ministério Público que protocolou a ação dá parecer pela improcedência do pedido.

20/10/2003 — Governador do RS pede que nova ação direta seja aberta para que ele figure como autor.

06/11/2003 — Em plenário, STF concorda com pedido e nova ADI 3.037 passa a tramitar em conjunto.

10/9/2007 — Substituição do relator. Assume o caso o ministro Menezes Direito.

18/12/2009 — Com a morte do ministro Menezes Direito, assume o caso o ministro Dias Toffoli.

9/6/2011 — Processo liberado para pauta.

1/3/2012 — Ministro Dias Toffoli vota pela inconstitucionalidade da lei. Ministra Rosa Weber pede vista.

Publicado em 21 de Janeiro de 2015

Como Luiz Edson Fachin entrará para a História?

Felipe Recondo

Quando o presidente do Senado anunciar o encerramento da votação e o placar eletrônico mostrar os votos “sim”, “não”, as “abstenções” e o “quórum”, o advogado Luiz Edson Fachin estará colocando seu nome na história das indicações para o Supremo Tribunal Federal.

Aprovado, será o 166º ministro do STF, o 18º gaúcho na história da Corte e o 5º indicado pela presidente Dilma Rousseff. Se não obtiver os 41 votos necessários, figurará numa lista menos honrosa: será o 6º indicado para o cargo a não passar pelo crivo do Senado e o 1º desde 1894.

Fachin foi aprovado na sabatina na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado por 20 votos a 7. O voto na CCJ era secreto, assim como será a votação em plenário. Mas há uma diferença. É fácil saber na comissão quem foram os votos pró e contra. A oposição tinha 5 votos declarados em Fachin. E dois integrantes da base adiantavam que votariam contra. Daí a reação dos secretários da CCJ quando o presidente anunciou, como de praxe, que os votos escritos nas cédulas seriam destruídos para garantir a confidencialidade da votação:

“Não sei pra que isso! Todo mundo sabe os votos”, afirmou para o colega o servidor que carregava um bolo amassado de cédulas nas mãos.

Perante 81

No plenário é diferente. Com quórum mais elevado, senadores da base aliada poderão subir à tribuna, discursar em favor de Fachin e, na clausura do voto digital, teclar “não”. Dificilmente será descoberto.

É este segredo e jogo de despistes que definirá em qual lista estará Fachin: no rol dos ministros da mais alta Corte do País ou entre aqueles que o Senado, como um todo, viu com certa desconfiança.

Na história da República brasileira, foram rejeitadas as indicações de Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Sêve Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo. Três das nomeações foram recusadas por ausência do requisito do notável saber jurídico. Outros dois nomes foram barrados por razões que não ficaram consignadas para a História em razão do segredo das sessões do Senado da época e de uma certa resignação da imprensa.

Mesmo que figure nessa lista menor, Fachin guardará para os demais uma diferença marcante. A Constituição de 1891 estatuiu que o nome indicado para o Supremo deveria ser aprovado pela maioria do plenário. Assim, os cinco nomes indicados por Floriano Peixoto foram expressamente rejeitados. Tiveram mais votos contra do que a favor.

A Constituição de 1988, diferentemente, estabeleceu que os indicados para o STF devem ser aprovados por maioria absoluta de votos no plenário do Senado. São imprescindíveis para a aprovação 41 dos 81 votos possíveis. Fachin poderá ter mais votos favoráveis ao seu nome do que contra. De nada adiantará, entretanto, se não obtiver pelo menos 41 “sim” no painel eletrônico do Senado.

Se no passado a maioria do Senado disse “não” aos indicados de Floriano, no presente será a minoria oposicionista — com o auxílio de governistas insatisfeitos — que pode se valer do quórum de votação (quanto mais baixo, mais risco para o indicado) e de traições de última hora para impedir a nomeação. Fachin terá a maioria a seu favor. Só não se sabe se será suficiente.

Quando o STF descumpre a Lei de Acesso à Informação

Felipe Recondo

Primeiro o Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu a existência de inquéritos ocultos, processos que tramitam na Corte, mas cujas informações ficam fora do andamento processual. Depois, o tribunal furtou-se a responder pedidos feitos por meio da Lei de Acesso à Informação para esclarecer quantos são os processos secretos, quem são os investigados, por quais crimes e quem são os relatores de cada um dos inquéritos.

O JOTA indicou, em dezembro passado, os números de alguns desses inquéritos: 3.912, 3.918, 3.841, 3.848, 3.867, 3.868, 3.877, 3.886. Só foi possível identificá-los porque há no andamento processual do tribunal o INQ 3.911 e INQ 3.913, mas não aparece nada quando digitado 3.912, por exemplo. Poderia parecer apenas um equívoco não tivesse o STF admitido a prática de ocultar processos do andamento processual.

O tribunal informou, no ano passado, que a prática estava justificada no regimento interno e no Código de Processo Penal. A norma interna do tribunal estabelece que “requerimentos de prisão, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal”, por exemplo, podem ser processados em “autos apartados”. Pelo texto, somente peças do processos tramitariam em segredo, não o inquérito todo.

O Código de Processo Penal, porém, prevê que a “autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Assim, se o relator do processo assim entender, pode determinar que nenhuma informação do caso — número do processo, investigados, crimes, datas, andamentos, diligências — seja divulgada.

Entretanto, mesmo quem cuida do assunto no tribunal não sabe como lidar com esses casos. Afinal, como fazer se o advogado das partes quiser peticionar? E como faz o advogado para acompanhar o caso? Ele precisa ir ao gabinete para saber a quanta anda o processo?

Quantos

O tribunal não informou se os inquéritos apontados acima estavam nesta situação. Por isso, o JOTA encaminhou dois pedidos por meio da Lei de Acesso à Informação no dia 2 de dezembro:

Protocolo de nº 257.274

“Solicito, com base na Lei de Acesso à Informação, dados sobre a quantidade de inquéritos que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) de forma oclusa, ou seja, sem que estejam as informações referentes aos nomes das partes, por exemplo, disponíveis na página do STF, no acompanhamento processual. Cito como exemplos dos dados que demandam os inquéritos 3.912, 3.820, 3.918, 3.841, 3.848, 3.867, 3.868, 3.877, 3.886 ou 3.918. Agradeço a atenção.”

Protocolo de nº 257.275

“Com base na Lei de Acesso à Informação, solicito os nomes dos investigados nos autos dos inquéritos 3.912, 3.820, 3.918, 3.841, 3.848, 3.867, 3.868, 3.877, 3.886 ou 3.918.”

Passados os 30 dias estipulados pela Lei de Acesso à Informação, o tribunal nada respondeu. Uma reclamação contra a omissão foi protocolada no dia 4 deste mês. Mas se o silêncio permanecer, pouco haverá a fazer. Um recurso contra a falta de resposta do Supremo deve ser encaminhado ao próprio Supremo. Se não respondeu uma vez, por que responderá na terceira tentativa?

De acordo com informações prestadas por assessores do tribunal, somente os gabinetes dos ministros que relatam esses processos poderiam informar quem são os investigados, por que crimes e explicar a razão do ocultamento dos dados. O problema é que, como processos invisíveis, é impossível saber quem são os relatores.

Somente a secretaria responsável pela distribuição dos processos sabe quem relata cada um dos casos. Ainda conforme o tribunal, os pedidos feitos há mais de 30 dias serão encaminhados aos gabinetes.

Notícia

A pesquisa no andamento dos processos mostrou ainda que o segredo se estendeu para outra classe processual. A PET 5.209 é invisível. Este caso trata da operação Lava Jato.

Só foi possível saber de sua existência porque a própria assessoria do STF publicou no *site* do tribunal uma matéria sobre o assunto.

Nesse simples pedido, os réus de uma ação penal aberta em meio às investigações solicitaram acesso integral às delações premiadas do ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa e do doleiro Alberto Youssef. Apesar da publicação de seu teor, a petição sumiu do andamento processual.

Publicado em 15 de Janeiro de 2015

Marco Aurélio Mello: 25 anos de STF

*Luiz Orlando Carneiro
Felipe Recondo*

As vésperas de completar 25 anos de Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro Marco Aurélio Mello detalha em entrevista ao JOTA as diferenças no tribunal nessas duas décadas e meia e marca algumas distinções entre a nova composição e o que chama de velha guarda.

Quando assumiu o cargo, no dia 13 de junho de 1990, o ministro Marco Aurélio encontrou no tribunal os ministros Néri da Silveira (presidente), Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e os recém-chegados Celso de Mello e Carlos Velloso.

A mudança de composição, especialmente nos últimos anos, trouxe alterações em procedimentos e tornou o tribunal, ao ver do ministro Marco Aurélio, mais voluntarioso.

“Eu creio que os poderes são harmônicos e independentes e que têm áreas delimitadas na Carta da República. A velha guarda era muito mais ciosa quanto aos limites constitucionais. Talvez, ante a modificação substancial na composição, não haja corrido tempo suficiente para compreender essas nuances”, afirma.

Indicado para o cargo pelo ex-presidente Fernando Collor de Mello, seu primo, Marco Aurélio deixaria a Corte em julho do ano que vem, quando completaria 70 anos de idade. Com a aprovação da PEC da Bengala, permanecerá no cargo por mais cinco anos.

“Alguns devem achar que sou um cricri, que eu não comungo. Por quê? Porque não componho ‘clube do bolinha’. Eu não sei se todos

torceram para a PEC da Bengala passar. Porque eu sairia daqui a um ano. Eu não sei. Tenho as minhas dúvidas”, diz.

Responsável pela criação da TV Justiça em 2002, o ministro Marco Aurélio afirma que a transmissão ao vivo das sessões plenárias — criticada por muitos — foi sua redenção. Foi a forma de tentar mostrar que não recebera de presente do primo presidente da República a cadeira de ministro do STF.

E conta que o ex-presidente Collor o chamou apenas uma vez no Palácio da Alvorada para discutir o processo de *impeachment*, o qual o retirou da Presidência. O ministro conta que aceitou o convite, avisou ao presidente do STF da época e se declarou suspeito, não julgando o primo. “Atuei com transparência. Não entrei camuflado no Palácio da Alvorada”, pondera.

Como foram estes 25 anos?

Inicialmente, eu digo que os 25 anos passaram muito rápido. Eu hoje sou um juiz que presta melhores serviços ao jurisdicionado do que prestei há 10 anos, 15 anos. A experiência que você ganha — e até em termos de conhecimento, de vivência, em termos humanísticos — é enorme. E continuo com o mesmo entusiasmo. Aliás, antes de o ministro Xavier de Albuquerque morrer, eu perguntei a ele se depois da presidência o ministro devia deixar o tribunal, porque ele deixou o tribunal após ser presidente. Ele me disse: “Necessariamente não. Você tem que perceber se você tem o mesmo entusiasmo para analisar o caso, o processo. Se você continua com entusiasmo, deve ficar”. Me sinto realmente um integrante do tribunal. Dou minha colaboração ao colegiado, que é o somatório de forças distintas. E o encantamento é como do primeiro dia. Ainda examino hoje o processo como se fosse o primeiro processo da minha vida de juiz. Ser juiz encerra, não há menor dúvida, uma missão sublime, a missão de julgar conflitos de interesse, personificando o Estado, de forma coercitiva. Em última instância, o julgador substitui a vontade das partes.

O que mudou de lá pra cá?

Muito. A mudança foi substancial. Eu, quando cheguei, encontrei um colegiado que não é o de hoje. Era um colegiado que — hoje eu digo — que compôs a velha guarda. E tivemos ante a alternância e

algumas aposentadorias precoces, porque entendo que a cadeira da envergadura do Supremo você não pode abandoná-la, nós tivemos uma modificação substancial na composição do tribunal. A este fato se junta outro, que foi a vinda da Constituição Federal de 1988, uma Constituição ampla, analítica, calcada principalmente nos direitos dos cidadãos e que ensejou o surgimento de várias controvérsias.

Aumentou significativamente o número de legitimados, facilitou o acesso ao tribunal...

Exato. Para os processos objetivos, havia o monopólio do procurador da República.

O senhor falou de mudança da composição. Que mudança o senhor viu de lá pra cá? Houve perda de qualidade de alguma forma?

Cada composição é uma composição. Claro que no passado nós tínhamos, por exemplo, como tivemos em períodos anteriores, a participação de egressos do parlamento. Quando eu cheguei encontrei já no tribunal o ministro Paulo Brossard, o ministro Célio Borja e outros colegas. Eu não faço comparação em termos de perda de qualidade, porque cada integrante tem uma formação própria técnica e humanística. E, na dinâmica, vamos tendo modificação da ótica do Supremo ante a composição, em que pese às vezes termos a mesma regência normativa da matéria e os mesmos fatos.

O senhor considera que algum presidente do Supremo dignificou mais o cargo do que outros? E o senhor mencionaria algo?

O que penso é que cada presidente atuou de acordo com a formação técnica e humanística possuídas e nós somos unos. Tivemos a diversificação de enfoques. O que se nota no tribunal é que, a partir da presidência do ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, houve uma aproximação maior do Supremo da sociedade. Porque antes — o Luiz Orlando é testemunha, porque acompanha o Supremo há mais tempo do que eu — antes o presidente do STF não tinha... os jornalistas não tinham acesso maior. O ministro Moreira Alves, por exemplo, não falava aos jornalistas.

E o ministro Moreira Alves continua não falando com a imprensa...

Talvez por isso mesmo aquele que o sucedeu também não gostasse de falar com os jornalistas, o ministro Joaquim Barbosa. O que

eu acho é que o integrante do Supremo é acima de tudo um servidor público. E um servidor público que também tem o perfil de um grande interlocutor. Uma coisa é você não antecipar o seu entendimento, sua compreensão sobre um conflito que você ainda julgará; outra coisa é você participar, até exercendo um direito inerente à cidadania, da vida nacional, falando aos jornalistas.

Por isso o senhor sempre fala com os jornalistas?

Eu falo. Eu falo porque, em primeiro lugar, eu reconheço a valia da imprensa, a valia dos jornalistas. Graças à imprensa, por exemplo... não diria investigativa, porque vocês não saem propriamente para fazer investigações. Quem faz investigações é a polícia, já que eu não admito nem que o Ministério Público assim proceda. Mas vocês levantam, escancaram, acabam escancarando as mazelas do País. E escancarando as mazelas, dão a oportunidade a que as instituições atuem. Nós temos, sendo alvo de louvor, a Polícia Federal, o Ministério Público e a própria magistratura. Isso é muito bom. Porque, básico para se ter a eficiência, para se ter o avanço cultural, é não se escamotear as mazelas, os desvios de conduta, especialmente no campo da administração pública, os problemas do Brasil, que não são poucos, são muitos.

O senhor sofre algumas críticas, algumas em público e algumas reservadamente, por conceder muitas entrevistas.

Pela minha mulher eu não falaria a vocês. A Sandra, por exemplo, é avessa. É claro que quando você entra nesse circuito, é muito difícil depois você recuar. Eu não me arrependo da abertura que eu sempre dei aos jornalistas. Estou em casa e atendo a qualquer momento. O meu celular é público. Quando eu posso me pronunciar, eu me pronuncio. E não me pronuncio em *off*, porque acho que é uma covardia você ficar por trás da parede fustigando. Quando eu me pronuncio, eu coloco as minhas impressões digitais, até porque o meu vocabulário se tornou conhecido. Agora é difícil você contentar a todos. O que seria melhor: ter um juiz, como eu sou, um juiz aberto, ou um juiz se encastelando, se colocando numa redoma, até para se autoprotger quanto a qualquer deficiência? Claro que é um juiz aberto.

Quais os processos o senhor diria terem sido os mais difíceis de julgar nestes 25 anos?

Não há processos [mais difíceis]. O que ocorre é que quando você se habitua a enfrentar essa avalanche de processos, não há processos difíceis.

Mas eu digo desafiador, pela tese, pelo momento do país. Eu me recordo do caso de aborto de fetos anencefálicos, por exemplo.

Teve esse, teve a liminar pelo que implementei, por exemplo, ante o que entendi de transgressão do devido processo normativo, suspendendo uma revisão da Constituição. Há essas decisões de repercussão maior, mas em termos de dificuldade. Não é que me sinta tão seguro e tão conhecedor do Direito, mas depois de 36 anos fazendo a mesma coisa, e fazendo a mesma coisa na linha de frente, você já atua com espontaneidade e naturalidade maior.

O senhor tem um exemplo de como o voto vencido que o senhor proferiu passou, com o transcorrer dos anos, a ser jurisprudência?

Agora posso citar de cabeça dois casos. Quando nós, pela primeira vez, enfrentamos a problemática da progressão do cumprimento da pena, considerados os crimes hediondos, eu sustentei a inconstitucionalidade. Naquela época, apenas um juiz me acompanhou, que foi o ministro Pertence. Posteriormente, acho que quatro, cinco ou seis anos depois, tendo em conta a mesma norma e ante a modificação da composição do tribunal, houve uma outra visão. E aquela ótica minoritária passou a ser majoritária. Um outro caso: alienação fiduciária e a prisão pelo débito, por dívida civil. Quando eu sustentei a primeira vez, não houve o acolhimento da tese. Depois o tribunal evoluiu e veio a aceitar a tese de que não pode haver a prisão do depositário infiel. Eu, por exemplo, não conheço na minha vida, especialmente no Supremo, o instituto da ressalva. “Ah, ressalvo entendimento pessoal e acompanho a maioria.” Eu não, eu insisto. Até o ministro Nelson Jobim brincou uma vez comigo e disse: “Você é como o ferrinho do dentista que fica lá no nervo exposto cutucando.” E insisto porque não estou convencido. Agora mesmo, por exemplo, a minha resistência à modulação. A modulação pra mim é um equívoco. De duas, uma: ou a Constituição esteve em vigor e como lei das leis tem que ser observada, ou não esteve em vigor. Agora a modulação passou a ser a regra. Outro dia mesmo julgamos um caso, matéria superpacificada, sobre guerra fiscal, um

processo originário do Paraná. Quando eu percebi, o relator (ministro Luís Roberto Barroso) propôs a modulação. Eu levantei o dedo para dizer que não cabia modulação e fiquei vencido de forma isolada. Eu inicialmente quando ficava vencido podia passar a impressão de que tinha recebido a cadeira de presente do meu primo presidente (Fernando Collor). A redenção pra mim — aí a comunidade especialmente a jurídica passou a acompanhar o dia a dia dos julgamentos do plenário —, a redenção foi a TV Justiça.

Por que, ministro?

Porque na TV Justiça cada qual se revela e revela as razões pela qual vota neste ou naquele sentido.

Foi uma das razões para o senhor criar a TV Justiça?

Não, não. O objetivo não foi esse. São essas coisas que a ideia surge e você não sabe nem como ela surge. Foi um sonho e depois uma ousadia. E deu certo. Quando as coisas têm que dar certo, elas têm uma força muito grande, porque eu me lembro bem que o ministro Pimenta da Veiga, que era o ministro das Comunicações, me disse: “Olha, não há como, não se tem como obter um canal específico para a Justiça. Nós abrimos a oportunidade numa TV Pública para o Judiciário transmitir o que quiser”. E eu insisti. E da apresentação do projeto, saindo do meu gabinete, até a sanção da lei, foram oito meses. Um período muito curto.

Há quem diga que a TV Justiça tem um efeito negativo. Que os ministros proferem votos longuíssimos. Isso é por causa da TV?

A sua colocação, Luiz Orlando, é muito adequada. Se nós fizermos um cotejo entre o que ocorria, na época da velha guarda, e hoje em dia, nós vamos ver que houve uma modificação substancial. A chegada de novos, realmente, torna as discussões mais projetadas no tempo. Mas se verifica também um fenômeno hoje que não se verificava antes. O relator sempre levou ao plenário o voto confeccionado. E os demais integrantes, como vogais, votavam no gogó, de improviso. Hoje o que eu percebo, e eu já disse em plenário, é que nós temos vários revisores no plenário que inclusive mergulham fundo no processo e levam o *script* próprio do voto. Por que não aceito voto de colega antes de apregoado o processo e nem proporcione meu voto aos colegas? Porque eu

penso que no colegiado tem que vingar a espontaneidade, você tem que prestar atenção às discussões, ao voto do relator, às sustentações da tribuna, e formar o seu convencimento na hora, fazendo algumas anotações para depois discorrer sobre as matérias. Eu não tenho tempo para estar zerado com os meus processos, porque recebo uma média de 150 processos por semana. Vou ter tempo para confeccionar voto em processo em que não sou relator? Não sei como se consegue esse milagre. Mas os colegas levam voto pronto.

Qual a diferença entre ser ferrinho de dentista e ser do contra?

Alguns devem achar que sou um cricri, o que eu não comungo. Por quê? Porque não componho “clube do bolinha”. Eu não sei se todos torceram para a PEC da Bengala passar. Porque eu sairia daqui a um ano. Eu não sei. Tenho as minhas dúvidas. Mas eu não ocupo cadeira voltada a relações públicas. E não transijo com o meu ofício. Foi o que falei: julgar é uma missão sublime.

Houve momentos em que o senhor teve, não diria conflitos, em plenário. Alguns episódios são memoráveis. Como o senhor classifica estes episódios? São parte do julgamento? São coisas que as pessoas às vezes não compreendem?

A divergência é a tônica num colegiado. Agora, há uma diferença substancial entre divergência e tentativa de desqualificar o colega. Evidentemente é intolerável essa tentativa. Se alguma vez eu reagi — e devo ter reagido —, o fiz porque provocado. Eu não me aborreço, eu não entro em casa estressado, considerada uma sessão no plenário ou na Turma. O sorriso que me acompanha na entrada da sessão me acompanha também na saída. E atuo com maior espontaneidade possível. Agora, claro que se tem coisas que discrepam da liturgia do tribunal. Isso não é desejável. Cada qual tem que se policiar um pouco para que essas coisas não se verifiquem.

O senhor diria que nestes 25 anos houve alguns momentos constrangedores?

Houve, sem dúvida. Por exemplo, no julgamento da ação penal 470. O descompasso havido entre relator e revisor. Eu me lembro que logo a seguir a um desses descompassos, no início do julgamento, eu estava saindo, e os jornalistas me perguntaram se eu tinha gostado da

sessão. Eu disse claramente que não. E me perguntaram por quê. Eu disse que pela falta de urbanidade do relator (ministro Joaquim Barbosa), que depois se tornou notória, tanto que ele deixou cinco meses de presidência no Supremo e mais de dez anos de ocupação da cadeira. E perguntaram como eu via a divergência. Eu disse: olha, eu vejo com muita tranquilidade, porque começa lá em casa no campo futebolístico. Eu sou flamenguista e minha mulher é Fluminense. A diversidade é que é comum à vida social.

O senhor passou por cinco presidentes da República. Como o senhor analisa a evolução do país vistos os presidentes?

Nós tivemos uma época em que todo presidente que chegava à cadeira tinha o plano milagroso para afastar o mal maior que era a inflação. E implementava o plano fazendo surgir “n” conflitos de interesses, “n” processos e buscando, eu compreendo, o melhor para o país. Agora, quanto à atuação judicante, pelo menos digo por mim, o que posso dizer é que sempre houve uma elegância muito grande por parte dos presidentes.

De todos?

De todos. De não interferir no Judiciário. Eu tive um primo presidente da República. Ele poderia até me chamar, pois eu era egresso da Justiça do Trabalho, para me ouvir sobre um problema governamental ligado ao Direito do Trabalho. Mas jamais, jamais me chamou. Sempre me tratou com deferência, com um respeito muito grande, como eu também o tratei.

Mas o senhor disse na semana passada, no programa *Espaço Público*, do qual participei, que o presidente Collor o chamou, uma vez, para falar do processo de *impeachment*.

Sim, sim. Foi um episódio que ocorreu... Eu estava no apartamento, no prédio dos ministros (bloco B da quadra 313) e recebo um telefonema dele (Collor), pedindo que eu fosse encontrá-lo no Palácio da Alvorada. E fui. Mas tive o cuidado — e isso foi à noite, e eu iria nas primeiras horas da manhã — de subir ao apartamento do presidente do Supremo à época, Sydney Sanches, e comunicar a ele. “Olha, Sydney, o presidente está me chamando. É meu sangue. Eu irei ao encontro dele. Quero lhe dizer uma coisa: não vou participar do julgamento de

qualquer caso que o envolva”. E atuei com transparência. Não entrei camuflado no Palácio da Alvorada.

O senhor acha que paga um preço por ter sido indicado por um parente?

Olha, quando cheguei ao Supremo, eu já tinha atuação como advogado, tinha atuação como membro do Ministério Público, como juiz do Tribunal Regional do Trabalho, como ministro do Tribunal Superior do Trabalho — havia 8 anos que eu lá estava — e fui deslocado. O primeiro do Judiciário do Trabalho a ser deslocado para o Supremo. Mas a leitura que a sociedade fez foi única. Que ele teria me escolhido por eu ser parente. Isso realmente é ruim. Porque você acaba pagando um preço injusto pelo deslocamento. Agora, tive o apoio nesse deslocamento da advocacia trabalhista, de meus colegas juízes do trabalho. Havia a vaga do ministro Carlos Madeira, que preenchi, e surgiu com a saída do ministro Francisco Rezek para o Ministério de Relações Exteriores, uma segunda vaga. Foram feitos à época dois ofícios. Um ofício ao Superior Tribunal de Justiça, perguntando quem seria o candidato, e outro ofício ao TST. O STJ disse que todos eram candidatos. O TST — e vejo que não era tão cricri assim, a não ser que quisessem me ver pelas costas —, o TST disse: “nosso candidato continua a ser o ministro Marco Aurélio”. O meu nome surgiu no governo Sarney. Mas aí houve obstáculo inverso à minha indicação. Que obstáculo foi esse? O primo era o maior desafeto do presidente da República. E não me escolheria, muito embora eu tivesse o respaldo da comunidade jurídica trabalhista.

A judicialização da política aumentou nestes 25 anos?

Eu tive a oportunidade de ressaltar umas três ou quatro vezes no plenário que nós precisamos observar a autocontenção. Quase sempre o tribunal atua segundo o direito posto, mas eu percebi em alguns casos uma tentativa — pelo menos tentativa — de avançar. Cheguei mesmo a dizer, e não tirei das notas degravadas, que quando nós avançamos e invadimos uma seara que não é nossa, nós lançamos um bumerangue que pode voltar na testa.

Isso ocorreu muito ou pouco? E o senhor citaria algum caso?

Com essa modificação substancial (da composição), eu já ouvi propostas mil. Quer ver uma coisa que eu penso inconcebível e que ocorre vez por outra? Julgamos algo, aí modulamos e fixamos prazo para que o Poder legislativo legisle. Se você for à disciplina da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, você vai ver que o Supremo só pode fixar prazo se obrigada a prática do ato, que se mostre omisso, pela administração. Em relação a outro poder, não podemos. Nós somos legisladores negativos. Eu, por exemplo, fico assustadíssimo quando abandonamos a postura de legislador negativo e partimos para a estipulação de regras, de regras totalmente estranhas às aprovadas. Isso ocorreu por exemplo — vou citar um exemplo! — com o julgamento da emenda constitucional 62, dos precatórios. Aí é um problema seriíssimo. Isso ocorreu quando se placitou a lei complementar 135 (Lei da Ficha Limpa), em que se chegou a inserir no acórdão que inelegibilidades já declaradas, considerado o tempo de três anos, passavam a ser, presente a lei nova, de oito anos. Eu creio que os poderes são harmônicos e independentes e que têm áreas delimitadas na Carta da República. A velha guarda era muito mais ciosa quanto aos limites constitucionais. Talvez, ante a modificação substancial na composição, não haja corrido tempo suficiente para compreender essas nuances.

Um pouco mais de voluntarismo, o senhor diria?

Um pouco mais. E também já disse em plenário, não é segredo para ninguém... Às vezes é preciso dizer coisas que não agradam. Já disse no plenário que não é o fato de não haver acima do Supremo um órgão para examinar o acerto ou desacerto das decisões que profira que levará a nos sentirmos acima do bem e do mal. Quanto menor a possibilidade de reverter o quadro decisório, maior tem que ser o cuidado ao implementar a decisão.

O senhor não concorda com a assertiva de que o Supremo erra por último...

Eu não concordo com aquela discussão entre Rui Barbosa e Pimenta Machado em que Rui aí disse que o Supremo teria a prerrogativa de errar por último. Não! O Supremo há de buscar sempre e sempre o acerto. E se ele tem dúvidas quanto à área delimitada para atuação, a

dúvida tem que ser resolvida em prol da harmonia e da independência entre os poderes.

O senhor acha que o CNJ promoveu a melhora da magistratura?

O CNJ... Primeiro, eu votei pela inconstitucionalidade da emenda. Por que votei pela inconstitucionalidade da emenda? Porque imagino que tenhamos no País uma federação. Federação com unidades que contam com o Poder Judiciário. E não concebo, como não concebo em relação ao Executivo e ao Legislativo, um órgão central para corrigir atos do Judiciário. Agora, às vezes a coisa chega a um ponto que reclama uma medida às vezes traumática. Veio o CNJ. Nos primeiros anos, atuando muito mais em substituição às corregedorias locais do que programando e projetando o Judiciário de amanhã. Isso nós temos que admitir. Eu sou a favor da atuação do CNJ hoje como está previsto na Carta. Ele inclusive pode avocar processos administrativos findos há menos de ano. O que revela que sua atuação é subsidiária. Você pode imaginar um órgão central para fiscalizar os Executivos? Essa é uma substituição anômala.

Digamos que seja possível afastar esse aspecto. O CNJ ajudou a melhorar o Judiciário?

Muito embora ele tenha adotado uma postura que repercutiu como uma postura de intimidação — e eu não compreendo o juiz intimidado —, ele, CNJ, acabou por deixar os integrantes do Judiciário mais atentos aos deveres do próprio cargo. O ideal seria não ter necessidade da atuação do CNJ. Hoje, por exemplo, já se pensa mais na atuação do CNJ. E talvez por isso seja criticado o atual presidente do CNJ — a meu ver injustamente — em termos de programar o Judiciário de amanhã, acionando, sim, as corregedorias dos tribunais para não termos até órgãos inertes, acomodados. Agora, fixação por exemplo de metas, não entra na minha cabeça. Dizer: olha, você tem que liquidar esse resíduo em tal espaço de tempo. A atuação judicante não é passível de ser tarifada em termos de tempo. Você precisa cobrar. Eu penso que a maioria dos juízes se sacrifica muito para dar conta do serviço. Em todo setor você tem aqueles que querem saber quem inventou o trabalho. Evidentemente estes precisam ser afastados, mas aí

em um primeiro plano pelos tribunais aos quais estão integrados pelas corregedorias. Não atuando a corregedoria, aí (o CNJ) supletivamente.

Que nomes o senhor vê que podem chegar ao STF nos próximos 25 anos?

O celeiro é enorme. Temos muita gente boa. Temos valores novos surgindo no campo acadêmico. Temos também colegas desembargadores e ministros habilitados. É muito difícil você dizer: olha, fulano tem perfil para o Supremo. Às vezes imaginamos que determinada pessoa tem perfil para ser julgador em última instância, como é o Supremo, e acabamos um pouco decepcionados.

O senhor cita algum exemplo?

Não, não há exemplo.

O senhor deve saber que é uma das figuras mais imitadas da República...?

Imitadas?

A sua dicção, a sua voz. O senhor sabia que tinha um segurança que o imitava perfeitamente?

Eu tive um chefe de gabinete que uma vez na casa — posso dizer até onde foi —, na casa da Guiomar, ele falou atrás de uma pilastra e eu pensei que eu estivesse falando. Que coisa. Até o meu neto de 11 anos às vezes me imita. O meu irmão uma vez — ele tem a voz muito parecida com a minha — conseguiu passar um trote na minha mulher.

Publicado em 9 de Junho de 2015

A CRISE ECONÔMICA

Ministra Cármen Lúcia pode voltar atrás e julgar planos econômicos

Felipe Recondo

Há um mês e meio o Supremo Tribunal Federal está diante de obstáculo aparentemente intransponível para julgar o maior de seus processos. Mas desde que o ministro Edson Fachin declarou sua suspeição no início de setembro e deixou o Tribunal sem quórum para decidir o caso, o Supremo parece ignorar o assunto.

Sob vários aspectos, o julgamento dos planos econômicos e do pagamento de expurgos aos poupadores é o mais importante caso em tramitação no STF. O impacto potencial sobre os bancos — que poderiam perder R\$ 149 bilhões, conforme avaliação do Banco Central —, as possíveis repercussões sobre a economia em momento de crise e o efeito replicador das decisões — mais de 840 mil processos em todo o país aguardam uma resposta do STF — dão a dimensão deste caso.

No Supremo, ministros não demonstram interesse para resolver este impasse agora. O cenário é de crise econômica e de queda da credibilidade do País no mercado externo, com a redução do *rating* do Brasil por agências de risco. O Supremo, avaliam alguns ministros, pioraria o ambiente econômico colocando o tema em discussão.

Neste domingo, uma notícia publicada no jornal *O Globo*, na coluna do jornalista Ancelmo Gois, indica que a ministra Cármen Lúcia pode voltar atrás na sua declaração de suspeição.

De todos os ministros que se afastaram do julgamento — Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia —, a alegação da ministra é a única colocada em dúvida pelos demais colegas.

Ela afirma que seu pai — Florival Rocha — tem interesse na causa. Ele questiona na justiça correção a menor da caderneta de poupança em razão dos planos econômicos.

Alguns colegas da ministra contestam, reservadamente, a veracidade do argumento. Mas independentemente disso, questionam se seria razão para impedir o STF de julgar um processo de tamanha relevância.

Se a ministra de fato voltar atrás, como indicou, e decidir participar do julgamento, o problema de quórum estará resolvido e o Supremo poderá retomar o julgamento dos quatro recursos extraordinários relativos ao tema (RE 626307, RE 591797, RE 631363 e RE 632212) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 165).

Mas conforme alguns dos integrantes da Corte, este assunto não deve voltar à pauta neste ano. Mesmo que haja quórum para isso. E se voltasse à pauta neste momento delicado da economia, calcula um observador privilegiado da Corte, não seria para dar ganho de causa aos poupadores em detrimento dos bancos.

Porém, se a disposição revelada pela ministra Cármen Lúcia não se confirmar, o Supremo precisará encontrar uma fórmula para driblar a falta de quórum e então cumprir sua missão.

Em coluna publicada no JOTA em 3 de setembro de 2015, os professores da FGV Direito Rio e do projeto SUPRA Diego Werneck Arguelles e Thomaz Pereira, trataram a situação como um falso impasse e sugeriram o que pode ser uma alternativa à Corte:

“Qual a função de se exigir um quórum mínimo de instalação? Nossa tese é simples: em um tribunal (ou qualquer outro órgão colegiado), a finalidade desse tipo de regra é garantir que nenhuma decisão seja tomada em momento no qual o colegiado não conte com um mínimo de presença dos ministros. Se hoje há muitos ministros ausentes, a regra exige que se aguarde a próxima sessão — evitando que o acaso da ausência ou o arbítrio da pauta fixada pelo Presidente decidam em nome de um tribunal fragmentado. Ou seja, o quórum tem como finalidade garantir que a decisão do Supremo expresse fielmente a atual composição do tribunal, exigindo presença mínima de seus membros.

Uma interpretação alternativa, que parece ser a do Supremo neste momento, vê no quórum um mecanismo de não decisão: em vez de presença, o quórum se refere à composição votante do tribunal. Com quatro ministros impedidos ou suspeitos, o tribunal teria que esperar até que um ministro ‘votante’ ingresse na vaga de um dos ‘não votantes’ de agora. No caso, supondo que nenhum ministro se aposente antes dos 75, isso significa esperar até que o substituto do ministro Fux ingresse no tribunal, em 2028.

Mas esperar treze anos não é uma solução. É deturpar o significado do quórum de instalação para o processo decisório de um tribunal. No caso dos planos econômicos, o problema não é que ausências momentâneas de alguns ministros tornem o plenário perigosamente não representativo da composição atual do tribunal. O problema é que a atual composição do tribunal, mesmo quando estão presentes todos os 11 ministros, inclui 4 que não poderão votar nesse caso. Interpretar o quórum como se referindo à composição votante, e não aos ministros presentes, seria deturpar a função desta regra. O quórum de instalação não pode produzir denegação de justiça.”

Publicado em 18 de Outubro de 2015

Planos econômicos: um falso impasse

Diego Werneck Arguelhes

Thomaz Pereira

A declaração de suspeição do ministro Fachin paralisou o julgamento de planos econômicos no Supremo. Com os ministros Barroso, Fux e Cármen Lúcia também suspeitos, restam apenas sete ministros votantes. O presidente Lewandowski não vê no regimento caminhos para o tribunal começar o julgamento e nos próximos dias deve ouvir seus colegas sobre como julgar o caso. Mas essa paralisia pode ser contornada. Há ao menos duas soluções possíveis para o atual impasse — uma interpretativa, e a outra regimental. Ambas permitiriam que o tribunal julgasse esse caso imediatamente.

Qual a função de se exigir um quórum mínimo de instalação? Nossa tese é simples: em um tribunal (ou qualquer outro órgão colegiado), a finalidade desse tipo de regra é garantir que nenhuma decisão seja tomada em momento no qual o colegiado não conte com um mínimo de presença dos ministros. Se hoje há muitos ministros ausentes, a regra exige que se aguarde a próxima sessão — evitando que o acaso da ausência ou o arbítrio da pauta fixada pelo presidente decidam em nome de um tribunal fragmentado. Ou seja, o quórum tem como finalidade garantir que a decisão do Supremo expresse fielmente a atual composição do tribunal, exigindo presença mínima de seus membros.

Uma interpretação alternativa, que parece ser a do Supremo neste momento, vê no quórum um mecanismo de não decisão: em vez de presença, o quórum se refere à composição votante do tribunal. Com quatro ministros impedidos ou suspeitos, o tribunal teria que esperar até que um ministro “votante” ingresse na vaga de um dos “não votantes” de agora. No caso, supondo que nenhum ministro se aposente

antes dos 75, isso significa esperar até que ingresse no tribunal o substituto do ministro Fux, em 2028.

Mas esperar treze anos não é uma solução. É deturpar o significado do quórum de instalação para o processo decisório de um tribunal. No caso dos planos econômicos, o problema não é que ausências momentâneas de alguns ministros tornem o plenário perigosamente não representativo da composição atual do tribunal. O problema é que a atual composição do tribunal, mesmo quando estão presentes todos os 11 ministros, inclui 4 que não poderão votar nesse caso. Interpretar o quórum como se referindo à composição votante, e não aos ministros presentes, seria deturpar a função desta regra. O quórum de instalação não pode produzir denegação de justiça.

A interpretação que propomos encontra expressão textual na Constituição, na legislação e no regimento do Supremo. Quando se trata de quórum para declaração de inconstitucionalidade (no artigo 97 da Constituição, por exemplo), fala-se expressamente em “voto da maioria absoluta de seus membros”. Contudo, quando está em jogo o quórum de instalação, a legislação e os regimentos falam em presença.

O artigo 8º da Lei das ADPFs, por exemplo, afirma que “a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros”. Não há aqui qualquer referência ao número de votos dos ministros — só ao número de presentes.

Nessa leitura, não há razão para paralisia. Se houver ao menos oito ministros presentes na sessão, o tribunal pode começar o julgamento. Se o número ficar abaixo de oito, aguarda-se a sessão seguinte. Mas a referência é a presença na sessão, e não a composição votante — que, em relação a esse caso, poderá ser de apenas sete ministros até 2028. Com 8, 9, 10 ou 11 ministros presentes, mesmo que apenas 7 votantes, se quisesse, o tribunal poderia começar a votar o caso agora.

Mesmo se a solução acima for rejeitada como excessivamente criativa, o problema continua solúvel. Basta que os ministros troquem o chapéu de juízes pelo de legisladores: podem mudar o Regimento Interno do tribunal, determinando expressamente que impedimento e suspeição não podem ser computados para fim de verificação de quó-

rum de instalação. Não seria a primeira vez que o tribunal vê em mudanças no regimento a solução para problemas decisórios gerados por impedimentos ou suspeições.

Duas soluções simples — uma interpretativa, uma legislativa — mostram que o ministro Fachin não tem responsabilidade individual pela paralisia do tribunal. Seja quanto à interpretação do significado de “presentes” para o quórum de instalação, seja quanto à alteração do regimento interno para prever expressamente esta hipótese, nenhum deles é suspeito, todos os 11 ministros podem votar. Há, portanto, caminhos legítimos, dentro da esfera de atuação do tribunal, para resolver o atual impasse. A ilegitimidade estaria em adiar para 2028 a solução de alguns dos casos mais importantes da década, capazes de impactar centenas de milhares de casos nas instâncias inferiores por conta de uma interpretação não literal, desnecessária e disfuncional da exigência de quórum de instalação.

Publicado em 3 de Setembro de 2015

Depósitos judiciais a fundo perdido

Ivar A. Hartmann

Assim como em outras épocas difíceis, o dinheiro dos brasileiros é hoje presa do governo. Há diferentes tipos de abuso praticado com dinheiro que é colocado temporariamente sob a guarda do Executivo. O Supremo vai decidir sobre o mais grave deles. Na linguagem técnica: repasse de depósitos judiciais. Na prática: confisco.

Há um abuso que afeta a maior parte dos brasileiros. É aquele praticado com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. O FGTS funciona como uma rede de proteção financeira para o trabalhador. É obrigatório entregar uma parte do salário ao Executivo mensalmente, mas isso está diretamente relacionado a um interesse do trabalhador individual.

O maior problema é que a baixa taxa de correção transforma o Executivo federal em tomador compulsório de empréstimo a juros abaixo daqueles praticados pelo mercado. O governo inclusive se move para evitar que o Congresso corrija isso.

O segundo maior problema é que, não satisfeito, o Executivo começou a incluir dinheiro do FGTS nas pedaladas. Gastou além da conta e usou o dinheiro do trabalhador para cobrir o rombo. Tentou corrigir, em medida provisória no apagar das luzes de 2015, mas acabou cometendo nova ilegalidade fiscal.

Depois há o abuso praticado pela União com as economias dos fundos de pensão dos funcionários de estatais. O dinheiro não é do Executivo, mas é confiado a pessoas em cargos nomeados por ele. A Lava Jato aparenta ter vitimado também o fundo de pensão da Petrobras. Ou seja, o Executivo não tomou o cuidado que deveria com o

dinheiro e agora espera que os funcionários paguem metade da conta de cerca de R\$ 20 bilhões. O dinheiro dos funcionários da Caixa Econômica Federal e dos Correios também foi mal guardado e agora existem buracos de R\$ 5,5 bilhões e R\$ 5 bilhões, respectivamente. Nesses casos, porém, há ao menos uma escolha do funcionário de trabalhar em uma estatal e participar do seu fundo de pensão. Há interesse, portanto, em dar ao Executivo a guarda do dinheiro.

O abuso mais grave é o desvio dos depósitos judiciais. Afeta qualquer pessoa que eventualmente discuta valores no Judiciário. Lei complementar federal estabelece o empréstimo compulsório para a União, Estados e Municípios do dinheiro que normalmente é confiado aos juízes, em processos nos quais o Executivo de uma dessas esferas é parte. Já as leis estaduais vão ainda mais longe, garantindo o uso de qualquer depósito judicial. Diferentemente do FGTS e dos fundos de pensão, o dono do dinheiro depositado nesses casos não tem qualquer interesse nessa peculiar modalidade de empréstimo obrigatório. Não extrai qualquer vantagem do desvio de tais recursos para a guarda do Executivo.

A Constituição só proíbe explicitamente o confisco por via de tributos. Mas protege a propriedade e não autoriza outras formas de subtrair à força o patrimônio dos brasileiros. O uso dos depósitos é restrição desproporcional do direito de propriedade. Alguns dizem que o dono do dinheiro age voluntariamente ao emprestar para o Estado, pois não é obrigado a fazer o depósito judicial. Trata-se de uma falácia. Por que as leis de repasse não permitem que a parte opte, ao fazer o depósito em juízo, se quer permitir o uso do seu dinheiro pelo governo?

Mais: há situações nas quais o depósito é sim obrigatório, como na discussão da legalidade de tributos. O contribuinte normalmente precisa depositar o valor para ter a exigibilidade suspensa. De qualquer maneira, é provável que os repasses operem como incentivo perverso para que o Executivo litigue mais e por mais tempo. Afinal, mais processos significam mais receita.

Tem sido afirmado que o Supremo já referendou essa prática. Mas essas decisões ocorreram em outro momento do país. A questão decisiva é o risco de o indivíduo nunca mais ver seu dinheiro, o que depende

da saúde das contas públicas. Uma das decisões do Supremo veio em 2002, quando governos estaduais como os do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul não estavam quebrados a ponto de atrasar frequentemente salários de seus funcionários. Quando jamais se imaginava que o Executivo federal fosse ser repreendido formalmente pelo Tribunal de Contas da União.

A outra decisão do Supremo veio em 2010, ano em que o PIB do Brasil cresceu 7,6%. Em 2015, a previsão é de queda de 3%. É a primeira vez que o fundo de pensão da Petrobras chega a déficit tal que precisa passar a conta para os funcionários. E isso sem falar no fiasco que se tornou o pagamento dos precatórios. É por esta razão que o procurador geral da República irá contestar a constitucionalidade das leis de repasse no Supremo.

Se os Executivos estivessem com suas contas em dia, seria empréstimo compulsório. Mas inconstitucional, quando estabelecido pela União, por não se tratar de calamidade pública, guerra ou investimento. E os estados não têm competência para criar empréstimo compulsório em qualquer hipótese.

Mas quando tomam dinheiro sabendo que não podem pagar, não se trata de empréstimo. É confisco. Comprovado pela falha em oferecer garantias. As leis de repasse dos depósitos judiciais costumam estabelecer que o Executivo pode pegar 70%, mas deve deixar 30% do total. Os 30% servem de garantia para o pagamento dos 70%. É como se seu amigo que deve bilhões pedisse sua casa emprestada e desse o carro velho dele como garantia.

A proteção contra leis arbitrárias que autorizam o Executivo a tomar propriedade à força é uma das conquistas mais básicas do constitucionalismo moderno. Ao mesmo tempo, a situação econômica dos governos hoje é gravíssima. Os ministros do Supremo certamente serão sensíveis à atual falta de garantias de que o dinheiro não sumirá.

Mitos e verdades sobre as “pedaladas fiscais”

Melina Rocha Lukic

José Roberto R. Afonso

Com a discussão das chamadas “pedaladas fiscais” como potencial fundamento para um *impeachment*, a recente rejeição, pelo TCU, das contas do exercício de 2014 da presidente Dilma, ganhou destaque sem precedentes na imprensa. Mas em termos fiscais e jurídicos, o que são as “pedaladas” exatamente?

No jargão dos especialistas do orçamento público, o termo “pedaladas” sempre foi usado para definir um atraso de pagamento, quando uma despesa pública que venceria em certa data acaba sendo, de uma ou outra forma, postergada. O compromisso do governo em nada muda, mas a postergação permite reduzir um gasto temporariamente e fabricar um breve efeito de superávit primário. Isto porque, no Brasil, o resultado fiscal costuma ser calculado pelo Banco Central segundo o chamado regime de caixa — ou seja, a despesa é computada na data em que saiu dos cofres públicos. Nas maiores economias do mundo, como EUA, Reino Unido, França e Canadá, é incomum que a autoridade monetária seja responsável por medir os principais indicadores fiscais. Mais raro ainda é que as contas públicas não sigam o regime de competência, tal como nas empresas, em que se computa a obrigação quando assumida e não quando paga.

Para melhorar artificialmente o superávit primário em 2014, o governo federal recorreu como nunca à prática de “pedalar” os gastos. Uma forma especial foi pedalar com a bicicleta dos outros: no caso, bancos públicos pagaram os gastos do Tesouro no lugar dele, em especial benefícios de programas sociais (como Seguro Desemprego e Bolsa

Família). O TCU demonstrou que, em 2014, foram sacados a descoberto volumes expressivos e por um período de tempo inédito no caso dos pagamentos de benefícios realizados pela Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e BNDES, sem a cobertura posterior e imediata pelo Tesouro Nacional.

Segundo o relatório do TCU, ao final de agosto de 2014, a Caixa Econômica Federal registrou em seu ativo R\$ 1.740,5 milhões em valores a receber do Governo Federal, referentes a pagamentos relativos a programas sociais (Bolsa Família, Abono Salarial e Seguro Desemprego). Tais valores não eram registrados pelo Bacen no rol de obrigações da Dívida Líquida do Setor Público. O mesmo relatório mostra que nos exercícios financeiros de 2013 e 2014, o saldo das contas referentes ao Seguro Desemprego ficou negativo em quinze dos dezesseis meses, enquanto o saldo da conta referente ao Abono Salarial ficou negativo em onze dos dezesseis meses. Em relação ao Abono Salarial, os dados encaminhados pelo MTE ao TCU mostraram que: “em 2014, até o dia 28 de novembro, em 79 (setenta e nove) dias o saldo da conta de suprimento ficou negativo; o maior valor para o saldo negativo foi de R\$ 1.508,9 milhão; o valor médio dos dias com saldo negativo foi de R\$ 314,1 milhões”. A conta referente ao Bolsa Família chegou a ficar com um saldo negativo de mais de R\$ 2 bilhões em 31 de julho de 2014.

Como qualquer outro correntista, quando a conta bancária fica negativa, a instituição financeira cobra juros, de modo que tal operação constitui uma operação de crédito. A Caixa chegou a reclamar na Justiça que não recebeu tais juros. Antes acionou a Advocacia da União através da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal em busca de um acordo. Logo em seguida, porém, a AGU suspendeu a tramitação do processo e passou a alegar que se tratava de uma mera “prestação de serviços *sui generis*”. Nunca demonstrou, porém, como e quanto se pagou por estas prestações, nem quanto foi recolhido de impostos sobre tais serviços (ISS, PIS, Cofins).

O problema é que a Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe o governo de tomar empréstimo junto a um banco que controla. A Lei do Colarinho Branco, (Lei nº 7.492/86) também prevê como crime o fato do controlador “tomar ou receber direta ou indiretamente, emprésti-

mo ou adiantamentos” de seu próprio banco. Implicitamente admitindo que houve uma irregularidade ou até mesmo um crime, a defesa do governo Dilma passou a defender a tese de que essa ilicitude já teria sido cometida antes, inclusive por outros governos, sem qualquer condenação da prática pelo TCU. O TCU, por sua vez, no julgamento final das contas, demonstrou com séries históricas o período e os valores dos saldos a descoberto que as contas ficaram nos últimos anos. A conclusão é que, em 2014, o governo ultrapassou, em muito — tanto no tempo quanto nos valores — o que ocorreu nos meses e anos mais recentes, ao menos no caso da Caixa Econômica.

Nesta comparação, é importante distinguir situações pontuais de práticas recorrentes. Segundo a própria Caixa, os repasses são baseados em estimativas e o efetivo saque pode se alterar de um momento para outro, causando um saldo positivo ou negativo após a transferência aos beneficiários. Isso é muito diferente da ausência de qualquer repasse prévio por longos dias, como mostram os dados do TCU no caso do governo Dilma, discutidos acima.

Mas qual o impacto destas “pedaladas” do governo Dilma no erário público e na economia do país? Muitos argumentam que por se configurarem simples atrasos nos repasses, trata-se de mera questão contábil. Não houve desvio efetivo ou prejuízo aos cofres públicos. Esta visão esconde prejuízos públicos importantes, ligados à falta de transparência. São, porém, difíceis de mensurar. Justamente porque o governo conseguiu maquiagem as contas por tanto tempo, fugindo de assumir o déficit fiscal e diminuí-lo por meio de mais dívida pública, pode ter se agravado a bola de neve que nos levou onde estamos: orçamento apresentado com previsão de déficit fiscal, necessidade de ajuste fiscal drástico com cortes de gastos e aumento de receitas, instabilidade econômica, rebaixamento da nota de investimento do país etc. Com mais transparência à época, talvez algumas medidas já poderiam ter sido tomadas antes, permitindo talvez um ajuste fiscal gradual e com maior confiança dos agentes econômicos.

Um Estado de Exceção Fiscal?

Melina Rocha Lukic

Pode o governo do Rio Grande do Sul parcelar o pagamento de seus servidores? Na semana passada, o Supremo começou a enfrentar essa questão. Começou a decidir se suspende liminares, concedidas pelo TJ-RS, que vedam o parcelamento e impõem multa diária em caso de descumprimento. Paralelamente às discussões técnicas quanto ao caráter alimentar dos salários e quanto à possibilidade de multa diária, quase todos os ministros levantaram a questão da impossibilidade de pagamento das verbas tendo em vista a situação financeira do Estado. Quaisquer que sejam os outros argumentos técnicos, esta circunstância torna o caso difícil: ou o Estado opta pelo pagamento dos salários, cumprindo assim os preceitos da Constituição Federal e Estadual; ou cumpre o pagamento da dívida perante a União.

As duas hipóteses têm consequências. O pagamento parcelado dos salários adiaria o cumprimento de um dever de natureza alimentar, deixando “o servidor às portas da miserabilidade”, nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski. Mas o não pagamento da dívida perante a União ensejaria o bloqueio automático das contas do governo, o que poderia trazer consequências ainda mais graves à manutenção das funções e despesas públicas e até mesmo impossibilitar o pagamento futuro destes mesmos salários.

Em divergência dos demais, o ministro Gilmar Mendes levantou questão interessante. Afirmou que a aplicação do art. 35 da Constituição Estadual, que determina o pagamento do salário até o último dia de cada mês, pressupõe um estado de normalidade das contas públicas. Não é o que ocorreria no caso em discussão, já que o Estado não dispõe de recursos financeiros para pagar seus funcionários e, por

isso mesmo, optou pelo parcelamento. A aplicação da lei deveria ser imposta somente em períodos normais e dentro das possibilidades fácticas; sobre fatos que não se poderia prever, torna-se esta inaplicável. Se o Estado demonstrasse que fez tudo a seu dispor para cumprir com o pagamento dos salários, mas mesmo assim está impossibilitado de fazê-lo, não haveria como justificar a determinação de que faça o pagamento em dia, nem muito menos que se aplique multa no caso de descumprimento.

O voto do ministro Gilmar Mendes autorizaria um “estado de exceção fiscal”, no qual o governo estaria legitimado a descumprir certos deveres pecuniários caso se encontre em situação de limitação financeira? Diante das dificuldades pela qual passa não só o Rio Grande do Sul, mas diversos outros Estados da Federação, tal visão abriria maior flexibilidade na gerência de suas respectivas finanças públicas, já que passariam a poder descumprir certas obrigações financeiras caso se encontrassem em situação de impossibilidade de satisfação destas. No limite, a possibilidade de parcelamento dos salários poderia inclusive beneficiar os funcionários públicos, já que os Estados ficariam menos propensos a rejeitar aumentos salariais ou novas contratações, por exemplo.

Entretanto, há o ponto cego na discussão até aqui. Quais as circunstâncias levaram à situação de calamidade das contas públicas estaduais? Os governos, atuais e passados, tiveram uma gestão responsável e eficiente das finanças públicas? Gastaram menos do que arrecadaram? Mantiveram o patamar de endividamento dentro dos limites legais? Cumpriram com a lei de responsabilidade fiscal? Se a situação de impossibilidade de pagamento é resultado de ações e omissões do governo, temos um problema: quanto mais o governo erra, mais poderia se eximir de cumprir outros deveres legais relativos à sua situação fiscal. Precisamos de prevenção. Quando o Supremo retomar o julgamento, os ministros poderiam discutir como evitar no futuro os problemas que hoje são causados por erros dos próprios governos.

Fux quer indexar salário de ministros do STF ao PIB e à inflação

Felipe Recondo

Uma emenda proposta pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux ao novo estatuto da magistratura tira do Legislativo o poder de votar o reajuste salarial dos integrantes do STF. A alteração sugerida pelo ministro ainda vincularia a “atualização monetária”, como define, ao crescimento da economia, às perdas inflacionárias e às projeções de inflação, somada “à necessidade e de valorização institucional da magistratura”.

A emenda Fux propõe que o valor do subsídio mensal do ministro seja atualizado por “ato” do Supremo até o final de novembro de cada ano para que entre em vigor no início do ano seguinte. Seria aplicar para o maior funcionalismo público os mesmos parâmetros aplicados para o reajuste do salário mínimo.

“O subsídio mensal dos magistrados, observadas as disposições constitucionais sobre o teto remuneratório, constitui-se de parcela única, ressalvadas as parcelas previstas nesta lei, reconhecidas pelo CNJ, estabelecidas nas leis orgânicas do Ministério Público e as de caráter indenizatório asseguradas aos agentes públicos.”

A Constituição estabelece que cabe ao Congresso Nacional aprovar os subsídios dos ministros do Supremo. O presidente do STF encaminha projeto de lei ao Legislativo, propondo o reajuste salarial e especificando o impacto fiscal do aumento. O Congresso pode aprovar ou rejeitar o projeto.

Da forma como está a emenda de autoria do ministro Luiz Fux à proposta de lei complementar, o reajuste não passaria mais pelo Congresso. Alteração semelhante foi tentada em 2010, durante a pre-

sidência do ministro Cezar Peluso. O projeto de lei 7.749/2010 dava competência ao STF para “publicar o valor nominal do subsídio”. “Tal mecanismo terá lugar a partir de janeiro de 2012 e dispensará a necessidade de remessa anual de projetos de lei ao Congresso Nacional, o que tomará o processo legislativo mais célere”, dizia a justificativa do projeto. A tentativa provocou reação do Congresso e não foi adiante.

A emenda Fux ressuscita a iniciativa. O ofício com a proposta foi encaminhada no dia 26 de março ao presidente do Supremo, ministro Ricardo Lewandowski. No final do ano passado, a minuta que altera o estatuto da magistratura foi distribuída a todos os ministros.

Lewandowski afirmou então que convocaria para o início deste ano nova sessão administrativa para discutir o assunto. Até o momento, não houve sessão administrativa e, de acordo com o tribunal, não há previsão de convocação.

Cabe ao presidente do Supremo enviar ao Congresso o projeto de lei complementar que substituiria a Lei Orgânica da Magistratura, de 1979. O ministro Lewandowski afirmou que pretende remeter o tema para análise do Legislativo ainda neste ano.

Publicado em 30 de Abril de 2015

O SUPREMO E O JUDICIÁRIO

Maconha e o descontrolado difuso de constitucionalidade

Diego Werneck Arguelhes

Thomaz Pereira

O julgamento no Supremo não terminou, mas se depender do juiz federal Marcelo Rebello Pinheiro (16ª Vara Federal do DF), a questão da criminalização da maconha já tem uma resposta: seu uso medicinal está liberado para qualquer um que disponha de atestado médico.

A regulação das drogas no Brasil depende da interação entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Na prática, o legislador delega à Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) o poder de determinar quais substâncias são proibidas, cabendo ao judiciário aplicar a norma e, se for o caso, controlar sua constitucionalidade — como está fazendo o Supremo ao discutir se o uso de drogas pode ser criminalizado (RE 635.659).

Provocado pelo Ministério Público Federal, sem esperar uma decisão do Supremo, sem esperar pelos técnicos da Anvisa, e sem esperar pelo seu próprio julgamento definitivo, o juiz concedeu liminar determinando que a Anvisa exclua o CBD (Canabidiol) e o THC (Tetraidrocanabinol) — princípio ativo da maconha — da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, passando a permitir sua importação para fins medicinais e a prescrição médica de produtos que os contenham.

O Juiz baseia sua decisão “em razão da omissão dos outros poderes”. Mas que omissão é essa?

A atual lei do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas é de 2006. Respondendo à ampla mobilização da sociedade civil, há

alguns meses a Anvisa tomou o passo importante de autorizar a venda de medicamentos com canabidiol. Por sua vez, o Supremo já começou a julgar a constitucionalidade da proibição do uso de drogas, interrompido por pedido de vista. Já há inclusive votos proferidos no sentido da descriminalização, que vêm sendo discutidos na imprensa, nas redes sociais, na sociedade em geral.

Ou seja, não há inércia. Legislativo, Anvisa e Supremo Tribunal estão andando. Para o juiz de Brasília, porém, não importa o caminhar, mas o destino final: a legalização completa para fins medicinais de todos os produtos que contenham o princípio ativo da maconha.

Essa decisão é um sintoma de um problema estrutural em nosso sistema de controle de constitucionalidade: cada juiz pode chamar para si a responsabilidade de promover qualquer tipo de mudança social e constitucional, inclusive em nível nacional, independentemente da participação do Supremo.

É verdade que temos no Brasil um sistema de controle difuso, em que qualquer órgão jurisdicional pode decidir que uma lei é incompatível com a Constituição. Formalmente, foi só isso que o juiz do caso fez. Mas assim como nem tudo que é legal é moralmente correto, nem tudo que o sistema de controle difuso permite é profissionalmente adequado como conduta judicial. Não se trata aqui de discutir jurisdição ou competência, mas sim do uso responsável do poder individual de cada juiz. O controle difuso cumpre um importante papel de lançar as sementes da transformação do direito nacional. No caso, porém, a liminar pretende já ser a transformação completa.

Na linha da típica retórica judicial do Brasil contemporâneo, o juiz pavimenta a liminar em “omissões” dos outros poderes e termos vagos, como “dignidade humana” e “direito à saúde”. Aqui talvez haja um alerta para os ministros do próprio Supremo: é deles que vem o exemplo constante de justificar a atuação judicial a partir do fato de que os outros poderes estão “inertes” na proteção a conceitos constitucionais abertos. Mas e quando o próprio Supremo “se omite” — *i.e.*, não deu (ou ainda não deu) a resposta que os juízes querem?

No caso, desconsiderando o Supremo, o juiz chama para si o poder de determinar o que é constitucional. Desconsiderando a Anvisa, cha-

ma para si o direito de determinar o que é medicinal. Desconsiderando o Legislativo, chama para si o direito de decidir que “proibicionismos” são ou não justificados.

Independentemente de nossa posição favorável à liberalização do uso da maconha, esse não é tema para um juiz decidir sozinho em uma liminar com alcance nacional.

O remédio pode ser eficiente, mas tem contraindicações e efeitos colaterais.

Publicado em 12 de Novembro de 2015

Nova Loman pode triplicar rendimento de juízes

Felipe Recondo

A proposta do Supremo Tribunal Federal para uma nova lei para a magistratura, cuja minuta foi encaminhada aos integrantes da Corte no fim do ano do Judiciário (19/12) contém adicionais e benefícios financeiros que ultrapassam os pedidos por um aumento salarial.

Os ministros do tribunal têm o maior contracheque do funcionalismo público nacional e uma elevação de seus salários traz a reboque, automaticamente, impacto nas contas públicas de Estados e da União. Em vez de aumento de salário, a nova lei amplia os chamados penduricalhos.

Uma soma simples mostra que os benefícios e auxílios previstos no novo Estatuto da Magistratura podem triplicar os rendimentos dos juízes, levando os valores para o patamar de R\$ 90 mil. O valor é alcançado quando calculados todos os benefícios, auxílios e verbas estipulados na minuta.

Enxugando esses números e criando alguns cenários absolutamente factíveis chega-se ao seguinte exemplo:

Um juiz de primeira instância receberá:

- R\$ 31.542,16 de salário a partir de 2015;
- Mais R\$ 1.577,10 a cada cinco anos de magistratura;
- Mais R\$ 1.577,10 de auxílio-transporte, pois não conta com carro oficial;
- Mais R\$ 1.577,10 de auxílio-alimentação;
- Mais R\$ 6.308,43 de auxílio moradia;
- Mais R\$ 3.154,21 de auxílio-plano de saúde.

No total, neste cenário simplório, o juiz receberá ao final do mês R\$ 45.734,05.

Esse valor aumenta com o enquadramento do magistrado em outras situações previstas na legislação.

Se o magistrado tiver um filho, receberá mais R\$ 1.577,10 de auxílio-creche e outros R\$ 1.577,10 como auxílio-plano de saúde para o dependente. Os rendimentos sobem para R\$ 48.888,25.

Se ele tiver um segundo filho, um pouco mais velho e que estude em escola privada, receberá mais R\$ 1.577,10 de auxílio-educação. E mais R\$ 1.577,10 de auxílio-plano de saúde para este segundo dependente. Sobem os rendimentos para R\$ 52.042,45.

Caso o juiz tenha em seu currículo um curso de pós-graduação, receberá ao fim do mês R\$ 53.619,55. Se ele tiver o título de mestre, vamos a R\$ 56.773,76. Na hipótese de ter seguido uma extensa carreira acadêmica e, além de pós-graduação, tiver título de doutor, seus rendimentos irão a R\$ 61.505,08.

Na hipótese de acumular alguma função administrativa no foro, o contracheque subirá a R\$ 72.019,13. Se este juiz julgar mais processos do que recebe no ano, ele receberá dois salários adicionais por ano. Dividindo esse valor por 12 para facilitar nossa conta, os rendimentos do magistrado subiriam mensalmente ao valor médio de R\$ 77.276,15.

Participando de mutirões de conciliação ou de outras atividades especiais, o juiz receberá a mais, por dia, R\$ 1.051,40.

No caso de um juiz mais antigo, que já tenha chegado ao topo da carreira e que tenha alcançado o tempo necessário para se aposentar, ele receberá mais R\$ 1.577,10 por ano se decidir continuar trabalhando.

Além desses valores, há outros benefícios na lista, como ajuda de custo para capacitação (de R\$ 3.154,21 a R\$ 6.308,43), auxílio para o caso de ser designado para localidade de difícil acesso (R\$ 10.514,05), auxílio-mudança (de até R\$ 94.626,48 em parcela única).

Nessa contas todas é possível ainda incluir a venda de metade dos 60 dias de férias a que os juízes têm direito. Apesar de o Supremo ainda estar julgando se o juiz deve ser indenizado por não usufruir dos 60 dias de férias, a proposta de novo estatuto já estabelece essa possibilidade.

O texto do novo estatuto, com novos benefícios e prerrogativas, foi entregue aos demais integrantes da Corte pelo presidente do Supremo, ministro Ricardo Lewandowski. O ministro avisou que convocará sessões administrativas assim que o tribunal voltar do recesso para discutir a proposta. Aprovado o texto pelos demais ministros, ele será encaminhado a votação no Congresso Nacional.

Publicado em 24 de Dezembro de 2014

Uma “árvore de Natal” em benefícios para os magistrados

Felipe Recondo

O que vem a seguir foi classificado por ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) como uma árvore de Natal de penduricalhos para a magistratura. A minuta do novo Estatuto da Magistratura, que substituirá a Lei Orgânica da Magistratura (Loman), de 1979, inclui na lei o que alguns tribunais pagavam de adicionais a juízes. Verbas que são contestadas no Supremo e que dormitam à espera de uma resposta.

Auxílio-transporte para o magistrado que não tiver carro oficial, prêmio por produtividade, indenização de transporte de bagagem e mobiliário, auxílio moradia, auxílio-creche, auxílio-educação para quem tiver filho em escola privada, auxílio-funeral, extensível aos aposentados, auxílio plano de saúde, ajuda de custo para capacitação, ajuda de custo por hora-aula por participação em bancas de concurso público, reembolso por despesas médicas e odontológicas não cobertas pelo plano de saúde, ajuda de custo para cursos, como especialização, retribuição por acúmulo de funções.

Essa “árvore de Natal” de benefícios fará aumentar a remuneração dos magistrados e, conforme ministros do Supremo, pagamentos que violam o regime de subsídio previsto na Constituição. Na última sessão administrativa, os ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso fizeram críticas ao pagamento de adicionais, especialmente verbas deferidas judicialmente, inclusive pelo STF.

Os benefícios se somam a outros que estavam previstos na lei desde 1979, como diárias, ajuda de custo para mudança, férias de 60 dias, salário-família, verba de representação, gratificação por exercício de

atividade em comarca de difícil acesso. E se juntam a outro rol de benefícios criados, mas sem previsão de pagamentos. Como licença paternidade de 8 dias, licença-prêmio, afastamento para tratar de assuntos particulares.

O texto estabelece as regras para o pagamento de todos esses benefícios.

- O auxílio-alimentação será pago mensalmente ao magistrado, inclusive no período de férias, no montante correspondente a 5% do subsídio.
- O auxílio-transporte para o juiz que não dispuser de carro do tribunal será equivalente a 5% do valor do subsídio mensal do magistrado, e será pago para os deslocamentos entre o trabalho e a casa do juiz.
- O auxílio-creche será devido mensalmente ao magistrado, no valor de 5% do subsídio por filho, desde o nascimento até os 6 anos de idade.
- O auxílio-educação, também equivalente a 5%, será devido ao magistrado que tiver filho com idade entre 6 e 24 anos e que esteja cursando o ensino fundamental, médio ou superior em instituição privada.
- O auxílio-plano de saúde será pago mensalmente ao juiz no valor de 10% do subsídio para o magistrado e para sua mulher, e a 5% do subsídio para cada um de seus dependentes.
- Além disso, cada tribunal deve proporcionar serviços de assistência médico-hospitalar aos juízes, incluindo serviços profissionais médicos, paramédicos, farmacêuticos, fisioterapêuticos, psicológicos e odontológicos.
- A ajuda de custo para capacitação será paga mensalmente ao magistrado para a realização de cursos de aperfeiçoamento, especialização, mestrado, doutorado e pós-doutorado, correspondendo a 10% nos casos de instituições situadas no Brasil, e a 20% quando se tratar de instituição situada no exterior.
- Será paga indenização de permanência ao juiz que tiver completado tempo de serviço para aposentadoria, mas que permanecer

trabalhando. O benefício corresponderá a 5% do total da remuneração, por ano de serviço excedente, até o limite de 25%.

- O prêmio por produtividade será pago ao magistrado uma única vez por semestre, em janeiro e em agosto de cada ano. Para isso, basta ao juiz, nos seis meses anteriores, proferir mais sentenças do que o número de processos recebidos mensalmente. Cumprida a meta, o juiz recebe um salário a mais por semestre.
- O juiz receberá o adicional por prestação de serviços de natureza especial se participar de mutirões de conciliação, treinamentos, projetos sociais, fiscalização de concursos públicos.

Publicado em 19 de Dezembro de 2014

Mais prerrogativas para juízes no texto da nova Loman

Felipe Recondo

A minuta do novo Estatuto da Magistratura garante aos juízes de todo o país passaporte diplomático, livre acesso a portos e aeroportos de todo o país quando em serviço e vigilância especial prestada “para a preservação de sua integridade física, de sua família e de seus bens”.

A lista de prerrogativas foi ampliada pelo texto. Na Lei Orgânica da Magistratura, de 1979, são cinco incisos apenas. No texto novo, antecipado pelo JOTA, a lista mais do que dobra.

O texto prevê que todo magistrado que fizer uma viagem a trabalho ao exterior terá direito a portar passaporte diplomático, livrando-os de passar pela alfândega e tirando-os das filas da imigração.

Os juízes, se aprovado o texto, terão ainda prioridade “em qualquer serviço de transporte ou meio de comunicação” quando em serviço de caráter urgente. O estatuto ainda garante aos magistrados “livre trânsito em portos, aeroportos e rodoviárias, quando em serviço”.

Outra prerrogativa do novo texto garante ao juiz “dispor de vigilância especial, a ser prestada pelos órgãos de segurança pública federal e estadual, para a preservação de sua integridade física, de sua família e de seus bens”. Para isso, deverá requisitar a segurança especial justificadamente.

Mas se o juiz considerar que a situação é de emergência, pedirá a proteção especial à polícia diretamente. E se o órgão de segurança se recusar, “incorrerá em infração disciplinar grave, ato de improbidade administrativa ou ilícito penal no caso de recusa, negligência ou sonegação dos meios necessários à efetivação das medidas requisitadas”.

Os magistrados também poderão usar carteira funcional expedida pelo tribunal a que estiver vinculado. A “carteira de juiz” terá força de documento legal e servirá para porte de arma de defesa pessoal e aquisição de munições, “independentemente de providências administrativas”.

O texto traz outra inovação: os juízes aposentados disporão das mesmas prerrogativas dos ativos. O texto não especifica se todas as prerrogativas do cargo são mantidas para os aposentados. Informa apenas que serão mantidas as que couberem.

Na lista de prerrogativas do novo estatuto, algumas repetem o texto da Loman, como a previsão de que o juiz não será preso senão por ordem escrita do tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, a garantir que seja recolhido em sala especial de Estado-Maior, seja ouvido como testemunha ou parte autora de uma ação em dia, hora e local por ele definidos.

A minuta foi inicialmente pensada pelo ministro Gilmar Mendes e, de acordo com o STF, passou posteriormente pelas mãos do ministro Luiz Fux. O texto foi entregue nesta semana aos ministros do STF.

O presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, adiantou que convocará sessões administrativas para discutir o texto e, quando fechado, ainda em 2015, será enviado para votação ao Congresso Nacional.

Abaixo, a lista de prerrogativas do novo estatuto e, em seguida, as previstas na Loman.

Minuta do novo Estatuto da Magistratura

Art. 92. São prerrogativas do magistrado:

I — não ser preso senão por ordem escrita do tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável e quando não se permitir liberdade provisória sem pagamento de fiança, casos em que a autoridade, sob pena de responsabilidade, fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do tribunal a que esteja vinculado, a quem remeterá os autos referentes à prisão, vedada a condução do magistrado a delegacia de polícia ou estabelecimento semelhante;

II — ser recolhido em sala especial de Estado-Maior, com direito à privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final, inclusive na prisão em flagrante, e em dependência separada no estabelecimento prisional em que a pena tiver de ser cumprida;

III — ser ouvido como testemunha ou parte autora de uma ação em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade administrativa, policial ou judiciária;

IV — não ser interrogado em processo disciplinar ou criminal, a não ser por magistrado de instância igual ou superior, ainda que integrante ou designado pelo Conselho Nacional de Justiça;

V — não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no §1º deste artigo;

VI — usar carteira funcional expedida pelo tribunal a que estiver vinculado, com força de documento legal de identidade, e autorização expressa pelo Presidente do respectivo tribunal, quando for o caso, para porte de arma de defesa pessoal e aquisição de munições, independentemente de providências administrativas;

VII — ter ingresso e livre trânsito, em razão de serviço, em qualquer recinto público ou privado, respeitada a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio;

VIII — ter prioridade, em qualquer serviço de transporte ou meio de comunicação, público ou privado, no território nacional, quando em serviço de caráter urgente;

IX — ter livre trânsito em portos, aeroportos e rodoviárias quando em serviço;

X — portar passaporte diplomático quando em viagem a serviço ao exterior;

XI — dispor de vigilância especial, a ser prestada pelos órgãos de segurança pública federal e estadual, para a preservação de sua integridade física, de sua família e de seus bens, quando requisitá-la justificadamente ao respectivo tribunal, salvo em situação de emergência, hipótese em que o fará diretamente à autoridade policial, que incorrerá em infração disciplinar grave, ato de improbidade administrativa ou ilícito penal no caso de recusa, negligência ou sonegação dos meios

necessários à efetivação das medidas requisitadas, informando o magistrado, de imediato, a instância superior.

§ 1º Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao tribunal ou órgão especial competente, para os devidos fins.

§ 2º O magistrado aposentado mantém, no que couber, a titulação e as prerrogativas do cargo, não podendo utilizá-las em eventual exercício da advocacia.

Lei Orgânica da Magistratura, de 1979.

Art. 33 — São prerrogativas do magistrado:

I — ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior;

II — não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará comunicação imediata e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

III — ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

IV — não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

V — portar arma de defesa pessoal.

Parágrafo único — Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Loman prevê benefícios controversos na Justiça e no Legislativo

Felipe Recondo

O novo Estatuto da Magistratura busca consagrar três pontos polêmicos que ainda são controversos no Congresso e no próprio Supremo Tribunal Federal (STF). A proposta entregue na semana passada pelo presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, aos ministros da Corte oficializa e aumenta o valor do auxílio moradia, garante aos juízes o direito de vender metade dos 60 dias de férias a que têm direito e ressuscita o adicional por tempo de serviço.

A lista ampliada de benefícios, auxílios e prerrogativas dos magistrados estabelece que todo juiz que não ocupe imóvel funcional receberá o correspondente a 20% do subsídio mensal para arcar com despesas de aluguel, sem necessidade de comprovar o gasto.

Hoje, o valor máximo que pode ser pago é de R\$ 4.377,73. O percentual de 20%, calculado sobre o subsídios de um juiz de primeira entrância a partir de 2015, revela que o valor do benefício subirá a R\$ 6.308,43. Os limites impostos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a concessão do auxílio também desaparecem. O CNJ estipulou que um casal de juízes só pode receber um auxílio moradia. A lei garantiria aos dois o benefício.

O pagamento do benefício está amparado em liminar concedida pelo ministro Luiz Fux aos juízes de todo o país, rapidamente copiada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública da União. Porém, a liminar não foi submetida ao crivo do plenário para ser referendada. A União tenta, por enquanto sem sucesso, reverter essa decisão em favor da magistratura.

A venda de férias pelos juízes é tema também alvo de contestação judicial. E, novamente, está amparada em decisão liminar que aguarda julgamento do plenário do STF há quatro anos. A Lei Orgânica da Magistratura (de 1979) estabeleceu que os juízes têm dois meses de férias por ano. Alguns magistrados alegam que precisam trabalhar no recesso e vendem este segundo mês. Houve casos identificados pelo CNJ de juízes que acumulavam mais de meio milhão em férias não usufruídas.

Há, pelo menos, dois processos em que o assunto é analisado no STF. No primeiro deles, relatado pelo ministro Marco Aurélio, a Associação Paulista dos Magistrados (Apamagis) impetrou mandado de segurança (MS 28.286) contra decisão do CNJ que vedava a venda de férias. O assunto foi levado a plenário, mas um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes no dia 15 de dezembro de 2010 interrompeu o julgamento. Dois dias depois, o ministro Marco Aurélio concedeu a liminar.

O outro processo é relatado pelo ministro Gilmar Mendes, um dos principais críticos da possibilidade de juízes venderem férias. A ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.428) foi liberada para pauta em maio de 2012, mas ainda não foi julgada.

O terceiro benefício incluído no novo estatuto ainda tramita no Congresso Nacional, mas não como lei complementar (*status* da Lei Orgânica da Magistratura). A proposta de emenda à Constituição 63, de 2013, recria o adicional por tempo de serviço: o pagamento de 5% a mais a cada magistrado e integrante do Ministério Público que completa cinco anos de serviço. A PEC e a proposta do STF de estatuto impõem como limite o pagamento de 35%.

O texto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), mas ainda aguarda votação do plenário do Senado.

A inclusão de todos esses benefícios contradiz o que ministros defenderam na sessão administrativa do STF em que o tema foi debatido. Os ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso ressaltaram que a magistratura deve se enquadrar no sistema de subsídio único estabelecido pela Constituição.

O presidente Ricardo Lewandowski afirmou que pretende convocar sessões administrativas em 2015 para debater o projeto. Depois

das discussões, ainda em 2015, encaminhará o tema para apreciação do Congresso.

No Legislativo, o estatuto pode encontrar resistências. Propostas que tramitam nas duas Casas buscam o oposto do que agora é pensado pelo STF e pelas associações de classe. Há sugestões para a extinção das férias de dois meses (igualando o juiz ao trabalhador comum) e para permitir que o CNJ demita magistrados suspeitos de irregularidades.

Publicado em 26 de Dezembro de 2014

Como deve ser a Loman aos olhos do ministro Luiz Fux

Felipe Recondo

As críticas iniciais à minuta do novo Estatuto da Magistratura aumentaram nas últimas semanas depois que o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, fez 73 sugestões de mudança no texto. Em nenhum momento propôs redução da longa lista de auxílios. Também não busca promover o aumento da produtividade dos magistrados.

Em conjunto, as emendas revelam que o texto do novo estatuto fica, a cada dia que passa, mais corporativo e distante da sua real função, que é modernizar a Justiça, garantir as prerrogativas dos magistrados e atualizar uma legislação de outros tempos.

Fux propõe que os ministros do STF possam aumentar o próprio salário sem que se submetam ao controle do Congresso Nacional. Sugere ainda tirar dos governadores de estado e do presidente da República a prerrogativa exclusiva de nomear desembargadores.

Com as emendas, o texto permitiria que juízes se afastassem de suas funções para prestar serviços a embaixadas do Brasil no exterior. Retira poderes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e retrocede no controle que começou a ser feito há poucos anos sobre as nem sempre eficientes corregedorias dos tribunais locais.

Mais: impede que um juiz condenado por improbidade administrativa perca suas funções. Aumenta as férias dos magistrados ao sugerir que os feriados compreendidos no período de descanso não sejam contados para os 60 dias de férias. Aplica ao teto do funcionalismo público os mesmos parâmetros usados para aumentar o salário mínimo — inflação passada mais crescimento do PIB.

A contribuição de Fux cria um estamento de juízes auxiliares com rendimentos superiores aos de ministros do Supremo Tribunal Federal. Eles receberiam auxílio moradia e, ao mesmo tempo, diárias para trabalhar em Brasília. Obriga os governos federal e estaduais a ampliar os tribunais de justiça.

E tenta, por lei complementar, mudar a regra constitucional que limita a 65 anos a idade máxima de indicados para tribunais. Essa regra passaria a valer apenas para magistrados de carreira.

O texto proposto por Fux autoriza o juiz a cumprir o plantão judicial pelo telefone; altera regras para processamento e punição de juízes suspeitos de irregularidades, estende para juízes aposentados o pagamento de verbas indenizatórias, como auxílio moradia, e garante aos juízes gratificação por tempo de serviço de 3 em 3 anos até o limite de 60% do subsídio.

O ofício com as 73 emendas foi encaminhado ao presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, no dia 26 de março e em seguida foi distribuído a todos os ministros da Corte.

O ministro Fux já havia participado do processo de elaboração da minuta hoje em discussão no Supremo. O aumento da lista de auxílios e outros benefícios aos juízes, como auxílio-creche e auxílio-escola, atende a interesses corporativos. Contudo, admitem alguns juízes ligados a entidades de classe, só prejudica a imagem pública da magistratura.

As propostas de novos benefícios para os juízes, agora ampliadas pelas emendas do ministro Fux, vão ao encontro de declarações públicas de outros integrantes da Corte. No final do ano passado, ao menos três ministros disseram que era preciso respeitar o que determina a Constituição — o subsídio único para os magistrados.

Em tempos de ajuste fiscal, desemprego e recessão da economia, as sugestões do ministro Fux, afirmou um integrante da Corte, parecem descoladas da realidade.

A minuta original do novo estatuto e as propostas feitas pelo ministro Luiz Fux serão debatidas pela Corte em sessões administrativas a serem convocadas pelo presidente do tribunal.

O texto final só será remetido ao Congresso Nacional depois de votado pelos ministros do Supremo. O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que pretende enviar a proposta ao Legislativo ainda neste ano.

Publicado em 30 de Abril de 2015

Fux defende que juiz condenado por improbidade não perca a função

Felipe Recondo

Emenda apresentada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux à minuta do novo estatuto da magistratura prevê que os juízes condenados por improbidade administrativa não percam a função pública.

A Constituição, no artigo 37, parágrafo 4º, estabelece que: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O texto constitucional não faz exceções, mas o ministro Luiz Fux sugere em proposta de lei complementar que os magistrados eventualmente condenados em ações de improbidade não sejam atingidos.

As propostas feitas pelo ministro Luiz Fux ao texto que tramita internamente no Supremo preveem ainda um retrocesso no controle feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre as corregedorias dos tribunais locais.

O mau funcionamento dos órgãos de correição dos tribunais levou o Conselho a determinar a remessa dos processos administrativos julgados pelas corregedorias ao CNJ.

Isso permitiria que a Corregedoria Nacional de Justiça fiscalizasse os processos contra juízes nos tribunais de origem e, eventualmente, avocassem os casos em que o corporativismo imperou.

O texto do novo estatuto distribuído aos ministros do Supremo pelo presidente Ricardo Lewandowski consagrava no Estatuto da Magistratura essa previsão: “Art. 168. O Presidente do tribunal encami-

nhará à Corregedoria Nacional de Justiça, no prazo de 15 dias, cópia da ata de julgamento do processo administrativo disciplinar”.

O ministro Luiz Fux sugere retirar essa previsão do texto. Assim, o novo estatuto retomaria a realidade que o CNJ tentou combater.

A emenda Fux ainda cria salvaguardas para juízes investigados por irregularidades. Ao julgar processos administrativos disciplinares, o plenário do CNJ, por exemplo, pode se dividir na definição da pena a ser imposta. A minuta hoje em análise no STF define que o plenário, ao se confrontar com essa situação, vote cada uma das sanções de forma individualizada até que haja maioria absoluta para uma delas.

A alteração pensada por Fux cria uma solução distinta: se houver divergência quanto à pena a ser imposta e se o colegiado não alcançar maioria absoluta para uma das penas após três votações, nenhuma punição será imposta.

Publicado em 30 de Abril de 2015

Desembargadores poderiam ser indicados pelos próprios tribunais

Felipe Recondo

Proposta do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux pode tirar dos chefes do poder executivo — governadores e presidente da República — a competência exclusiva prevista na Constituição de nomear os desembargadores dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais provenientes do quinto constitucional.

Emenda proposta pelo ministro à minuta do estatuto da magistratura delega ao presidente do respectivo tribunal a nomeação e posse dos candidatos provenientes do Ministério Público e da advocacia.

Essa alternativa, não prevista pela Constituição, ocorreria se o chefe do poder executivo não fizer a escolha do nome no prazo de 20 dias depois de enviada a lista tríplice de candidatos ao cargo. Nesse caso, caberia ao presidente do tribunal nomear o mais votado da lista.

A Constituição assentou no artigo 94, parágrafo único, que cabe ao chefe do Poder Executivo a nomeação dos desembargadores. A indicação deve ser feita nos 20 dias subseqüentes ao recebimento da lista tríplice. O governador, no caso dos tribunais de justiça, e o presidente da República, no caso dos tribunais federais, deve escolher um dos nomes da lista para nomeação.

Porém, o texto constitucional não estabelece sanções para o caso de descumprimento do prazo. Nem tampouco delega a outra autoridade competência para nomear o desembargador na ausência do chefe do Executivo.

O ministro Luiz Fux sugere que uma lei complementar — do novo estatuto da magistratura — crie essa saída, mesmo que não haja previsão constitucional para isso.

A proposta assinada por Fux foi enviada em ofício ao presidente do Supremo, ministro Ricardo Lewandowski, no mês passado. As sugestões de Fux à minuta em estudo no STF, disponível no JOTA, serão debatidas pelos ministros do STF antes que o texto seja remetido ao Congresso Nacional.

Publicado em 30 de Abril de 2015

Fux propõe gratificação a juízes a cada três anos de trabalho

Felipe Recondo

Enquanto as associações da magistratura tentam aprovar uma proposta de emenda à Constituição para reavivar o pagamento de quinquênios aos juízes de todo o país, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux busca por meio de lei complementar recriar o benefício aos magistrados em parâmetros mais elevados.

Tramita no Congresso uma proposta de emenda constitucional que garantiria o pagamento de uma gratificação aos juízes a cada cinco anos de trabalho. O adicional por tempo de serviço (ATS) seria limitado a 35% do valor total do subsídio.

Por uma emenda à minuta do novo estatuto da magistratura, o ministro Luiz Fux sugere que o STF envie ao Congresso uma proposta mais benéfica para os juízes: a cada três anos de trabalho, os juízes receberiam 5% de gratificação, no limite máximo de 60% do subsídio pago.

A alteração no texto recomendada pelo ministro Fux foi enviada ao presidente do STF, Ricardo Lewandowski, em março e distribuída aos demais integrantes da Corte.

Os ministros discutirão, em sessão administrativa, a minuta e outras sugestões de mudança ao estatuto da magistratura antes de enviá-lo para o Congresso Nacional. Não há previsão de quando ocorrerá a sessão administrativa.

A proposta de Fux certamente encontrará resistência no colegiado. No final do ano passado, na sessão administrativa em que foi distribuída a minuta original do novo estatuto, ao menos três ministros da

Corte — Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes — criticaram decisões judiciais que garantiam o recebimento de adicionais pelos juízes de forma a burlar o pagamento por subsídio, como previsto na Constituição.

O pagamento do ATS seria, na opinião de ministros e integrantes do governo, um drible ao subsídio único.

Publicado em 30 de Abril de 2015

Supersalários para subministros

Felipe Recondo

Juízes convocados para auxiliar ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e de tribunais superiores poderão ganhar mais do que seus chefes caso uma proposta do ministro Luiz Fux seja levada adiante.

Cada um desses juízes auxiliares receberia, além do salário, auxílio moradia para pagar o aluguel na cidade de origem e mais diárias para trabalhar em Brasília. Como teriam de dar expediente durante toda a semana na capital, eles receberiam praticamente um salário a mais por mês.

A emenda de autoria do ministro Fux à minuta do novo estatuto da magistratura permitiria ainda que esses juízes permanecessem em Brasília indefinidamente, pelo tempo que o ministro do Supremo, por exemplo, quisesse.

Hoje, um juiz auxiliar recebe apenas auxílio moradia para alugar um apartamento em Brasília. Não recebe nada além disso. Além disso, ele pode se afastar de sua jurisdição apenas por dois anos.

Em alguns casos, juízes auxiliares deixam o STF e seguem para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), são em seguida convocados para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e assim por diante. Há casos em que juízes deixaram as varas que ocupavam e estão há quase dez anos em Brasília. Mas casos como estes devem ser exceção.

A minuta original do estatuto, em discussão no tribunal, tentava disciplinar a convocação de juízes auxiliares.

A minuta original do novo estatuto regulamentava a convocação dos magistrados e impunha limites de prazo para afastamento de suas funções:

“Art. 49. O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e sua Corregedoria, o Conselho da Justiça Federal e sua Corregedoria, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e sua Corregedoria e os Tribunais

Superiores poderão convocar, na forma de seus regimentos internos, magistrados de primeira e de segunda instâncias, para fins de auxílio ou de instrução, pelo prazo máximo de dois anos em cada função, com prejuízo da jurisdição, não podendo seu afastamento exceder a quatro anos, vedada nova convocação antes de decorrido esse prazo.”

A redação proposta por Fux permitiria que o STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Corregedoria Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, a Corregedoria da Justiça Federal e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho pudessem convocar magistrados de primeira e segunda instâncias sem limite de tempo.

Outra sugestão do ministro Luiz Fux criaria uma nova atribuição para os juízes. A emenda Fux permitiria que magistrados se afastassem de suas funções para trabalhar em embaixadas ou consulados do Brasil no exterior.

A sugestão do ministro conflita com a constante reclamação dos juízes brasileiros. Enquanto protestam contra o número considerado reduzido de juízes e, por conseguinte, da carga elevada de processos, o ministro Fux sugere abrir uma nova porta para que magistrados se afastem de suas funções primordiais.

O teto de vidro do Supremo

Thomaz Pereira

Só agora o Supremo decidiu que, desde a promulgação da Constituição (1988), “vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza” não deveriam escapar do teto remuneratório do funcionalismo público nacional. Ou seja, a partir da decisão, esse tipo de “penduricalho” não poderá mais ser usado para fugir do limite máximo, mas quem recebeu acima do teto até então o fez de boa-fé e não precisa restituir aquilo que recebeu em violação à Constituição.

Com isso, mais uma vez, o Supremo anuncia com grandiloquência uma decisão que chega atrasada, altera pouco, legitima muito e pouco contribui para de fato garantir que o teto constitucional seja efetivamente respeitado daqui para a frente.

O atraso, ao menos, foi claramente reconhecido. Para o ministro Teori Zavascki, “chegou a hora de pôr ponto final no Brasil nessa questão do teto. (...) Está na hora de a sociedade brasileira respeitar a Constituição”.

Mas para além de frases de efeito, o que o Supremo tem feito nesse sentido? Muito pouco.

Parece haver consenso no Tribunal de que o problema hoje está nas “verbas indenizatórias”. Uma categoria formalmente excluída do teto remuneratório — afinal, indenização não é remuneração — mas que, na prática, tem sido utilizada para se descumprir a Constituição. A ministra Cármen Lúcia foi didática: “indenizar é tornar indene” e “se não houve dano, não há indenização”. Mas como os ministros bem sabem, essa é uma lição que a administração pública, inclusive a magistratura, está cansada de ignorar.

A briga pela inclusão das vantagens pessoais no teto remuneratório é antiga. Na verdade, em seu conteúdo, a decisão do Supremo não faz nada mais do que afirmar o que duas emendas constitucionais diferentes — EC 19/1998 e EC 41/2003 — já haviam tentado resolver por meio de declarações expressas no texto da Constituição. Por isso, não é coincidência que adicionais, antes distribuídos a título de “vantagens pessoais”, há muito passaram para a rubrica de “verbas indenizatórias”. Na prática, indeniza-se assim danos que ninguém sofreu. Essa questão, apesar de reconhecida pelos ministros do Supremo, ficou de fora da decisão de hoje, que entendeu não poder decidir sobre algo que extrapola o objeto do recurso julgado.

Mas se algo tão estrutural ficou de fora, o que pode fazer o Supremo para resolver esse problema?

Como bem afirmou o ministro Gilmar Mendes, qualquer solução requer, antes de tudo, que o Supremo faça uma “profunda autocrítica” e reconheça o “mau exemplo” que pode estar dando.

Esse “mau exemplo” tem vindo de duas formas.

Primeiro, pelas próprias decisões que o Tribunal tomou — ou deixou de tomar. No fundo, ignorar o teto constitucional, ao menos até aqui, compensou. Afinal, foram necessários 27 anos, duas emendas constitucionais e esta decisão explícita do Supremo para se incluir inequivocamente as vantagens pessoais no teto remuneratório. Agora, uma mensagem precisa ser enviada quanto às “verbas indenizatórias”. Se os ministros sabem — se, na verdade, todo o funcionalismo público e toda a comunidade jurídica sabem — que essa é a nova válvula de escape do teto constitucional, é preciso que o Supremo se posicione contra isso o quanto antes, e que o faça de forma inequívoca e efetiva.

Mas há mais. Decisões judiciais não são o único meio pelo qual o Supremo se comunica com as instâncias inferiores e com a sociedade em geral. Como órgão máximo do Judiciário nacional, a maneira pela qual o Supremo lida com o teto da própria magistratura é decisiva.

Nada ilustra melhor essa dimensão do problema do que o projeto de Lei Orgânica da Magistratura (Loman), hoje nas mãos dos ministros. Essa é uma oportunidade única de dar um exemplo inequívoco,

cortando na própria carne para poder exigir o mesmo dos outros poderes públicos.

Não é isso, no entanto, que se vê no anteprojeto atualmente em discussão no Supremo. Seu texto assegura aos magistrados, sob o título de “verbas indenizatórias”: auxílio-creche, auxílio-educação, auxílio plano de saúde, prêmio por produtividade e “demais vantagens previstas em lei, inclusive aquelas concedidas ao ministério público e aos servidores públicos em geral que não sejam excluídas pelo Regime Jurídico da Magistratura” — dentre outras.

Que mensagem passa para o resto do Judiciário ministros incluindo na Loman “verbas indenizatórias” que não indenizam dano algum? Com que moral poderão fiscalizar condutas semelhantes de outros poderes? Se provocados, como decidirão sobre a constitucionalidade das vantagens que eles mesmos propuseram?

Grandiloquência não é compromisso. Ainda está em tempo de o Supremo sinalizar — para todos os juízes, para o funcionalismo público e para a sociedade em geral — que realmente repudia o desrespeito ao teto constitucional por meio do contrabando de adicionais salariais disfarçados de “verbas indenizatórias”. Basta que o projeto da nova Loman, a ser enviado ao Legislativo, apenas considere “verbas indenizatórias” aquilo que de fato indenize algum dano — conforme lição da própria ministra Cármen Lúcia.

O exemplo que for dado, bom ou ruim, será recebido por toda a sociedade. Que a mensagem seja de que o Judiciário brasileiro, em todas suas esferas, aplica a Constituição não apenas aos outros poderes, mas também a si mesmo.

Parafraseando o ministro Teori Zavascki: está na hora de o Judiciário brasileiro respeitar a Constituição.

Teto salarial no Judiciário é questão de acesso à informação

Rafael Braem Velasco
Evandro Proença Sussekind

Na sessão desta quarta-feira (18), o Supremo enfrentou um de muitos casos envolvendo a questão dos limites constitucionais da remuneração de magistrados e servidores no Judiciário e decidiu que o teto constitucional deve incidir sobre valores recebidos a título de vantagens pessoais.

Este caso relaciona-se intrinsecamente ao acesso à informação, pois somente por meio da adoção de práticas transparentes na divulgação de informações sobre remuneração será possível avaliar se a decisão do STF estará sendo de fato cumprida. Porém, na dimensão da transparência em relação aos salários de seus integrantes, os tribunais brasileiros têm deixado a desejar.

Em pesquisa realizada em 2014, o Programa de Transparência Pública liderado pelas Escolas de Direito e de Administração da FGV analisou o grau de transparência de 40 tribunais brasileiros em relação à remuneração de seus servidores e magistrados. Os resultados da pesquisa, publicada como “O Estado Brasileiro e a Transparência — Avaliando a aplicação da Lei de Acesso à Informação”, apontam para um cenário cinzento: o Judiciário brasileiro está bem distante de cumprir satisfatoriamente a Lei de Acesso à Informação (LAI).

A pesquisa indica que pouco mais da metade de todos os pedidos de acesso à informação enviados para tribunais é de fato respondida, uma vez que apenas 160 (61%), dos 269 pedidos enviados receberam alguma resposta. Além disso, quando os tribunais responderam aos

pedidos, frequentemente forneceram os dados em formatos não processáveis, dificultando a manipulação destes.

Essa exigência da LAI não é difícil de ser cumprida, pois esses mesmos dados são processados todos os dias pelos departamentos financeiros e administrativos dos tribunais de modo a viabilizar a gestão financeira e a execução da folha de pagamento.

O baixo grau de cumprimento com a LAI também é evidenciado pelo fato de que apenas 6 tribunais forneceram respostas satisfatórias e em formatos processáveis por máquina aos pedidos de acesso à informação que versavam sobre remuneração dos magistrado, quais sejam: STF, TST, TRT da 15ª Região, TRF da 2ª Região, TJRJ e TJRR.

Outra grande dificuldade envolve a falta de detalhamento do conteúdo de algumas categorias para organizar a remuneração; por exemplo, “vantagens pessoais”, “indenizações” e — a mais emblemática e vaga — “vantagens eventuais”. Essa última categoria de acréscimo no salário fixo de juízes e desembargadores é a responsável pelos valores astronômicos divulgados na imprensa no último ano, e que faz com que não raras vezes um desembargador receba mais do que um senador, o presidente da República ou — o suposto teto — um ministro do Supremo Tribunal Federal.

Por exemplo, em novembro de 2014, a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrichi, teria recebido a quantia de R\$ 420.880,34 líquidos. Explicar que esse valor se refere a “vantagens eventuais” ou “indenizações”, nesse nível de generalidade, é explicar muito pouco. Sem transparência, mal podemos sequer começar a discutir a legitimidade e a legalidade desses acréscimos.

Hoje, o Supremo enfrentou um caso sintomático e julgou que os valores recebidos a título de vantagens pessoais devem ser somados aos demais rendimentos para fins do cálculo do teto constitucional do serviço público.

A decisão do Supremo é profundamente importante e gerará efeitos futuros que estão diretamente relacionados à Lei de Acesso à Informação. Afinal, os tribunais deverão adotar as medidas de fornecimento de informação e transparência estipuladas na Lei para permitir que o

CNJ, o MP e a sociedade civil fiscalizem a adequação da remuneração efetivamente paga aos magistrados com o teto constitucional.

É provável que o Supremo Tribunal Federal seja chamado a resolver casos futuros a respeito do descumprimento das obrigações da lei de acesso à informação por tribunais. O STF precisará monitorar se e como suas decisões estão sendo cumpridas, o que exigirá cada vez mais transparência por parte dos tribunais inferiores.

De que adianta o Supremo julgar que as vantagens pessoais estão incluídas no teto se os tribunais, por outro lado, não fornecem as informações básicas para que se saiba se magistrados estão ou não recebendo acima do teto? Ou sobre o que os tribunais estão incluindo dentro desta rubrica?

A fiscalização do cumprimento da decisão só poderá ser alcançada se os dados forem disponibilizados para o público. Caso contrário, a remuneração de servidores e magistrados continuará a ser, sob a alcinha de vantagens pessoais, a mesma caixa-preta que é para outras espécies remuneratórias, como, por exemplo, as vantagens eventuais.

O Supremo pode aproveitar esta oportunidade para encorajar os tribunais a se tornarem mais abertos à vigilância da sociedade. É particularmente importante, de modo a conferir maior eficácia à decisão, que os ministros incluam conteúdo mandamental obrigando os tribunais a, por exemplo, divulgar os dados relativos ao pagamento de vantagens pessoais relativos a todos os seus servidores em até 60 dias. Assim, o STF estará adotando medidas que se fazem necessárias para o aperfeiçoamento do regime de transparência pública dos tribunais brasileiros.

REPERCUSSÃO GERAL
E FORMAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA

Nada mudou: a genealogia de uma confusão no Supremo

Diego Werneck Arguelhes
Felipe Recondo

A última hora e meia de sessão do plenário do Supremo Tribunal Federal ontem foi praticamente incompreensível. Há seis meses, o tribunal decidira, em repercussão geral, que inquéritos, ações penais em curso e condenações pendentes de recurso não poderiam contar como “maus antecedentes” na fixação de penas. Ontem, porém, a maioria dos ministros se posicionou favoravelmente à tese de que uma condenação sem trânsito em julgado pode contar para efeitos de dosimetria.

Os ministros discutiram e divergiram sobre como enfrentar essa aparente mudança. Mas miravam no problema errado. Não houve mudança alguma na jurisprudência. As posições dos ministros na sessão de ontem são perfeitamente compatíveis com seus votos na sessão de dezembro. O problema do Supremo não foi de desrespeito a uma decisão anterior, mas de incapacidade de definir o que de fato havia sido decidido.

O erro começa em dezembro de 2014, com uma interpretação equivocada, pelo próprio STF, da tese firmada pela maioria dos ministros no RE 591.054. A ata da sessão afirmava:

“O Tribunal, decidindo o tema 129 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski (presidente), Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, firmando-se a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito

em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.”

A ata aprovada estava errada.

A tese firmada não foi bem essa. Teori Zavascki não votou integralmente com a maioria silenciosa mencionada na ata. Ao contrário, diferenciou-se da maioria de forma deliberada, mudando inclusive sua primeira manifestação no caso. “Revejo minha posição original para admitir como legítimo o agravamento da pena-base (art. 59 do CP), desde que devidamente fundamentado, no caso de haver contra o réu sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado”, enfatizou o ministro Teori Zavascki no item 6 de seu voto no RE 591.054.

No item 7, o ministro esclarece porque votaria de acordo à maioria pela improcedência do recurso extraordinário do Ministério Público: “No caso, não há, nos procedimentos considerados para efeito de antecipação, nenhuma sentença condenatória. Assim, com as ressalvas agora indicadas, mantenho, no resultado, o voto anteriormente proferido”.

Votou pelo mesmo resultado, mas sem endossar o pensamento de que as condenações sem trânsito em julgado não podem ser levadas em consideração na dosimetria da pena.

Se deixarmos a ata de lado e olharmos para os votos dos ministros no RE, é possível entender o que aconteceu na sessão de ontem. Zavascki não mudou de posição: votou de um jeito quando não havia condenação (dezembro), e de outro quando havia condenação (ontem). O ministro Fux, aliás, apontou para essa distinção entre os casos. Mas sua observação se perdeu nas discussões sobre a suposta mudança de posição do tribunal.

No RE 591.054, a “tese” incluía na verdade três variáveis (inquéritos em curso; ações penais em curso, mas ainda sem condenação; e ações penais com condenações ainda não transitadas em julgado), que poderiam gerar respostas independentes à pergunta: podem contar como “maus antecedentes”?

As combinações possíveis eram muitas. No caso, o ministro Teori Zavascki rejeitou inquéritos e ações em curso e sem condenação, mas aceitou a terceira variável: condenação sem trânsito em julgado pode,

sim, ser levada em conta na dosimetria. Com a chegada do ministro Luiz Edson Fachin — que não participou do julgamento de dezembro —, a maioria se formou nesse sentido.

Esse tipo de nuance substantiva faz parte do dia a dia do tribunal; os ministros bem o sabem. Mas foi apagado pelo procedimento burocrático. Com isso, o STF se enganou duas vezes — em dezembro, na formulação da ata, e ontem, quando potencializou o primeiro engano, reverberando a suposta mudança de posição de seus ministros. O erro evitável de dezembro criou o falso problema de hoje.

Problemas assim são estatisticamente inevitáveis, se considerarmos o volume de decisões que a estrutura do tribunal precisa enfrentar. Mas é preciso atenção redobrada com os procedimentos internos de transcrição, registro e síntese que transformam decisões em repercussão geral em “teses” abstratas. Caso contrário, até mesmo a ata das sessões vira fator de insegurança jurídica.

Publicado em 25 de Junho de 2015

Como aperfeiçoar a Repercussão Geral?

Carlos Ari Sundfeld

Rodrigo Pagani de Souza

O Supremo pode escolher, entre os recursos extraordinários que recebe, aqueles cuja questão constitucional tenha “repercussão geral”. Segundo o Código de Processo Civil, são “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Mas para decidir se há tal relevância, o Supremo precisa antes definir exatamente qual a questão em jogo.

É um poder discricionário: ele pode definir quais questões merecem sua atenção. Mas há nisso outros poderes formidáveis. Sobrestar, enquanto não decide o caso com repercussão geral reconhecida, todos os demais sobre a mesma questão. Não admitir automaticamente todos os recursos pendentes semelhantes a recurso não admitido. Proferir decisão final de mérito vinculante para todos os processos semelhantes, em verdadeiro julgamento geral por amostragem.

Funcionando bem, o mecanismo ajuda na racionalização e eficácia da Justiça. Mas o sucesso de uma boa reforma constitucional e legal depende dos detalhes e, nesse caso, ainda falta regulamentação suplementar.

O Supremo tem se esforçado nesse sentido — editando normas regimentais, consolidando entendimentos sobre aspectos procedimentais em “questões de ordem”, implantando a “gestão por temas” de repercussão geral, implementando um *site* cada vez mais amigável para consultas e pesquisas. Mesmo assim, porém, ainda há o que aperfeiçoar.

É preciso mais eficiência e transparência em alguns pontos-chave. O caso recente da fixação da tese sobre o direito à nomeação de candi-

dados aprovados para além do número de vagas previsto em edital de concurso público, ante o surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do certame (RE 837.311), expôs alguns dos problemas. A corte decidiu, em 14/10/2015, por maioria e nos termos do voto do relator, negar provimento ao recurso extraordinário, mas demorou várias sessões para, só em dezembro, fixar a tese a ser aplicada para decidir todos os demais processos sobrestados. Horas de debates puseram a nu o desafio: normatizar — e é isso que o tribunal faz ao julgar recursos com efeitos gerais vinculantes — requer esforço tremendo. Do contrário, a norma criada pelo Supremo gerará insegurança jurídica.

O Supremo, um órgão jurisdicional, não sabe ainda exercer bem essa função normativa. O tribunal ainda decide mais segundo a lógica da somatória de votos (“que vença a maioria”) e menos pela busca do consenso (“qual a melhor regra geral”, que envolve esforços de convencimento entre os ministros). O esforço do tribunal tende a ser pouco eficaz se não houver consenso claro e seguro entre os ministros, sobre qual a questão discutida e qual a proposição normativa — em seus detalhes — que se cogita aprovar. Um pecado original mina esse empreendimento normativo: a falta de regulamentação clara sobre como normatizar, atenta ao modo de declarar a questão constitucional e ao modo de declarar a orientação final do tribunal.

Há que se repensar, pois, a regulamentação da repercussão geral para melhorar a qualidade dessa atividade normativa.

Primeiro, há hoje muitas promessas de decisão que não são tomadas pelo Supremo em prazo razoável. Ele não pode continuar a reconhecer mais repercussões do que é capaz de julgar a cada período, pois isto leva à crônica paralisia de milhares de processos sobrestados na origem. Os dados do primeiro relatório Supremo em Números, da FGV Direito Rio, de 2011, já apontavam o problema: desde 2007, o Supremo vinha demonstrando capacidade de julgar apenas 50% dos processos que tinham repercussão geral reconhecida. Há indicativos de que o problema tenha se acentuado até 2014, com uma média anual de julgamentos inferior a 50% da média anual de repercussões gerais reconhecidas. Algum parâmetro novo é necessário.

Segundo, continua parecendo oportuna a sugestão — que defendemos na pesquisa “Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes”, apresentada com grupo de pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público para o Ministério da Justiça, em 2010 — de que a aplicação do instituto envolva a produção explícita de articulados normativos.

Cada articulado poderia ser sugerido pelo relator e deliberado pelos demais ministros, sendo proclamado quando da apresentação do resultado da deliberação. Depois o texto seria transposto para Ato Declaratório numerado, divulgado pelo Presidente do Supremo, que passaria a ser citado como referência nas decisões pertinentes. Sugerimos três tipos: o “Ato Declaratório da Repercussão Geral de Questão Constitucional”, o “Ato Declaratório da Inexistência de Questão Constitucional com Repercussão Geral” e o “Ato Declaratório da Orientação do STF com Repercussão Geral sobre Matéria Constitucional”. Eles seriam acessíveis de modo fácil e poderiam ser citados uniformemente por todos os usuários. Poderiam, ainda, ser revogados ou modificados por deliberações ulteriores do tribunal no mesmo processo ou em processos futuros.

A incumbência do relator de propor desde logo esses articulados normativos evitaria esforços deliberativos infrutíferos, calcados em proposições iniciais incertas, sem expressão textual definida. Essas proposições devem ser lançadas desde o início das deliberações, sendo inadequado fixar o “tema” como síntese a *posteriori* de algo já decidido. A “gestão por temas” sequencialmente numerados, já feita pelo serviço especializado de apoio ao tribunal, vai nessa linha da redução do decidido a um articulado. Mas é insuficiente, pois não supre a proclamação do próprio tribunal, com a legitimidade que isso implica.

Em suma: o Supremo, com experiência secular em julgar, agora tem de aprender a normatizar, e tem de regular o próprio método pelo qual edita suas normas em repercussão geral.

Uma jurisprudência que serve para tudo

Fernando Leal

42 e 28. Estes são os números de decisões do STF citadas, respectivamente, nos votos dos ministros Celso de Mello e Teori Zavascki no último HC referente a prisões efetuadas na operação Lava Jato (HC 127.186/PR). O que explica esses números? E o que eles significam?

A diferença não se explica pela extensão dos votos, que têm mais ou menos o mesmo tamanho. Nem tampouco podemos dizer que cada uma das posições defendidas pedia uma “quantidade” diferente de precedentes para se sustentar. Na verdade, as referências aos precedentes vão sendo costuradas na argumentação de cada um dos ministros para sustentarem decisões opostas: no caso do ministro Teori Zavascki, pela concessão da ordem; no do ministro Celso de Mello, pelo indeferimento do HC.

O número de precedentes citados parece ser, portanto, aleatório. Como também parece ser aleatório o seu papel na justificação de cada decisão. Nos votos, não há cotejo entre o caso atual e os casos que serviram de base para a definição dos precedentes invocados. Há, ao contrário, referências pontuais a argumentos ou teses gerais citados em trechos de precedentes que, por sua vez, funcionam como premissas também gerais para a fundamentação de cada um dos *habeas corpus*. E uma vez que cada ministro parte de argumentos gerais diferentes, é possível construir, a partir de um conjunto diferente de [trechos de] precedentes, cadeias de razões capazes de sustentar resultados distintos. Assim, é inegável que para cada caso que chega ao STF haja “inúmeros precedentes”, como é comum ler nas manifestações dos ministros. No limite, há tantos “precedentes” quantos são os argumentos

já apresentados nas salas do tribunal para embasar os votos de seus integrantes. Nesse contexto, precedentes não funcionam como limites ao julgador. São, ao contrário, oportunidades. Fontes praticamente inesgotáveis para a sustentação de inúmeros pontos de vista.

Nesse cenário, e com esse alto número de citações, é de esperar que os precedentes citados se refiram a casos muito diferentes daquele que se decide. Na melhor das hipóteses, o que os une não é a proximidade entre os fatos dos casos atual e precedente, mas entre os argumentos das duas decisões, que podem estar sendo usados em contextos completamente diferentes. Para retornar aos votos dos ministros Celso de Mello e Teori Zavascki, podem, por exemplo, variar os crimes, o grau de repercussão dos fatos, traços do agente, o suporte probatório e tantos outros elementos capazes de tornar a aplicação de cada precedente indicado mais ou menos apropriada na solução do caso atual.

O uso do HC 95.290/SP por ambos os ministros ilustra claramente o problema. Para o ministro Celso de Mello, a parte relevante do precedente é a que reconhece que “a prisão cautelar (...) não objetiva infligir punição àquele que sofre sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal no processo penal”. Para o ministro Teori Zavascki, contudo, foram consideradas partes cruciais do precedente as que assentam teses como: “a prisão preventiva — enquanto medida de natureza cautelar — não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu” e “a prisão cautelar não pode apoiar-se em juízos meramente conjecturais”.

Como se nota, as três passagens não são incompatíveis. Não, ao menos, teoricamente. Mas se o trabalho com precedentes se resume à seleção de trechos de decisões que só indicam argumentos gerais, nada impede que um mesmo julgado possa ser citado em manifestações divergentes.

E nada impede igualmente que julgados diferentes possam ser selecionados por ministros que votam em um mesmo sentido. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, que também concedeu a ordem, usou 3 alegados precedentes em seu voto, sendo que dois deles diferentes dos julgados indicados pelo ministro Zavascki. Há diferenças

relevantes entre os casos citados? O que justifica a seleção de decisões tão diferentes?

Em um momento em que se procura instituir uma prática saudável de precedentes no país, constatar que decisões anteriores de um tribunal como o Supremo podem sustentar decisões excludentes — quando aplicadas ao mesmo caso de agora — é sinal preocupante. Três possíveis explicações para esse fenômeno são: (i) o tribunal não possui ainda, mesmo depois de tantos julgados, posicionamento claro sobre a resposta que deve dar para casos com determinadas características; (ii) as decisões são amplas demais e os ministros acabam se comprometendo excessivamente quando decidem casos que não exigem tantos argumentos; (iii) os critérios para a aplicação de decisões passadas do tribunal podem não estar ainda estabelecidos.

Nas três hipóteses o problema não é necessariamente de vinculação ou não a decisões anteriores. Quando são chamados a decidir, os ministros do Supremo podem até sentir-se pressionados pelas decisões que a corte tomou no passado e, mesmo assim, podem divergir sobre qual decisão os vincula, o que em cada decisão os vincula ou sobre quais devem ser os critérios usados para lidar com uma decisão anterior. O problema maior é de manejo dos julgados passados. Em todas as hipóteses explicativas, porém, o efeito é o mesmo: os precedentes da corte não são capazes de dar pistas sobre a solução de casos futuros no próprio tribunal. Com um acervo que serve para sustentar qualquer conclusão, as decisões do tribunal cumprem o papel oposto ao que delas se espera. Em vez de maior previsibilidade, sobra desorientação. A manutenção dessa prática pode até ser positiva para os ministros, que sempre poderão recorrer a um julgado passado, não importa o que decidam. Mas com menos consistência e previsibilidade, perdem a instituição e a sociedade.

Inviolabilidade de domicílio: qual foi, afinal, o recado do Supremo?

Carolina Haber

Após o julgamento do RE 603.616 (inviolabilidade de domicílio) pelo Supremo, em novembro, interpretações conflitantes surgiram nas redes sociais. Enquanto alguns noticiavam que agora a polícia poderia entrar em residências sem mandado, outros diziam que o tribunal tinha confirmado a ilegalidade do ingresso em domicílio sem ordem judicial.

Afinal, o Supremo autorizou ou não a busca domiciliar sem mandado judicial em casos de crimes permanentes — crimes cuja prática se perpetua no tempo, como ocorre no tráfico de drogas?

A resposta — e a dificuldade de encontrá-la — está relacionada aos limites da repercussão geral. Em algumas situações, em que há muitos recursos sustentando a mesma tese jurídica, o Supremo escolhe um caso emblemático e decide o mérito da questão. Espera-se que essa decisão oriente outros casos idênticos, julgados pelas instâncias inferiores.

No caso, a tese aprovada pelo Supremo foi: “a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, é válida, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito”. Em seu voto, o ministro relator, Gilmar Mendes, explica o que tinha em mente com essa formulação: a inviolabilidade domiciliar deve ser sempre respeitada, mas a própria Constituição trata das exceções a essa inviolabilidade, dentre as quais estão a determinação judicial e o flagrante delito.

No primeiro caso, haveria um controle *a priori* do magistrado. No segundo, o controle é *a posteriori*, permitindo-se aos policiais desde

logo atuar, para depois serem analisadas as fundadas razões que os levaram a ingressar no domicílio e a eventual ilegalidade da prisão.

À primeira vista, parece que nessa perspectiva o ingresso estaria autorizado para qualquer situação de flagrante de crime permanente. Uma conclusão que soa temerária no cenário atual, em que muitas vezes os policiais ingressam nas casas, especialmente em favelas, sem nenhuma certeza de haver ali uma situação de flagrante ou até mesmo coagem seus moradores a autorizar sua entrada.

Mas não foi bem assim. Na verdade, o Supremo entendeu que, em caso concreto, havia razões fundadas para suspeitar da prática do crime, com base nas declarações do motorista flagrado com cocaína, que afirmou ser do réu a droga encontrada e que forneceu seu endereço, onde foi localizada mais cocaína.

O ministro Gilmar Mendes diz, em seu voto, que a solução encontrada por ele cria espaço para formação acerca dos limites da atuação policial. Ou seja, nesse âmbito sua tese está em aberto e não leva a nenhuma conclusão fixa sobre a legalidade desta ou daquela entrada em domicílio. Ele diz que não apreciou especificamente os tantos casos em que ocorrem ilegalidades.

Para o Supremo, portanto, esses casos deverão ser analisados pelo juiz, após o flagrante, no caso concreto. Segundo Mendes, nesse sentido, a tese seria um avanço para a concretização da garantia de inviolabilidade e a proteção da residência, na medida em que será exigida justa causa para a busca, controlável a *posteriori*.

O problema é que mesmo se os propósitos por trás da decisão forem claros, nada garante que a mensagem vai ser interpretada assim pelos juízes. O restante do judiciário saberá traçar o limite entre a tese de repercussão geral e a análise do caso concreto no julgamento do RE 603.616? Se apenas aplicarem automaticamente a repercussão geral para casos em que há arbitrariedade, veremos decisões afirmarem, sim, em nome da tese firmada pelo Supremo, que a polícia pode entrar em residências sem mandado.

E não é só para o juiz que a mensagem pode tomar direções equivocadas. Os policiais também serão intérpretes dos recados judiciais. Aqui, porém, não há nem que se falar em controle a *posteriori*, pois o

Judiciário só vai exercer esse controle nas situações em que os policiais realmente encontrarem a prova que buscam. Nas inúmeras vezes que os policiais ingressam de forma arbitrária nas casas e nada encontram, não haverá qualquer controle.

O sinal dado pelo tribunal foi no mínimo confuso. Ainda que a leitura do voto do ministro Gilmar Mendes esclareça a intenção de proteger a inviolabilidade de domicílio e limitar a atuação policial, a formulação da tese de repercussão geral adotada pode ter o efeito contrário.

Publicado em 17 de Fevereiro de 2016

OS TRÊS PODERES:
SEPARAÇÃO, CONFLITO,
CÓNFUSÃO

Respeito aos outros poderes é marca do governo Dilma?

Michael Freitas Mohallem

Sistemas de separação de poderes, como o Brasil, apostam na capacidade de um poder limitar a ação do outro. Mas essa influência está também sujeita a certos limites, que são verdadeiramente testados apenas em momentos de dificuldade, como a atual crise do governo Dilma Rousseff. A presidente tem respeitado o funcionamento das instituições?

Embora não existam indicadores institucionais consensuais de interferência de um poder nos demais, as últimas décadas de vida democrática nos deram alguns parâmetros. Três deles nos interessam neste momento: a indicação pela presidente de ministros do STF, a indicação do chefe do Ministério Público Federal e a atuação da Polícia Federal.

Em relação ao STF, não pairam dúvidas sobre as indicações de Dilma quanto à independência em relação ao executivo. Para citar apenas o exemplo mais visível neste momento, o ministro Teori Zavascki, terceiro indicado de Dilma, tem atuado como relator dos processos da Operação Lava Jato sem qualquer sinal de constrangimento diante da possibilidade de ter o futuro do governo nas mãos. Essa é uma virtude individual de cada ministro, mas nos diz algo também sobre como os critérios da presidente na hora de escolher quem indicar para posições tão importantes.

Mesmo quando sofreu ataques diretos, Dilma recuou e procurou mostrar desprendimento. A “PEC da Bengala” talvez tenha sido o mais explícito e casuístico uso de uma emenda constitucional para enfraquecer um presidente. Privou Dilma de cinco indicações para o Supremo, e tantas outras para tribunais superiores e federais. Mas a presidente

sequer contestou a PEC junto ao STF. Em sua resposta oficial, viu no episódio uma expressão de soberania na atuação parlamentar.

Na mesma linha, a indicação do procurador da República mais votado pela categoria é uma prática recente (desde o governo Lula), mas que se tornou importante na última década. Até aqui, Dilma seguiu o critério, e não há indicativos de que fará diferente em setembro próximo, quando decidirá a recondução de Janot — ainda que, com isso, fortaleça a investigação contra seus ministros e base no Congresso. Essa não é uma regra legal, apenas uma tradição sobre a qual pesa certa expectativa. Mas bastaria uma quebra para colocarmos tudo a perder.

O terceiro parâmetro é a atuação da Polícia Federal. Embora o ministro da Justiça, subordinado à presidente, seja o chefe da polícia, preserva no órgão um grau de autonomia surpreendente para quem imagina policiais trabalhando sob rédea curta. É comum, mesmo em operações contra banqueiros e políticos, que o ministro saiba dos alvos dos mandados poucas horas antes da ação. Não deve ser pequena a tentação de politizar a mais eficiente das nossas polícias, e a reação agressiva do presidente da Câmara dos Deputados mostra que esse ainda é um risco. Fosse Eduardo Cunha — ou qualquer político alinhado a essa visão — ministro da Justiça, a Lava Jato provavelmente jamais teria existido.

Mas não seriam essas posturas esperadas de qualquer agente político? Pode Dilma realmente listá-las como produtos do seu governo? Criticam-se, corretamente, aqueles que celebram como virtude o fato de simplesmente cumprirem a lei, como o candidato cuja bandeira é a ética e honestidade. Não é o caso aqui. Nos três parâmetros, não há um comportamento legalmente esperado. São escolhas da presidente sobre como usar determinados poderes de que dispõe.

Diversas oportunidades de decisão dão ao agente político espaço para direcionar maior ou menor ênfase ao interesse institucional. Não é apenas a discricionariedade da decisão. É autocontenção e comprometimento com o bom funcionamento das instituições. São posturas de quem consegue se imaginar como oposição no futuro para, então, exigir nada menos do que o mesmo.

A PEC do desrespeito ao Supremo

Diego Werneck Arguelhes

Na aprovação da “PEC da Bengala”, a Câmara dos Deputados desrespeitou o Supremo Tribunal Federal. Não havia qualquer preocupação efetiva com o funcionamento do tribunal, sob qualquer dimensão relevante. Mudou-se a estrutura da Corte a partir de um problema inventado, sem levar em conta nenhum dos debates que de fato existem sobre o aperfeiçoamento da instituição. A Câmara instrumentalizou a instituição e cada um de seus membros, com o único propósito de eliminar indicações que a presidente Dilma faria para o tribunal ao longo dos próximos anos.

Essa não é uma leitura radical. Ela surge com facilidade quando avaliamos como foi conduzido o processo de aprovação da PEC. Foram apenas duas as razões apresentadas pelos parlamentares: (i) o aumento da expectativa média de vida dos brasileiros e (ii) a experiência dos ministros que já estão lá. Nenhuma das duas, porém, é capaz de justificar a mudança.

A expectativa de vida de um ministro do STF não é, nem nunca foi, a de um brasileiro médio. A compulsória já está na casa dos 70 anos há muitas décadas — era 75 anos em 1934, quando a expectativa de vida em geral seria menor, passando para 68 na Constituição de 1937 e se firmando em 70 anos em 1946. A expectativa do brasileiro médio mudou nesse período, mas o que isso nos diz sobre a expectativa de vida dos ministros do STF? É esperado que, como parte de um grupo social restrito, integrantes da elite das carreiras jurídicas no Brasil, tendam a viver além dos 70 anos. Contando apenas os ministros já falecidos e que estiveram no tribunal de 1988 para cá, a expectativa de vida média é de cerca de 15 anos após o marco da compulsória. O aumento da

expectativa dos brasileiros em geral é uma novidade sem relevância nesse debate.

Na verdade, mesmo feito de maneira responsável, o argumento da expectativa de vida seria irrelevante. A regra da compulsória aos 70 não deve ser vista como uma forma de evitar que ministros próximos ao fim da vida (e de suas forças físicas e intelectuais) continuem no tribunal. É um mecanismo de renovação dos quadros do Supremo, conectando sua composição (e sua jurisprudência) a transformações geracionais, sociais e políticas. A questão é onde traçar a linha, de modo a aproveitar cada ministro ao máximo, mas sem congelar composições de outras épocas no tribunal.

Na mesma linha, o argumento da experiência dos ministros que já estão lá é problemático. Perdemos experiência no serviço público o tempo inteiro, com qualquer regra de compulsória. Perdemos médicos e professores extremamente experientes. Mas é preciso renovar. Em especial, no caso do STF, cujas decisões contêm uma boa dose de valoração política e moral, a questão da renovação ganha ainda mais importância.

Juntamente à sua experiência, um ministro que fica três décadas ou mais em um tribunal constitucional carrega consigo valores e visões sobre o direito que podem estar em perfeito descompasso com a sociedade brasileira atual. E quando um único presidente tem a sorte de fazer várias indicações de pessoas com pouca idade, esse descompasso se torna coletivo. É para minimizar esse risco que a esmagadora maioria dos países democráticos adota algum tipo de mandato para seus tribunais constitucionais.

Nada disso foi tematizado na sessão da Câmara. No fundo, os parlamentares não estavam sinceramente interessados na expectativa de vida dos ministros, nem na sua experiência. O que de fato pretendiam está claro para qualquer leitor de jornal: impedir que Dilma Rousseff faça outras cinco indicações até 2018.

É até possível que alguns ministros atuais fiquem satisfeitos com a mudança — sobretudo se pensam que a cadeira que agora ocupam pertence a eles, e não ao povo brasileiro. Mas a eventual satisfação individual de alguns não deve ofuscar um diagnóstico institucional

mais amplo, que a maioria dos ministros certamente fará. Sem pensar nas consequências para o direito brasileiro, a Câmara dos Deputados tratou o Supremo Tribunal Federal como apenas mais um objeto para arremessar contra a presidente.

Publicado em 6 de Maio de 2015

Quando o casuísmo muda a Constituição

Felipe Recondo

A proposta de emenda constitucional que aumenta a idade de aposentadoria para ministros de tribunais superiores é tão casuística quanto seria, neste momento, a aprovação do fim do foro privilegiado para julgamento de autoridades políticas pelo STF.

A PEC da Bengala, aprovada na quarta-feira em primeiro turno na Câmara, tem como objetivo único impedir que a presidente Dilma Rousseff indique mais cinco ministros do STF até 2018. Hoje, o STF é majoritariamente composto por ministros indicados por governos do PT. Com mais cinco indicações, 10 dos 11 integrantes da Corte terão chegado ao cargo pelas mãos do ex-presidente Lula e de Dilma Rousseff.

O que oficialmente fundamenta a PEC da Bengala? Dois argumentos indisfarçadamente diversionistas: a ideia de que a proposta aproveita a experiência e sabedoria de juízes no cume da carreira e de que a alteração pode poupar os cofres da Previdência.

Curiosamente, a PEC não se aplica às demais carreiras de estado. Para encurtar a tramitação da proposta, o Congresso deixará para lei subsequente a alteração da idade para todo o funcionalismo público. Só se pode falar em benefício para a Previdência se a regra valer para todas as carreiras. E mesmo assim a sociedade deve discutir alguns pontos: com o aumento da idade, o número de jovens nas carreiras públicas diminuirá e a burocracia estatal só se cristalizaria.

O que, efetivamente, incomoda um Congresso ansioso por auferir máximos dividendos da crise de gestão e de liderança do governo? A insuportável ideia de que, mantida a regra constitucional, o PT terá nomeado, ao final de 2018, 10 dos 11 ministros da Suprema Corte. E por que isso seria ruim?

Conforme se crê, mesmo na ausência de evidência empírica sistemática, um tribunal com maioria de ministros indicados por um partido seria subserviente a esta legenda. O que os fatos parecem mostrar, contudo, é que os ministros nomeados nos últimos doze anos se comportaram de modo independente, muitas vezes votando em sentido contrário ao governo nos casos politicamente mais incendiários.

O espírito dessa proposta combinaria a outra que tramita no Congresso com deliberada lentidão, mas que pode ser sacada a qualquer momento: o fim do foro privilegiado para deputados e senadores. Originalmente, o intuito é evitar que autoridades se beneficiem da lentidão da Justiça e respondam a processo na primeira instância.

Agora, porém, o objetivo (errado ou não) poderia ser desvirtuado. Alterada a Constituição para extinguir o foro livraria os políticos envolvidos nos crimes investigados pela Operação Lava Jato de uma possível condenação no STF, sem chance de recurso para outras instâncias.

Há, evidentemente, uma diferença brutal entre as duas propostas. Não há clamor público para que Dilma Rousseff indique menos ministros do STF. Ao contrário, o fim do foro neste momento seria uma reforma institucional lastreada no apoio da opinião pública, mas ilegítimamente utilizada para uma finalidade escusa.

Nestas circunstâncias, seriam duas reformas feitas a toque de caixa, desprovidas de reflexão institucional digna de respeito, distantes do interesse público, uma inflamada pela briga partidária, outra por razões criminais.

O STF que assiste que silencia em relação à PEC da Bengala, ignoraria também os fins de uma reforma casuística como esta? Alterações na regra do jogo de composição de uma Corte (processo de nomeação, número de membros, idade de aposentadoria) são reformas institucionais muito sérias para serem levadas a cabo com fins de alimentar a disputa político-partidária.

A história do Supremo Tribunal Federal (STF) nos revela que mudanças na idade dos ministros ou na composição da Corte remontam a períodos de anormalidade democrática.

Foi a Constituição de 1934, após a Revolução de 1930, que previu a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo aos 75 anos de idade. A Constituição de 1891 não estipulava idade-limite. De acor-

do com o ministro Celso de Mello, o constituinte de 1891 optou por contar com a “sabedoria, a experiência e os conhecimentos de notáveis ministros que atuaram com grande visão e lucidez, no Supremo Tribunal Federal, após os 70 anos”.

Em 1937, durante a ditadura de Getúlio Vargas, esse limite foi estrategicamente baixado para 68 anos de idade. Cinco ministros do Supremo foram atingidos pela redução imposta e foram aposentados.

“Saio do Pretório perfeitamente bem, porque não fui violentamente aposentado, como os meus colegas em 1931, mas em virtude de lei, boa ou má, o que não vem ao caso discutir. O futuro melhor dirá, o que não impede que desde logo seja dito que a Constituição do dia 10 enfeixou nas mãos do Presidente da República os poderes legislativo, executivo e judiciário”, escreveu então o ministro Hermenegildo Barroso, que se considerou automaticamente aposentado por contar com 71 anos, 2 meses e 12 dias.

Com a saída de Getúlio do poder, a Constituição de 1946 restabeleceu a idade compulsória para 70 anos — o que está mantido na Constituição de 1988. Nos governos militares, a idade não foi alterada, mas houve aposentadorias compulsórias, pelo Ato Institucional 5, e mudança na composição, pelo AI 2.

Beirando os 70 anos, o ministro Celso de Mello teria muito ainda a contribuir com o Supremo Tribunal Federal e com a Justiça brasileira. O mesmo se diz do ministro Marco Aurélio Mello, que se aposentará em 2016 se a PEC não for aprovada. Entretanto, a discussão não deve ser personalista.

Aprovar uma PEC para garantir a permanência de um ou outro ministro ou para impedir que um ou outro governo promova indicações é valer-se de uma emenda constitucional para um fim casuístico.

A extinção do foro, uma conjectura neste momento, mas baseada em propostas que já tramitam na Câmara, teria o mesmo objetivo menor: beneficiar este ou aquele político agora alvo de uma das maiores operações da Polícia Federal e do Ministério Público contra a corrupção.

A Constituição não se presta a fins menores. E o Supremo não é peça do jogo político-partidário.

Um recado para o STF

Felipe Recondo

Existe uma nova conformação de forças na Praça dos Três Poderes. A aprovação da PEC da Bengala evidenciou que o ponto de equilíbrio mudou. O Congresso revela sua capacidade decisória. O Executivo escancara suas debilidades numa derrota acachapante. E o Judiciário precisa entender que um recado lhe foi dado. O jogo mudou.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ampliava progressivamente seus poderes, decidindo nos processos judiciais o que considerava que o Congresso não decidiria no processo legislativo. O STF aprovou a união homoafetiva, o aborto de fetos anencefálicos, fidelidade partidária e outros tantos temas que o vácuo decisório do Congresso deixava para que outrem julgasse.

Ao aprovar a proposta de emenda à Constituição que eleva a aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos, a Câmara mostra capacidade de reação e, se quiser, de reversão de decisões que não lhe agradem, de retaliação nos casos em que considerar que suas competências foram invadidas.

O Congresso tem outros instrumentos na fila para demonstrar sua força ante o STF. O presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), adiantou que tem compromisso com as lideranças partidárias para votar outras emendas constitucionais que alteram a forma de indicação dos ministros do Supremo e estabelecem mandato fixo.

O Supremo não reagiu à iminente aprovação da PEC da Bengala, talvez porque alguns ministros se beneficiassem com mais cinco anos de cargo. Talvez porque este não fosse um tema completamente novo. Reagirá se for estipulado mandato fixo ou se a forma de indicação for

radicalmente alterada? Reagirá se vir o Congresso avocar para si a prerrogativa de indicar integrantes da Corte?

Talvez o Supremo tenha se acostumado com o Congresso enfraquecido. A ponto de interferir diretamente na vida político-partidária sem esperar reações ou consequências relevantes. O STF estabeleceu a verticalização nas eleições de 2006, criou nova regra para a cassação de mandatos, derrubou a cláusula de barreira.

Como seria a reação hoje da Câmara? O que acontecerá se o STF julgar que as empresas privadas não podem financiar campanhas políticas? Haverá reações?

O Senado poderá, na próxima semana, colocar um peso a mais em seu favor na balança entre os poderes ao sabatinar e, eventualmente, rejeitar a indicação do advogado Luiz Edson Fachin. Seria uma decisão histórica e sem precedentes na história da nova República.

Há quem diga no Congresso que a indicação de Fachin contribuiu para a aprovação da PEC da Bengala. Um governo politicamente fragilizado, sob ameaça de *impeachment* e em meio à megaoperação de combate à corrupção — a Lava Jato —, decidiu pela indicação de um nome de autoafirmação. Alguém muito identificado com seus valores, suas bandeiras.

A depender do resultado da sabatina e da votação secreta, o governo poderá sofrer mais uma grave derrota. O Congresso, novamente, mostraria que tem poder de ação e reação. Ao Supremo caberia se adaptar a esse novo equilíbrio de forças.

A pedalada constitucional de Eduardo Cunha

Michael Freitas Mohallem

A segunda votação da redução da maioria penal pela Câmara, pouco depois de tê-la rejeitado, torna inútil uma norma da Constituição.

A maturação de qualquer iniciativa legislativa — especialmente uma proposta de emenda constitucional — não se dá através de um processo de erro e acerto no calor do plenário. A definição do melhor texto, da melhor fórmula — se tráfico, crime hediondo ou redução linear, no caso da PEC da maioria penal —, são justamente questões para a Comissão Especial sobre o tema, onde não há qualquer limitação de novo voto de matérias rejeitadas.

Quem coloca uma PEC em votação para “ver se cola” deve assumir esse risco. Como Eduardo Cunha deu ultimato à Comissão e apressou a votação em plenário, é razoável supor que sabia do perigo de que, se derrotada, a matéria voltasse para a geladeira. Se o presidente da Câmara pode colocar a proposta em votação quando quiser, não o pode fazer quantas vezes quiser. São as regras do jogo democrático que, se quebradas, pedem intervenção do Supremo.

Agora, superada essa etapa na Câmara e seguindo o mesmo roteiro da PEC do financiamento empresarial para partidos políticos, o assunto segue para o Supremo.

Como regra geral, o STF não deve interferir no processo legislativo. Mas emendas à Constituição são um caso à parte e as exigências são maiores. O §5º do art. 60, até então raramente discutido, conjuga em si dois importantíssimos freios institucionais. Ao mesmo tempo em que limita o poder de agenda do presidente da casa legislativa, acres-

centa cautela adicional à votação de PEC. Impõe um custo para quem mudar a Constituição. É como se o artigo dissesse: “pense bem se essa PEC deve ser votada, com esse texto, neste momento; se for derrotada, só no ano que vem”. É um mecanismo de autopreservação da Constituição.

Mas a depender de sua jurisprudência recente, é possível que o STF cometa um erro. Os ministros vinham entendendo que as votações de proposições acessórias de emenda e da emenda em si são coisas diferentes, de modo que votá-las sequencialmente não ofenderia a Constituição (p.ex., MS 22.503, MS 33630). O presidente da Câmara defendeu entendimento semelhante.

Posições desse tipo devem ser rejeitadas. Aceitá-las levaria ao absurdo de termos, pelas mãos do próprio STF, um artigo constitucional sem nenhuma eficácia. Na interpretação de Cunha, e no que parece ser o entendimento de vários ministros, a única hipótese de que uma segunda votação de PEC seja barrada pela Constituição seria a improvável tentativa de votar o mesmíssimo texto rejeitado. Mas por que razão aquele que é interessado em ver aprovada a matéria legislativa recém-rejeitada reapresentaria o mesmo texto idêntico? Bastaria mudar uma única palavra.

Regras devem ser interpretadas de maneira que possam valer. Interpretar um artigo constitucional de forma que só tenha efeito no caso de uma inusitada e contornável hipótese é, na prática, colocá-lo em desuso. Essa é uma interpretação que não respeita a própria Constituição. A exemplo da desmoralizada exigência de apreciação dos vetos presidenciais em 30 dias (art. 66 §4º), a regra em discussão nesse momento, que impede nova votação de matéria derrotada no mesmo ano legislativo, poderá ser, igualmente, para inglês ver.

É esta a provocação que chega ao Supremo: deve mudar sua jurisprudência, ou terá matado — com a ajuda de Eduardo Cunha — mais um artigo da Constituição.

Nem notável saber jurídico, nem reputação ilibada

Joaquim Falcão

Assim o senador começou, na sabatina, a questionar o candidato ao Supremo. E foi mais longe. Disse ser necessário ter gosto pelo trabalho para ser ministro do Supremo. Ou seja, o chamou de preguiçoso.

O candidato não se intimidou. Não fez por menos. Rebateu: “O senador deve desconhecer, mas a nossa animosidade vem de muito antes”.

Evidentemente que não se trata da sabatina do ministro Edson Fachin. Não se foi tão longe. Trata-se da sabatina do candidato Sepúlveda Pertence, em 1989, na mesma Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Agora revelada em seu depoimento ao projeto de *História Oral* da FGV Direito Rio.

Recordou dos temos de movimento estudantil como dirigente da UNE e continuou:

“Até um dos pesares que tenho, desta época de estudante, é que, estando na Europa, eu não pude comparecer ao enterro de Sua Excelência promovido pela UNE. Então não me espanta, talvez espante a Sua Excelência, tanta animosidade na sua pergunta, porque tem plena razão em não gostar de mim.”

O senador que o questionava era Roberto Campos, ex-ministro do governo militar.

Pertence fora aposentado do Ministério Público por decisão da Junta militar, com base no AI-5. Roberto Campos era o todo poderoso ministro do planejamento.

Estavam em campos políticos opostos. Muito opostos. Não espanta, pois, este diálogo. Previsível. Eram adversários. Pertence não contemporizou. Nem buscou o voto de Campos. Enfrentou de frente. O passado o obrigava a tanto.

Quando Pertence foi procurador geral de República no governo José Sarney, Roberto Campos alegou a inconstitucionalidade da Lei de Informática que o ministro Renato Archer e Luciano Coutinho, seu secretário-geral, tinham feito aprovar no Congresso.

Naquela época, o procurador geral tinha o poder de encaminhar ou engavetar ações de inconstitucionalidade. Prevalencia, na Constituição de 1969, este dispositivo autoritário. O procurador era uma espécie de leão de chácara do Supremo. Manietado. Só nele entrava, quem ele, Pertence, permitisse. Era o *gatekeeper*, como dizem os americanos. O segurança do Supremo, dir-se-ia hoje.

Foi um período de tempos complexos. Um tempo de intervalos entre a redemocratização, que com a eleição de Tancredo Neves já caminhava, e a nova constitucionalização, que ainda não chegara. A realidade político já democratizante. As leis ainda autoritárias.

Havia, porém, um consenso informal, incluindo o Ministério da Justiça com Fernando Lyra, do qual participavam Pertence, Marcelo Cerqueira, José Paulo Cavalcanti, Tércio Lins e Silva, Cristóvão Buarque, eu e tantos outros, de que não se usaria mais a legislação autoritária mesmo em vigor. Ou seja, Pertence teria que encaminhar a ação de inconstitucionalidade proposta por Campos.

Ocorre que Pertence era ideologicamente contra o pedido de Roberto Campos. Como encaminhar ao Supremo uma inconstitucionalidade da qual ele não estava convencido? Usar da legislação autoritária e barrar? A redemocratização teria de esperar? Xequete-mate.

Quase xequete-mate.

É bom não esquecer que Pertence é mestre das Minas Gerais. Sua solução, narrada no seu depoimentos à FGV, é aula de política mineira.

O que fez ele? Simplesmente encaminhou o pedido de inconstitucionalidade de Roberto Campos ao Supremo. Não usou da competência autoritária para lhe impedir acesso. Mas encaminhou com um

detalhe. Dizendo que ele era contra a própria inconstitucionalidade que solicitava! Paradoxo pertenciano.

Em suma. Temos ainda muito que aprender. Nada é obvio para um mineiro. Sobretudo, advogado mineiro.

Publicado em 26 de Maio de 2015

Fachin não encantou, nem escandalizou

Andre Bogossian

A sabatina de Luiz Edson Fachin provavelmente não encantou quem já concordava com suas posições, nem escandalizou quem havia se preocupado com seu alegado radicalismo.

Em temas como função social da propriedade rural e ativismo judicial, Fachin havia defendido — como jurista e como advogado militante — posições arrojadas. Na sabatina, porém, a tônica geral foi conterporizar, mesmo diante de perguntas que mencionavam escritos do jurista em que assume posições sobre essas controversas questões políticas, morais e institucionais. Mas o que pode significar esse aparente recuo no contexto do processo de aprovação de um futuro ministro?

Não é fácil imaginar a transformação de advogado defensor de causas progressistas para um futuro juiz preocupado com “os valores da família” e a “tranquilidade do ambiente de circulação de bens e negócios”. Ou de jurista crítico e ativista para futuro ministro deferente à função legislativa do Parlamento, invocando “o bom e velho Kelsen”. De autor de importantes textos sobre como reler o Código Civil à luz da dignidade humana para crítico do uso abusivo de princípios constitucionais como forma de “espremer do direito o resultado que se quiser”. A mudança foi substancial e rápida — quase da noite para o dia, ou da indicação à sabatina.

Em uma leitura possível, jurista e julgador são papéis profissionais distintos. Fachin teria talvez afirmado entender e respeitar a diferença entre o jurista ativista e o juiz imparcial. Essa perspectiva pode ter acalmado os ânimos de quem pretendia fazer de Fachin o “Robert Bork brasileiro”. Bork, um aclamado jurista dos Estados Unidos, viu sua indicação à Suprema Corte ser rejeitada pelo Senado por conta do radicalismo de suas posições sobre direito constitucional.

Caberá aos senadores decidir o que essas respostas realmente representam — o amadurecimento de um jurista que distingue papéis, uma verdadeira moderação de posições ou apenas um aceno para a opinião pública e para os senadores.

Qualquer que seja a interpretação e a decisão os senadores, porém, é importante manter a memória do que Fachin disse em sua sabatina. O próprio Fachin, aliás, em resposta ao senador Cássio Cunha Lima (PSDB/PB), afirmou que de fato fará valer o que defendia ali no Senado. Se o indicado de hoje é, como disse o senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES), “refém de seu passado”, seria possível dizer que o futuro ministro estaria também vinculado às respostas que deu na sabatina? Essa questão não deveria se esgotar na disposição individual deste ou daquele indicado. Pode ser um passo importante para que o mecanismo da sabatina se torne, cada vez mais, algo mais substantivo que um carimbo ou uma ameaça de veto. O que o indicado diz hoje na sabatina pode — e deve — alimentar a análise e a eventual crítica de suas decisões no futuro.

Publicado em 13 de Maio de 2015

Ligações perigosas

Diego Werneck Arguelhes

O ministro Lewandowski encontrou a presidente Dilma fora do País e da agenda; o ministro Gilmar Mendes encontrou o presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), em sua residência. Esses encontros são sintomas de um descompasso mais geral. O Supremo assumiu posição central na política brasileira. Mas seus ministros ainda não sedimentaram critérios consensuais básicos para conciliar a atuação judicial e a participação na política.

O poder do Supremo na nossa democracia tem contrapartida institucional clara: quem decide conflitos tem que se manter independente em relação a eles. ministros precisam guardar distância pública e visível das disputas que precisarão decidir. Para isso, o comportamento junto aos outros poderes é decisivo. Quem se apresenta como articulador político ou consultor jurídico de partes em conflito arrisca sua imparcialidade como juiz na decisão futura.

O comportamento individual público — ou, o que é mais grave, tornado público — nos encontros da semana passada pode afetar a imagem da instituição. E a imagem de independência da justiça no Brasil não é das melhores. Segundo os relatórios do Índice de Confiança na Justiça produzido pela FGV Direito SP, de 2012 até 2014 cerca de 60% dos entrevistados consideraram o judiciário “pouco” ou “nada independente”.

Boa parte dos juízes brasileiros, aliás, quer mais distância entre o Supremo e os outros poderes de Estado. Em 2005, em pesquisa da AMB organizada por Maria Tereza Sadek, avaliaram negativamente (em especial os juízes de primeira instância) a imparcialidade e independência do Supremo em relação aos poderes eleitos. Juízes lá embaixo criticam a politização dos ministros de cima.

A cobertura da imprensa sugere que encontros entre ministros do Supremo e representantes dos outros poderes não foram fenômenos raros nos últimos meses. Antes da indicação de Edson Fachin para o Supremo, noticiou-se um encontro de Lewandowski com Renan Calheiros, presidente do Senado; o ministro buscava apoio para a indicação de Fachin; na época, Lewandowski era relator de inquérito contra Calheiros.

Em março deste ano, na véspera da mudança do ministro Dias Toffoli para a 2ª Turma do Supremo, que julgará a Lava Jato, a imprensa noticiou um encontro entre Gilmar Mendes, defensor público da mudança de Toffoli, e Eduardo Cunha, um dos investigados na operação. Mendes afirmou não ter tratado da Lava Jato na reunião.

Os dois encontros da semana passada não foram públicos. A falta de transparência é, em si, problema grave. Encontros de juízes e políticos são fatos jornalísticos. São dados a serem levados em conta na hora de interpretar os comportamentos desses juízes dentro dos autos, em seus votos.

Mas ainda que públicos, quais são afinal os limites desses encontros? Lewandowski afirma ter encontrado Dilma para discutir salários do Judiciário, como presidente da corte. Mesmo assumindo que seja esse o teor da conversa, isso não a torna inofensiva. O presidente do Supremo escolhe a pauta e lidera o procedimento decisório interno do tribunal, que está prestes a decidir questões de alto impacto para o governo.

Nem todos os encontros sobre temas não decisórios são espúrios. Alguns poucos talvez sejam necessários. Mas quando ocorrem à sombra de poder decisório iminente, dos ministros, sobre o destino dos políticos, são em princípio suspeitos. Arranham a imparcialidade da decisão futura.

Alguns ministros parecem discordar. Enquanto puderem dizer que não trataram de decisões, Mendes e Lewandowski não veem problema nas reuniões, secretas ou públicas. A versão oficial teria a propriedade mágica de normalizar qualquer encontro, inclusive em contextos perigosos para a imagem de imparcialidade da instituição. Difícil imaginar que todos os ministros do Supremo pensem da mesma forma.

Com o crescente poder do Supremo, aumentará também a demanda por reuniões dos ministros com agentes políticos. Precisamos discutir esses limites e cobrá-los dos ministros. O vale-tudo que vivemos hoje é tóxico para a legitimidade que o comportamento comedido de gerações de ministros ajudou a construir. Quem guarda a Constituição deve, antes de tudo, guardar a própria legitimidade para fazê-la cumprir.

Publicado em 16 de Julho de 2015

O processo de *impeachment* será aberto ou secreto?

Ivar A. Hartmann

Na eleição dos membros da comissão do processo de *impeachment*, Eduardo Cunha implementou o voto secreto mesmo sem base explícita no regimento, na lei ou na Constituição. Não foi sua primeira peripécia regimental nos últimos meses. Dessa vez, porém, o Supremo, que havia negado tantas liminares sobre o *impeachment*, não deixou de intervir.

Poucas horas depois, o ministro Edson Fachin concedeu liminar, suspendeu o processo do *impeachment*. Isso até decisão do plenário do tribunal que venha a pacificar a incerteza jurídica que tem rondado a questão até agora. O gatilho da liminar de Fachin foi justamente o uso do voto secreto por Cunha. Essa prática tende a se repetir cada vez menos no Congresso brasileiro por três razões.

Primeiro, o voto secreto de parlamentar, em qualquer hipótese, é excepcional. Pois é incompatível com o direito fundamental ao voto pelos eleitores brasileiros. Há diversas precondições para o exercício desse direito. Sem uma imprensa livre, ele fica esvaziado. É igualmente inútil se não há acesso a informações sobre a atuação dos agentes públicos. Voto no escuro não é voto, é cara ou coroa. Acima de tudo, o voto pressupõe a possibilidade de saber o que fizeram as pessoas eleitas.

Representar é diferente de escolher em interesse próprio. Voto secreto de parlamentar é incompatível com um sistema representativo que proteja o direito do cidadão ao seu voto individual. Esconder uma decisão de um representante eleito é tão grave quanto barrar o acesso do eleitor à urna. Ao menos no segundo caso a violação é transparente. No voto secreto, nem isso.

Fachin suspende processo de *impeachment* contra Dilma

Nossa Constituição prevê uma lista pequena de casos de voto secreto. São restrições frontais um direito fundamental e, portanto, essa lista não deve ser ampliada. Nem por emenda constitucional. E certamente não por alteração do regimento interno das casas do Congresso. Mas essas restrições podem ser eliminadas.

Aí entra a segunda razão da gradual abolição do voto secreto. Mais do que antes, os eleitores brasileiros hoje compreendem a gravidade do voto secreto dos parlamentares. E esses perceberam isso. Abrir o voto no *impeachment* de Collor foi, na época, um fato isolado. Agora, porém, vemos um processo gradual e constante de mudança rumo à transparência. Ela começou com os casos nos quais o voto secreto é mais grave: a decisão sobre o destino de um colega. O então deputado Natan Donadon foi absolvido pelo voto secreto. A opinião pública não tolerou. Emendou-se a Constituição e, aberto o voto, Donadon foi cassado. Há poucos dias, o Senado realizou voto aberto para manter a prisão de Delcídio do Amaral. Mesmo havendo previsão no regimento para o voto secreto nesse caso.

Os parlamentares estão vendo que, atualmente, tirar hipótese de voto secreto da cartola é remar contra a maré. A manobra de Cunha para aprovar a comissão do *impeachment* tem um custo político. As redes sociais e a imprensa mostram que a opinião pública não perdoa. Talvez Cunha não esteja preocupado com o futuro, mas é difícil que isso seja verdade para todos os que o apoiaram nessa manobra. A despeito disso, é possível que se repita a prática?

A terceira razão da limitação crescente do voto secreto é a intervenção bem-vinda do Supremo para proteger os eleitores brasileiros. A pressão da opinião pública não precisa ser suficiente. Quando se trata de disposições inconstitucionais no regimento interno da Câmara ou Senado, a ministra Rosa Weber já indicou que o tribunal não irá calar.

O ministro Barroso pareceu mais comedido, mas endossa a mesma tese: o regimento interno — e, por consequência, o presidente da Câmara dos Deputados — é limitado pela Constituição. A decisão do

ministro Fachin de suspender o processo de *impeachment* vem na esteira de outra, há duas semanas, que tinha o voto secreto como questão central. Em liminar que acabou sendo entregue tarde no Senado, Fachin afirmou que a Constituição não previa e, logo, excluía, a possibilidade de voto secreto para avaliar a manutenção da prisão de Delcídio Amaral.

Renan Calheiros, presidente do Senado, não quis reconhecer a decisão de Fachin. Naquela tarde, o fator decisivo foi a opinião pública. É provável que nos próximos dias a decisão do plenário do Supremo seja igualmente decisiva. Mas pouco importa qual dos três fatores é mais latente em cada episódio específico. O fato é que o voto secreto de parlamentar é uma espécie em extinção no Brasil. Cunha aprendeu isso ontem.

Publicado em 9 de Dezembro de 2015

O Estatuto da Família e a voz do Congresso

Juliana Cesario Alvim Gomes

A aprovação por Comissão Especial da Câmara dos Deputados de parecer favorável ao Estatuto da Família (PL 6.583/2013) reacendeu o debate sobre a constitucionalidade do projeto. Mais ainda, ela coloca em questão o papel do Congresso Nacional na defesa dos direitos fundamentais

O estatuto traz previsões sobre a “valorização e apoio à entidade familiar”, a qual define como “união de um homem e de uma mulher, por meio de casamento ou união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. Ou seja, exclui famílias como as homo e socioafetivas, em flagrante afronta à concepção bastante ampla adotada pelo Supremo, em 2011, acerca da proteção constitucional às diversas famílias que compõem a sociedade brasileira. Como os defensores do estatuto justificam tal exclusão?

O parecer aprovado na semana passada, de relatoria do deputado Diego Garcia (PHS-PR), parte de premissas extremamente débeis para defender o modelo excludente de família. Afirma que o fundamento do instituto é a reprodução e não o afeto. Compara as relações familiares socioafetivas à pedofilia e à zoofilia, como situações não protegidas pela lei, “apesar de decorrerem de movimentos da sensibilidade que satisfazem a alguém”.

O deputado não ignora a decisão do Supremo de 2011 sobre uniões homoafetivas. Mas a desqualifica como usurpação da competência do Congresso. Chega a afirmar, parafraseando outro parecer da mesma comissão, que o Tribunal teria gerado “discriminação contra o indivíduo não integrante desse tipo de relação; pois haveria o gozo de

direitos especiais não extensíveis a todos” e “injustiça, pois em nada estaria reconhecida a relevância e o reconhecimento do papel da união do homem e da mulher como sustentáculo da sociedade, razão da existência de especial proteção”.

Esses não são argumentos de quem deseja debater e questionar a decisão do Supremo. Pelo contrário, os argumentos da Corte para proteger todas as famílias permanecem intocados. O parecer e o estatuto utilizam a mesma redação — “união entre um homem e uma mulher” — que já havia sido interpretada pelo Supremo como uma simples exemplificação de um tipo possível de família. O parecer desconsidera tudo que aconteceu de 2011 para cá — no direito constitucional e na vida do país. Famílias inteiras hoje se constituem sob a proteção concedida por aquela decisão. Em nome da afirmação de uma ideia discriminatória de família, a proposta de estatuto pretende jogar fora as muitas famílias reais que, no Brasil de hoje, não se encaixam no modelo excludente.

Caso o Estatuto da Família seja efetivamente aprovado pelo Congresso, teremos pela primeira vez uma grande decisão do Supremo em matéria de direitos fundamentais sendo frontalmente desafiada pelo Legislativo. Um tipo de conflito que, até hoje, só vinha ocorrendo de forma mais visível com questões eleitorais. Em reação a essa ofensiva legislativa, é esperado que o Supremo responda com, no mínimo, a reiteração dos argumentos apresentados em 2011.

É cedo demais, porém, para abandonar a política e correr rumo aos tribunais. Sem dúvida, o parecer por si só tem efeitos simbólicos funestos que devem ser — como vêm sendo — veementemente combatidos na esfera pública.

Mas ainda está longe de produzir efeitos institucionais. Continua sendo um único parecer discriminatório e odioso em uma comissão especial na Câmara dos Deputados. Ainda não é a voz do parlamento brasileiro. Na própria Câmara dos Deputados, pode haver recurso ao plenário, que demandará a assinatura de um décimo dos membros da Casa. Também será necessária aprovação pelo plenário do Senado Federal antes de haver sanção presidencial.

Esse cenário pode desembocar em um teste para a democracia brasileira — mais especificamente, em um teste para o papel do Congresso na proteção a direitos fundamentais. É verdade que existe hoje uma mobilização conservadora no Congresso, mas não há razão para pular etapas. Muito antes que o Supremo seja chamado para defender a decisão de 2011, ainda é tempo de fazer ecoar no parlamento — instância, por excelência, permeável à sociedade — a indignação contra um modelo excludente de família.

E o Legislativo brasileiro terá, portanto, oportunidade de, por suas próprias vias, fazer valer a Constituição. Nesse processo, o Congresso escolherá se afirmar como instância de garantia dos direitos fundamentais ou como uma caricatural instância de promoção de fundamentalismos e preconceitos?

Publicado em 1 de Outubro de 2015

Supremo precisa discutir afastamento de Cunha da presidência da Câmara

Diego Werneck Arguelhes

Silvana Batini

A tese pode soar politicamente arrojada. Mas há base legal. Trata-se do poder de cautela inerente a todo juiz, e que em matéria processual penal tem a ver diretamente com a proteção do processo em si e da ordem pública. Entre as muitas medidas cautelares que o juiz pode adotar, está a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais” (artigo 319, IV do CPP).

Essas medidas podem ser adotadas inclusive antes do recebimento da denúncia. Mas no caso de Cunha, a questão é controvertida. Em agosto, quando a denúncia contra Cunha foi oferecida pelo procurador geral da República junto ao Supremo, a possibilidade de afastamento foi objeto de divergências entre juristas. Alguns enfatizaram que a condição de Cunha seria semelhante à do restante dos servidores públicos, sujeitos às medidas cautelares do CPP. Dificilmente um juiz permitiria que um funcionário público permanecesse em posição de chefia com poderes para prejudicar investigações contra si mesmo. Na Lava Jato, aliás, determinou-se cautelarmente a prisão de alguns réus para evitar que utilizassem seu poder econômico ou político para impedir a produção de provas.

Para outros juristas, em contraste, o Supremo deveria se conter e não adotar essas medidas cautelares, em respeito à separação de poderes. Não afirmavam necessariamente que Cunha deveria permanecer no cargo, mas sim que a decisão caberia à própria Câmara.

O Supremo ainda não foi provocado sobre essa questão. Na época, o JOTA noticiou que havia pouca disposição no tribunal para determinar o afastamento, caso este tivesse sido pedido. Essa prudência silenciosa se justifica: Cunha não é qualquer agente público. É chefe de um Poder de Estado. Ainda que o CPP seja em tese aplicável, essa medida na prática representaria a entrada de um poder no próprio coração do funcionamento de outro.

Nos últimos meses, porém, a situação mudou. O que era só um risco se tornou perigo real e imediato. A imprensa tem noticiado tentativas de Cunha de usar as prerrogativas do cargo — sobretudo o controle sobre o funcionamento interno da Câmara — para dificultar sua eventual responsabilização dentro do Congresso. Já havia pedidos de deputados para que o PGR busque o afastamento de Cunha junto ao Supremo. E hoje, terça-feira, diversos partidos de oposição começam a se articular para reagir e tentar desbloquear o funcionamento do Conselho de Ética no caso de Cunha. É possível que se reúnam com o PGR nos próximos dias sobre a questão do afastamento do presidente.

Presidente da Câmara ou não, Cunha foi denunciado por crimes comuns. Se as críticas acima forem procedentes, além de prejudicar sua responsabilização futura e, assim, ameaçar a ordem pública, Cunha pode ter praticado novas condutas que, em tese, poderiam configurar outros tipos penais. Por exemplo, o uso de seu poder de agenda na Câmara para adiar sessões do Conselho de Ética que o julgará pode constituir prevaricação.

Se o Supremo for provocado quanto ao afastamento, “separação de poderes” não pode mais justificar inação.

Ao contrário: exatamente porque Cunha não é um funcionário público qualquer, o dano potencial é muito maior. A lógica da separação de poderes agora muda de sinal, exigindo mais freios e contrapesos e menos deferência. Onde inicialmente se recomendou ao Supremo que esperasse, os mesmos ideais constitucionais requerem agora intervenção judicial para proteger a aplicação futura da lei.

Além disso, o respeito à separação de poderes não pode significar renúncia a exigências republicanas básicas. Se a Câmara não decide se Cunha fica ou sai, e se ações do próprio Cunha têm contribuído para

isso, o voto de confiança inicial não se justifica mais. É preciso que o Supremo entre em cena. Como não há, no Brasil, um procedimento interno para a Câmara trocar de presidente, o poder de cautela judicial pode ser decisivo para garantir que os processos administrativos, políticos e criminais contra Cunha se desenrolem regularmente.

Publicado em 25 de Novembro de 2015

Concentrador, errático e arriscado: o processo de escolha de Fachin

Felipe Recondo

Foram oito meses e meio desde a aposentadoria formal do ministro Joaquim Barbosa até que a presidente Dilma Rousseff indicasse o novo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Luiz Edson Fachin é o resultado de um processo decisório concentrador, desgastante, errático, arriscado e que, por pouco, não foi terceirizado ao PMDB.

A presidente Dilma soube em maio do ano passado que Joaquim Barbosa iria se aposentar. Ouviu dele a informação. Barbosa deixaria oficialmente o tribunal apenas no início de agosto. Mas a presidente estava mais preocupada com sua reeleição.

O processo eleitoral se iniciou, a presidente Dilma deixou o tema de lado, o Congresso saiu em recesso branco e a escolha não foi feita. Veio novembro, Dilma reeleita. Porém, o tema não era prioridade para a presidente. Dezembro de 2014, janeiro de 2015 e o Congresso Nacional parado.

A presidente Dilma Rousseff poderia ter feito a indicação em fevereiro. Não o fez. As investigações da Operação Lava Jato e o envolvimento dos presidentes da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), e do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), sequestraram o processo.

O senador Renan Calheiros chegou a ameaçar: disse que, pela primeira vez, o Senado poderia rejeitar o nome indicado pela presidente Dilma Rousseff. O PMDB, como nunca antes, passou a exigir participação na escolha do nome.

Auxiliares da presidente afirmam que Calheiros chegou a sugerir o nome de Bruno Dantas, de 37 anos, seu apadrinhado político e hoje

ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). A proposta foi desconsiderada.

Calheiros depois mandou recados ao Palácio. Se Luiz Edson Fachin fosse indicado, poderia trabalhar pela sua rejeição em razão da ligação do advogado com movimentos sociais. Líder da oposição no Senado, Álvaro Dias (PSDB-PR) divulgou nota em favor de Fachin, uma forma de anular a crítica ao conterrâneo.

Na Câmara, Eduardo Cunha pautou a proposta de emenda constitucional que retirava da presidente Dilma Rousseff a chance de indicar mais seis ministros para o STF até 2018. A PEC da Bengala amplia de 70 anos para 75 anos a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo. Se for aprovada, esta poderá ter sido a última indicação feita pela presidente para o STF.

Os nomes começaram a pipocar na imprensa. O presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinicius Furtado Coêlho, entrou na disputa. O nome do advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, foi novamente lembrado. Assim como dos subprocuradores-gerais da República Eugenio Aragão e Augusto Aras. O advogado Clèmerson Clève, por sua vez, foi incluído na disputa, mas vitimado pelo processo de torra iniciado pelo governo.

ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) passaram a disputar a preferência da presidente Dilma: Benedito Gonçalves, Mauro Campbell, Luis Felipe Salomão e Herman Benjamin. O clima no STJ, em razão da corrida pela vaga, ficou tenso, com críticas e plantações de lado a lado.

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, bancava o nome do presidente da OAB. Insistia nele. Como insistiu inutilmente no nome do advogado tributarista Heleno Torres, que já saíra chamuscado quando preterido na disputa pela vaga aberta com a aposentadoria de Ayres Britto.

Mas Lewandowski incluiu posteriormente o nome de Fachin na sua lista. Quando indicado para o STF, Lewandowski contou com o apoio de um mesmo cabo eleitoral que apoia Fachin: o prefeito de São Bernardo (SP), Luiz Marinho. Com a escolha de um de seus apoiados, sai prestigiado.

No Supremo, o atraso da presidente Dilma Rousseff provocou prejuízos: processos parados, sobrecarga de trabalho para os demais ministros e o receio de que o novo ministro se visse compelido a assumir compromissos com os parlamentares investigados na Lava Jato para que fosse aprovado no Senado. Afinal, o escolhido para a vaga integraria a Turma de julgamento encarregada de absolver ou condenar os citados nas delações premiadas.

O STF alterou a composição das Turmas. O ministro Dias Toffoli deixou a Primeira Turma e migrou para a Segunda, encarregada de julgar os inquéritos e ações penais da Lava Jato. O novo ministro não precisará, portanto, julgar aqueles que vão sabatiná-lo nas próximas semanas.

Agora, Fachin enfrentará a sabatina na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado. Será questionado sobre suas ligações com movimentos sociais, sua defesa da reforma agrária, suas posições sobre casamento *gay*, delação premiada etc. Aprovado, será preciso dar tempo para que seja testado no STF. Terá assuntos importantes pela frente para julgar.

A presidente Dilma, por sua vez, já deve saber: no dia 1º de novembro uma nova vaga estará aberta. O ministro Celso de Mello se aposentará neste dia, aos 70 anos. Isso só mudará se a Câmara aprovar a PEC da Bengala. São sete meses até lá. É bastante tempo.

A política como inimiga

Felipe Recondo

A frase é de um observador do Supremo Tribunal Federal que pediu para não ter seu nome identificado: “Passamos de um momento em que um advogado sem credenciais era indicado para o STF porque era ligado ao PT, para uma situação em que um advogado com credenciais pode ser rejeitado porque é ligado ao PT”.

O paralelo entre os processos de indicação do ministro Dias Toffoli e do advogado Luiz Edson Fachin revela que o momento político — mais do que currículo ou coloração partidária — é o fator primordial que pode opor os desfechos das duas escolhas.

Comecemos pela frase do nosso observador. É verdade que o ministro Dias Toffoli não trazia em seu currículo as credenciais tidas como necessárias para ser ministro do Supremo. E elas foram apontadas reservadamente por ministros do tribunal e abertamente questionadas e mencionadas pelos opositoristas em sua sabatina na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

Formou-se em direito pela Universidade de São Paulo, não fez mestrado ou doutorado. Tinha somente 41 anos quando indicado. Foi reprovado em dois concursos para magistratura. Advogado do PT, atuou na justiça eleitoral, mas não teve carreira de destaque na advocacia.

Também inegável sua íntima relação com o PT — assessor jurídico da Liderança do PT na Câmara, subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil nos dois primeiros anos do governo Lula e advogado-geral da União de 2007 a 2009.

Fachin traz em seu currículo algumas credenciais. É professor da Universidade Federal do Paraná, mestre e doutor pela PUC de São Paulo e pós-doutorado cursado no Canadá. É reconhecido pela academia

como um dos mais importantes civilistas do País. Tem livros publicados e uma longa e bem-sucedida carreira na advocacia.

É apontado como candidato a uma vaga no STF há dez anos — desde o governo Lula. É também inegável sua simpatia pelo governo Dilma Rousseff — o vídeo em que pede voto para a então candidata em 2010 é a prova disso.

Toffoli foi indicado ao STF em 2009 por um presidente forte, com amplo apoio na opinião pública, índices de aprovação recordes, base de sustentação parlamentar sólida. O presidente Lula era a melhor credencial que o advogado Dias Toffoli podia apresentar ao Congresso.

Para além dessa chancela, Toffoli construiu pontes na política quando chefiou a Advocacia-Geral da União, entre 2007 e 2009. Sua agenda na AGU revelava o caráter suprapartidário de suas audiências: atendia governistas e opositores de olho na promessa que o presidente Lula fizera de nomeá-lo ministro do STF.

À frente da AGU, mandava outros sinais para a oposição quando repetia o mantra de que o advogado-geral defende os interesses do Estado, não defende interesses deste ou daquele governo. E assim foi conquistando espaço, quebrando resistências até o ponto de ser aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (por 20 votos a 3) e pelo plenário (por 58 votos contra 9 contrários e 3 abstenções).

A realidade é outra para Fachin. Ele foi indicado em meio a uma crise política por uma presidente com taxas recordes de rejeição, que sofre ameaças de *impeachment* pela oposição e que vê sua base de sustentação parlamentar conflagrada.

O PT, que deveria defender a indicação feita pela presidente Dilma Rousseff, está combalido por sucessivos escândalos — o mais recente decorre da prisão do tesoureiro da legenda João Vaccari Neto. O partido hoje está mais preocupado com a própria defesa do que com uma possível e histórica derrota.

Soma-se ao quadro o aviso prévio do presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), de que a indicação de Fachin poderia ser rejeitada pela Casa. O senador trabalhou junto ao governo pela indicação de outros candidatos. Sem sucesso. Agora pode cobrar a conta.

Ao contrário de Toffoli, que teve anos para cativar a oposição, Fachin parece não ter se preparado para isso e agora tem poucos dias para tentar desfazer suas arestas.

A primeira delas é o apoio declarado à presidente Dilma Rousseff e o pedido de voto na campanha de 2010. Como advogado, havia problema em Fachin pedir votos para a presidente? ministros do Supremo não veem problema nisso. Mas como reagirá a oposição?

A segunda decorre de sua ligação com a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e sua defesa pela reforma agrária. A bancada ruralista, com representantes na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, vê com desconfiança posição de Luiz Edson Fachin.

Por fim, algo que contamina este processo de indicação indelevelmente: a investigação deflagrada pela Operação Lava Jato e o possível julgamento de dezenas de políticos no Supremo Tribunal Federal — inclusive dos presidentes da Câmara e do Senado.

Como Fachin se comportaria nestes julgamentos? Seria ele severo em matéria penal? Permeável a pressões da opinião pública em favor da condenação dos políticos? Como reagirá quando efetivamente testado?

São questões que permeiam sua indicação e que, como candidato ao STF, Fachin poderia enfrentá-las em sua sabatina. Mas poderá responder a todas? Conseguirá dirimir as desconfianças políticas?

A eventual rejeição ao seu nome não será uma derrota pessoal, como avisou a ele um ministro do Supremo. Será uma mostra de que, embora possam facilitar ou dificultar a aprovação do indicado, as credenciais são insuficientes. Se Fachin for rejeitado, a culpa será da política. A mesma política que garantiu a Dias Toffoli a vaga de ministro do STF.

Qual ministro indicado pelo PT para o STF teve mais votos no Senado?

Felipe Recondo

Luiz Orlando Carneiro

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto são campeões de votos no Senado dentre aqueles indicados pelos governos do PT.

Fux vinha do Superior Tribunal de Justiça (STJ), havia integrado a comissão de reforma do Código de Processo Civil e costurou apoios políticos ao seu nome, tanto no PT e PMDB quanto na oposição.

Joaquim Barbosa e Ayres Britto foram indicados na mesma época, no início do governo Lula. Barbosa seria o primeiro ministro negro da história do STF. Ayres Britto tinha ligações com o PT, partido ao qual foi filiado, e tinha importantes apoios na academia.

Do lado de baixo da tabela aparece a ministra Rosa Weber, que passou por uma dura sabatina e teve 14 votos não no plenário do Senado. Na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, ela foi testada especialmente pelos senadores Demóstenes Torres e Pedro Taques. Alguns senadores classificaram seu desempenho como fraco, o que se refletiu na votação.

Em seguida, na lista de rejeição aparece o ministro Dias Toffoli. Advogado do PT em campanhas presidenciais, ele deixou aos 41 anos a Advocacia-Geral da União para integrar o STF. A oposição mostrou-se, inicialmente, desconfiada. Notícias sobre sua reprovação em concurso para juiz e uma condenação judicial alimentaram as críticas à indicação. Apesar disso, terminou por ser aprovado.

Veja abaixo a votação de cada um dos ministros indicados pelos governos Dilma Rousseff e Luís Inácio Lula da Silva.

Indicados por Dilma Rousseff

Luís Roberto Barroso

59 sim 6 não

Teori Zavascki

57 sim 4 não

Rosa Weber

57 sim 14 não 1 abstenção

Luiz Fux

68 sim 2 não

Indicados por Lula

Dias Toffoli

58 sim 9 não 3 abstenções

Menezes Direito

61 sim 2 não 1 abstenção

Cármem Lúcia

55 sim 1 não

Ricardo Lewandowski

63 sim 4 não

Eros Grau

57 sim 5 não 3 abstenções

Joaquim Barbosa

66 sim 3 não 1 abstenção

Ayres Britto

65 sim 3 não 2 abstenções

Cezar Peluso

57 sim 3 não 1 abstenção

A história dos rejeitados

Felipe Recondo

O Brasil ainda aprendia o que era a República em 1894 quando cinco nomes indicados pelo marechal Floriano Peixoto para os cargos de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) foram rejeitados.

A Revolta da Armada levou o governo a decretar estado de sítio em 1893. Nos anos anteriores, conflitos, prisões e decisões judiciais opuseram o presidente da República e o Supremo Tribunal.

A ponto de o presidente da República enviar mensagem ao Congresso Nacional para demonstrar sua insatisfação em relação a recentes decisões da Corte e mudanças de jurisprudência. O tribunal admitia julgar atos do governo. Sofreria as consequências por isso.

A aposentadoria de quatro ministros da Corte Suprema, as longas licenças de outros integrantes do STF e a inação do governo, que não indicava os novos ministros, inviabilizariam as sessões do tribunal.

Em meio a este cenário, no dia 23 de outubro de 1893, Floriano Peixoto indicara um médico para a vaga de ministro do STF. Candido Barata Ribeiro foi defensor da abolição da escravatura e entusiasta da proclamação da República.

Durante o novo regime, ocuparia cargos de destaque na política, como presidente do Conselho Municipal em 1891 e prefeito do Distrito Federal no ano seguinte. Uma figura eminente.

Indicado para a vaga, Barata Ribeiro foi empossado no cargo no mês seguinte. O Senado analisaria a escolha apenas no ano seguinte, mais precisamente após 10 meses e 4 dias de mandato. Eram as regras daquele tempo.

Mesmo sendo um nome respeitado, a escolha foi interpretada como afronta ao tribunal mesmo por integrantes do governo. A rejeição à indicação pelo Senado marcaria um importante episódio na história do tribunal.

A Constituição de 1891 definia que a votação do nome indicado para o STF ocorreria em sessão secreta do Senado. E o regimento da Casa Legislativa impedia a divulgação do que se discutia a portas fechadas.

Competia à Comissão de Justiça e Legislação do Senado elaborar um parecer sobre a indicação do presidente. O plenário posteriormente votava o parecer, aprovando ou rejeitando o nome.

No dia 24 de setembro de 1894, foi convocada sessão secreta para discutir o parecer pela rejeição de Barata Ribeiro. Estranhamente, a sessão era secreta, mas jornalistas podiam assistir a ela.

“A sessão começou ao meio dia e, lido o parecer da comissão de justiça e legislação, opinando para que não fosse aprovada a nomeação, não houve quem sobre ele pedisse a palavra, pelo que o mesmo posto a votos”, relatariam os jornais da época.

A manifestação contra a indicação foi aprovada por 27 votos. Apenas 4 senadores — Quintino Bocayuva, Eugenio de Amorim, Joaquim Cruz e José Bernardo — votaram contra o parecer e, por consequência, a favor da escolha de Barata Ribeiro.

Para além do resultado, que já era histórico, o estudo da comissão trazia uma inovação fundamental para o processo de indicação de nomes para o STF — apesar de parecer óbvia.

A Constituição de 1891 infirmava que o candidato ao Supremo precisava ser dotado de notável saber, mas não mencionava que este saber deveria ser jurídico. A partir da rejeição de Barata Ribeiro, esta passou a ser a regra.

“A Comissão de Justiça e Legislação, à qual, por força do art.159 do regimento, foi enviada a mensagem do presidente da República, de 10 do corrente mês, comunicando ao Senado a nomeação, feita em data de 23 de outubro do ano passado, ao Dr. Candido Barata Ribeiro para ministro do Supremo Tribunal Federal:

Considerando nas atribuições do Supremo Tribunal Federal envolvem-se funções da mais alta transcendência com relação a graves interesses da ordem política, civil e judiciária, quais as que constam dos arts. 59 e 60 da Constituição Federal;

Considerando que para o regular e completo desempenho destas funções é absolutamente necessário que os ministros que compõem aquele tribunal, notáveis por seu saber em quaisquer ramos de conhecimento humanos, não menos o sejam nos diversos e vastos ramos de jurisprudência que entendem com a organização política do país, legislação federal e estados, tratados e convenções internacionais, direito marítimo, direito criminal e civil, internacional e criminologia política;

Considerando que esse alto conselho nacional, conservador da Constituição, das leis, das garantias e direitos dos estados e dos indivíduos, não poderá desempenhar sua grandiosa missão, se em pessoas menos aptas recair a nomeação dos que a devem compor, sendo que por isso exige a Constituição, art. 56, que os nomeados sejam pessoas de notável saber e reputação;

Considerando que assim se entende nos países em que existe instituição semelhante ao nosso Supremo Tribunal Federal, v. gr. na Suíça: *On statua encore dans l'article 108 que tout citoyen suisse éligible au conseil national peut, aussi être nommé au tribunal fédéral, d'on il résulterait que le tribunal fédéral ne devrait pas nécessairement être composé de juristes, ce que sans doute n'arrivera jamais.* (J. Dubs, *Le Droit public de la confédération Suisse*. 2me partie, pag. 121);

Considerando que mentiria a instituição a seus fins caso se pudesse entender que o sentido daquela expressão notável saber, referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos, independesse dos que dizem respeito à ciência jurídica, pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciário, v. gr. de astrônomos, químicos, arquitetos etc., sem se inquiria da habilitação profissional em Direito;

Considerando que, se combinado o citado art. 56 com o art. 72, § 24 da Constituição, poder-se-ia concluir pela legitimidade da nomeação para membro do Supremo Tribunal Federal de um indivíduo não diplomado por algumas das faculdades de Direito da República, não se pode, todavia, concluir senão pela nomeação de pessoa de notável

saber jurídico, e não de quem nunca gozou dessa reputação, nem há revelado sequer medíocre instrução em jurisprudência;

Considerando que o nomeado de que se trata, nunca se distinguiu como jurisconsulto e, conforme a Constituição, para ser ministro do Supremo Tribunal nem bastaria mesmo e somente ser jurisconsulto, mas fora ainda necessário ser notável por seu saber nas matérias sobre que versam as funções do tribunal;

Considerando que, em vez disso, o nomeado, no exercício de importante cargo administrativo em que anteriormente se achou, revelou não só ignorância do Direito, mas até uma grande falta de senso jurídico, como é notório e evidencia-se da discussão havida no Senado de diversos atos seus, praticados na qualidade de prefeito municipal desta cidade, e pelo Senado rejeitados;

É de parecer a comissão:

Que a nomeação do Dr. Candido Barata Ribeiro para ministro do Supremo Tribunal Federal não está no caso de ser aprovada.”

Apesar da rejeição pelo Senado, o tempo em que Barata Ribeiro permaneceu na cadeira de ministro do STF não podia ser apagado. Os processos julgados pelo médico nos 10 meses e 4 dias de judicatura, portanto, não foram atingidos.

O resultado da votação pelo Senado trouxe à tona a demonstração de que, mesmo entre os apoiadores de Floriano Peixoto, a indicação de um médico para o STF era vista como um grave erro.

Dois dias depois da escolha de Barata Ribeiro, o ministro de Relações Exteriores, Carlos Augusto de Carvalho, renunciou ao cargo. Manteve o silêncio sobre os motivos. Deixou-os consignados apenas na carta que enviou ao presidente Floriano Peixoto.

Com o nome repellido pelo Senado, sentiu-se livre para dizer à opinião pública o porquê de sua decisão. Os jornais da época publicaram o texto que escrevera e a carta que enviara a Floriano Peixoto.

“Conservei o silêncio até agora e só o interrompo menos para congratular-me pela concordância de ideias e de sentimentos do que para não se supor que o Exmo. Sr. presidente da República somente encontrou junto de si quem lhe fizesse sentir que mais do que a força do Direito pode a dos canhões”, escreveu à *Gazeta de Notícias*.

“A nomeação do ilustre Sr. Dr. Barata Ribeiro que, na prefeitura da cidade, atropelara o Direito e a Justiça, levantando clamores gerais, era como a canonização da ilegalidade, a apologia solene do desprezo ao Direito”, acrescentou.

Na carta endereçada a Floriano Peixoto, classificou a escolha feita pelo presidente como “o maior erro político”. “Não posso nem devo compartilhar da grave responsabilidade moral que decorre d’esse ato, de que, repito, somente ontem, à tarde, tive conhecimento, e como julgo perdida e enjaulada a confiança que despertou no espírito público a minha entrada para o governo, resigno o cargo que aceitei somente ouvindo os reclamos do meu patriotismo e sem outro intuito senão defender a ordem constitucional, o governo legal, o sentimento do direito e da justiça na política e na administração”, prosseguia.

Ministro-general

Quatro dias antes da rejeição de Barata Ribeiro, o presidente indicara seis outros nomes para o STF. Destes, dois seriam também rejeitados pelo Senado semanas depois.

O general Innocencio Galvão de Queiroz foi personagem importante no desfecho da Revolução Federalista no Rio Grande do Sul. Representante do governo nas negociações de paz com os revoltosos, acabou por receber a alcunha de “o pacificador”.

Fez carreira no Exército, desde praça até marechal. Foi do corpo de engenheiros do Exército, bacharel em ciências físicas e matemáticas e engenheiro civil, conforme obituário publicado pela imprensa em 1903, ano de sua morte.

A indicação seria reprovada como o foi a de Barata Ribeiro pelas mesmas razões.

Faltava ao general o “notável saber jurídico”. O marechal Floriano, veremos mais a frente, não aprenderia com o resultado. O erro se repetiria, para a surpresa de muitos.

Antônio Caetano Seve Navarro, outro indicado por Floriano Peixoto, exercia o cargo de subprocurador da República. Era, portanto,

bacharel em Direito. Mas foi rejeitado pelo Senado. E as razões não são evidentes como a dos dois anteriores.

O parecer sobre a indicação provocou polêmica no plenário do Senado. Discussões foram travadas, afirmações foram feitas sobre cada um dos candidatos. A imprensa, que poderia desvendar o segredo, avisou aos leitores que nada publicaria, algo que seria impensável hoje.

“Neste particular, conquanto pudéssemos adiantar alguma coisa aos leitores, preferimos guardar segredo daquilo que, com especial dificuldade, conseguimos saber. Compreendem todos a delicadeza da questão, e a procedência do nosso escrúpulo”, informou o *Jornal do Commercio*.

A recusa na publicação de críticas à Sève Navarro e outras notícias publicadas na época indicavam que o Senado abateu a escolha por fazer restrições à reputação do candidato ou por razões políticas.

O *Jornal do Brazil* publicou, no dia 24 de dezembro de 1892: “Pergunta-se se é lícito o Sr. Dr. Sève Navarro, subprocurador da República, junto à Câmara Civil, advogar perante à mesma Câmara”.

Qualquer que tenha sido a razão para a derrubada da indicação, ela não foi suficiente para impedir que Sève Navarro fosse posteriormente nomeado ministro do Superior Tribunal Militar em 1895.

Outro general

No dia 15 de outubro de 1894, o marechal Floriano Peixoto nomeou ministros do Supremo o general Francisco Raymundo Ewerton Quadros, Americo Braziliense de Almeida Mello, Fernando Luiz Osório, Demosthenes da Silveira Lobo e Américo Lobo Pereira.

Vencido seu mandato no dia 15 de novembro, Floriano Peixoto veria novamente dois de seus indicados serem reprovados pelo Senado em sessão secreta. A reunião do dia 17 de novembro foi marcada por “debate caloroso e prolongado”, como descreveria o *Jornal do Commercio* do dia seguinte.

A imprensa, mais uma vez, resguardaria o sigilo dos detalhes que, do lado de fora, pôde apurar da sessão. “Como se tratou de individualidades, deixamos de noticiar o que a respeito conseguimos saber”.

O sucinto relato da sessão e os placares de votação indicam que restrições foram feitas de parte a parte pelos senadores a quase todos os candidatos.

Apenas Fernando Luiz Osório obteve maioria confortável na votação. Os demais sofreram contestações. E foram aprovados por pequena margem de votos ou rejeitados. Descreveria o *Jornal do Commercio* do dia 18 de novembro:

“O parecer era extenso, mas concluiu que o Senado devia decidir segundo suas próprias inspirações. O Sr. Accioli assinou com restrições, o Sr. Coelho e Campos assinou vencido, e o Sr. Campos Salles declarou-se suspeito em relação a um dos nomeados [Américo Brasiliense]. Rompeu o debate o Sr. Coelho e Campos, que explicou porque assinou vencido. Seguiram-se com a palavra os Srs. Coelho Rodrigues, Oiticica, Campos Salles, Costa Azevedo e Rosa Júnior.

O debate foi caloroso e prolongado, e como se tratou principalmente de individualidades, deixamos de noticiar o que a respeito conseguimos saber.

Passando-se à votação, foram aprovadas as nomeações dos Srs. Fernando Osório, Américo Brasiliense e Américo Lobo, sendo rejeitadas as dos Srs. General Ewerton Quadros e Demosthenes da Silveira Lobo.”

Apesar do precedente Innocencio Galvão de Queiroz, o presidente da República indicou outro militar para a vaga. O jornal *O Paiz* defenderia a rejeição. “O Exército não sabe ler. Tem dragonas... ergo, não tem saber jurídico. Já o disseram. É caturrice insistir”.

Com base no que foi decidido nas duas rejeições anteriores, o Senado decidiu — sem polêmicas — não conhecer da indicação do general Ewerton Quadros por “terem sido e serem alheios ao seu ilustre espírito, as preocupações inerentes às funções do Supremo Tribunal”.

A indicação de Demosthenes Lobo foi a principal razão dos debates e embates.

Dividiria o plenário e seria rejeitado por apenas dois votos de diferença. Era ele diretor-geral dos Correios na época. Foi sacado de uma função administrativa para o cargo de guardião da Constituição. Teria

ele, como diretor dos Correios, notável saber jurídico, como exigida a Constituição?

Os jornais faziam troça. O *Diário de Notícias* publicou:

“CORRE COMO CERTO...

... que o Sr. coronel Demosthenes da Silveira Lobo anda comprando muitos livros de Direito para entrar em concorrência no Supremo Tribunal Federal, onde os seus conhecimentos suplantarão os demais juízes...

Da tribuna, acusações foram feitas contra ele por aproximadamente duas horas, como informava, sem detalhes do teor dos discursos, o *Jornal do Commercio*.

“O Sr. Demosthenes Lobo foi o mais infeliz, sendo a origem do alongamento da discussão. Embora tendo a seu lado um patrono da influência e prestígio do Sr. Campos Salles, contudo não conseguiu obter mais dois votos para alcançar a suprema magistratura; e enquanto o Sr. Campos Salles da tribuna realçava os dotes do atual diretor dos Correios, os Srs. Coelho Rodrigues e [José Luís] Coelho e Campos preparavam a sua carga para destruir o efeito das palavras do Sr. Campos Salles.

E conseguiram. O Sr. Coelho Rodrigues esteve na tribuna quase duas horas, fazendo as mais graves acusações ao Sr. Demosthenes, e logo depois sucedeu-lhe o Sr. Coelho e Campos, que continuou no mesmo diapasão que o Sr. Coelho Rodrigues, resultando disto votarem pelo Sr. Demosthenes 17 senadores contra 19.”

120 anos

Na lista de presidentes com mais indicações para o STF, Floriano Peixoto divide a segunda colocação com Deodoro da Fonseca. Cada um escolheu 15 ministros. À frente deles apenas Getúlio Vargas.

Desde 1894, nenhum ministro foi rejeitado pelo Senado mais. Alguns correram riscos, como Aliomar Baleeiro, indicado pelo governo militar em novembro de 1965 em razão do Ato Institucional número 2.

As razões foram pessoais. Como deputado, era aguerrido, um dos integrantes da banda de música da UDN, ácido em seus comentários e um grande polemista. Com esse perfil, alimentou resistências no Congresso e por pouco não teve o nome recusado.

Depois disso, o Senado adotou postura protocolar. Nenhuma indicação foi ameaçada pelo escrutínio do Legislativo, fosse na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), fosse no plenário do Senado. Os placares das indicações mais recentes bem demonstram (veja abaixo).

As sabatinas resumiam-se a longas sessões de enaltecimento. Muitos senadores perguntam — é perceptível — sem saber do que estão falando. Realidade que começou a mudar recentemente.

Nesta terça-feira, a indicação do advogado Luiz Edson Fachin será discutida no plenário do Senado. Aprovado por 20 votos a 7 após quase 11 horas de sabatina, o advogado pode sofrer uma derrota em plenário, como admitem integrantes do governo, membros da oposição e ministros do Supremo Tribunal Federal.

Se for aprovado, Fachin não entrará para a lista de enjeitados. Será o 166º ministro do STF. Poderá então, ao fim do processo, repetir o que dissera no início de sua sabatina: “Aqui vos fala um sobrevivente”.

Placares

Luís Roberto Barroso

59 sim 6 não

Teori Zavascki

57 sim 4 não

Rosa Weber

57 sim 14 não 1 abstenção

Luiz Fux

68 sim 2 não

Dias Toffoli

58 sim 9 não 3 abstenções

Menezes Direito

61 sim 2 não 1 abstenção

Cármen Lúcia

55 sim	1 não	
Ricardo Lewandowski		
63 sim	4 não	
Eros Grau		
57 sim	5 não	3 abstenções
Joaquim Barbosa		
66 sim	3 não	1 abstenção
Ayres Britto		
65 sim	3 não	2 abstenções
Cezar Peluso		
57 sim	3 não	1 abstenção
Gilmar Mendes		
57 sim	15 não	
Ellen Grace		
67 sim	2 não	
Nelson Jobim		
60 sim	3 não	1 abstenção
Maurício Corrêa		
48 sim	3 não	
Ilmar Galvão		
48 sim		
Carlos Velloso		
49 sim	1 não	3 abstenções.

Publicado em 19 de Maio de 2015

ELEIÇÕES E REFORMA
POLÍTICA

Financiamento de campanha, insegurança jurídica e o calendário eleitoral

Silvana Batini

O Supremo decidiu na última quinta-feira, por oito votos a três, que empresas não podem doar para partidos e campanhas políticas. A decisão ocorreu justamente quando o Congresso acaba de aprovar uma lei fixando limites a estas doações. Mas nas próximas semanas, a presidente Dilma poderá vetar ou sancionar esta lei, com profunda influência das eleições municipais de 2016.

Se vetar, caso encerrado. Vale a decisão do Supremo e as eleições ocorrerão neste novo contexto. Caso decida sancionar, porém, há um problema. A nova lei provavelmente terá sua constitucionalidade questionada perante o Supremo em um momento delicado do calendário eleitoral, gerando um perigoso clima de insegurança jurídica.

Mas há mais. Tramita no Congresso um projeto de emenda constitucional prevendo expressamente a possibilidade de doações por empresas. A tramitação desta PEC é novo vetor de incerteza. Se aprovada, é certo que será impugnada no Supremo. E não está claro, pelos votos colhidos na ação recém-julgada, qual a posição dos ministros sobre a questão — não colocada diretamente na ADI 4650 — da violação de cláusulas pétreas por uma emenda desse tipo. O resultado seria incerto.

Estas múltiplas variáveis e indefinições vão influenciar nas decisões de pré-candidatos às eleições de 2016 na hora de escolhas suas legendas, da mesma forma que definirão os destinos de partidos políticos na hora de formar coligações. Decisões ditadas, em grande parte, pelas possibilidades de acesso a recursos financeiros de campanha que, com a decisão do Supremo, minguarão.

Por outro lado, a lei que aguarda sanção da presidente dá certo conforto à classe política neste momento de dúvidas. Prevê que o prazo mínimo de filiação partidária passará a ser de seis meses, e não mais de um ano. Para os atuais detentores de mandato que desejem migrar de partido, essa lei, caso sancionada, cria uma janela de trinta dias antes destes seis meses para novas filiações.

Além disso, o Tribunal Superior Eleitoral tem o prazo até o início de março de 2016 para baixar todas as resoluções relativas ao pleito municipal, incluindo a disciplina de arrecadação de recursos e prestações de contas, o que demandará consultas e audiências públicas prévias com partidos políticos. Juízes eleitorais precisarão de linhas muito claras entre o legal e o ilegal para que estas normas sejam cumpridas.

Nesse cenário, o quadro legal do financiamento de campanhas precisará estar estabilizado, no máximo, até março do ano que vem, para que os pretendentes à disputa possam fazer suas escolhas com um mínimo de segurança. Para essa tarefa, a importante decisão de quinta-feira (17) não é o fim da história. Haverá inevitáveis embargos de declaração, que somente após a publicação do acórdão poderão ser interpostos e julgados. Tudo isto leva tempo.

O Supremo precisará dar respostas rápidas, inequívocas e colegiadas sobre estes pontos. Além disso, precisará garantir que o TSE compreenda e acate sem ruídos o teor de sua orientação. Em um momento em que a individualidade dos ministros tem muitas vezes transbordado os limites do colegiado, precisamos, mais do que nunca, de posições claras da instituição, para que as eleições possam ocorrer normalmente.

O ministro Fux e o “germe da inconstitucionalidade”

Diego Werneck Arguelhes

Um *slogan* ronda as sessões do Supremo nas últimas semanas: o “germe da inconstitucionalidade”. Tanto na decisão do financiamento de campanha quanto na decisão de ontem sobre acesso de partidos ao fundo partidário, o ministro Fux asseverou que, por força de decisões de inconstitucionalidade do Supremo, novas leis similares conteriam o “germe” da mesma inconstitucionalidade. Em princípio, o “germe” seria apenas um lembrete de que decisões passadas podem servir como precedentes capazes de orientar decisões futuras. Mas há mais por trás dessa metáfora.

Na fala de Fux na sessão de quinta, o “germe” impediria ações dos próprios parlamentares sobre o mesmo tema. A decisão de agora plantaria em leis futuras a semente — ou talvez o micróbio — da inconstitucionalidade. Já teriam seu destino selado, e ao Congresso só caberia a resignação. Nas palavras de Fux, uma nova tentativa congressional de legislar sobre a mesma questão representaria um “atentado à dignidade da jurisdição do Supremo Tribunal Federal”.

Entretanto, não existem leis automaticamente inconstitucionais. Mesmo que haja precedentes claros sobre um dado tema, as leis novas — que alegadamente conteriam o “germe” — precisarão ser questionadas de novo. O Supremo terá que tomar novas decisões. O problema é que o “germe da inconstitucionalidade” está no olho do intérprete, e não no texto da lei. Entendimentos poderão ser alterados, especialmente em um órgão colegiado. No caso, Fux está apenas dando a sua versão de como a decisão de hoje deveria ser interpretada em casos futuros. Questão de direito, de interpretação

de precedentes, e não de fato. Prever a posição de seus colegas em casos futuros é arriscado.

Outros ministros podem discordar, inclusive, de que a lei futura seja de fato semelhante à lei atacada pelo Supremo. No processo decisório individualizado e fragmentado do tribunal, é bastante comum que ministros façam leituras muito diferentes do que seria a posição do tribunal em um caso passado. Menos comum, mas também possível, é que mudem explícita e até radicalmente de posição. Na sessão de quinta, por exemplo, o ministro Dias Toffoli sinalizou ter mudado de entendimento sobre a questão do financiamento de campanha por empresas.

Nova legislação e novos casos sobre problemas que alguns ou todos os ministros já considerariam decididos, aliás, pode ser importante mecanismo de mudança do direito constitucional. São ocasiões de transformação da jurisprudência do tribunal — motivada pela passagem do tempo, por mudança dos fatos, de composição do tribunal ou de visão dos ministros.

Não há, aqui, portanto, nenhuma afronta necessária à autoridade ou à dignidade do tribunal. Há apenas interações normais entre instituições em um regime de separação de poderes.

Que papel cumpre, então, o *slogan* do “germe da inconstitucionalidade”? Nem tudo que os ministros falam possui conteúdo jurídico decisório em sentido estrito. Aqui, o ministro Fux está falando para fora da decisão, tentando fazer uma profecia autorrealizável. Ele quer convencer os parlamentares — à sombra da ameaça de uma decisão judicial futura — de que não devem adotar determinados comportamentos.

Seja como lembrete dos precedentes, seja ameaça de votos futuros, o “germe” tem caráter de mensagem. É uma declaração individual de intenções — não o reconhecimento de uma implicação jurídica da decisão. No fundo, por trás do “germe” está uma tentativa de decidir, de uma vez só, o caso de hoje e os casos de amanhã. Trata-se, na verdade, de uma estratégia de relações públicas de um ministro do Supremo para com o Congresso — e para com os próprios colegas. Mas essa estratégia individual remete a uma questão institucional

mais ampla: pode uma decisão do Supremo hoje encerrar qualquer debate político futuro sobre o mesmo tema? Nossa prática política tem sinalizado que não.

Publicado em 2 de Outubro de 2015

Gilmar Mendes contra as ideias

Joaquim Falcão

Thomaz Pereira

Diego Werneck Arguelhes

Depois de 532 dias de silêncio (nos autos) o ministro Gilmar Mendes finalmente pronunciou seu voto no caso do financiamento de campanha por pessoas jurídicas. Em seu longo voto, o já esperado indeferimento do pedido foi secundário. Mendes lançou acusações de que a ação seria tentativa de conseguir via Supremo, em benefício do PT, uma reforma política que o partido não conseguiria aprovar no legislativo.

No mundo de Mendes, o PT seria “autor oculto” por trás da OAB, que propôs a ação. Acusou outros ministros, a OAB, a Uerj e — por arrastamento — todos os demais acadêmicos e entidades sociais que questionam a doação de empresas para campanhas políticas de meros fantoches de interesses políticos escusos.

Se sobrou imaginação para conspirações, faltou a capacidade de levar ideias a sério. A história de Mendes só fecha em um mundo em que ideias — de acadêmicos, de ativistas e de seus próprios colegas de tribunal — não tenham poder algum.

Até aqui, Mendes está sozinho, no tribunal, em sua indignação contra a ação. Seis outros ministros já deferiram o pedido total ou parcialmente. Fizeram-no com base em ideias, e não sem grande discussão.

Foram também ideias e debates entre os 81 conselheiros da OAB que produziram a ação, e ideias e debates — tão complexos quanto necessários — que fizeram com que proibição da doação de empresas se tornasse pauta defendida por amplos setores da sociedade, no Brasil

e em diversas outras democracias, muito além do alcance deste ou daquele partido político.

Particularmente grave é ignorar o papel das ideias para se compreender a atuação da Faculdade de Direito da Uerj, que há alguns anos lançou uma Clínica de Direitos Fundamentais. A Clínica, que participa desse processo como *amicus curiae*, resulta da atuação conjunta de professores e alunos comprometidos com o constitucionalismo brasileiro. É um espaço onde ideias nutridas no debate acadêmico dialogam com movimentos sociais diversos e se transformam em ações judiciais. Pode-se discordar das ideias em si, mas são elas, e não a política partidária, o motor de tais iniciativas.

Se o problema de Mendes é com a integração entre acadêmicos de direito e ativismo judicial, ele foi duplamente derrotado na sessão de ontem. Perdeu no caso em si, mas perdeu também o bonde da história. Em diversos países, e cada vez mais em diversas instituições no Brasil, pesquisa acadêmica produz ideias que mobilizam alunos e professores a atuarem como *amicus* ou a moverem as próprias ações.

Na verdade, a rejeição ao poder legítimo das ideias é surpreendente vinda de um dos maiores idealizadores de um Supremo ativista — que determina que a união estável não se limite a um homem e a uma mulher, que o executivo reforme presídios e que o uso de drogas não possa ser criminalizado. Que, no que diz respeito ao sistema eleitoral, tem moldado com suas decisões o sistema em que vivemos, declarando a inconstitucionalidade de cláusulas de barreira, regulando coligações partidárias e decidindo perda de mandato por infidelidade partidária. Será o ministro o único a se mover por ideias?

Pode-se defender que não é função do Supremo decidir sobre essa questão — seja por limites institucionais, seja por limites do texto constitucional. O ministro Teori Zavascki, aliás, fez isso sem conspirações, sem ofensas à autora, aos *amici curiae* e aos seus colegas — e sem rejeitar o fato óbvio que faculdades de direito são e devem ser incubadoras de ideias, que podem e devem gerar ações concretas. Mendes, em contraste, recusava aos seus interlocutores dentro e fora do tribunal qualquer legitimidade. Ao final da sessão um dos advogados do caso pediu a palavra em nome da OAB para

se defender das acusações proferidas. Mendes recusou-se a ouvir, levantou-se e foi embora do plenário. Dessa vez, não levou os autos do processo com ele.

Publicado em 17 de Setembro de 2015

Urnas eletrônicas e o TSE: “devo, não nego — faço quando puder”

Diego Werneck Arguelhes

A portaria do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinando que, sem recursos, não serão utilizadas urnas eletrônicas nas eleições de 2016, é uma infeliz viagem ao nosso passado eleitoral. O cenário que ela apresenta é tão absurdo que há quem veja aqui um blefe: o TSE sabe que, no fim das contas, o executivo repassará mais recursos para a Justiça Eleitoral. Mas qualquer que seja o destino da portaria nos próximos meses, ela hoje é um ato oficial de administração das eleições. Quando juízes se comportam como administradores, podem e devem ser criticados como tais.

A portaria contém uma escolha política: com recursos escassos, diante de muitos outros cortes possíveis, cortaremos as urnas eletrônicas. Com isso, ela inverteu os papéis típicos de juízes e administradores no jogo da separação de poderes. A postura do TSE é muito semelhante à que governos adotam — com cada vez menos sucesso — para se defender de decisões judiciais que imponham novos gastos.

Quando juízes determinam a um governo que construa creches ou reforme presídios, o roteiro da defesa dos administradores públicos é sempre reprisado. Dirão que esses novos gastos estão sujeitos à “reserva do possível”: a lei de fato exige aquilo, mas não há recursos para cumprir a lei.

São argumentos que o Supremo não tem comprado. No recente caso de reformas emergenciais no sistema prisional, o relator, ministro Lewandowski, observou que “verbas para melhorá-lo não faltam (...). O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante”, seja por contingenciamen-

to, seja simplesmente por “inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos [de reforma dos presídios] concebidos pelos entes federados”. Ou seja: não se aceitou uma alegação abstrata de falta de verbas. Os ministros do STF foram investigar o que de fato estava acontecendo com os recursos disponíveis.

Ironicamente, no caso da portaria são os juízes do TSE que alegam que não poderão cumprir a contento sua tarefa legal por falta de recursos. E o fazem sem nenhuma transparência de justificativas quanto às escolhas de alocação dos recursos disponíveis.

Essa inversão de papéis fica ainda mais clara se voltarmos atrás algumas semanas e considerarmos o contexto mais amplo da portaria. Em resposta à aprovação de lei exigindo um recibo impresso para cada voto computado em urna eletrônica, o ministro Toffoli afirmou que não seria possível, nem desejável implementar essa mudança já em 2016.

Garantir que o eleitorado manifeste sua vontade de forma segura, transparente e precisa é a atividade mais importante da Justiça Eleitoral. É sua atividade-fim. Todo o restante — seminários, campanhas, auxílios, diárias e outros gastos com pessoal, por exemplo — é instrumental para essa finalidade. Não há mesmo nenhuma combinação de outros cortes que possa preservar as urnas eletrônicas? Quais informações contábeis o TSE apresentou para justificar sua postura?

Um administrador público não pode se eximir de suas tarefas legais e constitucionais anunciando ao Supremo: “devo, não nego — faço se puder”. Por que deveria ser diferente no caso dos juízes-administradores do TSE? Se de fato há razões técnico-financeiras para a decisão, tudo isso deve ser colocado na ponta do lápis — e em público. Caso contrário, em um ano de rusgas entre o judiciário e o governo envolvendo aumentos e cortes, o TSE só estará alimentando a ideia de que a ameaça de volta às urnas manuais é uma estratégia política.

A blindagem eleitoral por trás das doações ocultas

Silvana Batini

Na semana passada, o Supremo suspendeu dispositivo da mais recente reforma eleitoral, que previa as chamadas “doações ocultas”. Este dispositivo permitia que o candidato, em sua prestação de contas, declarasse os aportes recebidos dos partidos sem declinar a fonte da doação. O Supremo invocou o princípio da transparência e ainda a necessidade de preservar o exercício adequado das funções da Justiça Eleitoral. Quis dizer com isto que o dispositivo impedia a fiscalização, o que é verdade.

O que não se disse ainda de forma clara é que, com essa decisão, o Supremo desmonta uma estratégia legal deliberada, montada na última reforma, para tornar opaca a fonte de financiamento de um candidato e, mais ainda, inviabilizar a responsabilização de quem transgredir as regras.

A ideia era engenhosa — e perigosa.

Imaginemos um candidato financiado por uma fonte vedada (um sindicato, uma igreja, uma concessionária ou qualquer pessoa jurídica). O dinheiro entra para o partido, que o repassa para o candidato na campanha. Quando prestasse contas, este candidato mencionaria apenas o partido como doador, sem que qualquer irregularidade pudesse ser questionada, já que invisível. Suas contas seriam julgadas e, caso eleito, seria diplomado e empossado.

O partido político, por sua vez, prestaria suas contas apenas no ano seguinte à eleição, em abril. Caso se constatasse, nesta prestação de contas partidária, a fonte ilícita que irrigou a eleição do ano anterior, nada mais poderia ser feito contra o candidato, já que os

prazos para impugnação de candidaturas se esgotam 15 dias após a diplomação.

Restaria, então, buscar a punição do partido e de seus responsáveis. Mas aí entra em cena outro aspecto da nova reforma: segundo o novo parágrafo 5º do artigo art. 32 da Lei 9096 (a lei dos partidos), a desaprovação da prestação de contas do partido não o impede de participar do pleito eleitoral.

Outros três dispositivos da nova reforma preveem agora que a única sanção cabível neste cenário é a devolução da importância apontada como irregular, acrescida multa de até 20% (vinte por cento). A sanção deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, poderá ser parcelada em até doze meses e não vinculará jamais os dirigentes partidários responsáveis por estas contas (presidentes, tesoureiros etc.). Tudo isso após esgotados todos os recursos judiciais cabíveis.

Esse sistema criaria uma blindagem incontornável. Na prática, permitiria que o candidato se financiasse de forma ilícita sem comprometer sua eleição, repassando o ônus para o partido que, por sua vez, pode rolar a dívida por muitos anos valendo-se de meios processuais. Sopa no mel.

Tudo ficaria ainda mais intangível se as doações empresariais não tivessem sido proibidas também pelo Supremo, em outra decisão. De qualquer forma, com o financiamento restrito a doações de pessoas físicas, a identificação dos doadores é ainda relevante para se evitar fraudes como o emprego de “laranjas”.

As duas decisões do Supremo atrapalharam a estratégia, mas não a anularam por completo. Os novos dispositivos que tratam da responsabilização dos partidos não foram objeto da ADI e continuam valendo. Os partidos políticos, únicos avalistas de candidaturas, saem desta reforma ainda mais blindados.

Advogado-juiz no TSE compromete a Justiça Eleitoral?

Silvana Batini

Na última quinta-feira, o STF deliberou sobre lista de nomes de advogados a serem apresentados à Presidência da República para compor o Tribunal Superior Eleitoral. Um tema de rotina, que normalmente é decidido sem maiores complicações. Mas acabou em discussão ácida e com amplas implicações institucionais: é legal que ministros indicados ao TSE possam continuar exercendo a advocacia?

O presidente do TSE, ministro Dias Toffoli, trouxe a pauta alegando urgência, tendo em vista o fim dos mandatos de alguns ministros do TSE. Um dos nomes levados à aprovação do STF era o do ex-procurador-geral da República Aristides Junqueira, que hoje, aposentado, advoga para alguns políticos, entre eles o deputado Tião Viana (PT-AC). A indicação dividiu ministros. De um lado, o ministro Marco Aurélio, acompanhado pela ministra Carmen Lúcia, observou que o indicado atua em processo da Operação Lava Jato. De outra parte, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a “dúvida levantada [por Marco Aurélio] seria muito séria”, e que a atuação como advogado não macularia o exercício do cargo no TSE. Para Mendes, não caberia ali decidir sobre o modelo institucional de indicação ao tribunal — se devemos ou não permitir a indicação de advogados —, mas simplesmente o momento de votar a lista.

O tema é delicado, e o desconforto que ele gera inclusive entre ministros do STF não chega a ser novidade. Por determinação constitucional, a composição dos tribunais eleitorais — seja dos TREs, seja do TSE — é mista, dela constando quatro advogados de notório saber

jurídico, sendo dois titulares e dois suplentes (Constituição, art. 119 e 120). Estes “juízes advogados” ascendem ao cargo por nomeação da Presidência da República e permanecem no cargo para um mandato de dois anos, prorrogáveis por mais dois (Constituição, art. 121, § 2º).

A fórmula vem sendo mantida desde a criação da Justiça Eleitoral, na Constituição de 1934, sob o argumento de que os tribunais que decidem questões eleitorais tratam mais diretamente da soberania popular e, portanto, a presença de membros de fora dos quadros da magistratura permanente aumentaria sua legitimidade. Mesmo que se aceite tal argumento, porém, há uma peculiaridade neste quadro institucional: o advogado nomeado para compor um tribunal eleitoral não perde sua condição profissional, nem fica impedido de continuar advogando na pendência da jurisdição eleitoral — desde que não o faça, por óbvio, perante o órgão em que funcione. A questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.127, quando, apreciando dispositivos da Lei 8.906/94, deliberou expressamente sobre esta possibilidade.

Assim, não é de todo incomum que aporrem nas cortes eleitorais processos envolvendo partes que já foram patrocinadas em outras demandas pelo membro advogado ou por seu escritório, seja em matéria estritamente eleitoral, seja em questões alheias ao tema.

O modelo de composição mista das cortes eleitorais, com a presença de advogados, partiu de uma visão da justiça eleitoral em que predominava a função administrativa e normativa das eleições. Os tempos mudaram. O momento hoje é de intensa judicialização dos conflitos eleitorais, com predomínio crescente da função jurisdicional propriamente dita. Ao longo das últimas décadas, os tribunais eleitorais vêm ganhando mais competência para interferir nas eleições, seja julgando inelegibilidades, seja cassando mandatos. Nesse cenário, as demandas por legitimidade de suas decisões são também crescentes, e a imparcialidade é uma das fiadoras deste processo.

Para se ter uma ideia de quão defasado nosso sistema está em relação a esse problema, a lei eleitoral não contém sequer norma de suspeição ou impedimento relacionada aos juízes advogados e as hipóteses gerais vigentes não contemplam a relação profissional entre advogado

e cliente. Nada impede que o juiz/advogado funcione, como relator ou vogal, no julgamento de uma causa eleitoral envolvendo um ex-cliente seu ou de seu escritório, embora a circunstância afete flagrantemente a percepção pública de imparcialidade do magistrado. Advogados que atuaram em nome de partidos, candidatos ou coligações em um pleito acabam compondo a corte em pleitos seguintes e julgando causas daqueles mesmos partidos, candidatos e eventuais coligações.

Não há nada na lei que impeça esta situação. Isso não significa, porém, que não haja um problema institucional a ser reconhecido, discutido e enfrentado. Advogados são depositários de segredos. A relação entre advogado e cliente depende de confiança e muitas vezes impõe o afastamento de juízos críticos por parte daqueles. O advogado não deveria poder se tornar juiz daquele sobre quem reuniu informações tão privilegiadas. São circunstâncias incompatíveis com uma magistratura que necessita, para sua credibilidade, da imparcialidade ostensiva como valor. Suas decisões, por mais justas que possam vir a ser em sua substância, carregarão sempre um risco quanto à sua legitimidade e até mesmo adesão pública.

Há mais: a justiça eleitoral tem competência criminal, não somente para os crimes eleitorais propriamente ditos, mas também para os conexos a estes. Os TREs têm competência originária para julgamento de ações penais contra detentores de foro especial. Esta circunstância faz com que crimes comuns possam vir a ser julgados por advogados militantes que, por mais notória e indiscutível capacidade técnica, não gozam das prerrogativas constitucionais da magistratura permanente. Em matéria criminal, especialmente, este déficit pode levantar inclusive problemas de constitucionalidade.

A advocacia é função essencial à justiça, mas a separação dos papéis institucionais costuma ser mais vantajosa ao interesse público. Não é razoável continuar apostando em modelos que potencializam conflitos em vez de desarmá-los. Os embates políticos já são zonas de conflagração natural; convém encontrar caminhos para tornar a justiça eleitoral cada vez mais protegida de contestações quanto à sua legitimidade.

DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ATIVISMOS E OMISSÕES

Muito barulho para nada: o caso da liberdade sexual nas forças armadas

Dimitri Dimoulis

No dia 28 de outubro 2015, o Supremo declarou inconstitucionais as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” no artigo 235 do Código Penal Militar. Essa decisão pode ser exemplo de atuação do Tribunal em prol dos direitos fundamentais de grupos indevidamente discriminados? A resposta depende da contextualização desta legislação e, uma vez que isso tenha sido feito, a decisão revela-se a favor do *status quo ante*.

O Código Penal Militar foi promulgado em 1969, em plena ditadura militar, pelos ministros militares e invocando expressamente, para fins de competência, o AI-5. É um código extremamente repressivo que prevê penas draconianas (incluindo a de morte). Como sobrevivência pré-iluminista no século XXI, o Código Penal Militar tem predileção pela retórica.

Dentre outros exemplos, a expressão “ou qualquer outro” aparece dezenas de vezes, gerando curiosas redundâncias, como no art. 279: “Dirigir veículo motorizado, sob administração militar na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante” (grifos meus).

Nesse contexto histórico e redacional, não causa surpresa que o art. 235 tipifique o fato de “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”.

O acréscimo de palavras à descrição básica do tipo penal pode ter função tanto ampliadora como limitadora da proibição. Mas o que ocorre quando o legislador penal utiliza expressões pleonásticas na

descrição do fato típico? O pleonasma pode ser vício de linguagem ou tentativa retórica de enfatizar a proibição. Já do ponto de vista jurídico, carece de relevância normativa: não amplia nem restringe a criminalização.

Ao apreciar a constitucionalidade do artigo 235 na ADPF 291, o Supremo fez opções preocupantes. Às críticas ao processo decisório apresentadas por Juliana Gomes e Diego Arguelhes acrescentaremos mais duas, focadas na substância da decisão.

A primeira diz respeito ao objeto do controle de constitucionalidade. Ao declarar não recepcionadas as expressões “homossexual ou não”, “pederastia ou outro” do artigo 235 sem intervir na enunciação do fato típico e da sanção, o Supremo atuou sobre um legítimo objeto de controle de constitucionalidade? Pode ser declarado inconstitucional algo que não afeta direitos e posições? Aceitar isto, equivaleria a admitir que compete aos ministros policiar a linguagem do legislador, eliminando expressões preconceituosas ou ofensivas para minorias sociais?

Esse caminho gera uma série de problemas. Na ADPF 259, o Tribunal eliminou pleonasmos. Mas o que ocorreria se a expressão discriminatória fosse necessária para aplicar o tipo penal? Pensemos no art. 407 do mesmo código, que penaliza o fato de “Raptar mulher honesta, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso, em lugar de efetivas operações militares”. Se um dia o STF eliminasse o termo “honesto”, ampliaria a criminalização *sine legem*, em violação ao art. 5, XXXIX. Ou deveria manter o fato típico em sua atual extensão, procurando um sinônimo menos discriminatório da “mulher honesta”, tornando-se o Tribunal revisor de estilo? Em todos os casos, ao decidir policiar apenas o preconceito linguístico, o STF amplia suas competências, expressando um ativismo arbitrário.

A segunda crítica diz respeito às escolhas (estratégicas?) de uso do tempo e da energia do Tribunal. A ADPF 291 tramitou durante dois anos, com várias movimentações processuais. Exigiu elaboração de pareceres de diversas autoridades federais. No julgamento atuaram dez ministros e, fato provavelmente inédito no Brasil, foram tornadas públicas duas versões alternativas do voto relator. Tudo isso para se

chegar à confirmação de uma norma penal liberticida, aceitando o Tribunal, por maioria, criminalizar a liberdade sexual de adultos, exercida de maneira consensual durante o tempo livre. Porque investir tanto em algo apenas simbólico em termos de tutela da liberdade, enquanto não são levadas a julgamento dezenas de ações de inconstitucionalidade que envolvem sérias questões institucionais, econômicas e de direitos fundamentais?

Examinando melhor a questão, percebe-se que a mensagem simbólica da ADPF 291 não é exclusivamente progressista. Ao eliminar termos preconceituosos o STF confirmou a constitucionalidade da norma e, simbolicamente, todas as opções repressivas do Código Penal Militar da ditadura. Se o Supremo alguns anos atrás declarou globalmente inconstitucional a lei de imprensa, porque dessa vez não emitiu ao menos um sinal de que o Código Penal Militar com origem e mentalidade autoritária apresenta múltiplos problemas de recepção? Como interpretar a contradição?

Estamos diante de mais uma manifestação do passivismo do Tribunal que decide por não decidir, recorrendo a meios processuais de postergação, ou avaliza expressamente as opções do legislador, por mais que conflitem com a Constituição, conforme já sustentamos no JOTA. A ADPF 291 pertence a uma variação do passivismo do Supremo que deveria ser mais bem investigada: a declaração de inconstitucionalidade sem efeitos normativos.

Publicado em 6 de Novembro de 2015

Um Supremo socialmente seletivo?

Juliana Cesario Alvim Gomes

A atuação do Supremo sobre direitos de minorias sofre de um paradoxo: de um lado, o tribunal julgou relevantes casos relativos a direitos de grupos minoritários, como as ações afirmativas de cunho racial, as uniões homoafetivas e o aborto de fetos anencefálicos. De outro, contudo, nenhum destes casos foi levado ao Supremo pelas próprias minorias interessadas. Foram sempre outros atores — um partido político, um governador de Estado e a Procuradoria-Geral da República, e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, respectivamente. Em vez de levarem a própria voz e as próprias causas ao Supremo, os movimentos sociais precisaram “mascarar” seus pleitos dentro das regras do processo constitucional. Silenciados por essas regras, falavam por meio de outros atores.

É inegável que, mesmo nesse cenário, nesses e em outros casos, movimentos sociais têm conseguido vitórias importantes por meio da jurisdição constitucional.

Entretanto, até para as histórias de sucesso, o acesso limitado e seletivo à Corte produz efeitos negativos: perda de seu protagonismo, restrição de seus argumentos, sujeição de suas causas a composição e barganhas com seus “representantes” oficiais. Isso sem falar nas demandas que chegam à Corte sem qualquer respaldo de seus principais interessados ou que sequer alcançam a jurisdição constitucional.

É preciso repensar e viabilizar o acesso dos movimentos sociais ao Supremo.

Há, contudo, objeções instantâneas de duas ordens a essa pretensão. De um lado, argumentos relativos à lógica contramajoritária da Corte, que ensejaria uma “blindagem social” do Judiciário. De outro,

são levantadas razões relativas à carga de trabalho dos ministros. A necessidade de insulamento judicial e a sobrecarga de processos procuram, por caminhos diferentes, justificar um fechamento social da jurisdição constitucional.

Tais argumentos, porém, desviam o foco da discussão. Insinua que o acesso ao Supremo por parte dos movimentos sociais demandaria reformas profundas em sua estrutura, sem levar em conta os canais que existem atualmente. Desconsideram, portanto, a necessidade de se discutir — para além da ampliação da abertura social do Supremo — a distribuição pouco equânime do acesso ao tribunal. Hoje o acesso ao Supremo é tão permeável quanto socialmente seletivo.

Atores corporativos com forte influência política e econômica têm acesso franqueado à jurisdição constitucional para defender seus interesses. E valem-se com maior facilidade de vias menos formais, como audiências com ministros, ou informais, como encontros sociais com agentes estatais e a própria mídia, para buscar pautar a agenda e as discussões no tribunal. Minorias e os grupos socialmente vulneráveis e marginalizados, porém, são excluídos dessas múltiplas dimensões de acesso.

Formalmente, esse fenômeno está inscrito, por exemplo, na jurisprudência relativa aos legitimados para a propositura de ações no controle abstrato de constitucionalidade. Esse entendimento limita as “entidades de classe de âmbito nacional”, previstas no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, àquelas de caráter econômico e profissional, sem que haja qualquer previsão constitucional nesse sentido. Trata-se de interpretação do Supremo firmada no início dos anos 90. Esse tratamento, porém, não é neutro. Desequipara certas entidades perante outras, abrindo as portas do controle abstrato a alguns interesses e fechando-as a outros.

Além da porta de entrada formal, o funcionamento do tribunal também cria obstáculos para o acesso de grupos marginalizados ao Supremo. A fixação da pauta é um deles. Baixíssima antecedência na sua divulgação, ausência de registro da entrada em pauta no andamento processual do caso e possibilidade de alteração da pauta às vésperas das sessões são quase fatais para a participação, nos julgamentos, de

movimentos sociais com recursos escassos e baixa profissionalização de seus integrantes.

O acesso aos próprios gabinetes e ministros também é problemático. Não há critérios objetivos e transparentes para o agendamento de audiências. Até mesmo a exigência de certos trajes funciona como empecilho ao acesso da população à Corte. Só em 2000 mulheres foram autorizadas a entrar no tribunal vestindo calças compridas. E ainda hoje é necessário “traje social” para entrada na Sala de Julgamentos. Para os gabinetes, o traje varia, porém as exigências não são disponibilizadas no *site* do tribunal e quem as aplica são as recepções dos prédios. Além da incerteza que o procedimento gera, a imposição desses requisitos exclui, por exemplo, estudantes uniformizados ou grupos sociais que utilizam suas roupas como parte de suas identidades, como minorias étnicas.

Em 2010, no julgamento da lei de anistia, familiares e vítimas da ditadura militar foram obrigados a retirar camisetas que vestiam sob blazers e paletós com os dizeres “a única luta que se perde é a que se abandona”, sob o argumento de que constrangiam os ministros ao vesti-las. Será que militares teriam sido impedidos de comparecer de farda à sessão?

ministros do Supremo são pessoas de carne e osso, que vivem na sociedade, interagem com seus acontecimentos e frequentam redes de relacionamentos. Além disso, a ordem constitucional 1988 assegurou por diversos mecanismos que fosse impossível e indesejável blindá-los de influxos sociais. Para concretizar esse ideal constitucional de comunicação com a sociedade, o que precisamos é de menos seletividade no acesso à Corte. Democratizá-lo para que suas vias operem de maneira transparente e igualitária.

Publicado em 1º de Fevereiro de 2016

A tendência passivista do Supremo

Dimitri Dimoulis

Soraya Lunardi

Qualificar o Supremo como Tribunal “ativista” tornou-se corriqueiro. Quem afirma isso considera o Supremo ativista em dois sentidos. Primeiro, em razão do intenso questionamento de decisões dos demais poderes, principalmente de leis. Segundo, no sentido da utilização de formas de interpretação e de ação processual “criativas” e “livres” que aumentam seus poderes.

O Supremo é certamente ativista em razão da criatividade (e da imprevisibilidade) dos métodos utilizados e das posições de cada ministro. Mas seria também ativista no sentido quantitativo do intenso questionamento dos demais poderes?

Nos anos 2000, o Supremo tornou-se protagonista na configuração do sistema de direitos fundamentais com decisões de ampla repercussão jurídica e política. Basta lembrar das decisões sobre o racismo, a execução das penas por crimes hediondos, a reforma tributária, a biotecnologia, a infidelidade partidária, a tutela dos direitos dos índios, a união estável de pessoas do mesmo sexo, o aborto no caso de anencefalia e as ações afirmativas a favor de grupos socialmente fragilizados. Nesse “ativismo” incluem-se decisões sobre a efetivação de alguns direitos sociais com censura de omissões legislativas e executivas.

Mas tais decisões, por mais que sejam relevantes, são insuficientes para confirmar o rótulo de Tribunal ativista. Dados mostram que o Supremo Tribunal Federal atua como Corte passivista, evitando conflitos com os demais poderes e postergando decisões em questões sensíveis.

A questão fundamental é saber se o Supremo interfere em decisões relevantes do Legislativo e do Executivo federal. Desde 1988,

configurou-se um sistema político no qual o Executivo e o Legislativo federal tendem a funcionar de maneira unificada. Firmam acordos e compromissos entre lideranças políticas, sendo exercida a política do Estado de maneira consensual, com base no denominado presidencialismo de coalizão.

Independentemente da composição partidária dessa coalizão, suas decisões com relevância política ou econômica foram quase sempre acatadas pelo Supremo. A esmagadora maioria de normas declaradas inconstitucionais são estaduais ou oriundas do próprio Judiciário e não da coalização que governa o país. Isso significa que o Tribunal não desempenhou a função “contramajoritária” que está na base do ativismo judicial.

Identificamos também uma opção passivista quando o STF posterga (ou evita) a tomada de decisões de mérito, demorando em alguns casos mais de 20 anos para decidir uma questão (casos das ADIns 73, 127 e 136). Isso explica a alta proporção de ações de controle de constitucionalidade que perdem seu objeto em razão da revogação da norma questionada. Trata-se do uso estratégico de uma importante e silenciosa arma processual: a elaboração da pauta do Supremo de maneira discricionária, com base na interação do relator com o presidente.

A tendência passivista acentuou-se após o início do julgamento do Mensalão em 2012. O Tribunal centrou-se em suas competências penais originárias e no julgamento de recursos extraordinários e *habeas corpus*, tendo deixado de cumprir o papel primordial de juiz constitucional que realiza controle abstrato de normas.

Há inúmeros exemplos eloquentes dessa “decisão de não decidir”:

A validade e extensão da lei de anistia política de 1979 não foi decidida definitivamente, sendo pendente desde 2011 o julgamento do conflito do Supremo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As ações sobre os planos econômicos de 1980 e 1990 (Bresser, Verão, Collor I e II) tampouco foram julgadas pelo Tribunal, aguardando uma decisão desde 2008.

O financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas não foi decidido, tendo sido a ADIn protocolada em 2011. O tão cri-

ticado pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, feito em 2014, impede a conclusão do julgamento.

A modificação das regras de distribuição dos *royalties* do petróleo entre Estados e Municípios, em ação pendente desde 2013.

O Código Florestal de 2013, questionado em dispositivos considerados lesivos ao meio ambiente.

Uma lista completa das “decisões de não decidir” incluiria muitas outras leis relevantes que aguardam resposta ao questionamento de sua constitucionalidade há mais de uma década. Entra elas, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a lei que regulamentou a ADPF (ambas as ADIns protocoladas em 2000), assim como a emenda constitucional que federaliza os crimes contra direitos humanos (ADIn protocolada em 2005).

Mesmo as tão discutidas decisões do Supremo sobre a distribuição gratuita de remédios não autorizados pelos demais poderes corroboram a tese do passivismo. O Tribunal não aplicou o mesmo entendimento em todos os pedidos, havendo decisões de indeferimento com base em considerações consequencialistas (custo do tratamento, número de pacientes e outras variáveis de impacto sobre os cofres públicos). A negativa se deu nos processos de tutela coletiva, como na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, o que confirma a opção da inércia em casos com maior impacto econômico e político.

Além disso, a generosidade do Tribunal em relação aos remédios em processos individuais é uma exceção que confirma o passivismo quanto aos demais direitos sociais. Isso provavelmente se explica pelo baixo impacto orçamentário da concessão de remédios em comparação com o custo de decisões “ativistas” nos campos da previdência social, da moradia e dos direitos dos trabalhadores.

O passivismo do Supremo que convalida as leis federais e opções do governo ou eterniza os processos tem um complemento paradoxal: o ativismo arbitrário na atuação individual dos ministros. Decisões importantes sobre temas constitucionais são tomadas de maneira rápida por um único ministro, sem que sejam reexaminadas pelo Tribunal em prazo razoável.

O caso mais conhecido refere-se à Emenda constitucional n° 73, que criou Tribunais Regionais Federais. Foi suspensa por liminar do ministro Joaquim Barbosa em 2013, um dia após o protocolo da ADIn. Desde então, não houve manifestação do Plenário, continuando suspensa, com base na decisão de um único ministro, uma norma criada pelo Poder Constituinte Reformador.

O mesmo ocorreu com a Lei 12.374 de 2013, que modificou a distribuição dos *royalties* do petróleo entre Estados e Municípios. A ministra Cármen Lúcia concedeu liminar que suspendeu importante parte da lei em 2013, três dias após o protocolo. Desde então, não houve decisão do Plenário.

A observação da atuação do Supremo não justifica avaliações otimistas de sua performance. E confirma a necessidade de reformas das normas processuais e das práticas decisórias.

Publicado em 17 de Agosto de 2015

Mais regras e menos princípio para a liberdade de expressão

Ivar A. Hartmann

Determinar que a autorização prévia para biografias não é necessária foi a menos importante das contribuições do Supremo para o direito brasileiro na ADI 4815. O essencial foi o avanço na determinação de regras para ocupar o vácuo dessa interpretação absurda do Código Civil e da Constituição.

Derrubar a ideia grotesca de que uma pessoa ou seus herdeiros têm a prerrogativa de emitir licença para um biógrafo é como cortar apenas uma das cabeças da hidra. Não se tratava de uma opção do legislador que o Supremo fosse obrigado a enfrentar e decidir se é constitucional. O artigo 20 do Código Civil é extremamente mal redigido — o que é fácil constatar e a ministra Cármen Lúcia lembrou em seu voto. A péssima redação facilitou uma interpretação absurda de que era necessária autorização para biografias. E, o que é pior, não há nada no artigo que permita a conclusão de que é aplicável apenas para biografias.

Na verdade o problema central que o Supremo começou finalmente a combater é a falta de um padrão ou critério de decisão para os casos de conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão, de um lado, e a honra ou o direito fundamental à privacidade, de outro. O direito brasileiro precisava que o Supremo definisse algumas regras para decidir esses casos, ainda mais comuns em nosso país desde que a internet deu a milhões de pessoas a capacidade de ter sua opinião lida e ouvida.

Um dos entraves principais a um Estado Democrático no Brasil hoje é a maneira como o Judiciário decide casos nos quais se alega

violação da honra ou privacidade em função de manifestação do pensamento — seja política, jornalística, acadêmica ou veiculada em mero *post* de rede social. As decisões são quase sempre no sentido de censurar ou impor pagamento de danos morais. Qualquer pessoa que se sente ofendida e quer censurar quase sempre consegue. O panorama é pior do que na ditadura, quando era necessário cuidado para não ofender o governo. Hoje é preciso cuidado para não ofender nenhum dos 200 milhões de brasileiros!

Há diferentes fatores que contribuem para esse fenômeno. Primeiro, o Brasil é o país da cordialidade. Criticar alguém é sempre, por definição, um desrespeito. Segundo, nosso Judiciário é muito conservador quando se trata de manifestação do pensamento. Um tribunal é capaz de confirmar decisão que proíbe um morador de protestar — mesmo que *online* — contra o empreendimento de uma construtora. Terceiro, nos últimos anos virou moda jogar ao vento as palavras “ponderação” e “dignidade” como pretexto para tomar qualquer decisão, em qualquer sentido. É comum até se argumentar pela censura afirmando que a crítica viola a dignidade da pessoa humana. Historicamente, o conceito de dignidade sempre esteve associado à garantia de autonomia individual e autodeterminação diante de arbitrariedade estatal, mas atualmente acaba sendo usado justamente para restringir a autonomia da manifestação do pensamento e promover o arbítrio do Estado censurador, via decisão judicial. Quarto, o próprio Supremo tem parcela de culpa, na medida em que nunca se esforçou para produzir critérios de decisão minimamente concretos que viessem a guiar a jurisprudência em casos de liberdade de expressão e honra. Este seria um passo decisivo para limitar a incerteza causada pela prática judicial nessa área. O Tribunal acertou ao invalidar a Lei de Imprensa da ditadura, mas deixou um vácuo em seu lugar. Por outro lado, o Supremo não sabe lidar com precedentes e tal problema aparece também nas decisões sobre manifestação do pensamento e proteção da imagem e honra. Menos de um ano atrás, por exemplo, o ministro Dias Toffoli julgou de maneira frontalmente oposta à decisão do plenário em ADI sobre sátira de políticos.

Nesse contexto, confirmar que não há necessidade de autorização prévia em biografias é extirpar apenas uma de tantas interpretações

ruins feitas pelo Judiciário nesse campo. Se não forem fixadas regras mais específicas o problema continuará se manifestando, de maneira tão grave quanto antes.

E foi esse o grande avanço promovido pelos ministros. Em relação aos mecanismos de tutela, a maioria acompanhou integralmente a ministra Cármen Lúcia, excluindo a possibilidade de ordem judicial posterior à publicação para retirar obra de circulação. A indenização e, especialmente, o direito de resposta são restrições à liberdade de expressão que passam no teste de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a censura judicial, em tempos de Wikileaks, não passa nem no teste de adequação. De acordo com a ministra, “recolhimento de obras após a sua divulgação é censura judicial, que apenas substitui a administrativa”.

No mérito, o ministro Barroso foi muito feliz ao especificar ao menos duas regras. A primeira é que pode ser restringida a veiculação de informação resultante de ilícitos como extorsão, interceptação clandestina, invasão de domicílio e similares. O ministro faz bem ao propor o oposto do que determinou a Suprema Corte Norte-Americana em 2001.

A segunda regra tem o potencial de aplicação em dezenas de milhares de casos na Justiça. Pode ser restringida “mentira dolosa e deliberada, com o intuito de fazer mal a alguém (...)”. Aqui o ministro adota o precedente essencial estabelecido pela Suprema Corte Norte-Americana já em 1964, talvez a mais importante decisão sobre liberdade de expressão da história daquele tribunal. Se a manifestação não contém erro verificável, não pode ser proibida. Se contém erro, mas não há má-fé em relação ao erro, também não pode ser proibida a manifestação.

Há alguns anos parecia improvável que a proteção efetiva de um direito fundamental no direito brasileiro pedisse mais regras e menos princípios, mas é essa nossa realidade atual. Se os juízes brasileiros passarem a seguir as regras definidas pelos ministros do Supremo no julgamento da ADI 4815, o Brasil dará um passo crucial para se tornar uma democracia viável.

Falta de parâmetros ainda é risco para produção de biografias

Thomaz Pereira

A necessidade de autorização prévia era apenas um dos entraves para a publicação de biografias. Certamente o mais absoluto, mas longe de ser o mais importante. Em um país em que uma peça de teatro ficcional inspirada em fatos reais, mas sem se propor biográfica ou usar o nome de pessoas existentes, pode ser proibida, o buraco é muito mais embaixo.

Como observou Ivar Hartmann em texto publicado neste mesmo espaço, a principal ameaça à liberdade de expressão são os potenciais processos por parte de qualquer um retratado em obra que sinta sua honra e imagem lesadas. Se o medo de ser processado por ofendidos for generalizado e seu desfecho imprevisível, por mais cuidadoso que o autor seja, todos sairemos perdendo. Hartmann, porém, é muito mais otimista quanto aos parâmetros supostamente estabelecidos pelo Supremo na ADI 4.815 para equacionar liberdade de expressão e direito à honra, bem como as formas de tutela disponíveis ao vencedor.

Alguns ministros decerto tentaram estabelecer tais parâmetros, mas o alcance dessa tentativa é limitado por duas razões: primeiro, é difícil afirmar que houve efetivamente um consenso — ou pelo menos maioria — em alguma direção substantiva. Segundo, não é óbvio que esta discussão era de fato relevante para o desfecho dessa ADI — ou se estamos apenas diante de uma cacofonia de *obiter dicta*.

O primeiro ponto está aparentemente oculto pela unanimidade da decisão, celebrada por toda a imprensa. Mas apesar de todos acompanharem a relatora, houve discordâncias quanto à liberdade de expressão pode violar o direito a honra (uma questão de quais os parâmetros

para resolver o conflito), e quanto à possibilidade de retirar livros de circulação em caso dessa violação (uma questão de quais as tutelas aceitas para fazer valer o direito que prevalecer). Discordâncias que não foram claramente resolvidas no plenário — seja porque o processo de decisão no Supremo não o permitiu, seja porque tais questões não estavam no objeto da ação.

Quanto ao processo decisório, como saber quais ministros de fato acompanharam todos os elementos e argumentos do voto da relatora? No caso, a ministra Cármen Lúcia produziu um voto de mais de 119 páginas que não foi lido em plenário. Distribuiu o texto aos seus pares, mas, para poupar tempo e seguindo praxe do tribunal, apenas enunciou os pontos que considerou principais. Mas se é assim, o que foi acompanhado? O que foi escrito e não lido, ou apenas o que foi dito publicamente? Sem entrar nos detalhes, como saber se há pontos no voto com os quais, lendo com atenção, outros ministros discordariam? A ministra Cármen Lúcia não é responsável por inaugurar essa prática, que já é parte do funcionamento normal do tribunal, mas este caso explicita os problemas de se continuar com ela.

Ao anunciar o procedimento que adotaria, a ministra Cármen Lúcia mencionou ainda que essa prática é também adotada por tribunais de outros países. Mas existe um mundo de diferença entre fazer isso no momento da deliberação (Brasil) e no momento da divulgação do acórdão (como ocorre no EUA). Em nosso caso, o plenário é o local onde se colhem os argumentos e se tomam os votos do tribunal. No caso dos Estados Unidos, a decisão é tomada a portas fechadas e o anúncio resumido ocorre no momento de publicação do acórdão. Adotar apenas parte desta praxe nos coloca em situação problemática: decide-se sobre um voto longo que não chegou de fato a ser publicizado em detalhes para todos os ministros.

E o que havia de tão complicado nesse caso para exigir votos tão longos da relatora e de outros ministros? Quanto à parte unânime da decisão, os ministros pareceram não ver nenhuma dificuldade. Conforme a própria relatora, “parece de tal clareza a inconsistência constitucional das regras dos arts. 20 e 21 do Código Civil”. Mas havia mais em jogo do que isso? Em termos do que foi pedido na inicial da ADI,

não. O que se questionava era a necessidade de autorização prévia, cuja inconstitucionalidade parece ter sido evidente para todos ministros.

No plenário, para além de seguidas exposições sobre a importância da liberdade de expressão, a discussão se concentrou em como estabelecer os limites e, mais ainda, o que fazer quando estes são violados. Para citar apenas alguns exemplos de divergências nesses sentidos, a ministra Cármen Lúcia parece recusar a possibilidade de “recolhimento de obras após sua divulgação”, que iguala à “censura judicial”. O ministro Celso de Mello parece concordar — apesar de excluir qualquer proteção ao chamado *hate speech* (“discurso de ódio”). Porém, os ministros Lewandowski e Gilmar Mendes discordam: havendo lesão, a possibilidade de tutela específica decorreria do próprio direito constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV). O ministro Barroso pretendia estabelecer a posição preferencial do direito à liberdade de expressão, mas sua tese não foi encampada pelos demais. Quanto às possibilidades de tutela, seguido pelo ministro Lewandowski, afirma que o recolhimento só deveria ocorrer em casos extremos e teratológicos. Mas que casos seriam esses?

A posição do próprio ministro Barroso tem diversas nuances. Mais difícil ainda é estabelecer o grau de concordância e discordância entre os demais ministros quanto a essas duas dimensões do problema. Com isso, essas questões continuarão a ser decididas por juízes e tribunais por todo o país sem qualquer parâmetro do Supremo — ainda que vários ministros tenham chegado a discutir esses problemas

Sem parâmetros claros, o tribunal em larga medida continua deixando os autores e editores sem a proteção de que realmente necessitam para produzir. E enquanto isso, juristas se agarram a diferentes frases de diferentes votos para extrair desses fragmentos individuais aquilo que gostariam que o tribunal tivesse efetivamente decidido.

Supremo e as prisões: corte constitucional em vários atos

Juliana Cesario Alvim Gomes

No atual cenário da situação prisional no Brasil, o Supremo tem uma oportunidade de voltar a atuar como corte constitucional. Desde a decisão que cuidou das ações afirmativas de corte racial, em 2012, o tribunal parecia ter abandonado uma de suas principais funções e razões de ser: a defesa de direitos fundamentais de minorias.

Nesse meio tempo, direcionou sua atuação para a jurisdição penal contra políticos, exemplificada pelo caso do Mensalão. É possível que esses casos criminais de grande repercussão tenham contribuído para elevar o capital institucional do tribunal perante a sociedade e demais poderes, deixando o Supremo — talvez até na visão dos próprios ministros — mais confortável para retomar uma agenda que vai de encontro à visão de parcela expressiva da opinião pública.

Nos últimos meses, o Supremo começou a investir essa “reserva contramajoritária” no enfrentamento da dramática questão carcerária brasileira.

Em dezembro, iniciou-se o julgamento acerca da responsabilidade civil do Estado por danos causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade em razão de penas cumpridas em circunstâncias desumanas.

Em agosto, o tratamento da questão carcerária se intensificou com o julgamento de, até agora, quatro ações de alto impacto relacionadas ao problema dos presídios. Com a diferença de que em vez de enfrentar violações a direitos individuais no varejo, progressivamente, o Supremo começa a desvelar uma abordagem mais estrutural do problema.

Primeiro discutiu-se o afastamento do reconhecimento da insignificância em casos de reincidência na prática do crime, concluindo-se por sua avaliação em cada caso concreto. Depois, seguindo o voto do relator, ministro Lewandowski, o Plenário decidiu que para realizar direitos fundamentais dos presos, o Judiciário pode determinar à Administração Pública a realização de obras emergenciais em presídios.

Em seguida iniciou-se o julgamento acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo, que tem profundo impacto na discussão do sistema carcerário.

Por fim, o Tribunal decidiu pela constitucionalidade das audiências de custódia, que vêm sendo implementadas no âmbito de diversos tribunais pelo país revelando-se um mecanismo com grande potencial de redução do número de presos.

O ponto alto desse movimento em vários atos pode se dar com o julgamento da ADPF 347, proposta pelo PSOL com base em representação elaborada pela Clínica Uerj Direitos, da qual faço parte. A ação — cujo julgamento da cautelar encontra-se em curso — pretende ver declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, dando um tratamento sistêmico ao problema.

A ação requer, cautelarmente, medidas para reduzir o encarceramento, como a consideração das condições de cumprimento da pena em sua fixação e execução. O pedido principal é a reforma dos estabelecimentos prisionais. Contudo, a forma específica de efetivação dessas reformas não seria determinada diretamente pelo Supremo. Em uma solução dialógica, o Supremo fixaria prazo para a elaboração, por parte dos poderes executivos, de planos plurianuais com medidas, prazos e previsão de gastos, para aplicação pela União e pelos Estados e Distrito Federal. Em seguida, a Corte homologaria estes planos e acompanharia sua implementação com auxílio da sociedade civil e de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça. Tal solução é capaz de compatibilizar as prerrogativas democráticas dos poderes políticos com a necessidade de cumprimento da Constituição.

Na sessão de hoje, vários ministros observaram que existe amplo arcabouço normativo que garante a proteção aos direitos dos indivíduos encarcerados. Mas o problema é justamente a não aplicação dessas

leis — e é aqui que a atuação do Supremo se faz fundamental. Não há um problema de interpretação constitucional a ser resolvido, mas sim um desafio de como fazer valer, diante da omissão do próprio Judiciário e dos demais poderes, regras que já estabelecem com clareza as condições mínimas para o encarceramento. Reconhecer que essa legislação já existe não enfraquece os pedidos feitos na ação — ao contrário, só os torna mais urgentes.

Depois de um longo intervalo, portanto, o Supremo vem dando sinais de uma bem-vinda atuação contramajoritária. Chamou para si a responsabilidade de defender uma minoria estigmatizada, demonizada e excluída na arena política, e que sofre as mais brutais violações de direitos. Mais ainda, a julgar pelas decisões com impacto no sistema prisional que o tribunal vem tomando nas últimas semanas, sinaliza-se que essa proteção a minorias pode exigir soluções estruturais que, para além dos necessários remédios individuais, levem em conta a complexidade do problema enfrentado.

Se essa atuação contundente pode parecer excessivamente ousada, é apenas porque o “hiato constitucional” da atuação do Supremo nos últimos anos desviou o foco do que uma Corte constitucional deve e pode fazer.

No fundo, o que se espera — e que vem sendo feito pelo Supremo nos casos relativos a presídios — é exatamente o tipo de atuação para a qual tribunais constitucionais independentes foram desenhados: a proteção integral de grupos vulneráveis, sobretudo quando não podem se valer da via política.

Quantos gramas fazem um traficante?

Michael Freitas Mohallem
Rafael Alloni

A expectativa pelo fim da criminalização ao uso de drogas é enorme, e a conjuntura nunca foi tão favorável à mudança. A descriminalização está no ar do Supremo. Mas em vez de um julgamento de grande impacto, corre-se o risco de uma decisão tímida — ou mesmo prejudicial ao fim que se propõe. Tudo depende de o Supremo estabelecer ou não um critério de quantidade para separar usuários de traficantes.

Quando foi elaborada em 2006, a então Nova Lei de Drogas cindiu os universos de traficantes e usuários. Aos traficantes foi reservada toda a dureza da lei; aos usuários, uma suposta brandura: consumo pessoal passou a não ser mais punível com prisão, embora não tenha deixado de ser crime. Ainda que seu propósito geral tenha sido retirar os usuários das prisões, porém, a lei foi incapaz de evitar que juízes, promotores e policiais dessem a cada caso leituras mais particularistas, geralmente reféns dos contextos sociais dos acusados. O uso pessoal passou ser enquadrado como tráfico.

Nos primeiros 7 anos da lei, a proporção de presos por tráfico passou de 14% para 25% da população carcerária total, um aumento de 193% quando considerado o número de presos.

Tabela 4 Quantidades de referência para uso pessoal de maconha e cocaína nos países que adotaram critério objetivo

Maconha		Cocaína	
Quantidade de Maconha (gramas)	Países que adotaram essa quantidade	Quantidade de Cocaína (gramas)	Países que adotaram essa quantidade
2	El Salvador	0.01	Letônia
3.5	Malta	0.2	Lituânia
3	Bélgica	0.5	México, Noruega, Suécia
5	México, Letônia, Lituânia, Países Baixos	0.75	Itália
6	Belize	1	Colômbia, Equador, República Checa, Belize
8	Peru	1.5	Grécia, Finlândia
10	Equador, Paraguai, Dinamarca	2	Paraguai, Peru, Portugal, Hungria, Venezuela, El Salvador, Malta
15	Finlândia,	2.8	Jamaica
20	Colômbia, Venezuela	7.5	Espanha
25	Portugal	10	Chipre
30	Canadá, Chipre	15	Áustria
40	Uruguai		
50	Suécia		
57 (2 onças)	Jamaica		
100	Espanha		
Critério de peso apenas em THC	Itália (1g) Áustria (20g) Hungria (1g)		
Critérios variáveis por região do país	Alemanha (6-15g) Noruega (10-15g)	1-3g	Alemanha

* países em vermelho: porte para uso pessoal é criminalizado.

Fonte: Infopen, Ministério da Justiça

Embora existam muitas variáveis que expliquem a explosão do encarceramento por tráfico, quando se considera o volume de droga no ato da prisão fica evidente que usuários são sistematicamente condenados como traficantes. Em 13% dos casos na amostra pesquisada, o preso tinha até 10 gramas e, em 45% dos casos, até 50 gramas (a pesquisa completa pode ser encontrada aqui: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>)

O silêncio da lei quanto à quantidade de droga que separaria os dois mundos — do usuário e do traficante — viabiliza o subjetivismo das interpretações de juízes. Alguns parlamentares parecem ter percebido isso. No final de 2014, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou projeto de lei determinando a quantidade suficiente para consumo individual por cinco dias, a ser calculada pela Anvisa, como delimitador do consumo. Diante da dificuldade de que a matéria avance no Congresso, o STF decidiu pautar a ação.

Caso o STF só diga que usar e portar drogas deixa de ser crime, o quadro de injustiça ficará inalterado. Usuários continuarão a ser julgados como traficantes, mesmo que o uso em si não seja sequer crime. Permaneceria sem mudança a regra que permite a interpretação enviesada do contexto da prisão para favorecer a conclusão de que houve tráfico.

Além de não avançar, a descriminalização desacompanhada de parâmetros de quantidade poderá agravar a já dramática situação de meros usuários. Se atualmente juízes, delegados e promotores, de modo geral, tendem a “forçar a mão” na direção do tráfico, o cenário poderá ser pior se as únicas opções do juiz forem prender por tráfico ou reconhecer o ato atípico. Ao custo da liberdade de milhares de pessoas, juízes refratários à onda de liberalização encontrarão nesse flexível crime de tráfico um espaço de resistência.

Em termos comparativos, o Brasil não inovaria ao definir quantidades referenciais. Na América do Sul, Colômbia (20g), Equador (10g), Paraguai (10g), Peru (8g), Uruguai (40g) e Venezuela (20g) já estabelecem limites para o porte de maconha. Na Europa, para citar alguns países, Alemanha (6g a 15g, cada Estado tem um critério), Bél-

gica (3g), Dinamarca (10g), Espanha (100g) e Portugal (25g) também definem quantidades aceitáveis para a posse da maconha.

Se o propósito deste julgamento pelo STF é delimitar a proteção dada pela constituição aos autores de práticas — como a posse de drogas — que não atingem absolutamente nenhum terceiro, o Supremo precisa ir além de uma decisão minimalista. Será necessário criar a presunção de usuário para quantidades médias consumidas por usuários e, quem sabe, permitir o cultivo para uso pessoal.

Fernando Henrique Cardoso lembrou em artigo no JOTA (10/8/2015) do papel de vanguarda que tem tido o STF e viu neste julgamento a “oportunidade para alinhar a realidade legal à dinâmica da sociedade brasileira”. Nesse caso, o protagonismo não virá com uma decisão pela metade. Nove anos de experiência com a já antiga Lei de Drogas mostram que, se o Supremo quer proteger a intimidade daquele que apenas usa a droga, é preciso dizer de uma vez quem é o traficante.

Publicado em 13 de agosto de 2015

Por que liberar o Funpen não é solução?

Felipe Recondo

A liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), determinada na sessão de quarta-feira pelo Supremo Tribunal Federal (STF), será incapaz de resolver o problema que o próprio tribunal assentou há algumas semanas, no julgamento do RE 592.581.

Por mais que o governo federal descontingencie os R\$ 2,4 bilhões de recursos do fundo, a execução dos recursos permanecerá baixa pela razão expressa no voto do presidente do Supremo, ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário julgado no dia 13 de agosto: falta vontade política dos gestores para cuidar de um assunto que não traz votos.

“Clara está, a meu sentir, a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Aponto, nesse sentido, que verbas para melhorá-lo não faltam”, afirmou o presidente em seu voto.

Lewandowski disse causar “perplexidade” o fato de o Funpen ter arrecadado, até junho de 2015, R\$ 2.324.710.885,64 e saber que “basta aos entes federados, para acessar estas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao Depen (Departamento Penitenciário Nacional)”.

“O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego destas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 357.200.572,00. De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados”, acrescentou o ministro Lewandowski.

De acordo com informações do Ministério da Justiça, o empenho das verbas da Funpen hoje disponíveis — portanto, após o contin-

genciamento — não chega a 100%. Em 2012, 69,36% dos recursos foram empenhados. Em 2013 e 2014, o empenho passou dos 90% — 90,68% e 93,62%, respectivamente.

A liberação de recursos do Funpen, portanto, não garante sua utilização para o combate ao “estado de coisas inconstitucional” reconhecido pelo Supremo no julgamento da ADPF 347.

Para isso, os estados precisariam demonstrar o que até agora não demonstraram: a vontade política e o compromisso necessário com os direitos humanos para celebrar convênios com o governo federal e levá-los adiante para melhorar a situação dos presídios brasileiros.

O que se vê, até agora, é o oposto. Em quatro anos, 136 convênios foram firmados. Em alguns, o dinheiro é devolvido por problemas diversos, como denúncias de corrupção, falta de licenças exigidas para a construção de um presídio, falhas no procedimento licitatório etc.

Governadores reclamam, por seu lado, do excesso de burocracia para a liberação dos recursos. E vale lembrar que a construção de um presídio é algo que pode consumir todo o mandato de um governador. A solução, portanto, não é de curto prazo.

Não para menos, os professores Rubens Glezer e Eloísa Machado, da FGV Direito SP, afirmaram, em artigo publicado no JOTA, que o STF decidiu, mas nada mudou no quadro do sistema carcerário brasileiro. O próprio relator do processo, ministro Marco Aurélio Mello, admitiu que o tribunal perdeu a oportunidade de “dar uma sacudida” para alterar o quadro.

Vontade política não depende de recursos disponíveis. O cumprimento da lei, que prevê a apresentação do preso em flagrante ao juiz, não deveria depender de ordem do STF. A cultura encarceradora dos juízes brasileiros, conforme atestado pelos ministros, também não é enfrentada pela decisão da Corte — com raras exceções, como os votos dos ministros Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

O julgamento da liminar pedida pelo PSOL na ADPF 347 decepcionou aqueles que esperavam uma solução mágica do STF. Não poderia ser diferente. Os ministros, porém, ainda têm o mérito da ação para julgar. E, no mérito, podem impor algo mais útil do que o mero

descontingenciamento dos recursos: a elaboração de um plano nacional para enfrentar a crise carcerária. Com ou sem vontade política dos governantes.

Publicado em 18 de Setembro de 2015

Por que o STF abre mão de defender a liberdade de imprensa?

Felipe Recondo

A decisão do ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, de cassar a liminar que impedia a quebra de sigilo de um jornalista para se investigar suas fontes, suscita a pergunta que titula este texto. Por que o STF, que consagrou a liberdade de imprensa e extinguiu a possibilidade de censura prévia ao julgar a ADPF 130, agora se vale de argumentos processuais para não se imiscuir no tema?

O ministro Toffoli — como já fez em outros casos — argumentou que os fatos narrados na reclamação (RCL 19.464) não se relacionam ao que foi julgado na ADPF 130. Naquele julgamento, o cerne da discussão era a impossibilidade de censura prévia à divulgação de informações jornalísticas. Sendo assim, o caso atual — de quebra de sigilo do repórter — não atentaria contra algo já julgado pelo Supremo. Portanto, não seria cabível o instrumento da reclamação.

A Associação Nacional dos Jornais (ANJ) agravará a decisão monocrática do ministro Dias Toffoli, o que levará os integrantes da 2ª Turma do STF a julgarem o tema. E, dentro da Turma, há ministros que já decidiram em sentido diverso.

Em outubro do ano passado, o ministro Gilmar Mendes negou o direito de resposta da campanha da presidente Dilma Rousseff na revista *Veja* em razão da publicação da matéria “O PT sob chantagem”. O ministro interpretou o acórdão da ADPF 130 de forma mais ampla, permitindo que decisões como a que garantiu o direito de resposta contra a revista *Veja* fossem atacadas tendo como paradigma o julgamento da Lei de Imprensa.

“O STF enalteceu a liberdade de imprensa e de informação como direito fundamental de especial relevância para os cidadãos, para a República e para a própria Democracia. A Corte frisou que uma imprensa livre é condição necessária para que haja ‘uma alternativa à versão oficial dos fatos’, o que se revela de importância ímpar em regimes políticos que se pretendam democráticos”, afirmou o ministro Gilmar Mendes em sua decisão.

Nas 11 páginas da ementa do acórdão da ADPF 130, o tribunal consignou: “O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: (...) direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV)”.

Há mais: a liberdade de imprensa não se restringe à decisão do repórter de cobrir desta ou daquela maneira determinados fatos ou de o jornal publicar esta ou aquela matéria. A liberdade de imprensa pode ser comparada a um sistema que depende de vários fatores, como ressaltou o STF no julgamento da ADPF 130. Minar o sigilo da fonte, uma das peças fundamentais, é comprometer indelevelmente o sistema como um todo.

Ao quebrar os sigilos telefônicos do jornal *Diário da Região*, de São José do Rio Preto (SP), e do jornalista Allan de Abreu Aio, para apurar a fonte de vazamento de informações sigilosas, o juiz da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto viola o entendimento do Supremo? A liberdade de imprensa, enalticida na ADPF 130, não sai prejudicada? Como haver liberdade de imprensa sem sigilo da fonte?

O advogado da ANJ, Gustavo Binenbojm, adianta que recorrerá da decisão do ministro Toffoli e ressaltará a capacidade diferenciada do Supremo na preservação da liberdade de imprensa.

“Historicamente no Brasil, juízes e tribunais ordinários têm dificuldade em dar à liberdade de expressão — e à liberdade de imprensa em particular — a posição preferencial necessária desfrutar para que não seja simplesmente nulificada”, afirmou. “Não há como desconsi-

derar esse dado da realidade fático-brasileiro de que o Supremo diferentemente dos demais órgãos da Justiça brasileira tem visão contemporânea, civilizatória em relação à matéria”, acrescentou.

Ciente disso, o ministro Carlos Ayres Britto, quando presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criou um fórum nacional para acompanhar as decisões judiciais relativas à liberdade da imprensa.

“Precisamos debater esse tema na exata compreensão de suas angulosidades. Os congressos e seminários que se realizam no Brasil para discutir o assunto apontam a necessidade de o CNJ passar a monitorar, permanentemente, o que se passa nas decisões judiciais em torno da liberdade de imprensa, que é irmã siamesa da democracia”, justificou o ministro Britto a época.

Receio

Na decisão que proferiu, o ministro Dias Toffoli afirmou que, se admitisse reclamação neste caso, o tribunal se colocaria como instância recursal de todos os casos relacionados à liberdade de imprensa.

“Estaríamos atraindo para esta Corte Suprema a competência originária dada aos juízes e tribunais do país para o julgamento dos litígios interpessoais e intersubjetivos. Seria uma usurpação de competência às avessas, barateadora do papel desta Suprema Corte”, enfatizou o ministro.

Um argumento cauteloso com certo grau de autopreservação. Mas e os efeitos dessa contenção do Supremo em assunto tão sensível? A não intervenção do Supremo deixa sem correção — no tempo devido — uma decisão judicial que compromete o sigilo da fonte. E tira a Corte da linha de frente da luta pela liberdade de imprensa.

“Ao decidir não conhecer da reclamação, o Supremo tem que ter e mente que ele abdica de exercer o papel de guardião privilegiado das garantias fundamentais”, pondera Binenbojm. E voltamos à pergunta inicial: por que o STF abre mão de defender a liberdade de imprensa?

Por que só maconha?

Diego Werneck Arguelhes
Fernando Leal

Na sessão da última quinta-feira, os ministros divergiram quanto ao alcance da decisão: descriminalização da maconha ou do uso de drogas em geral? De um lado, com posição mais ampla, o ministro Gilmar Mendes, relator do caso. De outro, os ministros Luis Roberto Barroso e Luíz Edson Fachin, focando exclusivamente na descriminalização da maconha.

O caso concreto envolvia maconha — mas a tese proposta para a repercussão geral até ali já tratava de drogas em geral. Na semana passada, aliás, o tribunal decidiu que a desistência da parte no caso concreto não impede o julgamento da tese da repercussão geral. Nenhuma regra processual, portanto, forçava os ministros a escolher um dos caminhos. “Focar no caso concreto” é em si a escolha a ser justificada, e não uma justificativa. Como Fachin e Barroso justificaram a atitude restritiva?

Debatendo com Mendes, Barroso explicou que, em contraste com a maconha, não tinha informações sobre drogas como o *crack*. Tal posição poderia talvez ser lida como justificativa para autocontenção ou minimalismo judicial — um exercício de prudência e modéstia de um juiz que reconhece as limitações do seu conhecimento sobre determinado aspecto da vida social, e que por isso quer dar um passo de cada vez. Poderia também ser expressão de respeito a escolhas políticas e técnicas feitas pelos outros poderes.

Entretanto, falta de informação sobre a realidade não é argumento suficiente para o Supremo não decidir sobre um tema. Ao menos não dessa forma — e não para uma questão fática sobre a qual há conhecimento técnico ou científico relevante.

Caso contrário, na prática, acabaríamos por excluir da alçada do Supremo todos os temas com os quais os ministros não tiveram contato direto em sua vida pessoal e profissional. Temas cuja solução, apesar de seus aspectos jurídicos, dependem também de informações empíricas sobre o funcionamento do mundo. Qual contato têm os ministros com o mercado de pneus no Mercosul? Com os aspectos técnicos de telecomunicações, do uso de amianto em construções, da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia ou de pesquisas com células-tronco? Até serem forçados a decidir, os ministros provavelmente nunca tinham pensado a respeito destas questões. Mas uma vez provocados a decidir, precisaram se informar.

O *crack* não é diferente da maconha nesse aspecto, pois não se espera do ministro que decida com as informações que já possua sobre tais temas — informações que, aliás, podem ser parciais ou enviesadas. Espera-se, sim, que os ministros lancem mão dos amplos recursos institucionais que possuem para obter essas informações. Foi, aliás, o que o ministro Barroso fez quanto à maconha: fez referência a dados trazidos por médicos e *amici curiae*, e certamente pediu a seus assessores que pesquisassem sobre o tema. Mas as petições dos *amici curiae* e as sustentações orais trataram de muitas outras drogas além da maconha. Há grande debate na academia e na sociedade brasileira sobre as consequências do uso prolongado de diferentes drogas. As ferramentas de Barroso e Fachin ao tratarem da maconha foram as mesmas: ouvir, pesquisar, refletir sobre essas informações. Por que não fazer isso com outras drogas?

Aqui, a ausência de audiência pública foi um problema grave. Relatores já consideraram relevante convocar audiência pública para discutir outras questões empíricas sobre as quais a comunidade científica e outros segmentos da sociedade civil já se posicionaram, para que o tribunal pudesse decidir de maneira informada. Ainda que o seu efetivo aproveitamento na tomada de decisão dos ministros possa ser criticado, o fato é que audiências têm sido convocadas com frequência cada vez maior, para muitos outros temas. Por que razão o ministro Mendes não fez isso neste caso?

Um ministro do Supremo pode e deve empregar um grande conjunto de recursos — *amicus curiae*, audiência pública e assessores — para entender essas questões e suas controvérsias. Talvez, em algum momento após sua pesquisa, o ministro conclua que não tem condições de arbitrar as eventuais disputas científicas que encontrou e, assim, opte pela deferência ao legislador. Talvez a pesquisa revele diferenças importantes entre drogas. Mas essa linha não pode ser traçada de antemão, apenas com base na falta de informação e limitações da experiência pessoal de cada ministro. Com ou sem audiência pública, esse problema precisa ser enfrentado nas próximas sessões do julgamento.

Publicado em 13 de Setembro de 2015

O gênero bate às portas do Supremo

Ligia Fabris Campos

Hoje o Supremo pode começar a decidir se pessoas trans têm direito ao reconhecimento jurídico e social da sua identidade de gênero, sem necessidade de cirurgia. Pode parecer uma questão específica, mas não é. É parte de uma onda geral de mobilização para mudar as maneiras pelas quais o direito regula gênero e identidade. Movimentos feministas/LGBTTIQ (Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Intersexuais, *Queer*) lutam pelos direitos à liberdade e à autodeterminação; direito ao aborto legal e seguro; direito a viver sem violência; direito de ir e vir sem assédio e com segurança, entre muitos outros. A reivindicação por direitos é ampla. Mas qual é, afinal, a importância do direito para os movimentos com pautas de gênero? Qual a relevância das discussões sobre gênero para o direito?

Estudos de gênero se perguntam, fundamentalmente, o que se entende por “homem” e “mulher”, como se forma essa distinção e de que maneira ela é estruturante de assimetrias de poder na sociedade. O direito tem um papel central nesse contexto. Em que medida instituições jurídicas regulamentam e normalizam hierarquias de gênero? E como o direito poderia funcionar como instrumento de luta contra tais hierarquias? Para estas questões, não há respostas triviais. Mas o Supremo Tribunal Federal precisará enfrentá-las em um futuro próximo. Dentre as ações hoje em trâmite no tribunal, dois temas se destacam. Neles, está em jogo a autonomia sobre o próprio corpo.

A primeira diz respeito à constitucionalidade do art. 10, §5º da Lei 9.263/96, que estabelece a obrigatoriedade do consentimento expresso do cônjuge para casos de esterilização voluntária. Em parecer, o procu-

rador geral da República, Rodrigo Janot, já manifestou que, ao proibir o aborto e a esterilização voluntária sem o consentimento de terceiro, o Estado “impõe à mulher situação de restrição extrema”, o que representa “grave violência sociojurídica e até psicológica, inaceitável anacronismo jurídico”. Não é a capacidade de engravidar que define o que é ser mulher, mas o fato é que são primordialmente as mulheres que engravidam. Cria-se, assim, uma situação em que a restrição de direitos e suas consequências cerceiam sobretudo a mulher.

Outro caso que se coloca para decisão do STF é o do Recurso Extraordinário 670.422 que questiona a cirurgia de transgenitalização como condição necessária para o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans. Com ele se relaciona o Recurso Extraordinário 845.779, que decidirá sobre a possibilidade do uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero e poderá determinar o fim desse tipo de discriminação e violência que se tornaram cotidianas para travestis e transexuais. Não há, até hoje, no Brasil, qualquer lei que assegure direitos de pessoas trans. O procedimento para reconhecer juridicamente a identidade de gênero se dá sempre por via judicial, sem qualquer garantia de mudança do nome e menos ainda de ver reconhecida a identidade de gênero, com as consequentes alterações no registro civil das pessoas naturais. Prevalece, majoritariamente na jurisprudência, a ideia — ultrapassada até na biologia — de que a genitália determina o sexo. Há, inclusive, algumas decisões ainda mais retrógradas que negam o direito de alteração do sexo no registro mesmo após a realização da cirurgia, alegando que “a intervenção médica não tem o condão de alterar um dado da natureza”. Muitas vezes, a decisão judicial requer a esterilidade, com a retirada dos órgãos sexuais internos e externos. Se o problema, no caso anterior, é a restrição ao direito de esterilização voluntária, neste, é a esterilização forçada, imposta por meio de um procedimento invasivo e doloroso, que nem sempre é desejado por pessoas trans. Essa falta de direitos deixa a vida de pessoas nas mãos das concepções morais e dos preconceitos de cada juiz.

Em ambos os casos, a imposição de condicionantes ao exercício de direitos individuais é um mecanismo claro de controle do Estado

sobre algo tão privado e íntimo quanto o próprio corpo. Eles mostram com clareza como o direito opera seletivamente: a esterilização só parece ser um problema a ser evitado quando se trata de um casal heterossexual e cisgênero — isto é, em que a identidade de gênero está em consonância com o “sexo biológico”. Quando se trata de pessoas trans, no entanto, a esterilização deixa de ser intervenção “grave” a ser evitada e passa a ser condição para aquisição de direitos.

O Supremo enfrentará essas questões em momento político desfavorável: o clima conservador empurra para o âmbito público questões da autonomia privada. Essa distinção entre o privado e o público vem sendo criticada desde pelo menos a segunda onda do feminismo, no final dos anos 60, como mecanismo de controle e subordinação: “o privado é político”, não por acaso, é o lema da luta contra a violência doméstica. Por outro lado, a crescente apropriação de certos temas privados pela política representa um movimento de disciplinamento e normalização — como o controle do corpo, das relações sexuais e afetivas, por exemplo, a partir da patologização da homossexualidade como desvio psiquiátrico e sua tipificação como crime de sodomia, como vários países já fizeram e alguns ainda fazem.

O direito oscila entre reconhecimento e disciplinamento: ao mesmo tempo em que se garante, por exemplo, o direito à igualdade de maneira universal, tolera-se, de acordo com as Estatísticas de Gênero do IBGE, que mulheres tenham, em média, salários cerca de 30% mais baixos que homens; se olharmos especificamente para mulheres negras, veremos que elas recebem ainda menos: cerca de 30% do salário médio dos homens brancos, com uma diferença salarial, portanto, de cerca de 70%; e a exclusão de mulheres trans, no país que mais mata pessoas trans no mundo, conforme dados da ONG Transgender Europe, é tamanha que as opções trabalho disponíveis são basicamente duas: trabalho informal ou prostituição. Tais cenários foram construídos também por meio da aplicação de regras jurídicas aparentemente neutras e universais.

Em meio a essa tensão — própria do direito — como o Supremo vai se posicionar? Chancelar a onda retrógrada ou indicar um caminho alternativo?

No limite, embora essas ações obscurantistas busquem cercar discussões sobre gênero, ele é inescapável. Como elemento da sociedade, o problema do gênero invariavelmente se coloca. E o Supremo, claro, não escapa a isso: o gênero já está na porta da lei.

Publicado em 18 de Novembro de 2015

O direito de resposta no (e além do) Supremo

Luiz Fernando Marrey Moncau

A pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o ministro Dias Toffoli suspendeu em liminar o artigo 10 da Lei 13.188 de 2015, que regula o exercício do direito de resposta. Já era esperado que essa lei gerasse debates constitucionais. A decisão de Toffoli e o conjunto de ações movidas contra ela já sugerem o principal ponto de contestação no Supremo daqui em diante: o rito estabelecido pela lei para efetivação do direito de resposta.

Tudo começa com a decisão da ADPF 130, em 2009, na qual o Supremo declarou inconstitucional a Lei de Imprensa e, com isso, eliminou também a regulação infraconstitucional do direito de resposta. O que fazer diante desse vácuo?

Na verdade nem todos viam ali um vácuo. Na ocasião, Ayres Brito afirmou que a previsão desse direito na Constituição era “norma de eficácia plena e imediata”. O ministro Gilmar Mendes discordou, afirmando que “o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível seu exercício”. Em decisão de 2015, o ministro relator Celso de Mello deu razão a ambos — em parte. Apontou que o instituto poderia ser aplicado independentemente de legislação adicional, ainda que a edição de diploma legislativo pudesse “revelar-se útil e, até mesmo, conveniente”.

No Brasil, a maioria das ações que tratam de ofensas à honra não busca um espaço de resposta para o ofendido, mas uma indenização em dinheiro pelo agravo sofrido. Nada agregam ao debate público.

Parte do encanto do direito de resposta está justamente em subverter esta lógica, animando um dos fundamentos da liberdade de expressão: a ideia de que, a partir de um livre debate, com igualdade de espaço e de oportunidades para cada um veicular suas razões, a verdade e os melhores argumentos podem prevalecer.

Mas a falta de regulamentação vinha tendo consequências. Até a aprovação da Lei 13.188, a obtenção de espaços nos veículos de comunicação estava condicionada, na maior parte das vezes, a um longo processo judicial. A partir de agora, estará condicionada a um procedimento *sub judice*. Mas é esse procedimento mesmo que é questionado no Supremo, em três ADIs diferentes.

A OAB contestou o artigo 10. Segundo esse artigo, se uma decisão em primeira instância obrigar a veiculação de uma resposta, o veículo de comunicação afetado só poderia suspender a decisão recorrendo a um órgão colegiado. A OAB apontou que o rito inviabilizaria a defesa dos veículos de imprensa e comprometeria a igualdade. O ministro Toffoli, porém, concedeu a liminar por outros motivos. Viu no artigo 10 uma subversão da lógica hierárquica estabelecida pela Constituição, impedindo a revisão de uma decisão de um juiz de primeiro grau por um desembargador. Para Toffoli, até aqui, a questão é mais de hierarquia judicial do que de direitos fundamentais.

Na ADI 5.418, a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) afirma que ela representaria um resgate da “Lei da Imprensa da Ditadura”. O argumento central — tantas vezes repetido, mas raras vezes bem fundamentado — é o de que a legislação promoveria a censura. Com base nesse risco genérico, a ABI pede que a lei seja declarada inconstitucional em sua totalidade.

Na ADI 5.436, a Associação Nacional de Jornais (ANJ) aponta a possibilidade de que o direito de resposta seja exercido arbitrariamente. Para a associação, o exercício abusivo do direito combinado a um procedimento que dificultaria a defesa dos veículos de imprensa poder-se-ia acabar por restringir a liberdade dos meios de comunicação, transformando-os em mero campo de disputas políticas.

Acreditar que não existirão abusos no direito de resposta (especialmente por poderosos políticos) é difícil. Mas tampouco é fácil crer

que determinados veículos de comunicação social cederão voluntariamente seus espaços para uma resposta a quem se sentir ofendido. Para corrigir os abusos, será necessário contestar os pleitos de resposta no Poder Judiciário mediante um processo justo. A decisão de Toffoli parece caminhar nesse sentido. Para obter de fato o direito de resposta, serão necessários procedimentos claros efetivando este direito. A Lei 13.188 parece ser um avanço concreto nessa direção.

Vencidas as questões constitucionais, chegará aos tribunais, agora em outro contexto, um problema já conhecido dos juízes brasileiros: o que afinal é uma ofensa à honra e quando ela deve obter um remédio jurídico?

O direito à livre expressão não raras vezes tem sido relativizado para fins de afirmar o direito a honra e fixar indenizações àqueles que se sentem ofendidos. A concessão do direito de resposta obedecerá aos mesmos critérios? O tempo e a jurisprudência precisarão nos dizer, e há pouco que o Supremo pode resolver no âmbito das ADIs mencionadas acima. Espera-se que com critérios claros, genéricos e replicáveis, deixando inequívocos aos cidadãos e aos meios de comunicação qual a extensão das proteções ofertadas pela liberdade de imprensa e de expressão.

Publicado em 23 de Dezembro de 2015

OS CAMINHOS DO
IMPEACHMENT

A estratégia sem consequências de Gilmar Mendes no TSE

Silvana Batini

De sua cadeira no TSE, o ministro Gilmar Mendes enviou dados das contas de campanha da presidente Dilma Rousseff para a Polícia Federal e o Ministério Público, cobrando providências. Um juiz eleitoral abrindo espaço para possíveis medidas criminais. Quais as implicações deste ato?

Em um primeiro nível de análise — o plano do direito eleitoral — a resposta parece ser: nenhuma. Gilmar Mendes foi o relator da prestação de contas de campanha da presidente Dilma, aprovadas com ressalvas em dezembro passado. O julgamento de contas de campanha é atividade jurisdicional, ou seja, uma decisão definitiva. No caso, as “ressalvas” na aprovação não comprometem a regularidade das contas. A aprovação já transitou em julgado.

Como é possível, então, que dessas contas ainda possam surgir efeitos? A resposta está no labirinto intrincado e com frequência irracional em que se transformou a lei eleitoral brasileira.

Candidatos vencedores só podem ser diplomados e empossados depois do julgamento de suas contas, em prazo aproximado de 40 dias após a eleição. Mas a exigência está no julgamento, e não na aprovação das contas. Candidatos que porventura tenham suas contas desaprovadas ou aprovadas com ressalvas podem sofrer algum grau de constrangimento público, mas daí não surge qualquer consequência legal. A implicação inevitável, e muito problemática para contextos de crise política, é que a aprovação das contas de campanha tampouco oferece ao vencedor um atestado fidedigno de legitimidade.

Nesse cenário, o julgamento de contas de campanhas pela justiça eleitoral é hoje um procedimento esvaziado de eficácia. Gilmar Mendes está operando com mecanismos que já não têm mais impacto possível na esfera eleitoral.

Para que ilícitos no financiamento de campanha levem à cassação de mandato é necessário que sejam apurados em procedimentos próprios, diversos da prestação de contas, e que devem ser abertos até 15 dias após a diplomação. A presidente Dilma responde a três destas ações, distribuídas a dois outros ministros do TSE — não sendo mais possível uma nova ação com este mesmo objetivo. Todas as cartas já estão na mesa.

No âmbito da prestação de contas de campanha também não há mais nada a ser feito. A notícia de que propina do esquema do Petrolão ingressou nas contas do partido pode reverter em uma devassa nas contas do PT, já que contas de partidos podem ser reviradas a qualquer tempo. Contudo, a consequência da comprovação de qualquer irregularidade se restringe a limites nos repasses do fundo partidário. Não interfere nos mandatos conquistados.

Aprovadas as contas, portanto, restou ao ministro Gilmar invocar o direito penal e reclamar pela apuração de lavagem de dinheiro e falsidade. As implicações disso poderão talvez ser sentidas em um plano institucional mais amplo, com um agente estatal chamando a atenção para o que considera como potenciais irregularidades. Juridicamente falando, porém, a fala de Gilmar Mendes não muda o fato de que o direito eleitoral esgotou suas alternativas. E vai ser sempre assim até que a lei passe a tratar prestações das contas de campanha com mais seriedade e consequência.

Dilma Rousseff já é inelegível? As contas, o TCU e o *impeachment*

Michael Freitas Mohallem

O parecer do Tribunal de Contas da União (TCU) pela rejeição das contas do governo já pode ter provocado a inelegibilidade da presidente por oito anos. Apesar de ser uma consequência dura, pode estar aí — e não no *impeachment* — um caminho razoável para enfrentar o problema das pedaladas.

Mesmo se confirmada pelo Congresso, a rejeição das contas não é suficiente para sustentar o *impeachment* da presidente. Por três razões: primeiro, a análise das “pedaladas fiscais” foi casuística, não havendo base adequada para comparação de sua gravidade com nossas práticas institucionais. Segundo, numa democracia sadia, há outras formas de coibir esse tipo de manobra contábil. O que leva ao terceiro ponto: o uso do *impeachment* é desproporcional nessa situação. Seu uso pode banalizar o próprio instituto, trazendo instabilidade política para o Brasil.

Há pouco tempo, um jornal trazia na manchete que o governo Dilma é o primeiro a ter as contas reprovadas no TCU desde Getúlio Vargas. Mas não foi o primeiro, nem o único a dar causa à reprovação. O próprio relator das contas, Augusto Nardes, disse a uma revista semanal que, embora pedaladas tenham acontecido anteriormente, “melhorias recentes nas auditorias operacionais e financeiras possibilitaram, pela primeira vez, que a corte identificasse os malfeitos do governo”. Além do processo novidioso no TCU, também o Legislativo se mostra disposto — agora, no caso de Dilma — a mudar seus costumes. Nos últimos 14 anos o Congresso não havia votado sequer uma vez a conta de qualquer presidente.

Do ponto de vista ético, como é claro, não faz sentido justificar um malfeito com outro não julgado. A decisão do TCU e a análise do Congresso podem servir para mudar nossos hábitos institucionais deste ponto em diante. Mas, até aqui, qualquer juízo de gravidade sobre a “pedalada” de Dilma é casuístico. Simplesmente não há base para comparação: essa análise pelo TCU e pelo Congresso é inédita. Se houve mesmo mudança de atitude ou simples casuismo por parte dessas instituições, só saberemos de fato em futuros governos. Mas a rejeição das contas deve ser interpretada nesse contexto institucional mais amplo.

Além disso, ao contrário do que parece ser a impressão geral na imprensa, não estamos diante de uma escolha binária: ou aplicamos o *impeachment*, ou tudo terá terminado em *pizza*. Há outras punições aplicáveis a quem faz manobras contábeis em violação à lei. No caso, aliás, foram manobras contábeis sem prejuízo ao erário. Para o senador Roberto Requião, “o TCU está julgando uma mera formalidade”, um ato que ele descreve como engenharia financeira e não um crime: “ninguém se apropriou de recurso público. A economia não foi afetada, nem o interesse público”.

Não se trata de ignorar a ilegalidade, mas sim de considerar outras medidas entre a impunidade e o *impeachment*. A lei das inelegibilidades abre espaço para que Dilma fique inelegível por oito anos, caso a Justiça Eleitoral assim o decida na ocasião de uma próxima candidatura. O entendimento vigente é que mesmo que as contas não sejam definitivamente rejeitadas pelo legislativo, pode o TSE examiná-las a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas. O STF deverá dizer em breve se essa jurisprudência prevalece através do Recurso Extraordinário (RE) 848.826, com repercussão geral reconhecida. Mas até que isso aconteça, a presidente estará sujeita a esse destino. A inelegibilidade, neste caso, permite coibir comportamentos indesejados sem jogar fora a necessária deferência às urnas ou abalar o equilíbrio institucional do país.

Por fim, artificializar a gravidade justificadora do *impeachment* em um parecer feito à oportunidade pode custar caro ao Brasil. Afastar um presidente por um pretexto formalista quando a verdadeira razão

é a crise política, a corrupção do governo e, principalmente, a crise econômica, deixa para o futuro uma arma carregada. A espada que estará sempre sobre o pescoço do próximo governante a enfrentar uma crise econômica. E qual democracia sólida não viveu uma em algum momento?

O *impeachment* é um instrumento da Constituição. Mas seu uso nem sempre será necessariamente constitucional. Se o objetivo é punir violações da lei, é preciso lembrar que há outras medidas potencialmente aplicáveis ao caso de Dilma. Neste momento, mais do que punir Dilma, pede-se *impeachment* como sinônimo de recall. Querem *impeachment* como se os parlamentares pudessem traduzir no voto indireto a reprovação popular ao mandato de Dilma. Ganharíamos mais vivendo com as escolhas já feitas até o próximo ciclo eleitoral.

Publicado 23 de Outubro, 2015

Impeachment no STF — O olhar dos ministros sobre o caso Collor

Pedro Cantisano

O que é o processo de *impeachment*? Qual o papel do Supremo nesse processo? Formalmente, a Constituição de 1988 e a Lei nº 1.079 de 1950 indicam que é um julgamento por crimes de responsabilidade, presidido pelo presidente do Supremo e decidido pelos senadores. Na prática, as respostas foram construídas entre 1992 e 1993, quando uma crise colocou à prova a ordem institucional de 1988. Os fatos são conhecidos: o processo de *impeachment* foi instaurado, Collor foi afastado da presidência e, em meio ao julgamento, renunciou. Hoje, graças ao projeto de *História Oral do Supremo*, da Fundação Getúlio Vargas, podemos compreender o *impeachment* a partir do olhar dos próprios ministros que participaram do processo.

Presidente do Supremo na época, Sidney Sanches presidiu o processo no Senado. Segundo o ministro, nada o ocupou, preocupou e tornou tão famoso quanto o *impeachment*. Por motivos claros: “[E]u ia presidir um foro político para julgar um crime político praticado por um cidadão político e que ia ser julgado por políticos”. Magistrado de carreira, Sanches parecia estranhar a balbúrdia política. Chegou a duvidar das próprias capacidades de operar naquele meio quando, logo após o processo, foi convidado a ser candidato. “Na política é terrível. Ali é uma briga de faca”, afirma o ministro.

Para Sanches, seu papel era o de um diretor apartidário, isento e neutro. A Constituição e a Lei eram o roteiro a ser seguido. No entanto, o roteiro não era dado, mas interpretado. Antes de o processo começar, em uma sessão administrativa, os ministros do Supremo adaptaram o roteiro legislativo de 1950 aos mandamentos constitucionais de 1988.

Entenderam que a Câmara não tinha mais o poder de processar, apenas de autorizar a instauração do processo.

Os senadores, por sua vez, eram juízes. Juízes políticos, partidários. Cabia a eles decidir, no mérito, se Collor era culpado dos crimes de responsabilidade, se deveria ser punido com a perda do mandato, além de 8 anos de inelegibilidade. O mérito do *impeachment* seria, portanto, tão político quanto os juízes-senadores. Segundo Sanches, “Qualquer presidente que não tiver apoio no Congresso corre esse risco”.

Enquanto o processo corria no Senado e Sanches exercia seu papel ativo de presidente, os outros ministros do Supremo se mantinham inertes. Foram forçados a entrar em cena pelos advogados de defesa, que impetraram mandados de segurança contra violações processuais, como falta de intimação no prazo e tempo insuficiente para ouvir testemunhas. Diante de tais pedidos, segundo o ministro Carlos Velloso, o papel do Supremo era arbitrar a tramitação do processo — papel decisivo para garantir os direitos fundamentais do réu, observa o ministro Néri da Silveira. Velloso resume: “O Tribunal estava no centro da questão, arbitrando a questão constitucional, cuidando para que as coisas andassem corretas, para que fosse assegurado o direito de defesa, enfim, para que não se praticasse nenhuma arbitrariedade”.

Para o ministro Sepúlveda Pertence, o momento mais dramático veio após o *impeachment*, quando um mandado de segurança contestou a aplicação da pena de inelegibilidade por 8 anos. O julgamento terminou empatado em 4 a 4. Sanches, por ter presidido o processo no Senado, Francisco Rezek, ex-ministro do governo Collor, e Marco Aurélio Mello, primo do ex-presidente, não participaram. Foram, então, convocados três ministros do STJ — regra do regimento que já não existe mais. Um Supremo reconfigurado negou o mandado de segurança do ex-presidente. O mérito da decisão política foi preservado. Mas em votação apertada, e só depois de discussão, segundo Pertence, “acalorada”.

Mais de 20 anos depois, as memórias dos ministros do Supremo — tão importantes, quanto incompletas e parciais — construíram uma narrativa sobre o *impeachment*: tratou-se de um processo político. O presidente do Supremo zelou pelo roteiro legal e constitucional, sem

interferir na decisão política de mérito. Provocados, os ministros atuaram como árbitros, protegendo as garantias processuais do réu. Quando políticos se tornam juízes, juízes devem dar um passo atrás, para garantir que o jogo de forças se desenrole dentro de um roteiro que determina procedimentos, mas não resultados. Narrativa, portanto, de deferência ao processo político-democrático.

O roteiro, entretanto, não é recebido pronto, das mãos de um roteirista do passado — legislador ou constituinte. Em 1992, os ministros do Supremo tiveram que adaptá-lo. Foram coautores do procedimento. Mesmo o mérito, que Sanches considerava exclusivamente político, foi contestado judicialmente. A resposta final sobre a inelegibilidade de Collor coube a um Tribunal de ministros divididos quanto ao seu próprio papel naquele processo. Sepúlveda Pertence acredita não haver no mundo “tribunal que tenha uma jurisprudência tão rica em matéria de *impeachment*” quanto o Supremo. Em dezembro de 1993, a construção dessa jurisprudência ficou à mercê de discussões acaloradas e do desempate proporcionado por uma composição ocasional e atípica. Em meio à crise, por muito pouco, autocontenção não virou judicialização.

Publicado em 3 de Dezembro de 2015

Juízes podem derrubar o presidente da República?

Silvana Batini

O Tribunal Superior Eleitoral tem pela frente o julgamento de três ações cujo objeto é a cassação da presidente Dilma. O tema vem ocupando a mídia nos últimos dias, não apenas porque a crise política parece se agravar, mas também porque o Tribunal decidiu aceitar o depoimento dos réus colaboradores da Operação Lava Jato. Mas juízes podem derrubar presidentes?

Juridicamente, sim. Entretanto, essa resposta formal esconde muitas incertezas e caminhos não testados no direito brasileiro: da definição do que é abuso de poder econômico e político — principal imputação nas três ações que tramitam no TSE — às consequências da cassação do mandato nessas condições.

A Constituição prevê uma ação específica para impugnar o mandato obtido com abuso. A Lei Complementar 64/90, alterada pela Lei da Ficha Limpa, tem previsão semelhante e estabelece o procedimento de apuração do ilícito. Uma vez constatado que houve abuso, a lei prevê a cassação do registro do candidato (se ainda estiver em curso o processo eleitoral) ou do diploma — o que equivale a cassar o mandato.

Mesmo antes da Ficha Limpa, o direito brasileiro já previa essa solução há décadas. A lei, contudo, nunca definiu o que é abuso de poder econômico e político. Trata-se de um elemento normativo de conteúdo aberto e, portanto, sujeito a interpretações pontuais por parte da justiça eleitoral, que vem construindo categorias para configurar o que seria o abuso na prática.

O problema é que essas categorias são, elas mesmas, vagas e sujeitas à interpretação. Potencialidade lesiva, lisura, equilíbrio do pleito,

isonomia, liberdade — são tentativas imperfeitas de responder, com um mínimo de objetividade, a questão de quando o abuso compromete a normalidade e a legitimidade de uma eleição a ponto de se anularem os votos de milhares de eleitores. Na última década, estes parâmetros vêm sendo utilizados para cassar prefeitos, vereadores e, excepcionalmente, alguns governadores. Como seriam aplicados em uma ação contra o presidente da República, em um contexto de crise política? Há aqui, pelo menos, quatro complicadores para a atuação judicial.

Primeiro, a Lei da Ficha Limpa determinou que a configuração do abuso independe do seu impacto efetivo no resultado da eleição. O tribunal deve se ater tão somente à gravidade da conduta. Ou seja, se o TSE admitir que a campanha foi irrigada com dinheiro de corrupção, terá que decidir se isto é grave ou não, independentemente da influência que teve no resultado da eleição.

Segundo, a prova mais contundente que está sendo produzida nestas ações provém de uma ação penal de proporções enormes. As colaborações premiadas produzidas na Lava Jato, por força da lei, não bastam como provas no âmbito penal, valendo apenas como indício deflagrador de investigações. Em outras palavras, a delação sozinha não serve para condenar ninguém. Mas quando estes delatores prestam depoimento nas ações eleitorais, o fazem na qualidade de testemunhas simples, e não estão sujeitos ao limite da ação penal: os depoimentos valem como prova.

Terceiro, se o TSE de fato avançar no mérito destas ações, deverá estabelecer limites da responsabilidade subjetiva eleitoral — problema até hoje negligenciado pela doutrina e jurisprudência. Se o objeto das ações eleitorais tem a ver com os fatos da Lava Jato e se a presidente não responde criminalmente por estes fatos, poderá responder por eles no plano estritamente eleitoral — já que, neste caso, o bem protegido é a legitimidade das eleições?

Por fim, na hipótese destas ações serem julgadas procedentes, o STF já decidiu que a consequência jurídica aplicável seria a anulação de todos os votos dados à chapa, nos termos do artigo 224 do Código Eleitoral. Este dispositivo, de 1965, prevê que se a justiça anular mais de 50% dos votos, devem-se realizar novas eleições. O problema é que

este artigo foi concebido numa época em que as eleições majoritárias eram decididas em um só turno. No sistema de apenas um turno, é possível e comum que um candidato vença com menos de 50% dos votos; no sistema atual, isso é muito improvável. A questão é tormentosa, e sua solução pode ser alterada em um futuro breve no bojo da reforma política: o senador Romero Jucá recentemente apresentou proposta (PLS 442/2015) que, em caso de cassação, prevê a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

Quando confrontado com o processo de cassação do ex-governador Jackson Lago, em 2009, o TSE e o STF afastaram a aplicação do artigo 224 ao segundo turno das eleições. Com isso, foi dada posse à segunda colocada, Roseana Sarney. A solução gerou desconforto e dúvidas, mas vem sendo aplicada desde então. Mas o TSE estaria preparado para aplicá-la no caso de cassação do Presidente? Nesse caso Aécio poderia ter que responder pela mesma espécie de ilícito, já que também recebeu doações das empreiteiras. Para tomar posse, teria que ser diplomado, e a partir daí correria o prazo de 15 dias para a propositura de uma ação semelhante à que responde Dilma. A jurisprudência do TSE só viria a agravar os traumas da eleição de 2014.

Já vivenciamos um presidente derrubado pelo Congresso. Nunca vimos, porém, juízes cassando mandatos presidenciais. Esses problemas podem não vir a se concretizar no caso de Dilma, mas existem. São bombas-relógio escondidas na jurisprudência e nos manuais de direito eleitoral.

Publicado em 9 de Julho de 2015

Os embargos do *impeachment* e os critérios de interpretação

Fernando Leal

Os embargos de declaração de Cunha contra o acórdão do *impeachment* — que por sinal sequer foi publicado — procuram apontar omissões e contradições no voto vencedor do ministro Barroso. Na discussão sobre o juízo de admissibilidade do pedido de *impeachment* pelo Senado, em seu voto, Barroso afirmou que sua interpretação se sustentava por todos os elementos tradicionais de interpretação — histórico, literal, sistemático e lógico. Nos embargos, porém, sobre o mesmo ponto, a Câmara afirma: “[t]odos aqueles elementos de interpretação adotados pelo ministro Barroso (histórico, literal, sistemático e lógico) são perfeitamente aplicáveis” para sustentar entendimento contrário ao do ministro.

É possível que ministros e advogados ou mesmo ministros diferentes possam empregar o mesmo arsenal de critérios de interpretação para chegar a resultados incompatíveis? A jurisprudência do Supremo mostra que sim.

No famoso HC 82.424/RS, “caso Ellwanger”, os ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa manejaram os critérios literal, histórico e sistemático para sustentar resultados opostos para a mesma questão: editar e publicar obras com conteúdo antissemita é ato de racismo? Para Moreira Alves, não; para Corrêa, sim. Como explicar? Simples: dicionários diferentes levaram a caracterizações diferentes do que possa ser considerado “racismo”. O recurso aos anais da constituinte por um ministro e a alegação, por outro, de realização de uma interpretação autêntica em razão da sua condição de constituinte também levaram a propósitos distintos buscados pelos constituintes originários.

Finalmente, pedaços diferentes da Constituição, selecionados pelos ministros de modo a sustentar seus próprios argumentos, embasavam decisões opostas sobre qual era a melhor leitura, no caso, do artigo 5º, XLII, da Constituição.

Na ADPF do *impeachment*, independentemente de quaisquer discussões sobre o mérito da questão, mais uma vez nota-se esse fenômeno. Recorrer a critérios de interpretação para justificar uma decisão do Supremo não é suficiente para blindá-la contra críticas. Pelo contrário. Falar e utilizar elementos de interpretação “clássicos ou tradicionais” em decisões constitucionais pode não significar muito. Mais um exemplo: nos embargos na ADPF do *impeachment*, alega-se que Barroso deveria ter consultado um dicionário jurídico — e não o dicionário Aurélio — para definir o sentido da palavra “eleição”. Mas por que deveria haver algum tipo de prioridade em favor de certo material de consulta, e não de outro, se o que se pretende é definir o sentido de uma palavra? Certamente não é a orientação geral do critério literal ou gramatical — “atenha-se ao sentido literal ou imediato das palavras que se pretende interpretar” — que dará a resposta. Exatamente porque a escolha das fontes é livre, um mesmo critério de interpretação pode levar a resultados excludentes. Dois dicionários, duas interpretações.

Não bastasse esse problema, não há sequer consenso sobre quais são os critérios chamados “clássicos” ou “tradicionais” de interpretação jurídica. O próprio ministro Barroso, por exemplo, no MS 32.326/DF (caso “Donadon”), não incluiu em seu catálogo o critério “lógico”, mas sim o “teleológico”, para discutir a perda de mandato de deputado ou senador condenado criminalmente por sentença transitada em julgado. Nesse cenário, o apelo ao “tradicional” carece de força: sequer sabemos, afinal, o que seria o tradicional.

Se, portanto, os critérios de interpretação podem ser livremente escolhidos pelo tomador de decisão e se eles podem sustentar argumentações opostas, qual é a sua efetiva utilidade? O Supremo pode muito na democracia brasileira porque muito daquilo em que se investe no controle da interpretação constitucional — como no caso dos critérios tradicionais — aparentemente permite tudo. E, pela mesma razão, advogados habilidosos conseguem contestar qualquer tese que se sus-

tente sobre métodos ou critérios como os quatro citados. Métodos e teorias de interpretação almejam, no fundo, tornar mais previsíveis e controláveis processos decisórios reais. Se esse empreendimento será ou não bem-sucedido, dependerá da estabilização, pela comunidade profissional, de alguns parâmetros de operacionalização. São essas construções que podem tornar mais precisas as exigências por trás de métodos e teorias decisórias e até fixar relações de prioridade entre critérios. A estabilidade da jurisprudência também depende da qualidade da fundamentação. Neste aspecto, contudo, ainda parecemos estar muito longe de qualquer consenso no Brasil.

Hoje, concentrar — e, assim, limitar — os problemas da jurisdição constitucional a uma disputa pela primazia e pelo manejo adequado de metodologias de decisão pode produzir o efeito oposto ao buscado. Em vez de promover racionalidade e transparência na tomada de decisão, evocar certos critérios, tradicionais ou não, pode contribuir para aprofundar dois problemas: o do controle da discricionariedade judicial e o do aumento do número de recursos no Supremo. Com as orientações imprecisas fornecidas pelos critérios tradicionais de interpretação e a possibilidade de manipulá-los livremente, a racionalidade que se obtém pelo seu emprego é, quase sempre, aparente e provisória. Se um mesmo critério pode sustentar decisões opostas, e se até a combinação de todos os métodos “tradicionais” pode levar a respostas diferentes, amplia-se muito o espaço para desafiar uma decisão. E com as mesmas armas. Os embargos de Cunha, qualquer que seja o seu mérito, expressam e exploram exatamente este espaço. Nesse sentido, são apenas um exemplo de questões institucionais mais profundas.

As estratégias jurídicas e políticas por trás dos embargos de Cunha

Thomaz Pereira

Em dezembro, o Supremo decidiu o rito do *impeachment* — e entrou de férias. No primeiro dia do novo ano judicial, Eduardo Cunha recorreu. Assim, 2016 começa no Supremo como 2015 terminou: em torno do *impeachment*.

Os embargos de declaração — único recurso cabível contra essa decisão — servem para esclarecer obscuridade, eliminar contradição e suprir omissão no acórdão. Nos embargos, Cunha aponta para o que acredita serem graves vícios na decisão, e parece acreditar inclusive que, por conta deles, poderá reverter o julgamento. E de tão inconformado, entrou com o recurso antes mesmo da publicação do acórdão.

Mas cabem embargos contra uma decisão ainda não publicada? Ou seja, contra um acórdão que, oficialmente, ainda não existe?

Esse foi um dos temas debatidos quando da visita de Eduardo Cunha ao Supremo, durante o recesso, para pedir celeridade na publicação do acórdão e apresentar dúvidas quanto à decisão. Na ocasião, o ministro Lewandowski disse que “entrar com embargos antes do acórdão não está pacificado. Pode ser considerado intempestivo. Mas os senhores fiquem à vontade, estamos aqui para analisar”. Na dúvida, Cunha decidiu recorrer. Cabe agora ao Supremo analisar.

Até pouco tempo atrás, havia resposta simples na jurisprudência: não cabem embargos antes de publicado o acórdão. Mas em março de 2015, o Supremo julgou caso similar em que aceitou embargos protocolados antes do prazo. A decisão, liderada pelo ministro Fux, foi unânime. Mas a unanimidade esconde divergências internas. O caso não era exatamente o mesmo, pois se tratava de embargos de divergência. E mesmo naquele jul-

gamento, Lewandowski (que já avisou não considerar a questão pacífica) já chamava atenção para os potenciais problemas de se admitir, como regra, recurso contra decisão cujo teor final ainda não é conhecido. Também o ministro Marco Aurélio mencionou esse tipo de preocupação ao julgar o caso anterior, e agora já se manifestou na imprensa contra os embargos de Cunha, entendendo “que não cabe recurso se não há um objeto”.

Afinal, como acusar de obscuridade, omissão ou contradição sem ter tido acesso ao seu texto final? Isso não encorajaria o uso de embargos de declaração, por exemplo, só para atrasar ainda mais o resultado do processo?

Contudo, nada disso realmente importa para Cunha.

Em primeiro lugar, Cunha não está realmente inconformado com obscuridades, omissões ou contradições da decisão. Está inconformado com seu resultado. Não há formulação possível que o ministro Barroso possa dar ao acórdão que vá resolver tal frustração. Por isso, para Cunha, é perfeitamente possível recorrer sem saber exatamente quais são as palavras finais do acórdão.

E justamente aí reside um problema para as pretensões de Cunha. Embargos de Declaração não servem para insatisfação com o resultado. Sua função é restrita. E mesmo ministros que, em dezembro, discordaram da maioria quanto ao procedimento do *impeachment*, estão agora limitados em seus poderes. Não havendo obscuridades, omissões ou contradições, não há mais nada a ser decidido. O Supremo já decidiu.

Mas para Cunha, os embargos não são apenas um recurso jurídico. São, antes de mais nada, a chance de criar um fato político. Mesmo perdendo no Supremo, ainda luta pelo respeito e liderança dos demais deputados e pela opinião pública. Nesse sentido, os embargos agora apresentados, muito além de um recurso, são uma defesa pública de suas ações, e uma crítica aos ministros que votaram contra ele — especialmente Barroso. Têm assim, função análoga à das entrevistas e dos demais textos publicados em *blogs* e jornais desde o julgamento do Supremo. Seu público é muito mais amplo do que os onze ministros do tribunal, e os efeitos que Cunha espera obter vão muito além do direito.

O *impeachment* foi suspenso?

Thomaz Pereira

O que significam, na prática, as liminares dos ministros Teori Zavascki e Rosa Weber sobre o procedimento para análise de pedidos de *impeachment*?

A petição inicial requeria liminar para que o presidente da Câmara “se abstenha de receber, analisar ou decidir qualquer denúncia ou recurso contra indeferimento de denúncia de crime de responsabilidade contra a Presidente da República”. Zavascki e Weber julgaram procedente o pedido. Mas o que isso quer dizer?

Para Weber, “Está muito claro (decisão). Ele (Cunha) que leia e interprete”. As liminares, porém, não deixam claro se este pedido foi realmente deferido em sua totalidade. Isso ocorre porque as decisões dos ministros Zavascki e Weber são minimalistas. Discutem apenas o estritamente necessário: o cabimento do mandado de segurança, a relevância de seus fundamentos legais e a urgência de intervenção do Supremo neste momento. Com isso, deixaram em aberto ao menos duas questões importantes, e muito diferentes, que a petição inicial levantou sobre a análise de pedidos de *impeachment*.

Em primeiro lugar, os impetrantes questionam o fato de Cunha não ter recebido seu recurso quanto ao decidido na Questão de Ordem nº 105, impedindo que o plenário considerasse suspender os efeitos de tal decisão — o que requereria o apoio de apenas um terço dos congressistas presentes.

Em segundo lugar, os impetrantes alegam que “a definição de normas de processo e julgamento de crimes de responsabilidade sejam disciplinadas em lei especial”, o que poderia significar que mesmo norma regimental sobre a questão não é suficiente para guiar sua condução.

Por trás dessas tecnicidades, há questões constitucionais com implicações políticas decisivas.

No primeiro caso, o que está em jogo é um conflito entre o presidente da Câmara e seu regimento interno, que permitiria que deputados suspendessem sua decisão individual. Se esta norma for aplicada, caberia em última instância à maioria do plenário — e não a Eduardo Cunha — o poder de esclarecer como transcorreria o processamento de um pedido de *impeachment*.

No segundo caso, o que está em jogo é um conflito entre o próprio regimento interno da Câmara e a exigência constitucional de lei especial para regular o processo de *impeachment*. Ao regular os poderes do presidente da Câmara para processar os pedidos, por exemplo, teria o regimento extrapolado suas competências?

Esses dois problemas representam fundamentações independentes para as decisões liminares. Dependendo da resposta que se dê a cada uma destas questões, teremos cenários muito diferentes quanto à extensão das decisões de Weber e Zavascki.

No primeiro caso, o problema seria a violação do direito subjetivo de deputados de terem seus recursos processados conforme o regimento da casa. A suspensão liminar poderia então ser entendida como a garantia, por via judicial, daquilo que poderia ter sido alcançado por um terço dos deputados presentes, caso essa oportunidade não tivesse sido impedida pela decisão de Cunha.

Nesse caso, poderia se alegar que enquanto a liminar suspende o processamento do *impeachment*, caso o recurso impetrado pelos deputados seja levado a plenário e recusado, o MS perderia o seu objeto. Afinal, se os impetrantes alegam ter sido privados do direito de obter efeito suspensivo de seu recurso enquanto este não era decidido, indeferido o recurso, a lesão da ausência de efeito suspensivo deixaria de existir. Esse é um conflito intracongressual, do presidente da Câmara contra o seu regimento e parte dos deputados. O Supremo entra como árbitro de um conflito interno, ainda que politicamente importante.

Mas se o problema for a violação da reserva legal prevista no art. 85, parágrafo único, da Constituição — e confirmada na Súmula Vinculante n° 46 do Supremo — o problema seria outro: a própria com-

petência do regime da interno da Câmara dos Deputados para regular o processamento do *impeachment*.

O problema é que nem a Constituição, nem a Lei nº 1.079 de 1950 estabelecem o poder do presidente da Câmara de receber denúncias de crime de responsabilidade contra o Presidente da República, nem a possibilidade de um recurso ao plenário diante de um eventual indeferimento. O que estabelece esse poder é o Regimento Interno (nos §§ 1º e 2º do art. 218). Nessa linha de fundamentação, temos um potencial conflito entre o Congresso e a Constituição, cuja solução independe do que pensam os seus deputados. O Supremo atua como garantidor da separação de poderes em um sentido mais amplo, limitando o poder do Congresso de regular o que acontece em suas casas.

Essas questões só serão completamente esclarecidas quando o Supremo decidir o mérito dessas ações. Zavascki e Weber optaram em larga medida por não decidir esses problemas. Deixaram, porém, algumas pistas — no mínimo, indicam que as duas fundamentações são possíveis. Definir a extensão das liminares já será, em boa medida, reunir essas pistas e transformá-las em implicações mais claras sobre o processo político do *impeachment*.

Caso se entenda que o que o mandado de segurança perderia o objeto com o indeferimento dos recursos, seria possível acelerar o seu julgamento para que o plenário da Câmara esclarecesse seu entendimento sobre o procedimento do *impeachment*.

Caso se entenda que o que ficou suspenso foi apenas o que foi decidido na questão de ordem e procedimentos que lhe deem execução, nada impediria que procedimentos que não se baseiem nela, mas apenas na Constituição, na Lei 1.079/1950 e no Regimento Interno da Câmara dos Deputados possam ter prosseguimento. Assim, restaria a possibilidade de recebimento da denúncia pelo presidente da Câmara — e mesmo eventual recurso no caso de indeferimento.

Caso se entenda que, conforme a própria inicial, foi deferido o pedido para que o presidente da Câmara “se abstenha de receber, analisar ou decidir qualquer denúncia ou recurso contra indeferimento de denúncia de crime de responsabilidade contra a Presidente da República”, o próprio *impeachment* está suspenso até que o mérito desses pro-

cessos seja julgado. Entre o tempo necessário para que a presidência da Câmara, a AGU e a PGR se manifestem e o mérito seja julgado, é possível que se passem um mês ou mais. Tempo mais do que suficiente para que o contexto político e os atores que atualmente guiam o processo de *impeachment* tenham se alterado significativamente.

Qual destas três possibilidades prevalecerá é algo que, apesar da clareza que a ministra Weber vê nas decisões, não cabe apenas a Cunha ler e interpretar, mas a todos nós. Mesmo que ao final, inevitavelmente, o Supremo é quem tenha que dizer quem foi que “acertou”. Mesmo com a cautelosa não decisão dos ministros, porém, uma coisa está clara: o Supremo entrou no jogo de vez. Afirmou sua função de garantir a regularidade do processo de *impeachment*. E, com isso, querendo ou não, influenciar também o seu resultado.

Publicado em 13 de Outubro de 2015

O passado e o futuro do *impeachment*

Thomaz Pereira

A decisão do Supremo sobre procedimento do *impeachment* (ADPF 378) foi clara. No entanto, já são feitos questionamentos sobre suas consequências imediatas e futuras. A comissão especial eleita pela Câmara estaria invalidada imediatamente? Sendo necessária nova eleição sem candidaturas avulsas e sem voto secreto, o que acontece se o plenário da Câmara não confirmar a indicação dos líderes?

Essa contraposição entre passado e futuro permeia todo o debate sobre o procedimento do *impeachment*: De um lado, o processo contra Fernando Collor em 1992, de outro, qual deveria ser a regra geral para o futuro. De um lado, os procedimentos já realizados pela Câmara — ausência de defesa prévia, decisões do deputado Eduardo Cunha e a eleição da comissão especial — de outro, no caso de uma eventual derrota da presidente Dilma Rousseff na Câmara, qual deverá ser o procedimento no Senado. E, finalmente, de um lado, o que já foi decidido nessa ADPF pelo Supremo, de outro, quais seus efeitos nas ações dos demais agentes políticos.

Segundo o que foi dito pelos ministros no julgamento, e depois confirmado em manifestação do ministro Barroso, não há dúvida de que a comissão especial está em desacordo com o que exige a Constituição e, portanto, é inevitavelmente inválida. Pode haver dúvidas se Cunha acatará a mensagem clara do Supremo sem discutir questões formais. Não há, porém, dúvida de que, caso a Câmara não se conforme com a decisão do Supremo espontaneamente, novos atos cometidos em desacordo com o julgamento da ADPF serão nulos — mesmo que seja necessário provocar o tribunal para reafirmar seu entendimento em casos específicos.

Ainda nesse embate entre passado e futuro, Cunha manifestou dúvida especificamente sobre qual deverá ser o procedimento no caso de,

após indicados nomes para compor a comissão especial pelos líderes (como determinou o Supremo), o plenário, em votação aberta (como determinou o Supremo), rejeite a comissão.

Quanto a isso, algumas coisas precisam ser esclarecidas.

O fato de essa hipótese não ter sido discutida pelos ministros que rejeitaram candidaturas avulsas parece ser consequência natural da própria fundamentação dessa decisão. Candidaturas avulsas foram rejeitadas em nome de uma “democracia de partidos” — a mesma que justifica decisões sobre fidelidade partidária. Ou seja, deve ter sido impensável aos ministros que nomes indicados pelos líderes dos partidos, representantes democraticamente escolhidos por suas próprias bases, indiquem nomes que depois não sejam confirmados por seus companheiros no plenário. Mas Cunha pensou no impensável.

Nisso, como em outras coisas, manifestações colegiadas e claras do Supremo são essenciais, porque trazem previsibilidade e evitam acusações futuras de casuísmo. No entanto, caso isso não tenha ficado perfeitamente claro na ata do julgamento e no futuro acórdão a ser publicado, as consequências de uma manobra como a imaginada por Cunha parecem evidentes: enquanto não aprovada pelo plenário, logicamente, não há comissão especial eleita.

Ou seja, caso os líderes indiquem nomes que não sejam aprovados pelo plenário há apenas duas possibilidades: ou os líderes insistem nos mesmos nomes, tentando conseguir maioria no plenário; ou, conversando com suas bases, algo muda. Ou mudam-se nomes de indicados, ou mudam-se nomes de líderes. Tal conflito poderia atrasar o prosseguimento do *impeachment*, mas, até certo ponto, faz parte do funcionamento normal do legislativo. O que não é normal é a existência de líderes que não liderem.

A quem esse embate beneficiaria? Nessa corrida, em que não se sabe se quem ganha é quem chega primeiro, isso não é sempre claro. Mas as cartas já estão na mesa. Nesse embate entre passado e futuro, fica a certeza de que contribuições do Supremo para garantir clareza e previsibilidade das regras do procedimento de *impeachment* beneficiam a democracia brasileira como um todo.

Fachin tem razão: é preciso mudar o rito do caso Collor

Diego Werneck Arguelhes
Thomaz Pereira

Se o voto do ministro Edson Fachin prevalecer na sessão de hoje do Supremo, o procedimento de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff será diferente do de Collor: se autorizado o processo pelo voto de pelo menos dois terços dos deputados, ela seria necessariamente afastada do cargo tão logo o Senado comece o julgamento — e o Senado teria que começar o julgamento.

Não foi isso o que ocorreu em 1992. No procedimento adotado pelo Senado no caso Collor, mesmo após a decisão de pelo menos dois terços dos deputados, o presidente só seria afastado do cargo após uma comissão especial de senadores decidir receber a denúncia vinda da Câmara. Essa é a tese da ADPF em exame no Supremo, e que Fachin indeferiu: mesmo que a Câmara autorizasse o processo, o Senado ainda poderia se recusar a julgar a questão no mérito.

Esta é a questão decisiva no Supremo hoje. Suas implicações políticas e institucionais são muitas. Para um deputado, votar contra a presidente com a certeza de que em seguida ela seria afastada é muito diferente do que fazê-lo sabendo que ela poderá, ainda com poderes de presidente, tentar evitar o recebimento pelo Senado. Para um senador, decidir votar contra a presidente em exercício é muito diferente do que fazê-lo contra uma presidente afastada.

E é exatamente para marcar tal diferença que existe a regra constitucional do afastamento.

Não se pode afastar um presidente levemente. Mas também é arriscado deixar o país sob o governo de alguém que possa ter co-

metido crimes de responsabilidade, por dois motivos. Primeiro, pelo impacto na condução das coisas públicas de se ter um presidente cuja principal preocupação é se defender. Segundo, pelo que significa para o *impeachment* em si o acusado ter em suas mãos as rédeas do poderoso Executivo Federal. Para enfrentar esse risco duplo sem criar um novo risco de instabilidade institucional, o presidente é afastado durante seu julgamento — mas apenas após ampla oportunidade de defesa e uma custosa decisão de 2/3 dos deputados.

Nesse cenário, fica mais claro porque se afastar do rito adotado pelo Senado em 1992 é uma boa ideia. O Supremo é frequentemente criticado por não respeitar seus próprios precedentes. Nesse caso, porém, é preciso deixar o caso Collor para trás.

Segundo Fachin, “inexiste competência do Senado para rejeitar a autorização pela Câmara dos Deputados. Nem poderia. O comando constitucional é claro (...) não há faculdade da Mesa do Senado quando recebe a autorização: deve ela instaurar o procedimento”. Mas esses argumentos textuais, embora importantes, não deveriam ofuscar um ponto fundamental: a solução defendida pelo governo na ADPF do PCdoB é pior do ponto de vista institucional.

A posição alternativa trivializa a cautela constitucional do afastamento, ao mesmo tempo em que infantiliza a Câmara. Permite ao presidente converter apoio político no Senado — ou pressão sobre os senadores — em irresponsabilidade política, mesmo se dois terços dos deputados já tiverem visto ali traços de crimes de responsabilidade. Se este pedido da ADPF prevalecer, qual é afinal a importância da análise feita pelos deputados, incluindo respeito ao devido processo legal? E qual é a relevância prática da regra do afastamento?

Pela Constituição, o Senado tem o poder de absolver ou condenar. Mas não é possível lhe dar o poder de adiar, talvez para sempre, o momento em que o presidente não poderá mais usar seu cargo para influenciar o julgamento. Por essas razões, para além dos argumentos textuais, Fachin tem razão. Quando o Senado entrar em cena para julgar, o presidente precisa sair.

Julgamento do STF sobre *impeachment* já começou: na imprensa, não no plenário

Diego Werneck Arguelhes

A sessão do Supremo sobre o procedimento do *impeachment* já começou. Não no Plenário, mas nas páginas dos jornais. O ministro Fachin ainda não apresentou aos colegas suas propostas para uma discussão ampla do rito do *impeachment*, mas já anunciou sua intenção na imprensa. E há ao menos duas semanas ministros já apresentam publicamente visões sobre o grau de interferência do Supremo no procedimento do *impeachment*.

Gilmar Mendes, por exemplo, recomendou intervenção mínima para evitar que o Supremo se torne uma “casa de suplicação geral”. “Não considero em princípio tarefa do STF editar normas sobre *impeachment*”, disse o ministro. Por sua vez, em palestra nos Estados Unidos, Barroso havia observado que o Supremo “não irá interferir, a menos que algo muito ruim ocorra”.

Nestas e outras declarações fragmentadas, a sociedade e os políticos procuram presságios da futura posição colegiada do tribunal. Mas conforme observou recentemente Joaquim Falcão, ministro sozinho não é Supremo. Supremo é o tribunal, que tem em suas mãos o destino do procedimento de *impeachment*.

Se é assim, por que em vez de trocar declarações pela imprensa, as partes desse tribunal não conversam entre si — antes da sessão de quarta que vem?

Na prática cotidiana do Supremo, em contraste com o que acontece em países como EUA e Alemanha, não há reuniões prévias fechadas entre os ministros para discutir decisões. ministros como Peluso e, na

composição atual, Barroso já apontaram os efeitos da falta desse tipo de reunião no processo decisório cotidiano do tribunal.

Mas em alguns poucos casos decisivos para o país, há uma tradição paralela. E melhor. Em momentos críticos da nossa vida institucional, o tribunal fez reuniões prévias para discussão livre e reservada entre os ministros.

Como revelou Aldir Passarinho em sua entrevista ao projeto *História Oral do Supremo*, da FGV Direito Rio, os ministros se reuniram de madrugada na véspera da divulgação da morte de Tancredo Neves. Precisavam dar uma resposta sólida à questão da sucessão: o presidente seria Ulysses Guimarães ou José Sarney?

Sydney Sanches, por sua vez, menciona a sessão administrativa fechada que fizeram para discutir o procedimento do *impeachment* de Fernando Collor. Sanches presidiria o julgamento no Senado. Precisava ter certeza de que seguiria um procedimento com apoio inequívoco de seus colegas.

Se por um lado os ministros não se reúnem nos casos de sempre, por outro quase sempre souberam a hora de se reunir em casos extremos. Precisamos recuperar essa tradição virtuosa. Como recentemente fizeram, aliás, os ministros reunidos a pedido de Teori Zavascki para discutir a prisão do senador Delcídio Amaral.

Há resistências conhecidas, dentro do próprio tribunal, a esse tipo de reuniões como ferramenta decisória. Em especial, o ministro Marco Aurélio já afirmou que “não estamos em um teatro pra acertarmos previamente decisões, e depois colocarmos a capa para proclamar a decisão”. Mas não se trata aqui de esvaziar a sessão do plenário, forçando um consenso prévio no mérito. A conversa reservada não precisa servir para firmar posições. Mas é fundamental para explicitá-las, de forma clara e direta, entre os próprios ministros, antes das câmeras da TV Justiça. No mínimo, o tribunal precisa conversar para que os ministros não surpreendam uns aos outros.

Isso é especialmente importante no caso de questões procedimentais. Por exemplo, o ministro Mendes já afirmou que um pedido de vista nesse caso, se ocorresse, seria “absolutamente normal, regimental”. Será que seus colegas concordam?

No caso do Mensalão, os ministros acabaram resolvendo diversas questões procedimentais ao vivo, na sessão, diante das câmeras. Os primeiros meses foram marcados por conflitos públicos, sobre procedimento, envolvendo o presidente Ayres Britto, o relator Joaquim Barbosa e o revisor Lewandowski. Houve sessões administrativas, mas elas se revelaram insuficientes para formar alguns consensos mínimos prévios sobre o procedimento. Como resultado, as inúmeras brigas entre ministros (mutuamente) surpreendidos expuseram o tribunal desnecessariamente e atrasaram as decisões.

Este caso é muito mais grave, do ponto de vista institucional, do que o julgamento do Mensalão. A discussão do papel do Supremo no *impeachment* não pode ser espaço de estratégias individuais, surpresas televisivas ou filigranas regimentais. Mais do que nunca, precisamos do todo: o Supremo. A sessão já começou na imprensa, mas ainda há tempo para que os ministros se encontrem, se reconheçam e se consolidem, longe da TV Justiça, como partes desse mesmo todo.

Publicado em 11 de Dezembro de 2015

Impeachment: Supremo de Dilma não é o mesmo Supremo de Collor

Ivar A. Hartmann

Uma das poucas certezas em Brasília nesse momento é que, de maneira ou de outra, o Supremo será provocado a se manifestar sobre o *impeachment*. O mesmo tribunal já havia feito isso em 1992. Mas seria de fato o Supremo de hoje — no qual dois ministros bateram boca em sessão de julgamento no dia da decisão de Eduardo Cunha — o mesmo Supremo de 20 anos atrás?

O Supremo do *impeachment* de Collor era ilustre desconhecido da opinião pública. Avesso à mídia. Quase invisível para o brasileiro médio. Enfrentar a questão colocou os ministros em uma situação nova, fora de sua zona de conforto. Disse o então ministro Carlos Velloso ao projeto *História Oral do STF*, da FGV Direito Rio: “Foi muito marcante, para mim, professor de Direito Constitucional. De repente, me vejo no centro da questão, quer dizer, integrando o tribunal que estava no centro da questão, arbitrando a questão constitucional (...)”. Néri da Silveira explica que “[j]ulgar o presidente Collor foi julgamento de uma autoridade. Não é que tenha sido mais difícil ou menos difícil; é um julgamento que atraiu mais atenção da opinião pública, como este do Mensalão.”

O Supremo do *impeachment* de Dilma é quase um “queridinho” da opinião pública. Aparece todos os dias na mídia. A maioria dos ministros de hoje é calejada pelo julgamento do Mensalão. Estar no “centro da questão” é corriqueiro. Não inibe mais. Antes os ministros preferiam a cautela, hoje expressam sua opinião sobre o caso de maneira sintomaticamente franca e direta. Alguns ao ponto de adiantar seu voto à imprensa.

Naquele Supremo, os ministros preferiam ter suas decisões individuais logo respaldadas pelo plenário. Em 1989, o ministro Aldir Pas-

sarinho foi obrigado a decidir liminar sobre os poderes do presidente da Câmara dos Deputados diante de pedido de *impeachment* de senadores contra José Sarney. Vinte dias depois, o plenário do Supremo analisou o caso. Em contraste, em 13 de outubro, os ministros Teori Zavascki e Rosa Weber concederam liminares sobre o mesmo assunto. Cinquenta e um dias depois, os processos não foram levados ao pleno. Estão já há um mês conclusos a Zavascki e Rosa. Um mês no qual o Brasil não fala de outra coisa.

A individualidade impera no atual Supremo. Os ministros decidem individualmente o destino de 9 em cada 10 das ações no controle concentrado de constitucionalidade. Talvez por isso o PT tenha desistido de um dos novos mandados de segurança quando esse foi distribuído para o ministro Gilmar Mendes. Muitas vezes, saber quem é o relator é conhecer a duração e o resultado da ação.

Para alguns, essa individualidade mostra frieza. Os ministros de hoje são mais seguros de si. Talvez estimule o isolamento. Para outros, sugere excesso de confiança. Deixar que sua decisão individual dite procedimento para pedido de *impeachment* deveria suscitar um mínimo de desconforto. O desconforto e cautela que os ministros demonstravam em 1992 não vinham de falta de conhecimento técnico. Um deles, Paulo Brossard, era inclusive autor de uma obra intitulada *O Impeachment*.

A diferença é que os ministros de hoje não têm qualquer receio de seu protagonismo no *impeachment*. Não têm pudor em falar à imprensa, não têm reservas em relação a bate-boca ao vivo na TV Justiça. Não têm desconforto em decidir monocraticamente. Não têm medo de ousar e ser voto vencido perante seus colegas. Dados do Supremo em Números, da FGV Direito Rio, mostram que os ministros daquela época votavam vencido, na média, em 1% ou menos das decisões. Os de hoje votam vencido numa porcentagem 3 ou 4 vezes maior.

O Supremo de 1992 foi um convidado resignado ao *impeachment* de Collor. Os ministros do Supremo de hoje chegam prontos e impávidos para o *impeachment* de Dilma. Difícil saber qual dos dois comportamentos é melhor para o Brasil.

Medo levou Eduardo Cunha a iniciar *impeachment* contra Dilma Rousseff

Joaquim Falcão

Medo diante de três acontecimentos. Primeiro, a capacidade de a Lava Jato, com a Procuradoria-Geral da República, continuar revelando fatos indignantes. Segundo, a inédita decisão do Supremo de prender um congressista. Terceiro, a decisão do PT de não o apoiar na Comissão de Ética.

Não se trata mais de saber se tem conta na Suíça ou não. Se se mentiu ou não aos colegas. Tudo fica pequeno quando a alma é pequena. A eventual conduta ilegal de Eduardo Cunha agora é outra. É maior. Fácil perceber.

As prerrogativas de decidir pauta, horário das sessões, prioridades de votação, encaminhamento ou não dos pedidos de *impeachment*, por exemplo, não são prerrogativas do “cidadão” Eduardo Cunha. Nem mesmo do “deputado” Eduardo Cunha. São prerrogativas públicas do cargo de “Presidente da Câmara”.

Como prerrogativas públicas, não podem ser apropriadas por interesses privados. É como se um policial usasse a viatura pública, que tem finalidade de garantir a segurança da coletividade, para ir à praia com a família. Ou o delegado deixasse de registrar uma queixa porque é contra um parente seu.

Em suma: o presidente da Câmara, Eduardo Cunha, estaria usando da prerrogativa pública para a proteção privada do cidadão Eduardo Cunha. São papéis com direitos e deveres distintos. Não se confundem.

Não é por menos que vários juristas consideram, e já começam a surgir, junto ao Supremo, tentativas de caracterizar esta ilegalidade.

Será prevaricação? Diz o Código Penal, no artigo 319: Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Será desvio de finalidade? Diz o artigo 2º, e da Lei de Ação Popular: o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Será coação no curso do processo? Diz o artigo 344 do Código Penal: “Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”.

Será ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes? Tentar impedir que os poderes funcionem livremente?

Quem decidirá é o Supremo.

A jurisprudência sugere que o Supremo dificilmente avaliará se há ou não fato e motivo legal para o *impeachment* da presidente Dilma. Esta decisão cabe ao Congresso.

Mas certamente será provocado a decidir sobre a legalidade ou não do processo decisório que Eduardo Cunha estaria seguindo. O ministro Marco Aurélio já está ansioso por tanto.

Se o Supremo decidir que não houve ilegalidade da parte de Cunha, o processo continua. Se ilegalizado, como essa ilegalidade afetará o pedido de *impeachment* em curso? Afasta-se o presidente da Câmara? O processo deve parar, ou continuar mesmo assim?

Pode ainda o Supremo não decidir nada. Esperar para ver.

O Supremo nada decidir significa que quem comanda o país é o círculo vicioso da crise econômica e o círculo virtuoso dos mísseis da Lava Jato.

Tem época que o direito molda a política. Em outras, a política molda o direito. Hoje, não sabemos bem.

As críticas ao STF pelo resultado do julgamento do *impeachment*

Felipe Recondo

Minutos antes de iniciada a sessão de julgamento no plenário do Supremo, o ministro Marco Aurélio caminhou pelo plenário e cumprimentou alguns advogados que lá aguardavam para sustentar. Um deles comentou o julgamento do dia ou da semana anterior em que o ministro — “senhor voto vencido” — ficou isolado. O ministro Marco Aurélio, com tranquilidade, afirmou que num caso como aquele, a unanimidade não era boa. Ao menos a parte que saiu derrotada saberia, pelo voto vencido, que seus argumentos foram ouvidos.

Noutro caso, um advogado foi para a sessão sabendo nulas as chances de sair vitorioso do plenário do Supremo. Mas ele mantinha a esperança, não de vitória. Dizia este advogado que bastava para ele o voto do ministro Moreira Alves, decano da Corte na época. O julgamento poderia até terminar 10 a 1, mas o advogado dizia que sairia do plenário com a alma lavada.

Um placar de 11 a 0, dizem alguns ministros do Supremo, pode ser menos representativo de uma controvérsia do que um resultado de 6 a 5. A diferença de apenas um voto indica, dizem os adeptos desta tese, que todos os pontos da controvérsia jurídica foram debatidos e analisados criticamente pelos integrantes do Supremo. A tese vencedora, digamos assim, teria um *plus* de legitimidade.

Na última semana do ano judiciário, no dia 17 de dezembro, o Supremo repetiu este placar. Por 6 votos a 5, o Supremo julgou que não pode ser secreta a eleição dos deputados que vão integrar a comissão especial destinada a avaliar o pedido de *impeachment* da presiden-

te Dilma Rousseff. O resultado do julgamento anulou a eleição feita pela Câmara, cujo resultado foi a vitória oposicionista na disputa pela maioria desta comissão.

O que se viu e o que ainda se vê no pós-julgamento não é a certeza de que todos os pontos foram debatidos às claras pelo Supremo Tribunal Federal. O que se lê aqui e ali são suspeitas de que algum acordo político espúrio teria motivado a maioria do tribunal a votar conforme as teses de interesse do governo Dilma — voto aberto, proibição de candidaturas avulsas para a comissão, poder do Senado de não instaurar o processo de *impeachment*, mesmo que a Câmara autorize a abertura de processo de impedimento da presidente.

As críticas têm se concentrado na corrente aberta pelo ministro Luís Roberto Barroso, na leitura que fez do regimento interno da Câmara e na decisão de anular a eleição secreta para os integrantes da comissão especial.

O estado de direito, o golpismo e a verdade

Concorde-se ou não com a argumentação da maioria, a eleição por voto secreto foi discutida pelos ministros do Supremo. Mais do que informados, os ministros debateram a previsão regimental. E mesmo sendo a eleição secreta algo que poderia ser visto como decisão interna corporis, seis integrantes da Corte votaram pela necessidade do voto aberto em respeito ao princípio da publicidade.

As teorias pós-julgamento eram esperadas. O Supremo seria inexoravelmente criticado. Se alterasse o rito aplicado no caso Collor, seria acusado de favorecer a oposição e contribuir para a derrubada da presidente da República. Se mantivesse o procedimento de 1992 e avançasse sobre questões novas — como voto aberto e proibição das chapas avulsas (problema que o STF não precisou enfrentar no passado) — seria acusado de proteger a presidente Dilma Rousseff.

Só não se sabia, iniciado o julgamento, de onde exatamente partiriam as censuras à decisão. Hoje, os defensores do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff criticam o resultado do julgamento do Su-

premo. E a forma como criticam faz lembrar um vício daqueles que observam, nem sempre de perto, as decisões do STF: se concordam com a decisão, ela foi técnica; se discordam, foi política. No caso: se concordo, não é golpe; se não concordo, é golpe do adversário.

Publicado em 3 de Janeiro de 2016

O “fator Cunha” interferiu na decisão do STF sobre *impeachment*?

Felipe Recondo

Sim. Eduardo Cunha não é fundamento jurídico para o Supremo Tribunal Federal (STF) escolher entre o voto aberto ou fechado, entre chapa avulsa e indicação dos líderes, entre a palavra fatal da Câmara ou do Senado. Mas interfere, nem que seja no imaginário, o fato de o comando do processo de *impeachment* estar nas mãos de um deputado investigado no Supremo Tribunal Federal por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, que manobra a Câmara para adiar o processo de cassação de seu mandato, que admite acelerar ou retardar as denúncias contra a presidente Dilma Rousseff conforme seus interesses políticos e que, de acordo com o Ministério Público, usa o mandato parlamentar para promover achaques.

O comportamento de Cunha à frente da Câmara apareceu, diversas vezes, nas manifestações dos ministros do Supremo, dentro e fora dos autos. Além disso, atores ao redor do Supremo também contribuíram para ligar a discussão do procedimento com um juízo sobre as manobras de Cunha. Vejamos alguns fatos recentes.

Há um mês quase exato, o ministro Marco Aurélio Mello concedia uma entrevista à porta do Supremo Tribunal Federal, já vestindo a toga, minutos antes de iniciada a sessão plenária. Faria o ministro do STF uma espécie de sugestão ao presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ): “Nós precisaríamos de uma grandeza maior para no contexto haver o afastamento espontâneo. Quem sabe até a renúncia ao próprio mandato”.

Naquele mesmo dia, na Câmara, Eduardo Cunha manobrava para adiar o andamento do processo aberto contra ele no Conselho de Ética por quebra de decoro parlamentar.

Há dois meses, a ministra Rosa Weber e o ministro Teori Zavascki concediam liminares para suspender a eficácia do rito criado pelo presidente da Câmara para o processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. Um severo revés para os planos do deputado Eduardo Cunha de acelerar o impedimento da presidente da República. Na decisão, o ministro Teori Zavascki diria: “o modo e a forma como foi disciplinada essa matéria (por decisão individual do presidente da Câmara, mediante resposta a questão de ordem), como também a negativa de admissão, por essa autoridade, de meio impugnativo de revisão ou de controle do seu ato por órgão colegiado da Casa Legislativa”.

Para em seguida acrescentar: “Ora, em processo de tamanha magnitude institucional, que põe a juízo o mais elevado cargo do Estado e do Governo da Nação, é pressuposto elementar a observância do devido processo legal, formado e desenvolvido à base de um procedimento cuja validade esteja fora de qualquer dúvida de ordem jurídica”.

Na quarta-feira, depois que o ministro Edson Fachin lia seu voto — no sentido de manter todas as decisões até agora proferidas pelo presidente da Câmara no processo de *impeachment* —, o procurador geral da República, Rodrigo Janot, pedia ao tribunal o afastamento de Eduardo Cunha da presidência e do mandato de parlamentar. Elencou 11 motivos para isto, como ameaças ao relator do processo aberto contra ele no Conselho de Ética, intimidação e pressão sobre delatores ouvidos na Operação Lava Jato e uso do cargo para receber vantagens indevidas.

No dia seguinte, ao proferir seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso evidenciou a contrariedade com o proceder de Eduardo Cunha: “Considero que o voto secreto foi instituído por uma deliberação unipessoal e discricionária do presidente da Câmara no meio do jogo. E, portanto, sem autorização constitucional, sem autorização legal, sem autorização regimental, por vontade unipessoal própria ele disse: ‘Aqui vai ser secreta porque eu quero’. A vida na democracia não funciona assim”.

Da sua cadeira, o presidente do Supremo, Ricardo Lewandowski, concordava com a ênfase que o ministro Barroso impunha às palavras. Outros ministros, como Rosa Weber, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, assentiam discretamente.

Como disse um ministro, reservadamente, pode não ter contribuído para a tese vencida o fato de Cunha ter iniciado o rito de uma forma e, subitamente, ter manobrado com a oposição para transformar a escolha dos integrantes da comissão especial do *impeachment* num processo secreto e com a possibilidade de candidaturas avulsas.

Em 1992, quando o *impeachment* do presidente Fernando Collor começou a tramitar na Câmara, o Supremo se viu obrigado a julgar mandados de segurança impetrados contra os procedimentos adotados pelo então presidente da Câmara, Ibsen Pinheiro. O tribunal, com a discordância de alguns ministros — a mais notória e enfática partiu do ministro Paulo Brossard —, interveio no processo, mas pontualmente. Ressaltou um ministro daquela época que Ibsen Pinheiro estava imbuído da mais genuína vontade de acertar. As correções de rumo feitas pelo Supremo foram, também por isso, pontuais — ampliando, por exemplo, o prazo para defesa.

No momento atual, é difícil ouvir de um ministro as mesmas impressões sobre o presidente da Câmara. Dificilmente diriam que Cunha tinha “genuína vontade de acertar”. Com que intensidade, então, o fator Cunha interferiu no julgamento? Impossível saber, até porque havia fundamentos jurídicos para um lado ou para outro.

A despeito disso, a decisão do Supremo estabeleceu a regra do jogo. A consequência imediata foi o retardamento do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. A oposição protestou. O governo, que apostava na deslegitimação de um processo encabeçado por Cunha, comemorou. E a ligação entre os destinos de Cunha e Dilma talvez ainda retorne às mãos dos ministros no ano que vem.

STF disse, em 1992, que Senado tinha poder para barrar o *impeachment*

Felipe Recondo

Atese de que o Senado pode arquivar o processo de *impeachment* contra a presidente Dilma Rousseff repete o que previsto no rito definido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para o caso Fernando Collor.

O argumento foi levado nesta sexta-feira ao Supremo, de forma uníssona, pela presidente da República, Dilma Rousseff, pelo presidente do Senado, Renan Calheiros, pelo procurador geral da República, Rodrigo Janot, e pelo advogado-geral da União, Luís Inácio Adams.

As manifestações encaminhadas ao Supremo serão analisadas pelos ministros no julgamento da ADPF 378 na próxima quarta-feira. E ganham força com o rito estipulado pelo Supremo para regular o processamento do *impeachment* de Collor.

As regras definidas para o *impeachment* em 1992 estabeleciam que a Câmara, ao admitir o processamento contra o presidente da República, dava uma “autorização” ao Senado para instaurar o processo.

Os autos da denúncia popular e da autorização dada pela Câmara seriam encaminhados a uma comissão especial, composta por senadores e respeitados os tamanhos das bancadas partidárias.

A comissão teria prazo de dez dias para decidir pelo conhecimento da denúncia popular. O parecer depois seria incluído na ordem do dia do plenário. E se rejeitado o parecer, os autos do processo de *impeachment* seriam arquivados.

Caso contrário, se a maioria simples do plenário decidisse pelo recebimento da denúncia, o processo de *impeachment* seria então instaurado. Somente neste momento, a presidente teria de se afastar do cargo.

“Se a denúncia for considerada objeto de deliberação, notificar-se-á o denunciado para, no prazo de vinte dias, responder à acusação (Lei nº 1.079/50, art. 49 (prazo duplicado para que não seja inferior ao das alegações finais). Tem-se, neste momento, por formalmente instaurado o processo de *impeachment* contra o Presidente da República (CF, art. 86, § 1 2, II)”.

Julgamento do STF sobre *impeachment* já começou: na imprensa, não no plenário

Renan Calheiros indica que pode não abrir *impeachment*, mesmo com decisão da Câmara

Dilma diz ao STF que Senado pode não acatar decisão da Câmara sobre *impeachment*

Foi essa a regra definida pelo Supremo Tribunal Federal em sessão administrativa convocada pelo então presidente do STF, ministro Sydney Sanches, em 1992. A decisão do tribunal de estabelecer uma espécie de norma para o *impeachment* de Collor visava evitar contestações sobre a legalidade e a legitimidade do processo.

Daquela composição, permanece no Supremo o ministro Celso de Mello que, de acordo com ex-ministros, foi quem justamente pensou todas as etapas do processo.

Portanto, se na próxima quarta-feira o tribunal referendar os argumentos levados à Corte nesta sexta-feira por Dilma, Renan, Janot e Adams, não estará promovendo uma inovação. Estará apenas repetindo o que definido pelo Supremo, mesmo que em caráter administrativo.

Todos os 39 pontos do passo a passo para o processo de *impeachment* de Collor no Senado estão transcritos abaixo. Esse regramento será levado em consideração pelo ministro Edson Fachin e pelo plenário do STF para definir o rito do processo contra a presidente Dilma Rousseff.

No caso de Fernando Collor, em razão da falta de apoio político e do consenso em torno da sua cassação, os prazos limites estipulados pelo roteiro do Supremo foram encurtados. E o presidente foi afastado do cargo em apenas 48 horas.

O Senado recebeu a denúncia vinda da Câmara no dia 30 de setembro. A Comissão Especial foi instalada no mesmo dia. E no dia

seguinte o parecer pelo recebimento da denúncia foi aprovado no plenário do Senado.

O governo confia que o presidente Renan Calheiros pode retardar a criação da comissão especial — o rito definido pelo STF não estipula prazo limite. Além disso, aposta que os prazos serão cumpridos — reunião da comissão especial 48 horas depois de instalada a comissão, parecer em 10 dias, leitura e votação do parecer pelo plenário no dia seguinte.

Nesse meio tempo, conforme integrantes do governo, Dilma Rousseff — ainda no cargo — poderia trabalhar politicamente pela rejeição da denúncia. Esta é a aposta da articulação política do governo hoje.

Abaixo, o roteiro feito pelo STF para o processo de *impeachment* de Collor (também disponível em <http://jota.info/leia-a-integra-do-roteroi-feito-pelo-stf-para-o-processo-de-impeachment-de-collor>).

SENADO FEDERAL COMO ÓRGÃO JUDICIÁRIO PROCESSO E JULGAMENTO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA RITO PROCEDIMENTAL

a) JUDICIUM ACCUSATIONIS — (Juízo de acusação)

1. Recebimento, pelo Senado Federal, da Resolução da Câmara dos Deputados, que autoriza a abertura do processo de *impeachment* contra o Presidente da República (CF, art. 86, *caput*, combinado com o art. 51, I).

2. Leitura da denúncia popular e da autorização dada pela Câmara dos Deputados no expediente da sessão seguinte (Lei n° 1.079/50, art. 44).

3. Encaminhamento desses atos a uma Comissão Especial, para apreciação (Lei n° 1.079/50, art. 44, segunda parte). Observância do princípio da proporcionalidade partidária na composição desse órgão colegiado (CF, art. 58, § 1°).

4. Reunião da Comissão Especial no prazo de 48 horas. Eleição de seu Presidente e respectivo Relator (Lei n° 1.079/50, art. 45, primeira parte).

5. Parecer da Comissão Especial, a ser emitido no prazo de 10 dias, versando o conhecimento, ou não, da denúncia popular. Possibilidade de a Comissão proceder, durante o prazo de 10 dias, às diligências que julgar necessárias (Lei n° 1.079/50, art. 45, segunda parte).

6. Leitura do parecer da Comissão no expediente de sessão do Senado. Publicação dessa peça opinativa no Diário do Congresso Na-

cional e em avulsos, que deverão ser distribuídos entre os senadores (Lei nº 1.079/50, art. 46).

7. Inclusão do parecer na ordem do dia da sessão seguinte (Lei nº 1.079/50, art. 46, *in fine*).

8. Discussão e votação nominal do parecer, pelo Plenário do Senado Federal, em um só turno (Lei nº 1.079/50, art. 47, primeira parte):

a) se rejeitado, dar-se-á a extinção anômala do processo, com o consequente arquivamento dos autos (Lei nº 1.079/50, art. 48);

b) se aprovado, por maioria simples de votos, reputar-se-á passível de deliberação a denúncia popular oferecida (Lei nº 1.079/50, art. 47, *in fine*).

9. Transmissão da Presidência do Senado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, para os fins do parágrafo único do art. 52 da Constituição Federal.

10. Se a denúncia for considerada objeto de deliberação, notificar-se-á o denunciado para, no prazo de 20 dias, responder à acusação (Lei nº 1.079/50, art. 49 (prazo duplicado para que não seja inferior ao das alegações finais). Tem-se, neste momento, por formalmente instaurado o processo de *impeachment* contra o Presidente da República (CF, art. 86, § 1, II).

11. Interrogatório do denunciado, pela Comissão. Faculdade de não comparecer a esse ato processual ou de não responder às perguntas formuladas (arts. 38 e 73 da Lei nº 1.079/50, combinados com os arts. 185 a 196 do Código do Processo Penal, art. 52, incisos LIV e LXI/I, da CF).

12. Instrução probatória ampla perante a Comissão Especial (Código de Processo Penal, arts. 3* e 155, combinados com o Código de Processo Civil, art. 332; Lei nº 1.079/50, arts. 38 e 73). Observância do princípio do contraditório (CF, art. 52, LV). Possibilidade de intervenção processual dos denunciadores e do denunciado (Lei nº 1.079/50, art. 52).

13. Possibilidade de oferecimento de alegações finais escritas pelos denunciadores e pelo denunciado. Prazo: quinze dias, sucessivamente (Lei nº 8.038/90, art. 11, *caput*).

14. Parecer da Comissão Especial, a ser emitido no prazo de 10 dias, sobre a procedência ou improcedência da acusação. Publicação e distribuição do parecer, com todas as peças que o instruíram, aos senadores. Inclusão do parecer na ordem do dia, dentro de 48 horas, no mínimo, a contar de sua distribuição (Lei nº 1.079/50, arts. 51 e 53).

15. Discussão e votação nominal do parecer, pelo Plenário do Senado, em um só turno:

a) se o Senado entender que não procede a acusação, o processo será arquivado (Lei nº 1.079/50, art. 55);

b) se o Senado aprovar o parecer, por maioria simples de votos, considerar-se-á procedente a acusação (Lei nº 1.079/50, art. 44, segunda parte).

16. Notificação da decisão senatorial, consubstanciadora de um juízo de pronúncia, ao Presidente da República e aos denunciantes (Lei nº 1.079/50: art. 55, segunda parte).

17. Cabimento de recurso para o Presidente do Supremo Tribunal Federal contra deliberações da Comissão Especial, em qualquer fase do procedimento (art. 52, parágrafo único, da CF, arts. 38 e 73 da Lei nº 1.079/50, art. 48, incisos 8 e 13, do Regimento Interno do Senado Federal, art. 17, I, n, e II, f, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Prazo de interposição, com oferecimento de razões recursais: cinco dias (Código de Processo Penal, art. 593, II, combinado com a Lei nº 1.079/50, arts. 38 e 73).

b) JUDICIUM CAUSAR — (Fase de julgamento)

18. Intimação dos denunciantes da deliberação plenária do Senado. Vista do processo, na Secretaria do Senado, para oferecimento, em 48 horas, do libelo acusatório e respectivo rol de testemunhas (Lei nº 1.079/50, art. 58, primeira parte).

19. Abertura de vista ao denunciado, ou ao seu defensor, para oferecer, em 48 horas, a contrariedade ao libelo e o rol de testemunhas. (Lei nº 1.079/50, art. 58, segunda parte).

20. Encaminhamento dos autos ao Presidente do Supremo Tribunal Federal que designará data para julgamento do denunciado (Lei nº 1.079/50, art. 59), notificando-se os denunciantes e o denunciado.

Intimação das testemunhas. Intervalo mínimo de 10 dias entre a notificação e o julgamento (Lei nº 1.079/50, art. 60 e seu parágrafo único).

21. Abertura da sessão de julgamento, sendo apregoadas as partes, que poderão comparecer pessoalmente ou por intermédio de seus procuradores (Lei nº 1.079/50, art. 61). Se ausente o denunciado, decretar-se-lhe-á à revelia, com o consequente adiamento do julgamento. Designação de nova data e nomeação de advogado dativo (Lei nº 1.079/50, art. 62, § 1º).

22. Da sessão de Julgamento, presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, participarão como juízes todos os senadores presentes, com exceção dos que incidirem nas situações de incompatibilidade de natureza jurídico-processual (Lei nº 1.079/50, art. 63, *caput*, combinado com o art. 36).

23. Leitura dos autos do processo. Inquirição das testemunhas (Lei nº 1.079/50, art. 64). Possibilidade de contradita, de reinquirição e de acareação das testemunhas, por iniciativa dos denunciantes e do denunciado. Os senadores poderão formular reperguntas às testemunhas, sempre por intermédio do Presidente do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 1.079/50, art. 65).

24. Finda a inquirição, serão realizados os debates orais, sendo facultadas a réplica e a tréplica entre os denunciantes e o denunciado, pelo prazo que o Presidente do Supremo Tribunal Federal estipular (Lei nº 1.079/50, art. 66, *caput*).

25. Concluídos os debates, retirar-se-ão as partes do recinto da sessão. Discussão única entre os senadores sobre o objeto da acusação (Lei nº 1.079/50, art. 66, parágrafo único).

26. O Presidente do Supremo Tribunal Federal relata o processo, mediante exposição resumida dos fundamentos da acusação e da defesa, bem assim como a indicação dos respectivos elementos de prova (Lei nº 1.079/50, art. 67).

27. Realização do julgamento, em votação nominal, pelos senadores desimpedidos, que responderão SIM ou NÃO à seguinte pergunta formulada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal: “Cometeu o acusado FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO os crimes que lhe são imputados, e deve ser ele condenado à perda do seu cargo e

à inabilitação temporária, por 8 anos, para o desempenho de qualquer outra função pública, eletiva ou de nomeação?” (CF, art. 52, parágrafo único; Lei n° 1.079/50, art. 68).

28. Lavratura da sentença pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que será assinada por ele e pelos senadores que tiverem participado do julgamento. Transcrição dessa resolução do Senado em ata e publicação desta no Diário Oficial e no Diário do Congresso Nacional (Lei n° 21.079/50, art. 69).

29. Cientificação imediata da sentença ao denunciado (Lei n° 21.079/50, art. 71).

30. Encerramento do processo.

NOTAS

1. Com a nova Constituição, concentram-se na instância político-institucional do Senado Federal, no que concerne ao processo de responsabilização político-administrativa do Presidente da República, tanto o juízo de acusação quanto o julgamento (CF, art. 52, 1).

2. Em virtude das novas atribuições constitucionais do Senado e por competir-lhe o processo e o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade — torna-se possível invocar a analogia para adotar, neste procedimento, e com as necessárias adequações, as normas que regem o processo de *impeachment* dos ministros do Supremo Tribunal Federal (Lei n° 21.079/50, arts. 36 e 41 a 73).

3. A exigência constitucional da maioria qualificada de 2/3 da totalidade dos senadores limita-se, exclusivamente, à hipótese de condenação do Presidente da República pelo Senado (CF, art. 52, parágrafo único). As demais deliberações do Senado serão tomadas por maioria simples, presente a maioria absoluta dos seus membros (CF, art. 47). Todas as questões incidentes do processo serão vencidas por simples maioria, não assim a sentença condenatória. A simples maioria importa absolvição (AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, Parte Primeira, p.476, 1925, Briguiet, Rio)

4. A suspensão compulsória e provisória do Presidente da República decorre da instauração do processo de *impeachment* pelo Senado (CF, art.86, § 12, II). Tem-se por instaurado esse processo quando da notificação formal ao Presidente da República de que dispõe do prazo

de 20 dias para responder à acusação popular, que foi considerada objeto de deliberação pelo Senado.

5. Com a supressão do papel constitucional que tradicionalmente sempre foi outorgado à Câmara dos Deputados, já não mais lhe incumbe, sob a égide da Carta Política de 1988, a formulação do juízo de acusação. ‘Desse modo, revela-se inviável — até mesmo por ausência de recepção da norma inscrita no art. 23, § 42, da Lei n° 21.079/50 — a eleição, por essa Casa Legislativa, de uma comissão de três membros destinada a acompanhar, no Senado, o julgamento do Presidente da República. Essa atribuição — nela incluída a faculdade processual de oferecer o libelo acusatório — pertence, agora, aos próprios denunciante.

6. O Presidente do Supremo Tribunal Federal funciona como Presidente do Senado ao longo de todo o processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. Exclusivamente para este fim. Dessa indisponível condição jurídico-constitucional decorre a relevante circunstância de que ao Presidente do Supremo Tribunal Federal compete a resolução de todos os incidentes de ordem jurídica que se verificarem durante as sucessivas fases em que se desenvolve o procedimento. Desse modo, as deliberações emanadas da Comissão Especial de senadores comportarão recurso, na esfera político-administrativa, para o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

7. O prazo constitucional de 180 dias (art. 86, § 2), referente ao afastamento do Presidente da República de suas funções, inicia-se com a instauração do processo de *impeachment*. A contagem desse prazo — que é improrrogável — não se inicia, em consequência, com a mera instalação dos trabalhos no Senado Federal.

8. O Presidente do Supremo Tribunal Federal não discute, não vota e nem julga o libelo acusatório. Cabe-lhe, tão somente, exercer a presidência do processo de *impeachment* do Chefe de Estado.

9. A ausência dos denunciante, que eventualmente deixem de comparecer ao julgamento, não implicará o adiamento dessa sessão do Senado (Lei n° 1.079/50, art. 62, *caput*).

STF define o rito do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff

Luiz Orlando Carneiro
Felipe Recondo

O Supremo Tribunal Federal (STF) definiu o rito do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff na Câmara e no Senado. Foram dois dias de sessão para:

- anular a eleição para escolha dos integrantes da comissão especial do *impeachment* na Câmara;
- determinar que a nova eleição seja feita com voto aberto;
- definir que os candidatos a integrar a comissão especial sejam indicados pelos líderes partidários;
- decidir que a Câmara autoriza a abertura do processo de *impeachment* por dois terços dos votos;
- estabelecer que o Senado, independentemente da decisão da Câmara, não é obrigado a instaurar o processo de *impeachment*;
- julgar que a instauração do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff se dá pelo voto da maioria simples dos senadores;
- e concluir que a presidente da República só é afastada do cargo temporariamente (180 dias) se o Senado instaurar o processo de *impeachment*, depois de devidamente autorizado pela Câmara.

A decisão do STF retarda o processo do *impeachment*, obrigando a Câmara a refazer a eleição para a comissão especial da Câmara.

O julgamento da ação, com a definição do roteiro do *impeachment*, dividiu o tribunal:

- A presidente Dilma Rousseff não tinha direito à defesa antes de o presidente da Câmara, Eduardo Cunha, admitir o pedido de abertura de processo de *impeachment* — 11 a 0;
- A eleição dos integrantes da comissão especial do *impeachment* na Câmara deve ser feita por meio de eleição com voto aberto — 6 a 5;
- Não é possível a candidatura avulsa de deputados para a comissão especial do *impeachment*. Os candidatos serão indicados pelos líderes partidários — 7 a 4;
- A Câmara autoriza a abertura do processo de *impeachment* em votação no plenário, mas o Senado não é obrigado a instaurar o processo. E é só depois de instaurado o *impeachment* no Senado que a presidente da República é temporariamente afastada — 8 a 3;
- O processo é instaurado no Senado, com consequente afastamento da presidente Dilma Rousseff, pelo voto da maioria simples — 8 a 3;
- Não é possível, ao julgar uma ADPF, analisar a suposta parcialidade do presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), e seu afastamento do comando do processo — 11 a 0.

O julgamento da ADPF 378, protocolada pelo PCdoB, foi interrompido na quarta-feira, após o relator do processo, ministro Edson Fachin, proferir um voto de 98 páginas por mais de 2 horas.

Fachin rejeitou todos os pedidos feitos pelo PCdoB. O voto foi mal recebido pelos advogados do PT, PCdoB e por integrantes do governo.

O julgamento foi retomado nesta quinta-feira com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que abriu a divergência. E foi seguido pela maioria. Com a decisão, ele será o redator do acórdão.

Prevaleceu no plenário o entendimento de que o STF deveria manter o roteiro do *impeachment* definido em 1992 para o caso Collor. Rito que foi definido naquela época pelo próprio Supremo.

Veja algumas das frases do julgamento:

Luís Roberto Barroso

“O papel do Supremo é o de preservar as instituições, promover a Justiça e resguardar a segurança jurídica à luz da melhor interpretação possível da Constituição.”

“O voto secreto foi instituído por uma decisão unipessoal e discricionária do presidente da Câmara no meio do jogo. E portanto, sem autorização constitucional, sem autorização legal, sem autorização regimental, por vontade unipessoal própria, ele disse aqui ‘vai ser secreto porque eu quero’. A vida na democracia não funciona assim.”

Teori Zavascki

“A decisão do Senado [de instaurar o processo] é que determina a suspensão do presidente. E foi assim que se decidiu no caso do presidente Collor.”

Rosa Weber

“A meu juízo, com todo respeito aos entendimentos contrários, a Câmara não vincula o Senado Federal. A Câmara abre a porta, ela permite, não tem força para impor o ingresso. Hoje o Senado é a Casa a quem cabe o processamento e julgamento do *impeachment*.”

Luiz Fux

“Seria uma violência à segurança jurídica que nós modificássemos o rito adotado pela jurisprudência no caso após a Constituição de 1988. Qual é a diferença entre o *impeachment* de 1992 e *impeachment* de agora?”

Dias Toffoli

“Se este Supremo declarar que candidatura avulsa não pode, estará cometendo equívoco, estará interferindo em matéria interna corporis de outro poder.”

Cármen Lúcia

“Se autorizado, compete ao Senado nos termos expressos processar e julgar. A Constituição não possui palavras inúteis.”

Gilmar Mendes

“Será manipulação do processo. Vamos dar a cara a tapa, dizendo que estamos fazendo com endereço certo, tomando decisão casuística. Se se trata de ter regras claras e respeitar a autonomia parlamentar, temos que tratar que eleição é eleição, porque não se falou de indicação.”

Marco Aurélio

“Se o Senado está atrelado, seria dizer que não é o Senado. Não seria Câmara alta e passaria a ser Câmara baixíssima.”

Celso de Mello

“Há papel constitucional do Senado, a quem reconheço a possibilidade constitucional de, na fase introdutória da causa, proceder autonomamente, mediante deliberação própria, sem estar vinculado a uma simples autorização da Câmara, a mim parece que é preciso reconhecer ao Senado esse espaço de discricionariedade.”

Ricardo Lewandowski

“A Câmara autoriza, faculta [a abertura de processo de *impeachment*], não é uma determinação, não é uma ordem. A decisão da Câmara não vincula o Senado.”

“A Constituição exige que atos estatais sejam públicos, sejam transparentes. O processo de *impeachment* é pedagógico, deve reforçar a democracia. Mandatários não devem atuar nas sombras, precisam dizer a que vieram, devem expressar de maneira clara, para que eleitores saibam em que sentido estão os mandatários.”

Quem foi quem

Contra a tese de que a presidente teria direito de se defender antes de o presidente admitir o processo

Luiz Edson Fachin

Luís Roberto Barroso

Teori Zavascki

Rosa Weber

Luiz Fux

Dias Toffoli

Cármen Lúcia

Gilmar Mendes

Marco Aurélio Mello

Celso de Mello

Ricardo Lewandowski

Voto secreto na eleição dos integrantes da comissão especial do *impeachment*

Luiz Edson Fachin: voto pode ser secreto

Luís Roberto Barroso: voto aberto.

Teori Zavascki: voto pode ser secreto.

Rosa Weber: voto aberto.

Luiz Fux: voto aberto.

Dias Toffoli: voto pode ser secreto.

Cármen Lúcia: voto aberto.

Gilmar Mendes: voto pode ser secreto.

Marco Aurélio: voto aberto.

Celso de Mello: voto pode ser secreto.

Ricardo Lewandowski: voto aberto.

Possibilidade de candidatura avulsa

Luiz Edson Fachin: pode haver chapa alternativa.

Luís Roberto Barroso: não pode haver candidatura alternativa.

Teori Zavascki: não pode haver candidatura alternativa.

Rosa Weber: não pode haver candidatura alternativa.

Luiz Fux: não pode haver candidatura alternativa.

Dias Toffoli: pode haver chapa alternativa.

Cármen Lúcia: não pode haver candidatura alternativa.

Gilmar Mendes: pode haver chapa alternativa.

Marco Aurélio: não pode haver candidatura alternativa.

Celso de Mello: pode haver chapa alternativa.

Ricardo Lewandowski: não pode haver candidatura alternativa.

Decisão da Câmara não obriga o Senado a instaurar o processo de *impeachment*

Luiz Edson Fachin: Câmara autoriza o processo e ao Senado compete instaurar o processo.

Luís Roberto Barroso: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Teori Zavascki: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Rosa Weber: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Luiz Fux: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Dias Toffoli: Câmara autoriza o processo e ao Senado compete instaurar o processo.

Cármen Lúcia: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Gilmar Mendes: Câmara autoriza o processo e ao Senado compete instaurar o processo.

Marco Aurélio: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Celso de Mello: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Ricardo Lewandowski: Câmara autoriza o processo, mas Senado decide se instaura.

Não é possível discutir, ao julgar ADPF, impedimento de Eduardo Cunha para comandar o *impeachment*

Luiz Edson Fachin
Luís Roberto Barroso
Teori Zavascki
Rosa Weber
Luiz Fux
Dias Toffoli
Cármen Lúcia
Gilmar Mendes
Marco Aurélio
Celso de Mello
Ricardo Lewandowski

OPERAÇÃO LAVA JATO

HCs na Lava Jato dividem o Supremo

Adriana Lacombe Coiro

Ao julgar a validade do acordo de delação premiada de Alberto Youssef, questionado em um *habeas corpus* no Supremo, o plenário antes teve que decidir o cabimento desta ação contra a decisão do relator do processo.

O Supremo ficou dividido. Cinco votos reconheceram a possibilidade da ação. Cinco votos foram contrários à sua admissibilidade. O ministro Teori Zavascki, por ser neste caso o autor da decisão questionada, estava impedido e, portanto, não participou.

Com o empate, entendeu-se pela interpretação mais favorável ao réu, e o *habeas corpus* foi admitido. Este resultado final vai de encontro à jurisprudência da Corte sobre o tema.

No entanto, este resultado é instável. Como ressaltou o ministro Barroso, a decisão não pode ser interpretada como uma mudança na jurisprudência da Corte. Para isso, seria necessário conhecer a posição do ministro Zavascki e obter uma efetiva maioria dos membros do tribunal em algum dos sentidos.

Mas atingir a maioria é impossível. Como chegar a uma decisão de 6 a 5 em um caso desse tipo, em que haverá sempre um ministro — o autor da decisão questionada pelo HC — impedido de votar? O Supremo estaria preso em um labirinto decisório insolúvel? A resposta dependerá da posição adotada pelo ministro Zavascki.

Imagine-se que ele entenda pelo cabimento do *habeas corpus*. Se, no caso a ser julgado, estiver impedido um ministro que entenda pelo descabimento, Zavascki se juntará aos 5 votos já proferidos pelo cabimento, formando maioria. Seis a 4, *habeas corpus* admitido.

Se, ao contrário, estiver impedido um ministro que aceite o HC, o voto de Zavascki entrará em seu lugar, trocar-se-ia 5 por meia dezena, mantendo-se 5 votos para cada posição. Novo empate, e com ele, interpretação mais favorável ao réu. Cinco a 5 HC admitido.

Nesses casos, o problema seria meramente teórico, uma vez que os resultados práticos seriam iguais. O verdadeiro problema surgirá, então, apenas se o ministro Zavascki entender que, quando se trata de decisão de ministro do Supremo, não é cabível *habeas corpus*.

Neste cenário, se o relator do caso (e, portanto, o voto impedido) for um dos ministros que entenderam pela impossibilidade da ação (Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux ou Cármen Lúcia), o voto de Zavascki substituiria o do ministro impedido, mantendo-se o empate. Cinco a 5, HC admitido

Se, por outro lado, o ministro impedido for um dos que entendem pelo cabimento do HC (Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello ou Ricardo Lewandowski), esta posição contará com apenas 4 ministros, e o voto de Teori se somaria aos outros 5 pelo descabimento, formando maioria. Seis a 4, HC inadmitido.

Nesse segundo cenário, cria-se um problema: a posição da Corte dependerá sempre da posição (ausente) do relator do caso, não sendo possível firmar jurisprudência sobre o tema.

O futuro reservaria apenas uma sequência de empates (5 a 5) e maiorias (6 a 4) instáveis, sempre a depender da loteria da distribuição do relator. Uma dança das cadeiras em que, quando para a música, quem está de fora determina o resultado.

Para evitar esta ciranda e a insegurança que ela gera, e antes mesmo de conhecer o posicionamento do ministro Zavascki, os ministros discutiram um caminho alternativo, externo ao procedimento judicial. Ficou decidido que será realizada sessão administrativa, na qual todos os 11 ministros votam, para discussão e elaboração proposta de alteração do Regimento Interno, adotando o posicionamento da maioria — qualquer que seja essa maioria, uma vez revelada a posição de Zavascki.

A solução é positiva: cria uma regra clara e objetiva, e afasta a insegurança atual. Até lá, no entanto, impetrantes de *habeas corpus* terão que aguardar o posicionamento do ministro Zavascki para saber: precisarão contar com a sorte para ter seu *habeas corpus* admitido?

Publicado em 28 de Agosto de 2015

O futuro de Eduardo Cunha no Supremo

Ivar A. Hartmann

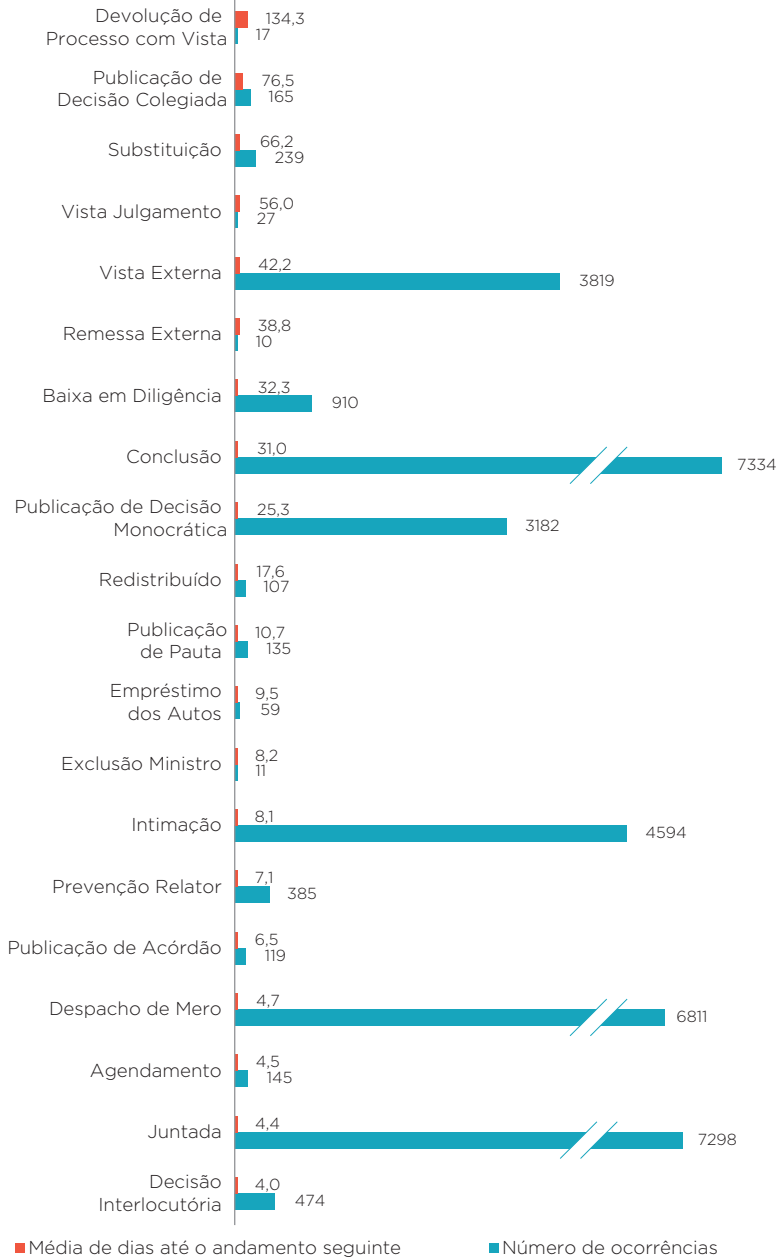
Um levantamento do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, mostra, na média, quais momentos de um inquérito ocorrem com maior frequência — e quais podem significar maior atraso na tramitação. O universo de análise considera apenas os inquéritos iniciados depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional 35/2001, que eliminou a necessidade de autorização do Congresso Nacional para o processamento de parlamentares no STF.

Quando o inquérito de Cunha for concluso ao relator, ministro Teori Zavascki, a tendência seria a de que cerca de um mês se passe até um novo desdobramento — julgamento do plenário sobre o recebimento da denúncia, por exemplo, ou a entrada de uma nova petição de uma das partes. Após a publicação de alguma decisão individual do relator, a tramitação fica parada por 25 dias, em média. A redistribuição a um novo relator, se ocorresse, custaria 17 dias. Uma vez feita alguma intimação, a espera será de mais 8 dias.

Os dados apontam também para a responsabilidade que atores externos ao tribunal têm por eventuais atrasos. De modo geral, quando o inquérito passa para a responsabilidade de instituição externa — como a Procuradoria-Geral da República — há grande probabilidade de demora. As vistas à PGR duram 42 dias. A remessa externa em si, 38 dias. A baixa de diligência, 32 dias.

Mesmo assim, as maiores causas de atraso parecem ser de responsabilidade exclusiva dos próprios ministros e do aparato burocrático do tribunal: quando uma vista é devolvida, por exemplo, o inquérito fica parado durante 134 dias. Logo que a vista é pedida, são 56 dias, no

Duração de Andamentos Processuais de Inquéritos autuados entre 20/12/2001 e 31/12/2013 no STF



mínimo. Quando há uma substituição de relator, o novo encarregado do processo não toma nenhuma providência nos primeiros 66 dias.

Estas são médias que expressam generalizações válidas para um grande conjunto de casos. Entretanto, tais médias podem esconder grande variação nos casos individuais que as compõem — o que é particularmente verdadeiro no caso dos inquéritos. O Supremo por vezes lida com inquéritos excepcionais, seja pela figura dos denunciados, seja pela complexidade do caso. No Mensalão, a denúncia foi oferecida em 11 de abril de 2006 e aceita somente em 28 de agosto de 2007, encerrando o inquérito e iniciando formalmente a ação penal.

Assim como no Mensalão, o inquérito de Cunha tem a redobrada atenção da sociedade, envolve um réu central para a política nacional e, por isso, pode ter tramitação atípica. Por ser presidente da Câmara, o processo de Cunha é excepcional até mesmo em relação a outros réus com foro privilegiado. Uma das iniciativas recentes para acelerar o julgamento desses casos — após a experiência do Mensalão — foi alterar o Regimento do Supremo, transferindo-os para as Turmas (compostas por 5 ministros). Mas isso não se aplica ao presidente da Câmara, que continua sendo julgado pelo plenário. Além disso, o Inquérito de Cunha envolve fatos cuja apuração já começou na instância inferior, e envolve apenas dois réus, em contraste com os 40 acusados da Ação Penal 470.

Excepcionais ou não, o fato é que todos os Inquéritos com foro privilegiado podem ser atrasados por gargalos no processo de tramitação no Supremo. No caso do INQ 2280, por exemplo, contra Eduardo Azeredo (o caso do “Mensalão Mineiro”), o inquérito foi concluso ao relator em 13/03/2006, mas a denúncia só foi recebida pelo pleno em 03/12/2009, quase três anos e nove meses depois. Já no INQ 2246, contra Natan Donadon, o processo ficou cerca de sete meses em vista ao procurador geral da República.

Um dado importante e positivo vem mudando este cenário: a crescente atenção da sociedade sobre esses processos. Supremo e PGR tem se mostrado sensíveis a essa preocupação, tomando iniciativas no sentido de acelerar a tramitação. No fundo, no caso de inquéritos, a velocidade do processo depende em última instância do relator e do pro-

curador geral. Se há problemas, eles podem ser enfrentados por esses dois atores na condução do processo. Se desempenham suas funções de maneira eficiente, a ideia de que o foro privilegiado implica duração privilegiada do processo pertencerá cada vez mais ao passado, e não ao futuro do Supremo.

Publicado em 24 de Agosto de 2015

Lava Jato e doações internacionais a partidos

Silvana Batini

Caio Farah Rodriguez

O desenrolar das investigações da Operação Lava Jato tem trazido a público, em contextos inéditos, temas jurídicos conhecidos de poucos.

Este cenário adquiriu novos contornos a partir de alegação ainda não devidamente avaliada no depoimento do ex-gerente de Serviços da Petrobras, Pedro Barusco, que aceitou colaborar com as investigações.

Ele narrou que, em 2010, foi incumbido pelo tesoureiro do Partido dos Trabalhadores de intermediar um pedido de contribuição perante a empresa holandesa SBM, para a campanha eleitoral então em curso. Ao depor na CPI, mês passado, confirmou a operação, afirmando que se tratava de propina em troca de benefícios contratuais garantidos à empresa.

Evidentemente, tais fatos estão em apuração e ainda precisam ser devidamente esclarecidos e comprovados. Porém, se verdadeiros, revelam problema jurídico específico: a Constituição brasileira, em seu artigo 17, II, estabelece que partidos estão proibidos de “receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes”.

A mesma proibição vem repetida na Lei nº 9.504/97, que disciplina as eleições, e na Lei nº 9.096/95, que regulamenta os partidos. Esta última, todavia, contém um dispositivo a mais: em seu art. 28, prevê que o Tribunal Superior Eleitoral pode determinar o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado ter recebido ou estar recebendo “recursos financeiros de procedência estrangeira”. Não se especifica o veículo, se diretamente ou por intermédio de subsidiária.

A mesma lei ainda autoriza que qualquer eleitor, representante de partido, ou o procurador geral Eleitoral podem apresentar denúncia ao TSE com vistas a este cancelamento.

Evidentemente, uma punição como essa, para fatos isolados, seria excessiva. Imaginar que um partido com a altíssima carga de representatividade e legitimidade que tem o Partido dos Trabalhadores — ou qualquer outro, da situação ou oposição, que receba recursos de origem estrangeira — possa a vir a ter sua própria sobrevida debatida em processo judicial, em razão de uma doação específica, é quase inconcebível.

Partidos políticos, no Brasil, são intermediários obrigatórios de candidaturas e veículos legítimos da organização de opiniões e programas e — por que não dizê-lo? — de nossa soberania política.

O imbróglio concreto, portanto, pode ser uma oportunidade para refletirmos sobre o aprimoramento institucional de nossa democracia. Até agora, muita atenção se deu, e não sem razão, ao envolvimento de agentes políticos e empresas privadas na Lava Jato. Pouco se atentou às consequências da operação para a organização da política brasileira — inclusive, o papel dos partidos. O debate agora se tornou inadiável.

O Ministério Público Federal já se manifestou a respeito, em uma das propostas do pacote anticorrupção que apresentou recentemente. Sugere uma gradação de sanções, em que o cancelamento do registro, por cautela, só poderia ocorrer em situações muito extremas, de grave dimensão.

Aqui, não avaliamos propostas específicas; nesta oportunidade, apenas apontamos para a necessidade de discutirmos e formularmos alternativas institucionais para tratamento do problema, inclusive de aspectos regulatórios pontuais como aquele exemplificado neste artigo, olhando sobretudo para o futuro.

STF deve transmitir julgamento da Lava Jato nas Turmas

Felipe Recondo

As sessões de julgamento dos inquéritos e ações penais da Operação Lava Jato no Supremo Tribunal Federal (STF) deveriam ser transmitidas ao vivo pela televisão. Impedir o televisionamento não seria coibir um avanço no tribunal, que hoje não transmite ao vivo as sessões de Turmas; seria em verdade um retrocesso difícil de justificar.

A dúvida sobre o televisionamento das sessões decorre de uma novidade. Até o ano passado, os julgamentos de ações penais e inquéritos eram de competência do plenário, cujas sessões são transmitidas ao vivo sem restrições.

Uma mudança regimental transferiu essa competência para as Turmas com objetivo explícito: desobstruir a pauta do plenário, permitindo concomitantemente que o Tribunal se concentrasse no julgamento de questões constitucionais relevantes e acelerasse a apuração de inquéritos e ações penais.

Em nenhum momento os ministros disseram publicamente que a inovação teria o condão de evitar que julgamentos com forte apelo político e midiático fossem transmitidos ao vivo pela TV.

Muito pelo contrário. ministros que encamparam a mudança regimental logo responderam que a imprensa poderia televisionar as sessões se assim quisesse.

Se discutiram em reservado fechar os julgamentos das Turmas para as emissoras de televisão, terão agora de vir a público apresentar suas justificativas.

Impedir a transmissão seria tratar desigualmente processos decididos e que ainda tramitam no Supremo. O julgamento da ação penal do Mensalão, para citar apenas uma, foi transmitido integralmente pela TV Justiça. O julgamento da ação penal contra o deputado Natan Donadon também o foi. Como explicar então que algumas sessões puderam ser televisionadas e outras não?

E aqui não se trata de processos cujos efeitos político-partidários são distintos. Nos dois casos, Mensalão e Petrolão, integrantes de partidos da base governistas estão no centro das apurações. Não caberia sequer a suspeita de que o STF proteja oposição ou situação.

Há mais. Quem poderia impedir o televisionamento das sessões seria a 2ª Turma, onde o processo será julgado. Integram a Turma os ministros Teori Zavascki (relator), Cármen Lúcia, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Nenhum deles fez qualquer menção a fechar as sessões para a transmissão ao vivo. Igualmente, nenhum deles afirma categoricamente que a sessão poderá ser transmitida.

O ministro Teori Zavascki, que hoje preside a Turma e relata os processos da operação Lava Jato no STF, não faz declarações sobre o caso. É uma característica do ministro não conceder entrevistas.

Mas não será ele o presidente da Turma quando os casos forem julgados. O ministro Teori Zavascki deixará a presidência do colegiado no primeiro semestre. Em razão da complexidade do caso, os primeiros julgamentos devem ocorrer, no mais otimista dos cenários, no fim do ano.

Esta é uma boa pergunta a ser feita durante a sabatina na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) daquele que for indicado para o STF pela presidente Dilma Rousseff. O novo ministro será o presidente da Turma a partir do final do ano.

Não há, até agora, nenhuma propensão do tribunal de impedir o televisionamento de sessões. Seria mais fácil, inclusive, que o Tribunal passasse a veicular as sessões das Turmas, hoje não transmitidas pela TV Justiça.

Ressalte-se que, até hoje, a assessoria de comunicação do STF não recebeu nenhum pedido de uma emissora de TV para que transmitisse ao vivo uma sessão de Turmas.

A discussão sobre o televisionamento de julgamentos de processos ainda prematuros pode parecer apressada, afobada. Não é. Quando se trata de transparência e de liberdade de imprensa, toda hora é hora.

Publicado em 6 de Fevereiro de 2015

O presidente da Câmara não escapa

Eduardo Muylaert

Quando se espera afinal, a qualquer momento, a instauração de ação penal contra o deputado Eduardo Cunha, por crimes que a Procuradoria lhe atribui, parece ter saído um novo coelho da cartola de sua competente defesa.

Antes que a opinião pública se mostre indignada, podemos aproveitar a ocasião para ver como funcionam alguns mecanismos. Para serem aplicadas, as leis, por serem gerais, precisam ser interpretadas. As partes sempre pleiteiam a solução mais favorável, embora algumas teses que surgem nesse processo possam parecer estapafúrdias.

O presidente da Câmara sustenta agora que tem a mesma prerrogativa da presidente da República. Esta, na vigência de seu mandato, não pode ser processada por atos estranhos ao exercício de suas funções.

O argumento, supostamente analógico é o de que o deputado é um eventual sucessor do chefe do Estado. Isso porque, em caso de impedimento ou vacância, inclusive da vice-presidência, “serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal”. Dessa forma, Cunha pretende ter as mesmas proteções processuais do presidente da República.

A analogia e a interpretação extensiva são métodos corriqueiros quando a lei, no caso a Constituição, não tem uma regra pronta para uma situação que se apresenta. Seus pressupostos são de que os casos sejam de natureza semelhante e que possam ser decididos pelos mesmos motivos.

Ora, nada disso acontece aqui. A regra da Constituição cria prerrogativa exclusiva do presidente da República, como já foi afirmado

inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal. Algumas Constituições estaduais tentaram criar igual regra para os governadores — ampliações que foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo, que já decidiu também, literalmente, que essa regra “reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita”.

Os parlamentares já têm uma série de imunidades que lhes são próprias, todas previstas no texto constitucional. Parece óbvio que, se o constituinte quisesse estender a prerrogativa a todos os chefes de poder, o teria feito expressamente. É clássica, aliás, a lição de Carlos Maximiliano de que “interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição”.

A ideia, aqui, é permitir que o chefe da Nação exerça seu mandato sem embaraços, exceto no caso de crimes de responsabilidade ou ligados ao exercício da função. O que for de sua vida pessoal fica para depois; saindo do cargo, retomam-se as ações penais ou inquéritos.

Pode-se entender que o presidente Eduardo Cunha pretenda igual prerrogativa, mas isto não está previsto na Constituição. As hipóteses nem são semelhantes, e mais: não é o deputado o eventual substituto temporário do presidente da República. É, isso sim, quem esteja presidindo a Câmara, na ocasião. Ou, na sua falta, o presidente do Senado, ou do Supremo.

Tudo para assegurar que o governo não sofra interrupção, pois este é o único objetivo da norma. Na verdade, Cunha quer transformar uma proteção à continuidade do governo, no âmbito do Executivo, em uma proteção a todos os chefes de poder, o que o beneficiaria — algo que o constituinte poderia ter feito, mas não fez.

O Supremo, tudo indica, vai rejeitar o pedido e dar prosseguimento aos inquéritos. Foi uma bela tentativa, mas parece que não vai colar.

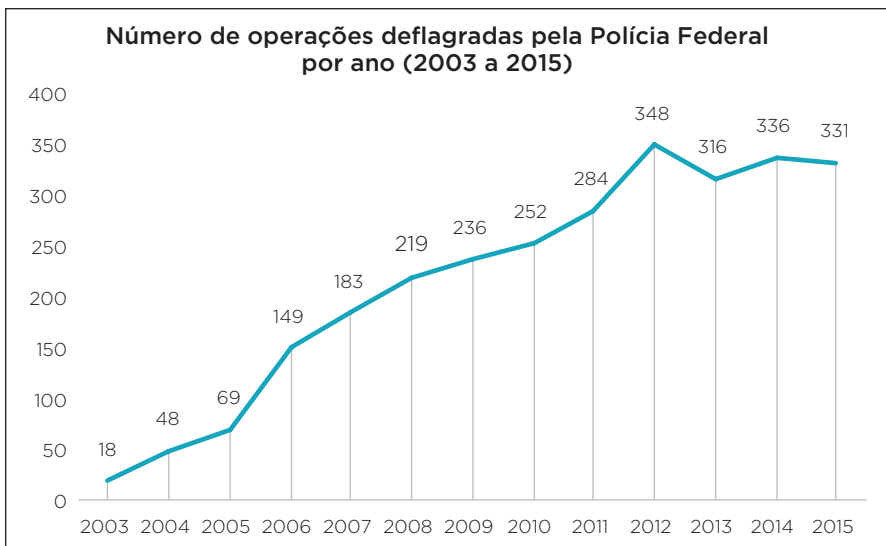
Lava Jato e a batalha da comunicação

Andre Mendes

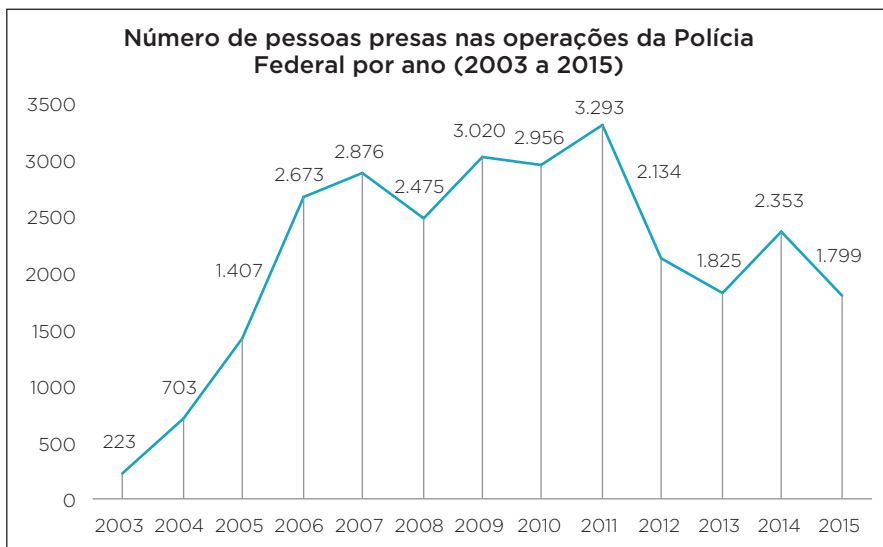
A operação Lava Jato envolve a investigação, processo, condenação e prisão de políticos, empreiteiros, operadores financeiros e servidores públicos. Tem movimentado a agenda investigativa, judicial e política brasileira. Tomou a imprensa e redes sociais.

Parcela expressiva da população conhece ou ao menos ouviu falar da Lava Jato e dos atos de corrupção que ela investiga. Mas essa operação, com todas as suas diversas fases, foi uma dentre 336 deflagradas em 2014. Uma entre as 331 desencadeadas em 2015 pela Polícia Federal (PF).

De 2003 a 2015, o número de operações da PF aumentou consideravelmente ao longo dos anos. Saltou gradualmente de 18 em 2003 para 331 em 2015, conforme o gráfico abaixo:



O número de pessoas presas nestas operações também evoluiu sensivelmente de 2003 a 2015. Crescendo de 223 em 2003 para 1.799 em 2015. Em 2011, chegou a um total de 3.293 pessoas presas, como pode-se depreender do gráfico a seguir:



Grupos de extermínio formados por policiais militares, crimes contra o sistema financeiro nacional, fraudes previdenciárias são exemplos de crimes investigados por operações como Thanatos (2015), Hércules (2009), Bola de Ouro (2012), Ararath (2013), Iceberg (2008) e Capiçagem (2015).

Neste cenário, por que ouvimos e lemos tanto sobre a Lava Jato? Em parte, por causa das cifras e personagens políticos e empresariais envolvidos. Também em parte pela decretação de prisões pelo Supremo, como bem indicou a professora Silvana Batini.

Mas, sobretudo, por conta de estratégias de comunicação.

A corrupção no Brasil não começou com a Lava Jato. Nem tampouco o trabalho da PF e do Ministério Público Federal (MPF). Os números acima mostram que há mais de uma década o trabalho da PF tem se intensificado.

Paralelamente, as estratégias de comunicação das instituições se desenvolveram. Intensificaram-se. A Lava Jato tem até *site*. Mais de 1 milhão de acessos. Polícia, Ministério Público e eventualmente membros do Judiciário recorrem a coletivas de imprensa, palestras, entrevistas, prestação de informações, como forma de afetar, impactar, moldar a opinião pública e pautas na mídia.

E as outras operações? De 2003 a 2015, a PF deflagrou mais de 2.700. Não há *sites* para estas operações. Deveria haver? É improvável que o cidadão consiga acompanhar 2.700 operações, processos, sentenças, documentos em *sites* da *internet*. Mas as informações precisam estar acessíveis a todos. Diversos países têm discutido a relação entre mídia e percepção da criminalidade. É um debate importante para o Brasil também.

A Lava Jato tem enorme visibilidade nos veículos de comunicação em geral. Imprensa escrita, televisiva e redes sociais. Essa visibilidade não é espontânea. É construída. Se o sistema de justiça criminal é seletivo, a divulgação das informações também é seletiva.

Por exemplo, a Lava Jato é sobrerrepresentada na mídia em relação à operação Zelotes, que investiga a corrupção de agentes públicos e grandes empresas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) em casos milionários de dívidas tributárias.

É certo que os meios de comunicação contribuem para a modelagem das atitudes sociais frente aos crimes divulgados. É difícil evitar uma cobertura de imprensa desproporcional em relação à enormidade de fatos ocorridos na vida social. Por essa razão, tão fundamental quanto à liberdade de informação, imprensa e comunicação, é a existência de múltiplas fontes, grupos e atores que possam tratar, depurar e discutir essas informações. Inclusive quando se trata do impacto dessas informações para a formulação de políticas criminais, como aumentar penas de crimes, por exemplo.

A carta aberta em repúdio à operação Lava Jato, subscrita por 105 advogados, se insere nesse contexto de estratégias de comunicação. Boa para uns, ruim para outros, a estratégia dividiu opiniões.

Mas, nessa verdadeira “batalha de comunicação” em torno da operação Lava Jato, o ambiente democrático exige: todos precisam

ter voz. Diferentes fontes, grupos e atores. Polícia, Ministério Público e advogados. Organizações civis, membros da comunidade acadêmica e cidadãos em geral. Quer por meio da mídia tradicional, das assessorias de comunicação e das redes sociais. Quer por meio de uma carta aberta.

Publicado em 19 de Janeiro de 2016

Para que servem as prisões decretadas pelo Supremo?

Silvana Batini

Não é novidade o Supremo decidir pela manutenção de prisões decretadas em outras instâncias. A tarefa é corriqueira na competência revisional do Supremo. O que há de novo na história recente do país é o Supremo mandar prender pessoas originalmente julgadas pelo próprio Supremo: ministros de estado, deputados, senadores e seus coautores.

No Mensalão, a prisão só veio com o trânsito em julgado das condenações, na forma de cumprimento das penas. Na Lava Jato, já existem prisões de natureza processual, decretadas cautelarmente no curso do processo. É o caso do senador Delcídio, do advogado Edson Ribeiro e do banqueiro André Esteves, recentemente libertado. Não são totalmente inéditas, mas são muito, muito raras.

Como a sociedade enxerga estas prisões: um castigo merecido, uma medida socialmente útil — ou ambas as coisas? A pena recupera criminosos? O que esperar destas prisões? São questões há muito debatidas no direito penal, até hoje controversas entre os juristas, particularmente quanto ao papel da prisão.

Teorias sobre as funções da pena são postas à prova nos juízos criminais brasileiros diariamente. Mas quando o Supremo manda alguém para a cadeia, a discussão sobre o sentido da prisão alcança seus limites mais críticos. A colegialidade destas decisões, mesmo as de natureza cautelar, e a publicidade na discussão dos argumentos podem inibir o crescimento na sociedade de pretensões de linchamento e puro castigo, ainda que não se possa evitar o espetáculo, decorrente do seu quase

ineditismo. As prisões decretadas pelo STF vêm afastando a ideia de que a pena é um simples castigo, uma vingança.

A ideia de que a pena tem função ressocializadora, em voga a partir da década de 60 do século passado, foi desmistificada pela realidade brutal do sistema prisional. Não se pode imaginar que um criminoso comum possa ser “recuperado” naquelas condições. É autoritário e pretensioso imaginar que a imposição de uma pena de prisão possa fazer surgir em qualquer pessoa algum sentido de arrependimento ou conversão ao direito. Se chegarem a tanto, muito bem, mas a pena não pode se justificar por este objetivo.

De qualquer modo, a ideia de ressocialização pressupõe um sujeito que estivesse à margem da sociedade — um “marginal”, alguém sem acesso, voluntariamente ou não, aos padrões regentes da sociedade. Mas nesses termos, que significado pode ter a ideia de ressocializar um deputado, senador ou ministro? Não são pessoas à margem do estado de direito, mas sim agentes centrais deste estado. Não pode ser função da pena “recuperar” estas pessoas. São cidadãos que tiveram acesso à educação de qualidade, dentre outros benefícios. Conhecem a regras. Tiveram escolhas.

Por outro lado, é difícil afastar a ideia de que as prisões decorrentes do julgamento do Mensalão produziram um efeito intimidatório — a constatação da prisão não mais como possibilidade remota, mas sim uma consequência possível e até previsível. Alguns dos fatos apurados na Lava Jato são contemporâneos aos do Mensalão, e é difícil saber se as prisões do Mensalão inibiram novos atos de corrupção dali em diante. Mas é razoável supor que as prisões de autoridades e de seus cúmplices tenham influenciado o rumo das investigações da Lava Jato. Quantos dos réus decidiram optar pela delação porque tiveram medo concreto da prisão? Esse medo seria o mesmo antes das condenações da época do Mensalão?

Igualmente, as prisões cautelares decretadas na Lava Jato — pelo Supremo ou pelo juízo de primeiro grau — vêm perpetuando este efeito. Quer pela extensão no tempo, quer pela amplitude dos envolvidos, todos temem ser presos. E há quem se adiante e entregue provas e com-

pargas antes mesmo que polícia lhe chegue à porta, como aconteceu com ex-gerente da Petrobras, Pedro Barusco.

Se a prisão do Mensalão não impediu novos crimes, pode ainda assim ter estimulado as delações. Para o futuro, será que esse efeito intimidatório das prisões da Lava Jato pode ser ampliado, forçando eventuais corruptos a pensar duas vezes antes do crime?

Por fim, o foro privilegiado sempre carregou consigo o estigma da impunidade, como mostram dois exemplos recentes noticiados aqui no JOTA. A longa demora para o cumprimento das penas que, muitas vezes, prescrevem antes de poderem ser executadas, criou na consciência do brasileiro a ideia de que o direito não é para valer. Pelo menos, não vale para todos.

As prisões decretadas pelo Supremo têm quebrado essa lógica, ao menos circunstancialmente. Parece fazer mais sentido obedecer à lei porque ela continua valendo — para todos. As prisões do Supremo podem reforçar a confiança no direito e nas instituições. Reafirmam a igualdade republicana de todos perante a lei.

Ainda não sabemos quais desses efeitos persistirão no longo prazo — ou se surgirão consequências novas e distintas. Mas quando começou a decretar prisões de autoridades, o Supremo de certa forma começou a mudar a história e a agenda do direito penal brasileiro.

Publicado em 7 de Janeiro de 2016

Não se prende um senador do dia para a noite

Ivar A. Hartmann

A prisão preventiva do senador Delcídio Amaral pegou a maioria dos brasileiros de surpresa. Nunca na democracia deste país um senador havia sido preso preventivamente. A conjuntura política pode explicar em parte o que aconteceu. Mas há também algumas explicações institucionais para o fato inédito: as condições para a prisão de Delcídio tomaram tempo e foram se sedimentando a partir de um processo gradual de aprimoramento das instituições.

O PGR tende a ser bem-sucedido em suas interações com o Supremo. Resultados do relatório mais recente Supremo em Números, ainda inédito, mostram que a Procuradoria-Geral da República tem taxa de sucesso 20 pontos percentuais acima da média dos demais litigantes no Supremo. Em 2013 a PGR venceu 50%, enquanto a média foi de 24%.

Mas esse sucesso é resultado de uma série de mudanças institucionais.

Começaram em 2001, com a alteração na Constituição para permitir o início de processo criminal contra parlamentar independentemente de autorização do Congresso. Continuaram com mudanças que fortaleceram e deram autonomia à Polícia Federal. O Supremo fez sua parte: julgou o processo do Mensalão. Condenou inclusive parlamentares, quando havia prova. Na mesma época, mudou para uma postura mais enérgica no caso de Natan Donadon — e confirmou esta postura em decisões posteriores.

O tribunal mostrou que não havia mais risco institucional em condenar políticos de alto escalão.

O Congresso respondeu à altura e fez outra mudança: aboliu o voto secreto quanto à cassação de mandato de parlamentar. Ao abrir

o voto sobre a prisão de Delcídio e confirmá-la, o Senado mostrou que não mais protege seus membros quando há provas fortes de corrupção.

A PGR também contribuiu. Sua atuação independente e proativa nos últimos anos fez sumir o velho apelido “Engavetador-geral”. Não teve qualquer pudor em propor aos ministros uma interpretação nova, porém sensata na prática, da regra constitucional sobre prisão de parlamentar. O Supremo bancou — e decidiu rapidamente, mostrando que também não guarda a mesma estima de outrora pelas gavetas.

Com todas essas condições institucionais no lugar, o caso de Delcídio foi, em certo sentido, uma novidade já esperada.

Um senador afirmou ontem que, ao ordenar a prisão de Delcídio, o tribunal decidiu com o fígado. Vários ministros foram mencionados por ele na gravação, como se fossem seus amigos. Há 5 anos essa explicação poderia talvez encerrar o assunto. Mas não hoje. Já vimos ministros do Supremo decidindo com base em provas e acusações, e sem medo. Acreditar que Delcídio não teria sido preso caso nenhum ministro do Supremo aparecesse na gravação é ignorar esse momento institucional construído ao longo dos anos.

Não vivemos tempo de decisões com o fígado. Vivemos tempo de mudanças institucionais e suas consolidações. A prisão de Delcídio não se tornou possível do dia para noite.

Publicado em 26 de Novembro de 2015

Lava Jato e Politeia comprometem a recondução de Rodrigo Janot?

Felipe Recondo

Se Brasília fosse Politeia, políticos alvos de investigação não se valeriam de seus mandatos para ameaçar aqueles que os investigam. Mas deputados e senadores brasileiros não vivem na cidade descrita por Platão, onde a ética sempre prevalece sobre a corrupção, cujo nome batizou a nova operação da Polícia Federal. E é por isso que a recondução do procurador geral da República, Rodrigo Janot, para um segundo mandato corre perigo, especialmente depois das operações de busca e apreensão na casa de três senadores investigados na Lava Jato.

É bem verdade que, publicamente, os colegas não se solidarizam com os senadores atingidos pelas operações de terça-feira — Fernando Collor (PTB-AL), Fernando Bezerra e Ciro Nogueira. Ninguém subiu à tribuna, além de Collor, para falar mal da Polícia Federal ou do Ministério Público. Mas a solidariedade pode vir de outras formas, discretas e protegidas pelo voto secreto. Ainda mais depois que Janot denunciou — como o fará — o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), também investigado na Lava Jato.

O mandato de Janot termina em setembro. Em agosto, uma lista tríplice será remetida pela Associação Nacional dos Procuradores da República à presidente Dilma Rousseff. A lista é corporativa. Não tem previsão legal. A presidente poderia escolher outro nome que não estivesse relacionado. Mas desde o governo Lula, é indicado para o cargo o mais votado pelos membros do Ministério Público.

Janot disputa esta eleição com outros três colegas de MP. Um deles já o criticou abertamente por abrir inquéritos contra políticos sem ter

condições de provar os crimes apontados. Seria uma forma sutil de dizer que o procurador usa o cargo para ameaçar políticos. Apesar disso, o nome de Janot deverá ser o mais votado entre os colegas. E a presidente deverá indicá-lo novamente.

Para ser reconduzido, Janot passará por nova sabatina na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Dos 27 titulares da comissão, oito são investigados na Lava Jato. Apenas um deles é da oposição e deve ter a investigação arquivada nas próximas semanas: Antonio Anastasia (PSDB-MG). Se o nome de Janot for aprovado pelo voto secreto, será remetido ao plenário do Senado para nova votação. Ali, precisará de maioria absoluta de votos — 41 votos.

Com os presidentes do Senado e da Câmara, Eduardo Cunha, denunciados, Janot conseguirá 41 votos em plenário? Se o nome for submetido com o quórum baixo, o risco de rejeição cresce. E quem escolherá o momento para colocar o nome em votação é justamente Renan Calheiros.

Mas há outra leitura possível. Sabendo dessas dificuldades, o procurador geral da República foi para o tudo ou nada. E com isso, pode colocar o Senado sob vigilância da opinião pública. Que sinal o Senado passará para os eleitores se reprovar o nome de Janot? Por que trocar o PGR agora que as investigações começam a atingir de fato os parlamentares? O sinal seria dos piores.

Por fim, a presidente Dilma Rousseff fica diante de uma situação politicamente delicada. Rodrigo Janot foi indicado para o cargo por ela. E a presidente não terá como não reconduzi-lo, principalmente se ele for o primeiro da lista tríplice. Mas a presidente sabe que a recondução desagradará os presidentes da Câmara e do Senado. Além disso, como os senadores investigados na Lava Jato integram partidos governistas, uma eventual rejeição ao nome Janot seria uma derrota imposta pela sua própria base.

Num cenário ou no outro, reconduzido ou rejeitado, Rodrigo Janot está num jogo de ganha-ganha. Se permanecer no cargo, permanece à frente das investigações e fica no cargo por mais dois anos. Se for derrotado, poderá adotar o discurso de que foi vítima

de seus próprios acertos. As investigações, por sua vez, prosseguirão, independentemente de quem estiver no comando da Procuradoria. Ao menos é isso o que se espera, mesmo não sendo Brasília uma Politeia.

Publicado em 15 de Julho de 2015

Articulistas

Adriana Lacombe Coiro — Bacharel pela FGV Direito Rio, com semestre cursado na Harvard Law School.

Andre Bogossian — Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Master of Laws (LL.M.) candidate na Harvard Law School.

André Mendes — Doutor e Mestre em Direito pela PUC-RJ. Professor e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Caio Farah Rodriguez — Doutor em Direito pela USP. LL.M pela Harvard Law School. Professor Fundador da FGV Direito Rio e advogado em São Paulo.

Conrado Hübner Mendes — Doutor em Direito pela Universidade de Edimburgo (UoE), mestre e doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Carlos Ari Sundfeld — Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC-SP, da qual foi professor no Doutorado, Mestrado e Graduação. Professor Fundador da FGV Direito SP.

Carolina Haber — Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, Diretora de pesquisa da Defensoria Pública do RJ e professora de Direito Penal.

Daniel Vargas — Doutor e Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Pesquisador da FGV Direito Rio.

Diego Werneck Arguelhes — Doutor em Direito pela Yale University, EUA, ‘Master of Laws’ (LL.M.) pela Yale Law School (EUA), Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Pesquisador da FGV Direito Rio.

Dimitri Dimoulis — Mestre em Direito público pela Universidade de Paris-I (Panthéon-Sorbonne), Doutor em Direito pela Universidade de Saarland, Professor da FGV Direito SP.

Eduardo Muylaert — Advogado criminal, fotógrafo e professor associado da FGV Direito Rio. Foi secretário de Justiça e Segurança, além de juiz do TRE em São Paulo. Tem o DES de Direito Público da Faculdade de Direito de Paris II (Panthéon-Sorbone) e cursou o Institut des Sciences Politiques de Paris. É comentarista convidado do jornal da Cultura (TV Cultura, SP); tem vários livros publicados e obras nos acervos da Pinacoteca, do MAM e do MACS.

Evandro Proença Sussekind — Graduado pela FGV Direito Rio e mestrando em Ciência Política pelo Iesp-Uerj.

Felipe Recondo — Fundador do *site* JOTA, especializado na cobertura da Justiça brasileira. Jornalista com passagens pelos jornais *O Estado de S.Paulo* e *Folha de S.Paulo*, cobre o Judiciário desde 2006. Vencedor do Prêmio Esso de jornalismo em 2012.

Fernando Leal — Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Doutor e Mestre em Direito Público pela Uerj. Professor Pesquisador da FGV Direito Rio.

Ivar A. Hartmann — Doutorando em Direito Público pela Uerj. Mestre em Direito Público pela PUC-RS e Mestre em Direito (LL.M.) pela

Harvard Law School. Professor Pesquisador da FGV Direito Rio. Coordenador do projeto Supremo em Números.

Joaquim Falcão — Doutor em Educação pela University of Génève, LL.M. pela Harvard Law School, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Diretor da FGV Direito Rio.

José Roberto R. Afonso — Doutor em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Estadual de Campinas, mestre em Economia da Indústria e da Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, pesquisador do Ibre/FGV e professor do mestrado do IDP.

Juliana Cesario Alvim Gomes — Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Uerj. LL.M. em curso na Yale Law School. Professora de Direito Constitucional. Cofundadora da Clínica Uerj Direitos.

Ligia Fabris Campos — Doutoranda na Humboldt Universitat zu Berlin. Mestre e bacharel em Direito pela PUC-RJ. Professora da FGV Direito Rio.

Luiz Fernando Marrey Moncau — Doutorando e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Pesquisador/gestor do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio.

Luiz Orlando Carneiro — Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (UEG, atual Uerj), em 1963. Ingressou no *Jornal do Brasil* como repórter estagiário em outubro de 1958, sendo admitido em janeiro de 1959. Cobriu o Itamaraty (política externa) de agosto de 1959 a meados de 1963, quando assumiu o cargo de subchefe de Reportagem. Foi chefe de Reportagem (1964-1969), Editor de Notícias (1969-1974), chefe da Redação (1974-1979), chefe da Sucursal do *JB* em Brasília e diretor-regional do *JB* (1979-1992), além de repórter especial e editorialista. Especializou-se em assuntos jurídicos, com ênfase na cobertura do

Supremo Tribunal Federal. Em agosto de 2014, passou a integrar a equipe do JOTA.

Melina Rocha Lukic — Doutora pela Université de la Sorbonne Nouvelle, Mestre pela Université de la Sorbonne Nouvelle — Paris 3. Professora Pesquisadora da FGV Direito Rio.

Michael Freitas Mohallem — Doutorando (Ph.D.) e LL.M. em Direito Público e Direitos Humanos pela University College London (UCL), especialista em Ciência Política pela UnB, Professor Pesquisador da FGV Direito Rio.

Pedro Cantisano — Doutorando em História e LL.M. pela Universidade de Michigan (EUA). Bacharel em Direito pela Uerj. Professor Pesquisador da FGV Direito Rio.

Rafael Alloni — Mestre em Relações internacionais pelo Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po). Assessor Técnico da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça (Senad/MJ).

Rafael Braem Velasco — Graduado em Direito pela FGV Direito Rio, Pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS/FGV) e da Ebape/FGV.

Rodrigo Pagani de Souza — Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e LL.M. (2008) pela Yale Law School, Estados Unidos. Professor da Faculdade de Direito da USP.

Soraya Lunardi — Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorado pela Universidade Politécnica de Atenas. Professora dos cursos de Graduação e Mestrado da Unesp.

Silvana Batini — Doutora em Direito Público e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Procuradora Regional da República. Professora da FGV Direito Rio.

Thomaz Pereira — Doutorando (J.S.D. candidate) e Mestre (LL.M.) pela Yale Law School, Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Mestre em Direito Empresarial pela PUC-SP. Professor Pesquisador da FGV Direito Rio.

Este livro foi produzido pela FGV DIREITO RIO,
composto com a família tipográfica Sabon
e impresso em papel offset,
no ano de 2016.

Quanto mais os jornais publicam “O Supremo Tribunal Federal”, mais o leitor quer saber “O que isso significa? Quem são esses 11? Por quê? Pode isso?”. Mesmo com as imagens da TV Justiça, não é fácil compreender o que está em jogo. Faltam traduções do que dizem e decidem os ministros. O projeto *Supra: Supremo Interpretado* foi criado para atuar nesse espaço. O leitor tem em mãos a reunião dos artigos publicados ao longo do ano de 2015 no âmbito do *Supra*, em parceria com o JOTA. Pode ser lido como um diário crítico dos principais problemas, temas e impasses enfrentados pelo Supremo em um ano delicado para a vida nacional. Reflete também tentativas de repensar, de sessão do Supremo a sessão do Supremo, a maneira pela qual pensamos o funcionamento de nossas instituições.

